

MEMORIAS

SEMINARIO FRANCO-COLOMBIANO SOBRE LA REFORMA A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés



COMISIÓN DE REFORMA A LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA



CONSEJO DE ESTADO
República de Colombia



SALA ADMINISTRATIVA

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*



Liberté • Egalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ambassade de France en Colombie
www.ambafrance-co.org

BOGOTÁ 7- 11 DE JULIO DE 2008

Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

MEMORIAS

Seminario franco-colombiano sobre la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente del Consejo de Estado

FABIO VALENCIA COSSIO

Ministro del Interior y de Justicia
Presidente de la Comisión de Reforma a la Jurisdicción
Contencioso Administrativa

HERNANDO TORRES CORREDOR

Presidente del Consejo Superior de la Judicatura

JESAEI GIRALDO CASTAÑO

Presidente de la Sala Administrativa

JEAN-MICHEL MARLAUD

Embajador de Francia en Colombia

PHILIPPE VALERI

Consejero de Cooperación y Acción Cultural

MARCEL POCHARD

Consejero de Estado de la República francesa

MARC DURAND-VIEL

Consejero de Estado de la República francesa

GÉRARD MARCOU

Profesor de la Universidad de París I

Coordinación general de la Misión

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Consejero de Estado

Diseño imagen del evento

LOUISE SALAVERRY – CAMILO A. BENAVIDES DÍAZ

Asistente de la Edición

PAOLA ZULUAGA MONTAÑA

Registro fotográfico

LUISA FERNANDA BERROCAL

Jefe de Comunicaciones Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA FRANCESA

Diseño e impresión:

Imprenta Nacional de Colombia

ISBN: 976-958-8331-21-8

Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa

FABIO VALENCIA COSSIO

Ministro del Interior y de Justicia
Presidente de la Comisión

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente del Consejo de Estado

HERNANDO TORRES CORREDOR

Presidente del Consejo Superior de la Judicatura

ÓSCAR IVÁN ZULUAGA ESCOBAR

Ministro de Hacienda y Crédito Público

EDMUNDO DEL CASTILLO RESTREPO

Secretario Jurídico de la Presidencia de la República

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil
Coordinador de la Subcomisión I

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil
Coordinador de la Subcomisión II

RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT PIANETA

Magistrado de la Sección Primera
de la Sala de lo Contencioso Administrativo
Coordinador de la Subcomisión III

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Magistrada de la Sección Tercera
de la Sala de lo Contencioso Administrativo
Coordinadora de la Subcomisión IV

GUSTAVO APONTE SANTOS

Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil

ENRIQUE ARBOLEDA PERDOMO

Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

Magistrado de la Sección Quinta
de la Sala de lo Contencioso Administrativo

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Magistrado de la Sección Cuarta
de la Sala de lo Contencioso Administrativo

ALFONSO VARGAS RINCÓN

Magistrado de la Sección Segunda
de la Sala de lo Contencioso Administrativo

Consultores USAID

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

Delegados Gubernamentales

Jhon Jairo Morales Alzate

Ministerio del Interior y de Justicia

Germán Quintero Rojas

Ministerio de Hacienda

Adriana Carvajalino García

Secretaría Jurídica

Presidencia de la República

Secretaría Técnica

Roberto Zapata Báez,

Secretario técnico

Paola Zuluaga Montaña,

Secretaria Subcomisión Primera

Laura Hernández Valderrama,

Secretaria Subcomisión Segunda

Juliana Valencia Andrade,

Secretaria Subcomisión Tercera

Luis Gabriel Degiovanni Behaine,

Secretario Subcomisión Cuarta

Carolina Riascos Rosero,

Citadora

Consejo de Estado

ENRIQUE GIL BOTERO, Presidente

JAIME MORENO GARCÍA, Vicepresidente

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Presidente

Camilo Arciniegas Andrade, Magistrado

Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, Magistrado

Martha Sofía Sanz Tobón, Magistrada

Sección Segunda

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ, Presidenta

Alfonso Vargas Rincón, Magistrado

Gerardo Arenas Monsalve, Magistrado

Gustavo E. Gómez Aranguren, Magistrado

Jesús M. Lemos Bustamante, Magistrado

Sección Tercera

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, Presidenta

Ruth Stella Correa Palacio, Magistrada

Ramiro Saavedra Becerra, Magistrado

Mauricio Fajardo Gómez, Magistrado

Sección Cuarta

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, Presidenta

Ligia López Díaz, Magistrada

Héctor J. Romero Díaz, Magistrado

Juan Ángel Palacio Hincapié, Magistrado

Sección Quinta

SUSANA BUITRAGO VALENCIA, Presidenta

María Nohemí Hernández Pinzón, Magistrada

Mauricio Torres Cuervo, Magistrado

Filemón Jiménez Ochoa, Magistrado

Sala de Consulta y Servicio Civil

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO, Presidente

Gustavo Aponte Santos, Magistrado

Enrique Arboleda Perdomo, Magistrado

William Zambrano Cetina, Magistrado

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General

MIEMBROS DE LA MISIÓN TÉCNICA DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS

MARCEL POCHARD

Ex alumno de la ENA (1970). Subprefecto de la *Drôme* y Consejero técnico de varios ministros. Relator (1987). Director General de la Administración y de la Función Pública (1993-1998). Consejero de Estado y Director de la Sección de Estudios y Documentos (2000-2003). Responsable de la oficina de Cooperación Internacional (2003-2008). Preside la “Comisión sobre la evolución de la condición de profesor”. Profesor asociado de la Universidad Paris I Panthéon Sorbonne.



MARC DURAND-VIEL

Ex alumno de la ENA (1967). Consejero de Estado (1987). Presidente de la Cuarta Subsección y de la Sección Primera del Contencioso. Presidente de Comité del Contencioso Fiscal, Aduanero y de Cambios. Jefe de recursos de urgencia. Miembro del Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y de las Cortes administrativas de apelación. Jefe de la Misión de Inspección de la Jurisdicción Administrativa (2003). Miembro del Tribunal de Conflictos (desde 2005).



Con la participación de GÉRARD MARCOU

Profesor de derecho público de la Universidad de Paris I Panthéon Sorbonne. Director del grupo de investigación sobre la Administración Local en Europa (Grale). Autor de una amplia gama de escritos en temas de derecho administrativo y Administración Comparada. Director de la Colección “Lógicas Jurídicas”, Editorial L’Harmattan. Ha sido miembro de numerosas misiones de expertos para el Gobierno francés, organizaciones europeas e internacionales.





ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente del Consejo de Estado

PRESENTACIÓN

Como Presidente del Consejo de Estado, me complace presentar las memorias de la Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado francés y del seminario franco-colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se desarrollaron durante los días 7 a 11 de julio de 2008.

El lector tiene en sus manos los textos que sirvieron de base para las discusiones que durante tres días realizaron el Consejo de Estado en pleno y los miembros de la Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -creada por el Presidente de la República mediante el Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007-, con los señores Consejeros de Estado Marcel Pochard y Marc Durand-Viel, así como las exposiciones realizadas en el seminario público efectuado en el auditorio del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con una amplia participación de los miembros de la jurisdicción y de la comunidad académica.

Esta publicación, que se hace con el apoyo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, y de la Embajada de Francia en Colombia, pretende no solo divulgar los trabajos realizados, sino promover la discusión en torno de los temas abordados, que muestran la complejidad e importancia de las tareas que hoy adelanta la Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como la riqueza y permanencia de los vínculos que tiene el Consejo de Estado colombiano con su homólogo francés.

Quiero agradecer muy especialmente la colaboración del señor Embajador de Francia en Colombia, Jean-Michel Marlaud; del señor Consejero de Cooperación y Acción Cultural, Philippe Valeri; de los señores Presidentes del Consejo Superior de la Judicatura y de su Sala Administrativa, doctores Hernando Torres Corredor

y Jesael Giraldo Castaño, así como de todos sus miembros, en particular del doctor Ricardo Monroy Church por su claro compromiso con este proyecto. De la misma manera mi reconocimiento para la Directora de la Escuela Judicial por su apoyo, así como para la Imprenta Nacional por la formidable labor que ha realizado.

Por supuesto, expreso mi más sincero agradecimiento a los señores Consejeros de Estado Marcel Pochard y Marc Durand-Viel, así como al profesor Gerard Marcou -quien nos acompañó durante el seminario público-, por el magnífico trabajo, la dedicación y entusiasmo que mostraron no solo durante su estadía en Colombia, sino también para lograr efectuar en tiempo récord esta publicación.

Igualmente, mi agradecimiento para todas las señoras Consejeras y los señores Consejeros de Estado y para los miembros de la Comisión de Reforma por su participación en las sesiones internas de trabajo y en el seminario público, especialmente para los autores de las ponencias y conferencias que hoy se publican.

Por último, quiero hacer expreso reconocimiento a mi colega William Zambrano Cetina, quien ha sido el alma de esta misión y de las memorias que tengo el orgullo de dar a conocer.

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente del Consejo de Estado

INDICE

PRESENTACIÓN

ACTO DE INSTALACIÓN

DE LA MISIÓN DE COOPERACIÓN TÉCNICA.....	1
Intervención del Doctor Enrique Gil Botero	3
Intervención del Doctor Fabio Valencia Cossio	6
Intervención del Señor Alain Fort.....	12
Intervención del Señor Marc Durand-Viel.....	14

SESIONES INTERNAS DE TRABAJO DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA COMISIÓN DE REFORMA A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA..... 15

Introducción	17
L'évolution du contentieux administratif dans le monde Marcel Pochard	19
La evolución del contencioso administrativo en el mundo Marcel Pochard	30
Une Jurisdiction Administrative: à quelle fin? Marc Durand-Viel.....	41
Una Jurisdicción Administrativa: ¿con qué fin? Marc Durand-Viel.....	49

La Administración como protectora de Derechos Fundamentales.....	57
La Administración Pública como protectora de Derechos Fundamentales Gustavo Aponte Santos	59
L'administration publique et la protection des droits fondamentaux Marcel Pochard	71
La administración pública y la protección de los derechos fundamentales Marcel Pochard	81

Comentarios a la Conferencia del Consejero Gustavo Aponte Santos por Marc Durand-Viel	91
El Consejo de Estado como unificador de Jurisprudencia	95
El Consejo de Estado como unificador de Jurisprudencia Héctor J. Romero Díaz.....	97
Comentarios a la Conferencia del Consejero Héctor J. Romero Díaz por Marc Durand-Viel	108
Unificación de acciones y poderes del juez	115
La propuesta de la Comisión de Reforma sobre las Acciones Contencioso-Administrativas Enrique José Arboleda Perdomo	117
Comentarios a la conferencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo por Marc Durand-Viel y Marcel Pochard	126
Oficiosidad para el Juzgador María Elena Giraldo Gómez.....	128
Comentarios a la conferencia de la doctora María Elena Giraldo Gómez por Marc Durand-Viel y Marcel Pochard	141
Las medidas cautelares	143
Medidas cautelares ante la Jurisdicción Administrativa en Colombia Ruth Stella Correa Palacio	145
Comentarios a la conferencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio por Marc Durand-Viel	157
SEMINARIO PÚBLICO	161
Instalación	163
Intervención del Doctor Enrique Gil Botero	165
Intervención del Señor Jean Claude Kohler	166
Intervención del Doctor Hernando Torres Corredor.....	167
Intervención de la Doctora Ayda Vides Paba	169
Los mecanismos de racionalización del proceso contencioso.....	171
Les mécanismes de rationalisation du procès contentieux: l'expérience française Marc Durand-Viel.....	173
Los mecanismos de racionalización del proceso contencioso: la experiencia francesa Marc Durand-Viel.....	187

Criterios para la racionalización del Proceso Contencioso	
Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta	202
La perspectiva de la Sección Segunda del Consejo de Estado	
Jaime Moreno García	212
Algunas reflexiones acerca de la racionalización del Proceso Contencioso Administrativo	
Mauricio Fajardo Gómez.....	215
Mecanismos de racionalización en los procesos: Tributario, Económico y Fiscal	
Ligia López Díaz	231
El Proceso Contencioso Electoral Colombiano Perspectivas de reforma	
Susana Buitrago Valencia.....	237
La Función Consultiva	245
La fonction consultative juridique centrale. Approche de droit comparé	
Gérard Marcou.....	247
La función consultiva jurídica central. Aproximación de derecho comparado	
Gérard Marcou.....	270
L'activité consultative du Conseil d'Etat français	
Marcel Pochard	294
La actividad consultiva del Consejo de Estado francés	
Marcel Pochard	300
Los antecedentes de la función consultiva y su evolución institucional hasta la Constitución de 1991	
William Zambrano Cetina	306
La evolución legal, orgánica y funcional de la función consultiva en el pasado reciente y las propuestas para su fortalecimiento	
Luis Fernando Álvarez Jaramillo	324
La función consultiva en la perspectiva del gobierno	
Edmundo del Castillo Restrepo	333
La indemnización a las víctimas.....	339
L'indemnisation des victimes sur le fondement du principe de la solidarité nationale	
Marcel Pochard	341
La indemnización de las víctimas bajo el fundamento del principio de la solidaridad nacional	
Marcel Pochard	355
Aproximación a la indemnización de las víctimas por vía administrativa y judicial	
Marco Antonio Velilla Moreno.....	370
La Responsabilidad del Estado por acto	
Gustavo Gómez Aranguren	383

Indemnización o compensación: los dilemas de la jurisprudencia Ramiro Saavedra Becerra	389
Indemnización de las víctimas por vía judicial y administrativa –legislación y jurisprudencia tributarias– María Inés Ortiz Barbosa.....	406
Reparación por vía administrativa, un primer paso en favor de las víctimas Guillermo Francisco Reyes González	413
Clausura Seminario Público	431
Intervención del Doctor Enrique Gil Botero	433

OBSERVACIONES FINALES DE LOS MIEMBROS DE LA MISIÓN	435
Observations finales Marc Durand-Viel et Marcel Pochard.....	437
Observaciones finales Marc Durand-Viel y Marcel Pochard.....	446

ANEXO

FORTALECIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	455
Fortalecimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa	457



ACTO DE INSTALACIÓN
DE LA MISIÓN DE COOPERACIÓN TÉCNICA



Intervención del Doctor Enrique Gil Botero

PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Resulta honroso para mí, como Presidente del Consejo de Estado colombiano, dar la bienvenida a la Misión de Cooperación Técnica del Consejo de Estado francés y, en general, instalar las jornadas de trabajo que adelantaremos esta semana, con la finalidad de enriquecer nuestras discusiones sobre la reforma al Código Contencioso Administrativo, y de generar y encontrar un espacio de discusión académica, técnica y profesional, provechoso para el cumplimiento de nuestros fines institucionales y personales.

Es de máxima importancia para el Consejo de Estado colombiano, en su calidad de líder natural de la reforma que se está adelantando, contar con la presencia de un grupo de Consejeros de Estado y en general de representantes de la Academia francesa, escenario este que no solamente ha sido de obligatorio referente en la construcción y maduración de nuestras instituciones jurídico-administrativas, sino que constituye además el origen mismo de una jurisdicción que no es común en el contexto latinoamericano, y de la que con orgullo nos sentimos especiales por este motivo y constituimos un importante punto de referencia para nuestra región.

Y es que, si bien algunas peculiaridades propias de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo francesa nos resultan ajenas (verbigracia, su exclusión de la rama judicial y su incorporación en la rama ejecutiva del poder público), no por ello puede negarse la intensa y fluida influencia que esta ha representado en términos históricos para nosotros, hasta el punto de, insisto, observar en Colombia uno de los pocos Estados que en la región no ha optado por el control jurisdiccional puro y común de la actividad administrativa o por un control ejercido por jueces especializados pertenecientes a una única jurisdicción.

Si bien nuestra jurisdicción contencioso-administrativa se propuso en términos constitucionales desde el Texto Político de 1886, fue solamente en 1913 y 1914 cuando, por vía legal y en desarrollo del mandato contenido en el Acto Legislativo No. 3 de 1910, se consolidó y estructuró como una jurisdicción de este tipo. En esta génesis legal es fácil percibir la marcada influencia francesa, no solamente en atención a aspectos eminentemente formales, sino sustanciales, como la búsqueda de una independencia de lo administrativo y –por qué no– la idea de que la Administración Pública se podía controlar mejor por ella misma antes que por autoridades típicamente judiciales.

Esta última idea es verificable en la revisión misma de los archivos de los anales de discusión de las leyes 130 y 6 de 1913 y 1914 respectivamente, inclusive con citas expresas a doctrinantes galos, como es el caso de Barthelemy, a quien



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

en no pocas de las discusiones de estos textos normativos se hizo referencia para sustentar la independencia del modelo de jurisdicción que en ese momento se quería crear¹.

Confluyeron en aquel entonces dos ideas muy francesas: la creación de un Consejo de Estado que data desde inicios del siglo XIX², y la constatación de la importancia de una jurisdicción independiente para lo contencioso-administrativo. Una marcada influencia que nos fuerza a una revisión constante de estas instituciones para identificar, en el mejor modo, nuestras semejanzas, pero también nuestras diferencias.

No puede desconocerse en este sentido que en el proceso de asimilación de instituciones aludido también se contó con reflexiones propias como la consideración de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en el seno de la rama judicial del poder público, por claros motivos de desconfianza en el autocontrol ejercido por las administraciones públicas en buena parte de los regímenes conservadores del siglo XIX e inicios del XX, o la configuración material de nuestra jurisdicción en sus inicios para el control de legalidad de los actos administrativos, mas no para contratos estatales ni responsabilidad extracontractual del Estado, como acontecía en Francia como consecuencia de la consolidación de la teoría del servicio público³.

El origen de nuestra jurisdicción de lo contencioso-administrativo ha estado marcado entonces por una influencia determinante de las instituciones francesas, pero también se ha permeado de nuestra realidad, lo que ha conducido a una configuración, si bien no del todo original, sí especial, lo que aunado a innovaciones constitucionales y legales a lo largo del siglo XX nos pone hoy frente a una jurisdicción de fisonomía mestiza y por consiguiente con problemas de identidad.

La ausencia de un referente formal constitucional y en buena medida legal, para la justificación de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en Francia, ha forzado sin duda alguna a la consolidación de concepciones materiales cuyo origen más sólido ha sido la misma jurisprudencia del Consejo de Estado.

En Colombia, en cambio, como se anotó, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se le atribuyó en su origen el conocimiento solamente de las prerrogativas públicas desarrolladas por las administraciones públicas (legalidad de actos administrativos), y 50 años más tarde el de algunos contratos de la administración y la responsabilidad extracontractual del Estado. Con la Constitución Política de 1991

¹ Exposición de motivos de la Secretaría del Senado de la República, con ocasión de las objeciones presidenciales de Carlos E. Restrepo al proyecto presentado por el Congreso de la República. República de Colombia. Archivo del Congreso. Leyes de 1913. Tomo XIV. Folios 59 y 60.

² Si bien la mayoría de historiadores atribuye esta creación a la Declaración de Angostura Bolivariana de 1817 (Decreto de 30 de octubre), algunos indican la consideración de un Consejo de Estado en la Reforma del Gobierno de las Provincias Unidas de Nueva Granada. Cfr. MANUEL URUETA. El Consejo de Estado. En: *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 1976.

³ En Francia desde el fallo Blanco (1873) y Terrier (1903) se reconoció el conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo para la responsabilidad extracontractual del estado y los contratos estatales respectivamente. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. París, Dalloz, 2001. Pp. 1-7 y 72-75. En Colombia, en cambio, como se aludirá más adelante, las materias contractual y extracontractual solo serán de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a partir de la entrada en vigencia del decreto 528 de 1964.



se introdujo el conocimiento de asuntos electorales y de acciones constitucionales; y más recientemente, se ha ampliado su conocimiento en relación con los contratos estatales y con actividades como los servicios públicos domiciliarios.

Como se observa, ha sido el legislador, principalmente, el que ha ampliado el ámbito de conocimiento de nuestra jurisdicción, lo cual, sin duda alguna ha representado un mayor protagonismo de esta en la acción judicial de nuestro país, pero también una menos fácil comprensión de nuestra identidad. Es que, sin duda alguna, es más fácil comprender una jurisdicción de lo contencioso-administrativo que se limite a la legalidad del interés legítimo como acontece por ejemplo en Italia, o a los actos administrativos, que una que conozca de actos unilaterales, de contratos, de responsabilidad extracontractual del Estado, de acciones electorales, de pérdida de investidura, de acciones constitucionales y que fuera de eso opere con reglas de derecho administrativo, pero también de derecho privado.

El reto más importante, en mi entender, en un proceso de reforma como el que estamos adelantando de nuestro Código Contencioso Administrativo, es la justa comprensión de la identidad de una jurisdicción que es de creación constitucional y que ha tenido una importancia significativa en la trayectoria histórica reciente de nuestro país.

Esta es la importancia que creo que debe dárseles a unas jornadas académicas y de discusión como las que comenzamos. Esta es la trascendencia de las enseñanzas que los honorables huéspedes franceses que de manera generosa nos acompañan en este esfuerzo nos puedan dejar.

Quiero dar un agradecimiento especial a:

La Embajada de Francia en Colombia, a su Embajador, Jean Michel Marlaud, y al Consejero de Cooperación y Acción Cultural, Philippe Valeri.

También a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, al doctor Ricardo Monroy Church, a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla por la logística y al Cendoj por la retransmisión.

Y a todos aquellos que han contribuido a la realización de este evento.



Intervención del Doctor Fabio Valencia Cossio

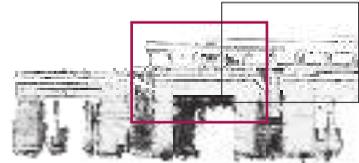
MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN PARA LA REFORMA A LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Me ha correspondido instalar, en representación del gobierno de Colombia, la Misión de Cooperación Técnica del Consejo de Estado Francés y la Comisión para la Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Desde mi posesión como Ministro del Interior y de Justicia he manifestado mi indeclinable decisión de trabajar en procura de la modernización y reforma del sistema judicial colombiano. Por esta razón, encuentro en este evento una gran oportunidad para emprender pasos seguros hacia el logro de esa política de Estado.

Manifiesto nuestra complacencia por la presencia hoy, en nuestro país y en este auditorio, de los ilustres Consejeros de Estado de Francia, señores Marc Durand Viel y Marcel Pochard, a quienes, en nombre del señor Presidente de la República de Colombia y del Gobierno Nacional, les presento un cálido y fraternal saludo de bienvenida, el que extendo a todos los participantes de este evento. Resulta aun más satisfactorio cuando la presencia de tan importantes visitantes ocurre en momentos en que los colombianos comenzamos a avizorar la esperanza de la paz, dentro del marco de la seguridad democrática que el Presidente, Álvaro Uribe Vélez, lidera. Los resultados de esta política saltan a la vista, y adquieren hondas dimensiones humanas con los recientes logros de nuestras fuerzas armadas, particularmente la liberación magistral e impecable de Ingrid Betancourt, los 3 contratistas norteamericanos y ese puñado de héroes anónimos, soldados y policías de la patria, que por más de 9 años permanecieron secuestrados en condiciones indignas y degradantes, tiempo en que siempre contaron con la solidaridad del pueblo y el Gobierno de Colombia, bajo unos condicionamientos que mantuvieran incólumes los principios sobre los que se sustenta nuestro Estado de Derecho. Hoy celebramos la libertad de estos ciudadanos y su feliz regreso al seno de la sociedad y su familia. Tenemos fe en la pronta liberación de todos los secuestrados, y en la erradicación definitiva del secuestro y el terrorismo como instrumentos de lucha política.

Estimados Consejeros de Estado:

Hace aproximadamente 10 meses, durante la Cumbre de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa celebrada en la ciudad de Armenia, con la presencia del señor Presidente de la República, el Consejero de Estado, Dr. Gustavo Aponte, en nombre de la Corporación que por aquel entonces presidía con lujo de detalles, expresaba sus preocupaciones por una serie de dificultades por las que atravesaba la jurisdicción, entre ellas la excesiva congestión, la insuficiencia de medios tecnológicos e informáticos para la conectividad efectiva, la carencia de nuevos recursos para el fortalecimiento de la jurisdicción y, en especial, planteaba la urgencia de que



el Gobierno Nacional brindara los medios necesarios al Consejo de Estado para comenzar el estudio y análisis de reformas sustanciales al Código Contencioso Administrativo, que le permitieran su concordancia con el texto de la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia vigente y las nuevas realidades, incluyendo el examen de la viabilidad del principio de oralidad.

En esa ocasión, y con fundamento en los planteamientos y solicitudes hechas por el pleno de los asistentes a dicho Encuentro, el señor Presidente de la República, después de destacar la importancia que para la Nación colombiana ha tenido y tiene el Consejo de Estado y la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, manifestó el compromiso del Gobierno Nacional de acompañar al Consejo de Estado en la preparación de las reformas al Código Contencioso Administrativo. Y así ocurrió. A partir de los días subsiguientes al Encuentro, el Ministerio del Interior y de Justicia comenzó a trabajar con la Presidencia del Consejo de Estado en las acciones necesarias para cumplir el compromiso adquirido, y fue así como se creó, mediante el Decreto Presidencial 4820 de 2007, la Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y se obtuvo el apoyo de la cooperación internacional para financiar un equipo de expertos consultores que apoyaran el trabajo de la Comisión, cuya finalidad principal sería la de elaborar un proyecto de reforma al Código para ser presentado al Congreso antes de concluir el presente año.

La Comisión, integrada por un grupo de 11 Consejeros de Estado, un miembro del Consejo Superior de la Judicatura y 3 representantes del Gobierno Nacional, Ministros del Interior y de Justicia y de Hacienda y Crédito Público, y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, ha venido sesionando semanalmente desde el mes de febrero de este año. Y para un mejor desarrollo de las actividades de la Comisión se integraron cuatro subcomisiones que han dividido el trabajo por temas: los principios generales del código y la estructura de los procedimientos administrativos; la distribución de competencias y la organización de la jurisdicción; los procesos jurisdiccionales, incluyendo acciones, pretensiones y oralidad, y el régimen probatorio, de presunciones y nulidades.

La Comisión, seis meses después de haber comenzado sus trabajos, presenta resultados altamente positivos que permiten avizorar el logro de los objetivos propuestos, a partir de un compromiso serio de los Consejeros de Estado, quienes han dedicado una gran parte de su tiempo a estructurar el texto de reforma. Se destaca el documento logrado en el mes de marzo de este año, que fue el producto de intensos días de trabajo por parte de todos los integrantes del Consejo de Estado, en unos denominados “retiros espirituales”, en los que examinaron los temas objeto de reforma, identificaron aquellos en los que había consenso y otros, que debían ser objeto de amplio análisis en el pleno de la Comisión.

A la fecha, se han discutido y aprobado importantes temas, con el consenso de sus integrantes. A las Subcomisiones les ha correspondido determinar hacia dónde están dirigidas las grandes reformas al Código, incluyendo temas fundamentales que esperamos que sean ampliamente examinados durante esta semana de actividades, con el concurso de los Consejeros de Estado Francés, el pleno de los Magistrados del Consejo de Estado Colombiano, los representantes del Gobierno Nacional, de los



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

órganos de control y de la academia, en especial la oralidad en el proceso contencioso-administrativo, la unificación de las acciones y pretensiones, los poderes del juez, las medidas cautelares en el proceso, los mecanismos de racionalización del proceso contencioso y la indemnización a las víctimas por vía administrativa y judicial.

Para el Gobierno Nacional es muy satisfactorio el resultado del trabajo que han venido desarrollando todos los miembros de la Comisión, en un clima de confraternidad y respeto, que resalta la excelente relación que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo ha venido manteniendo con el Gobierno Nacional, dentro del espíritu constitucional de la colaboración armónica que debe existir entre las ramas del poder público que –puede decirse sin titubeos– inspira el ánimo que tiene y ha demostrado el Gobierno Nacional con las diferentes corporaciones y miembros de la rama judicial, lo que ha permitido alcanzar importantes logros en el fortalecimiento de la administración de justicia para acercarla a los ciudadanos, a partir de los postulados de eficacia, celeridad y acceso efectivo.

Quiero destacar en esta ceremonia de instalación de la Misión de Cooperación Técnica del Consejo de Estado Francés y la Comisión para la Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la importancia que reviste para el país la presencia de estos dos ilustres magistrados del Consejo de Estado francés, gracias a las gestiones realizadas por el Consejero de Estado, Dr. William Zambrano y a la colaboración prestada por el señor Embajador de Francia en Colombia, Jean Michel Marlaud, para que su presencia en nuestro país sea, como ya lo es, una realidad.

Quisiera agregar que la Misión de Cooperación Técnica del Consejo de Estado Francés se inscribe dentro de una larga tradición de amistad y mutua colaboración entre el Consejo de Estado de Francia y el de nuestro país, la que se remonta al siglo XIX. Cabe destacar que desde los tiempos del Libertador Simón Bolívar se creó, específicamente, en la Constitución de Cúcuta de 1821, un Consejo de Estado como cuerpo consultivo, inspirado en el Consejo de Estado creado por Napoleón Bonaparte, y de cuya existencia y funcionamiento aprendió el Libertador durante sus peregrinaciones por Europa. Ya en el siglo XX se consolidó en Colombia, a semejanza de lo ocurrido en Francia, la función contenciosa a cargo del Consejo de Estado, con una jurisdicción especializada, sin renunciar a continuar con sus funciones consultivas.

El 13 de diciembre de 2008 se cumplen noventa y cinco años de la expedición del primer Código Contencioso Administrativo en Colombia, contenido en la Ley 130 del 13 de diciembre de 1913, sancionada durante la ejemplar administración del Presidente Carlos E. Restrepo, caracterizada por los desarrollos legislativos incorporados en la reforma constitucional de 1910, que dio gran énfasis a los temas del control constitucional y a la expedición de fundamentales cuerpos normativos como el citado.

El Acto Legislativo No. 1 del 10 de septiembre de 1914 atribuyó al Consejo de Estado, restablecido por la reforma constitucional de 1910, el desempeño de funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo y cuerpo supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración.



Por su parte, la Ley 60 del 5 de noviembre de 1914, orgánica del Consejo de Estado, estableció su composición y la estructuró en tres Salas. Dicha ley suprimió el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo. Posteriormente, esta legislación fue modificada por la Ley 25 del 2 de agosto de 1928, mediante la cual se crearon los Tribunales Seccionales de lo Contencioso-Administrativo; luego, con la Ley 167 de 1942, se expidió el segundo Código Contencioso Administrativo, el cual fue reformado y complementado posteriormente por los Decretos 2733 de 1959 y 528 de 1964, y por las leyes 50 de 1967 y 11 de 1975. Más tarde, la Ley 58 de 1982, modificada por el Decreto 2733 de 1959, consagró los principios y fines de las actuaciones administrativas y confirió facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para modificar el Código Contencioso Administrativo. Finalmente, se expidió el Decreto 01 del 2 de enero de 1984, “por el cual se reformó el Código Contencioso Administrativo”.

De esta manera, el 1° de enero de 2008 se cumplieron 24 años de la promulgación del tercer Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto 01 de 1984, que ha sido modificado por las Leyes 270 de 1996 y 446 de 1998; y los Decretos 2304 de 1989, 2288 de 1989 y 768 de 1993.

Ahora, el reto, respetados Consejeros de Estado e ilustres asistentes a este evento, es preparar el texto de lo que será el cuarto Código Contencioso Administrativo para ponerlo a tono con la Constitución de 1991, las nuevas orientaciones jurisprudenciales y los requerimientos para el logro de una pronta y cumplida justicia.

De allí que la presencia de los Consejeros de Estado Francés, profesor Marcel Pochard, quien, además de desempeñar las funciones de miembro de la Sección del Contencioso y de la Sección de Informes y Estudios, ha sido durante muchos años el encargado de las relaciones internacionales del Consejo de Estado, y el señor Marc Durand Viel, quien presidió una de las Secciones del Contencioso y es miembro del Tribunal de Conflictos, además de la importante presencia del profesor Gerard Marcou, egresado de la Universidad de París, profesor y autor de importantes obras sobre derecho público y administración, y quien ha sido miembro de numerosas misiones de expertos para el Gobierno francés y organismos internacionales, constituye no solo un gran privilegio, sino además una oportunidad para escuchar y aprender de ellos, partir de las innumerables experiencias que en Francia y Europa se han dado en el trámite de reformas sustanciales, como la que adelantamos actualmente en Colombia respecto de nuestro Código Contencioso Administrativo. Sin duda, sus lecciones, comentarios y aportes enriquecerán el trabajo que ha venido desarrollando la Comisión, y permitirán acercar soluciones a problemas interpretativos y de aplicación de normas vigentes, y en otros, determinar las soluciones más eficaces y pertinentes para nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, en temas tan determinantes como la introducción de la oralidad a los procedimientos y procesos administrativos, los alcances de la reparación a las víctimas por la vía judicial y administrativa, tema vital en estos momentos cuando el



Gobierno recientemente ha expedido el Programa de Reparación para las Víctimas de los Grupos Armados al Margen de la Ley.

Estimados Consejeros:

Es conocida la influencia que históricamente ha tenido el derecho francés en el derecho colombiano y, específicamente, la influencia del derecho administrativo francés en el derecho administrativo colombiano. También sabemos que la dinámica propia de la vida del derecho conduce a la permanente transformación de las instituciones jurídicas, y que en un mundo globalizado es apenas prudente mantenernos atentos a lo que sucede en otras latitudes para enriquecer la propia experiencia con la de los países que, como Francia, por la circunstancia histórica anotada, tienen mucho que aportarnos.

En esta perspectiva, saludamos la presencia de una delegación del Consejo de Estado francés en un momento en el que avanzamos en la revisión integral del Código Contencioso Administrativo.

Sabemos que en Francia, en los últimos años, se han venido produciendo modificaciones muy significativas en las regulaciones de su justicia administrativa. Comenzando con los cambios en el recurso por exceso de poder –que está en la base de nuestra acción de nulidad–, y del que se afirma que se ha convertido “en una verdadera y plenaria acción procesal de condena de la Administración” (García de Enterría¹), al permitir que el mismo juez administrativo que toma la decisión pueda garantizar su ejecución.

Más recientemente, en el año 2000, en la línea de atender al objetivo constitucional de accesibilidad e inteligibilidad de la ley, fijado por el Consejo Constitucional francés en decisión de 1999, y en el marco de las labores que desde 1989, conforme a un plan, viene adelantando la Comisión Superior de Codificación (de la cual es Vicepresidente un presidente de sección del Consejo de Estado), se adoptó el Código de Justicia Administrativa, tanto en su parte legislativa como en su parte reglamentaria.

Este es, en la terminología francesa, un código de derecho constante, centrado en la compilación de las normas legales y reglamentarias vigentes sobre organización y funcionamiento de las jurisdicciones administrativas. Y constituye, al decir de Frédéric Lombard, la traducción, en términos de simplificación formal, del procedimiento administrativo contencioso². Pues como dijo René Chapus en su momento, una codificación de este tipo es de una total importancia para la coherencia, la claridad, y por lo mismo, para la inteligibilidad y la accesibilidad del derecho de la justicia administrativa³.

Por otra parte, la adopción de leyes sobre simplificación, en los años 2003 y 2004, ha dado lugar a la búsqueda de la reducción de la complejidad inútil de la ley⁴,

¹ Eduardo García de Enterría. *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*. Thomson–Civitas, Madrid, 2007, pág. 82.

² La simplification de la procédure administrative contentieuse, en Jean-Marie Portier (director), *La simplification du droit*, PUAM, Aix-en-Provence, 2006, pág. 167.

³ Citado por Lombard, op. cit.

⁴ Lombard, op. cit.



así como a la simplificación de los procedimientos. Creo entender que, en ese mismo espíritu, se encuentra la decisión reciente de reformar la justicia administrativa para mejorar su desempeño preservando, al mismo tiempo, su calidad: adaptar los procedimientos a la diversidad de los expedientes para concentrar la dedicación de los magistrados a los asuntos más complejos; volver más legible y más visible el procedimiento; reforzar el estatus de los magistrados administrativos; generalizar la gestión por objetivos; abrir la justicia administrativa hacia su entorno.

Este panorama de desarrollos recientes en el ámbito del derecho contencioso administrativo francés muestra en forma patente los inmensos beneficios que podemos obtener, en la revisión de nuestro Código Contencioso Administrativo, de la experiencia que nuestros ilustres visitantes del Consejo de Estado francés van a compartir con nosotros.

Concluyo agradeciendo al Gobierno francés su acompañamiento para el éxito de esta Misión Técnica y la presencia de dos de sus más ilustres Consejeros de Estado, así como la solidaridad y el afecto transmitido a los colombianos durante estos últimos años de actos terroristas que generaron tantos secuestros de colombianos de bien, entre ellos la ciudadana colombo-francesa Ingrid Betancur; a los Consejeros de Estado francés su presencia en nuestro país para aportar con sus conocimientos invaluable elementos de juicio para las reformas que actualmente se preparan en el campo de la jurisdicción contencioso-administrativa; al profesor Gerard Marcou; a los magistrados de las diferentes Cortes y Tribunales del país, y en especial, a los Consejeros de Estado quienes han venido trabajando ardua y comprometidamente en esta importantísima reforma, así como a los funcionarios del Gobierno Nacional que integran esta Comisión.

Les deseo los mayores éxitos durante esta semana de trabajo, y espero que su presencia alcance, como no lo dudo, los exitosos resultados en el acompañamiento al trabajo que con dedicación ha venido y viene realizando la Comisión para la reforma a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Expresamos, desde ahora, nuestro cálido agradecimiento por su apoyo y su presencia en nuestro país, y deseamos los mayores éxitos durante estas jornadas.



Intervención del Señor Alain Fort

PRIMER CONSEJERO DE LA EMBAJADA DE FRANCIA EN COLOMBIA

Es para mí un placer y un honor estar con ustedes aquí, en el Consejo de Estado de la República de Colombia especialmente en la sala de audiencias.

Este lugar tiene tanta significación en términos de justicia: Aquí se construye el Estado de Derecho, los lazos jurídicos entre la administración y el ciudadano, entre los poderes públicos y la protección de la persona, entre la administración y el usuario.

El Consejo de Estado es una institución muy especial para Francia: Desde su inicio en 1817 por un decreto del libertador Simón Bolívar se encuentra el antecedente de la institución creada por Napoleón Bonaparte y el Consulado en 1799.

Hay una similitud de fondo entre los dos consejos, no solamente respecto al derecho administrativo mismo sino también en cuanto a sus bases: en ambos casos, tienen sus principios en la constitución; en ambos casos, los consejos a la vez el juez mayor y el consejo del Estado; en ambos países existe la dualidad de jurisdicción. Y además, están ubicados los dos cerca a la Corte Constitucional.

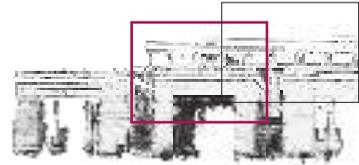
Es también un honor que nos manifiestan al invitar a Francia, a través de dos eminentes consejeros de Estado y de un destacado profesor de derecho público, para que sea involucrada en este proceso de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa y del Código Contencioso-Administrativo, con el fin de presentarlo al Congreso de la República.

Todos aquí presentes conocen bien el alcance de este proyecto de reforma: reflexionar sobre el funcionamiento del contencioso-administrativo es nada menos que intentar definir un régimen que concilie los imperativos del orden público y el respeto de la libertad.

Quisiera aprovechar la oportunidad para agradecer a la misión francesa, al señor Marcel Pochard, al señor Durand Viel, que viene a Colombia por primera vez, y al profesor Marcou por su acción cada vez más intensa en este país. Mi reconocimiento también para el doctor William Zambrano Cetina por su entusiasmo en la organización de esta Misión.

Gracias a todos ellos por su profundo interés en apoyar este proyecto y participar en la elaboración de los diversos principios y orientaciones que deberían inspirar el nuevo Código.

Gracias a ustedes seguiremos desarrollando nuestra cooperación en favor del Estado de Derecho y de la protección de las libertades, conceptos clave de la política de Francia en Colombia que empezó en 2005 con nuestra participación en el Encuentro de la Jurisdicción Administrativa y el Encuentro de la Jurisdicción Constitucional y continuó con el decimoquinto aniversario de la Corte Constitucional en julio de 2006.



Señores. pueden estar seguros de que la Embajada les apoyará de la mejor manera que se pueda y tanto como ustedes lo desean para que este trabajo de la mayor importancia sea exitoso, fructífero y provechoso para todos.



Intervención del Señor Marc Durand-Viel

CONSEJERO DE ESTADO

Al comienzo de esta semana de trabajo, quiero expresar en algunas palabras el honor y el placer que sentimos, mi colega Marcel Pochard y yo, de estar en Colombia y de participar de sus reflexiones sobre la reforma al Código Contencioso Administrativo.

Estamos muy agradecidos con los que propusieron esta Misión de Cooperación Técnica; con los que la organizaron (especialmente con el señor Consejero de Estado William Zambrano Cetina que trabajó mucho con este fin), con los que proveyeron su apoyo material y financiero (en particular el señor Embajador de Francia y el señor Philippe Valeri, Consejero de Cooperación y Acción Cultural) y con todo el Consejo de Estado colombiano que nos hace el honor de acogernos a nosotros hoy.

Esta misión es una etapa más en las relaciones de cooperación entre las instituciones colombianas y francesas, en el ámbito del derecho público, ya antiguas y provechosas. Ya se han realizado muchos encuentros jurídicos entre Francia y Colombia. Marcel Pochard puede dar testimonio, pues ha venido varias veces aquí para compartir nuestras experiencias sobre las necesarias adaptaciones para mejorar el derecho y los procedimientos administrativos.

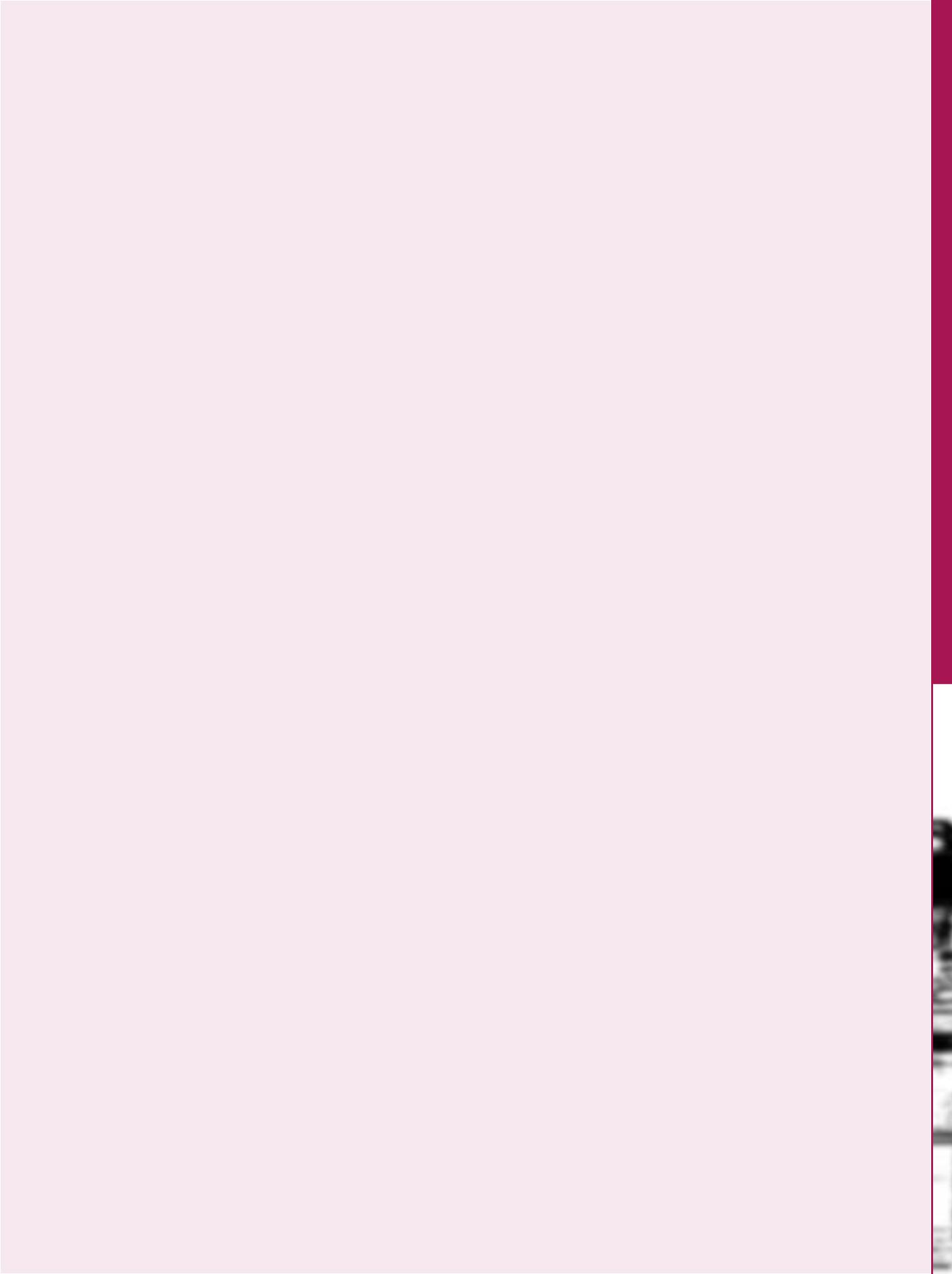
Las instituciones de los dos países son, en gran parte, parecidas, y, de todos modos, tienen la misma finalidad: mejorar continuamente la conciliación entre, de un lado, las garantías de los derechos, fundamentales o no, de los ciudadanos frente a las administraciones públicas y, del otro, las necesarias prerrogativas de la administración que tiene la carga de los intereses públicos, pero siempre sometida al principio de la legalidad de sus actos. En los dos países, asegurar esta conciliación es el papel de la jurisdicción administrativa.

Si, en los tiempos pasados, los principios del derecho administrativo francés aparecieron como una referencia por los países más jóvenes, nosotros los franceses tenemos hoy que dar prueba de modestia y estar abiertos a las experiencias de los otros para acercar el ideal de justicia, siempre más exigente y jamás llevado a cabo.

Luego, ¡nuestra tarea común es encomiable pero difícil! ¡Una razón más para cooperar! Por mi parte, además, estoy encantado de participar en este trabajo común, como huésped de un país que yo sabía grande, hermoso y de gran cultura, pero donde vengo por primera vez, con el gran placer que ustedes pueden imaginar.

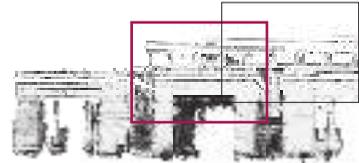


SESIONES INTERNAS DE TRABAJO
DEL CONSEJO DE ESTADO
Y DE LA COMISIÓN DE REFORMA
A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA



INTRODUCCIÓN





Introducción

L'évolution du contentieux administratif dans le monde

Marcel Pochard

CONSEILLER D'ÉTAT

Vous avez souhaité que je vous présente un état de la situation du contentieux administratif dans le monde.

Je sais que si vous avez formulé ce souhait, c'est en raison d'une certaine appréhension devant les évolutions qui peuvent paraître remettre en cause progressivement ce contentieux.

Je commencerai donc par une présentation des éléments qui peuvent justifier cette appréhension et qui témoignent de cette mise en cause du contentieux administratif et plus largement du droit public. Puis je présenterai les éléments qui témoignent de la vitalité de ce contentieux et de ce droit et je m'efforcerai de dégager les perspectives les plus réalistes de l'évolution en cours.

I. Les défis qui pèsent sur le devenir du contentieux administratif

Trois défis pèsent sur le contentieux administratif:

- Les coups de boutoir qui lui sont portés par les tenants du système anglo-saxon de la Common Law
- Des lézardes, dans les pays de juridiction administrative, dans certains fondements du droit public et de la juridiction administrative
- Certaines faiblesses propres du contentieux administratif dans les années passées et auxquelles on a souvent trop tardé à répondre.

1.1. Les coups de boutoir portés au contentieux administratif par les tenants du système anglo-saxon de Common Law

Ces coups de boutoir constituent les menaces les plus fortes contre le contentieux administratif.

- a) Ils sont d'autant plus forts qu'ils trouvent leur place dans une compétition d'ensemble entre les deux grands systèmes de droit qui existent dans le monde:

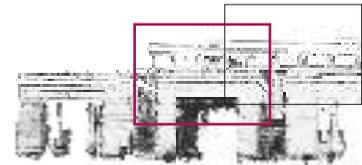


le système de droit romano germanique, qui tire son nom du droit romain dont il s'inspire et se trouve plus répandu qu'on ne le pense¹ et le système de Common Law, et qui va bien au-delà du seul contentieux administratif.

Inutile de rappeler tout ce qui distingue ces deux systèmes juridiques. Soulignons toutefois qu'il y a entre eux deux différences principales portant l'une sur la conception du droit et l'autre sur la conception de l'Etat.

- La conception du droit dans le système romano germanique, c'est celle d'un droit écrit, organisé, ordonné, cohérent, que seul un acte du souverain peut créer, ce qui en décuple la force, à l'image du code civil. Dans le système dit de la *Common law*, le mode d'élaboration du droit est par essence processuel et jurisprudentiel et ce droit est au total un droit de praticiens. Cette distinction dans l'élaboration du droit se double d'une différence de conception du procès; en *Common law* la procédure est menée sous la direction des parties, à égalité d'armes, avec une intervention faible de l'Etat, alors qu'en droit romano-germanique elle est, de sa mise en mouvement jusqu'à son issue, conduite par l'Etat; ce rôle de l'Etat permet d'assurer que les parties sont traitées à égalité dans le procès, notamment les plus faibles.
- S'agissant des différences dans la conception de l'Etat, notons que dans le droit romano-germanique, elle est celle, issue du droit romain, d'un Etat qui a en charge l'intérêt général (la «*res publica*») et se trouve doté de ce fait de prérogatives de puissance publique, qui lui permettent de faire prévaloir cet intérêt général et d'en assurer une mise en œuvre efficace. En droit anglo-saxon la notion de «*chose publique*» n'est pas familière. Le principe justificatif du droit anglais n'est pas de faire le bonheur des gouvernés en travaillant à l'intérêt général; il est de donner à chacun les moyens de réaliser son propre bonheur; il n'y a pas besoin de droit public pour ce faire. L'exemple type de cette approche exclusivement privatiste de la «*Common law*» est parfaitement illustrée par une affaire assez spectaculaire (rapportée par Elisabeth Zoller dans son remarquable Précis Dalloz «*Introduction au droit public*»), qui opposa Edward Pickles à la commune de Bradford dans l'Angleterre victorienne. Dans cette affaire, le propriétaire d'un fonds riche d'une nappe phréatique avait creusé des puits et détourné les eaux de leur destination naturelle qui était le fonds voisin appartenant à une commune, ce qui privait toute une collectivité de ressources naturelles de première nécessité, dans l'intention selon toute probabilité de forcer la commune à lui acheter son terrain. La Chambre des Lords a jugé que la *Common law* lui donnait le droit d'agir pour n'importe quel motif, y compris des motifs égoïstes, vénaux et moralement condamnables dès lors que son acte n'était pas constitutif d'un dommage causé par une faute juridique et elle a jugé la plainte de la collectivité sans fondement. Cette protection des intérêts individuels sans le moindre souci de l'intérêt public a conduit le grand

¹ On le rencontre dans les pays d'Europe continentale, en premier lieu la France et l'Allemagne, mais aussi l'Espagne et l'Italie, et dans de nombreux pays hors d'Europe, comme les pays d'Amérique Latine; de nombreux pays d'Asie, comme la Corée ou le Vietnam, sont adeptes d'un droit codifié.



comparatif Gutteridge à écrire, en 1933: «*Notre droit a consacré sans le moindre état d'âme une théorie de la protection des droits individuels qui n'est rien d'autre que la consécration d'un égoïsme sans borne*». Dans le même temps d'ailleurs, le contrôle opéré par le juge sur les décisions des autorités publiques s'est longtemps limité au caractère raisonnable de la mesure attaquée (voir l'arrêt de principe «*Wenesbury*» de 1948), très éloigné du contrôle beaucoup plus affiné et effectif du juge administratif français.

Cette dernière approche juridique, qui a certes évolué, mais reste au cœur de ce système, a pour corollaire une distinction tranchée entre un droit privé et un droit public et l'existence dans les pays de droit romano germanique d'une juridiction spécifique en charge du respect du droit public et du contrôle de l'administration, la juridiction administrative.

- b) Le modèle continental ou romano-germanique se trouve soumis à des enjeux très forts. S'il serait exagéré de parler de « bataille juridique », entre Etats de *Common law* et Etats de droit romano-germanique, il faut bien reconnaître l'existence d'une compétition juridique et d'une recherche de promotion par chaque camp de son propre système juridique, car c'est un moyen de conforter son rayonnement, sa compétitivité économique et ses entreprises. Le droit est devenu un enjeu économique par ses effets directs et indirects.

- La compétition est particulièrement vive **en droit international privé et en droit économique**. Et pour cause, les Etats et les entreprises qui maîtrisent les normes et les procédures applicables en la matière disposent d'un atout concurrentiel indéniable. Derrière les Etats, les cabinets d'experts, ou les avocats promouvant une norme et un système juridique, arrivent des entreprises sœurs ou liées.

C'est, de ce fait, dans le droit des affaires que la compétition est la plus exacerbée, en particulier dans les enceintes internationales à vocation technique ou économique, car le droit élaboré dans ces enceintes acquiert une emprise croissante sur le droit interne. On note en Europe le poids de l'influence anglo-saxonne au FMI, à la Banque mondiale, à l'OMC, pour des raisons conceptuelles et historiques: ce sont les pays anglo-saxons qui sont à l'origine du libre échange, puis du GATT.

L'ensemble des acteurs du système juridique anglo-saxon se relaient pour promouvoir, sinon imposer, leur système, qu'ils s'agissent des professions juridiques (voir les formidables moyens financiers de l'American Bar Association), des entreprises ou des pouvoirs publics (voir en ce sens la brochure diffusée début 2008 par la vénérable Law Society anglaise «*England and Wales, the jurisdiction of choice*», dans une véritable stratégie Marketing en faveur de la *Commun Law*, et préfacée par le ministre britannique de la Justice; les réactions les plus vives ne sont d'ailleurs pas venues de France, mais d'Allemagne).

- **Pour ce qui est du droit public**, sa contestation par le droit anglo-saxon est quasi frontale, en raison même des différences dans la conception de l'Etat.



Certes, on va le voir, les anglo-saxons, en particulier les anglais, ont été amenés à se doter progressivement, à partir des années 1970, puis plus nettement à partir de 1990, d'un véritable droit public administratif. Il n'en reste pas moins, que le modèle de droit public et de juridiction administrative romano-germaniques est fondamentalement mis en cause. Il l'est dans les règles qu'il met en œuvre, -c'est ce qui explique les réserves britanniques au vote d'une constitution européenne comportant un énoncé des droits fondamentaux des citoyens de l'Union- comme dans sa procédure, accusée d'être lourde, figée et source de lenteur. On en sait quelque chose en Colombie où ces arguments ont conduit à expérimenter la procédure accusatrice dans certains tribunaux administratifs, bien qu'il soit loin d'être acquis que l'égalité des armes puisse être assurée.

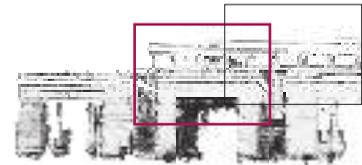
L'important dans cette affaire n'est au demeurant pas pareille expérimentation, mais la façon très caricaturale dont est souvent présentée la procédure administrative, en méconnaissance des évolutions considérables intervenues au cours des dernières années, comme il va être indiqué.

1.2. Les lézardes, dans les pays ayant une juridiction administrative, dans certains fondements du droit public et de la juridiction administrative

Comme il a été indiqué plus haut, l'existence d'un droit administratif et d'une juridiction administrative découle directement de l'idée de «res publica», c'est-à-dire d'un intérêt public distinct des intérêts privés, et de la nécessité de faire prévaloir cet intérêt public grâce à des prérogatives de puissance publique confiées aux autorités publiques; ce qui justifie in fine une procédure contentieuse spécifique.

Ce schéma classique est en train de connaître des lézardes:

- La confiance dans les autorités publiques, comme sources de l'intérêt général, se trouve en partie ébranlée. L'idée apparaît que dans l'organisation sociale, ce qui est important, c'est la libre possibilité donnée à tous les acteurs de s'exprimer et que de ce libre jeu et de cette libre confrontation doit surgir la meilleure solution à retenir. Dans une telle conception, il n'est plus besoin de prérogatives de puissance publique et de juge administratif.
- Les modes de gouvernance de la part des Etats évoluent et une place de plus en plus grande est donnée à des autorités administratives indépendantes, en charge de la régulation de pans entiers de la vie du pays. La légitimité d'un juge administratif spécifique pour connaître des décisions de ces autorités administratives indépendantes est regardée comme moins directement incontestable que pour ce qui est des décisions des autorités publiques traditionnelles. Ces autorités indépendantes ont en effet à connaître de deux grands types de questions: des questions de régulation économique (cas pour les autorités administratives indépendantes chargées de la concurrence, du fonctionnement des marchés financiers, de la libéralisation en matière de télécommunications, d'électricité ou de gaz,...) et des questions de protection des libertés publiques ou de la



vie privée (autorité chargées des fichiers informatiques, des interruptions de sécurité, de la discrimination...). Dans les deux cas, il ne manque pas de voix pour penser que le contrôle des décisions de ces deux types d'autorités doit être confié au juge judiciaire, juge de droit commun en matière commerciale et économique d'une part, et traditionnel protecteur des atteintes à la vie privée ou aux libertés d'autre part.

- Dans le même temps, on constate chez nombre de décideurs publics et privés le développement d'un courant de pensée marquée par la méfiance envers les capacités d'adaptation et d'évolution du droit administratif et des institutions administratives; ce droit et ces institutions sont regardés comme compromettant la modernisation managériale des organisations publiques et comme inadaptées aux exigences de performance qui s'imposent aux gestionnaires publics, comme aux gestionnaires privés. Dans cette optique simpliste les structures administratives étatiques sont vite perçues comme une survivance du passé et l'idée progresse que mieux vaut s'en remettre à des acteurs privés et au juge judiciaire, plutôt que de conserver une juridiction administrative, dont la cause serait liée à celles de ces structures condamnées.
- Il faut ajouter à cela la mise en évidence des difficultés, notamment de frontière de compétences, inhérentes à tout système de dualité de juridiction. On fait valoir que ces difficultés déconcertent le justiciable et constituent un frein à l'accès à la justice. Et on en déduit qu'il y aurait lieu de regrouper au bénéfice du juge judiciaire toute une série de domaines de litiges. Aussi en France actuellement, s'agissant du droit des étrangers. Un amendement a été récemment proposé, dans le cadre du projet de loi de révision de la Constitution, pour faciliter ce genre de regroupement. Les tenants de la juridiction administrative n'ont pas manqué de s'en émouvoir. L'amendement a été écarté. Mais cela montre que la dualité de juridiction n'est pas toujours bien comprise.

1.3. Les faiblesses propres du contentieux administratif, dans les années passées, auxquelles il n'a pas toujours été complètement répondu

Le troisième élément qui peut fragiliser le contentieux administratif, ce sont ses faiblesses propres, auxquelles on a trop tardé à répondre et dont les réponses ne sont pas toujours connues.

On a beaucoup mis en cause, dans le passé certaines limites du contentieux administratif et du juge administratif:

- Sa lenteur ou plus exactement le mauvais fonctionnement de ses dispositifs appelés à mettre fin aux illégalités les plus voyantes et néfastes: tous les systèmes contentieux ont été confrontés à cette exigence; il y a été répondu le plus souvent, en Europe continentale, par la procédure de suspension des actes dont l'exécution aurait des conséquences irréversibles et à l'encontre desquels un moyen paraissait à l'évidence fondé. Mais l'utilisation qui a été faite de cette procédure par le juge administratif a été marquée par un excès de prudence qui l'a rendu marginale. D'où la solution mise en œuvre en France du juge de



l'urgence qui fonctionne depuis l'année 2000 et sur laquelle je reviendrai. La Colombie a été beaucoup plus tôt moins pusillanime, grâce à la procédure de la «Tutela», de l'action populaire et de l'action de groupe ou de classe, d'impact plus considérable.

- Son caractère essentiellement écrit, ce qui peut donner le sentiment d'une insuffisance transparence, à une époque où tout paraît devoir être mis sur la place publique et débattu de façon orale. Le juge administratif y répond par plus d'oralité, mais le grief demeure.
- Son efficacité insuffisante, quant aux effets des décisions d'annulation rendues par le juge. Cette faiblesse a été bien mise en évidence par un article de Jean Rivero intitulé «Le Huron au Palais Royal», article bien connu en Colombie puisque on y a publié un recueil en espagnol des principaux articles de cet éminent juriste, grand ami et admirateur des juristes colombiens, à l'occasion d'une journée d'hommage à l'Université du Rosario. M. Rivero s'étonnait de la faiblesse des pouvoirs du juge à l'égard de l'administration. Il a été largement remédié à cette faiblesse, car l'office du juge a été bouleversé; mais on continue ici et là à ne voir que la situation passée.

II. Les éléments qui justifient une pleine confiance dans l'avenir du contentieux administratif

Les éléments qui justifient la pleine confiance dans l'avenir du contentieux sont largement à la mesure des craintes qui viennent d'être exposées.

Les principaux de ces éléments sont les suivants:

- Le poids des systèmes de juridiction administrative en Europe et dans le monde.
- La modernisation des juridictions administratives qui leur ont permis de remédier aux problèmes relevés plus haut, d'affirmer leur identité et de se positionner comme des protectrices efficaces des droits des administrés.
- L'émergence progressive, mais bien réelle d'un droit administratif et d'un contentieux correspondant dans les pays de Common law.
- La construction d'un modèle européen de juridiction administrative, qui sait affirmer l'identité des juridictions administratives européennes, tout en dépassant les clivages inutiles et en favorisant le métissage des droits.

2.1 Le poids des systèmes de juridiction administrative en Europe et dans le monde

La justice administrative n'est pas en recul, loin de là, en Europe. C'est de loin le modèle majoritaire.

Les chiffres sont clairs: 15 Etats membres de l'Union européenne sur 27 disposent, comme en France, d'une juridiction administrative suprême, distincte



des autres cours suprêmes. La dualité –ou plutôt la «pluralité»– des juridictions est donc le mode d'organisation le plus répandu en Europe.

Si l'on affine l'analyse, on peut répartir ces 15 pays qui ont une juridiction administrative indépendante entre deux modèles: la Cour administrative suprême, à l'Allemande, exclusivement consacrée à des fonctions juridictionnelles (10 Etats); et le système français du Conseil d'Etat exerçant également des fonctions consultatives (5 Etats).

Dans 12 autres Etats européens, on a opté pour une Cour suprême unique.

Mais, là encore, il faut distinguer, parmi ces 12 Etats, deux groupes de pays, qui ont des conceptions très différentes de la justice administrative. Dans un premier groupe de 6 Etats, la Cour suprême est, certes, unique, mais elle comprend en son sein une chambre administrative spécialisée, en charge d'une jurisprudence administrative propre. Tel est le cas en Espagne. Une telle organisation n'est en réalité pas très éloignée du système français: on trouve dans ces pays des juges administratifs spécialisés et un droit administratif autonome qui régit les activités des collectivités publiques.

Ainsi, dans 21 Etats membres sur 27, le droit public se différencie nettement du droit privé et relève de formations juridictionnelles spécifiques, jusqu'au sein de la Cour suprême.

En définitive, on ne trouve que 6 Etats ayant une Cour suprême non seulement unique, mais aussi –indivise– autrement dit une cour dans laquelle ce sont les mêmes magistrats qui jugent l'administration et les particuliers. Cette organisation judiciaire propre à la Common law se retrouve en dehors de la Grande-Bretagne et de l'Irlande, dans seulement 4 Etats européens: Chypre, Malte, le Danemark et la Slovénie – pays dont la taille et l'histoire expliquent sans doute le choix.

Si exception il y a, assurément, elle n'est pas française.

2.2. La modernisation de la juridiction administrative

La meilleure réponse aux détracteurs de la juridiction administrative, c'est de remédier à ses faiblesses et d'en faire une juridiction répondant pleinement aux besoins des justiciables.

La France a été particulièrement sensible à cette exigence. Un effort exceptionnel a été réalisé en ce sens au cours des 20 dernières années.

Les éléments les plus marquants sont les suivants:

- La refonte de l'architecture et de la carte géographique de la juridiction administrative, avec la création d'un échelon d'appel entre les tribunaux administratifs et la juridiction suprême, les Cours administratives d'appel, et avec le renforcement du réseau des Tribunaux administratifs, grâce à la création de nouveaux tribunaux là où les besoins sont les plus marqués. Cela a permis de maîtriser mieux le flux du contentieux et de ramener par exemple les délais prévisibles moyens de jugement au Conseil d'Etat à 11 mois, dans les Cours



et les Tribunaux administratifs à respectivement 1 an 1 mois et 1 an 2 mois; le nombre d'affaires jugées a augmenté de très exactement 50% dans les cours et les tribunaux en 5 ans entre 2002 et 2007. Ces résultats sont le fruit à la fois des efforts de rationalisation et de performance de toute la juridiction administrative et de l'appui des pouvoirs publics qui ont conforté les moyens humains et matériels dont dispose celle-ci; l'effort des uns et des autres s'est traduit dans la conclusion de contrats d'objectifs liant moyens supplémentaires et amélioration des résultats.

- La prise en compte de l'exigence de l'urgence; une des faiblesses de la procédure contentieuse a été longtemps, comme il a été dit, le retard à sanctionner des irrégularités aux conséquences difficilement réparables. Pour remédier à cette situation, une loi de 2000 a complètement modifié les obligations et pouvoirs du juge. En cas d'atteinte à une liberté publique, le juge de l'urgence, saisi par un requérant, est tenu de se prononcer dans les 48 heures, selon une procédure qui peut être exclusivement orale, ce qui entraîne une permanence du juge 365 jours par an, week-end et jours fériés; et ce juge est doté de plus larges pouvoirs pour mettre un terme à l'atteinte à la liberté publique: suspension de l'acte, injonction faite à l'administration de prendre telle ou telle disposition... Ainsi récemment, un maire a-t-il refusé la salle municipale à un parti politique pour y tenir un meeting électoral, visiblement parce que le parti politique ne lui convenait pas; le juge de l'urgence du tribunal administratif saisi dans les 3 jours a pu suspendre le refus et enjoindre au maire d'autoriser l'accès à la salle municipale dans des délais permettant le meeting.

Mais même si une liberté publique n'est pas en cause, en cas d'urgence, les possibilités données au juge de suspendre l'acte irrégulier ont été très élargies; il n'est plus nécessaire que les conséquences de l'acte soient irréparables. Cette saisine du juge de l'urgence est devenue une véritable pratique des requérants français. Dans le même ordre d'idée, il y a lieu de signaler le cas particulier des pouvoirs donnés au juge en matière de marchés publics ou de délégation de service public, avant même la signature du contrat: s'il s'avère que les règles de base des marchés publics, celles de publicité et de mise en concurrence, n'ont pas été respectées, le concurrent mécontent peut saisir le juge du contrat qui peut suspendre la passation du contrat, empêchant de ce fait la signature de ce contrat, suspendre l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, annuler ces décisions, supprimer des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat...

- Autre révolution, la transformation de l'office du juge. Ce point transparaît déjà dans ce que j'ai dit des pouvoirs du juge de l'urgence ou du référé pré-contractuel. Mais c'est plus généralement que le juge s'est vu accorder des pouvoirs plus complets, par delà l'annulation ou la condamnation à indemniser. Le juge peut suspendre un acte ou une procédure (par exemple suspendre la passation d'un contrat, qui ne respecte pas les principes de transparence et d'égal accès; cela a été le cas de la première passation du contrat créant le système de vélo en libre-service à Paris), il peut enjoindre d'agir dans tel ou tel sens (par exemple d'octroyer un visa d'accès au territoire français ou de délivrer un titre de séjour),



il peut accompagner son injonction d'une astreinte (par exemple de prendre un décret d'application d'une loi dans un délai préfixé); il peut moduler dans le temps les effets de l'annulation...

- Ultime révolution à signaler, l'étendue du contrôle. Je ne parlerai pas de la quasi disparition de l'acte de gouvernement, mais de l'accentuation du contrôle de proportionnalité qui amène le juge à vérifier de plus en plus étroitement que l'administration n'utilise les considérables prérogatives qu'elle détient que dans la mesure de ce qui lui est nécessaire; par exemple s'agissant des déclarations d'utilité publique de grands équipements, le Conseil d'Etat s'assure de plus en plus des conséquences de ces équipements sur l'environnement, ce qui l'a amené en 2006 à annuler un ligne à très haute tension dans les gorges du Verdon, magnifique site naturel de Haute Provence, obligeant ainsi EDF à enfouir cette ligne.

Au total le juge administratif a été mis à même d'être le véritable protecteur des droits fondamentaux de l'individu, face à une administration qui reste le pot de fer par rapport au pot de terre.

2.3. L'émergence progressive, mais bien réelle d'un droit administratif et d'un contentieux correspondant dans les pays anglo-saxons

Force est en effet de constater que les anglo-saxons, en particulier nos voisins anglais, ont été amenés à se doter progressivement, à partir des années 1970, puis plus nettement à partir de 1990, d'un véritable droit public administratif. Dans les années 1970, le Parlement de Westminster s'est préoccupé d'améliorer les conditions de recours des administrés contre le pouvoir de l'administration, jugé insuffisantes, en autorisant le juge à accorder aux plaignants une annulation, une injonction, des dommages et intérêts, et la Chambre des Lords de son côté a créé un véritable contentieux de droit public centré sur l'excès de pouvoir.

Dans les années 1990, la nouveauté a été l'adoption du Humann Rights Act (en 1998), qui introduit dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en droit anglais et la rend applicable à toutes les autorités publiques. De ce fait les juges anglais vérifient de plus en plus souvent, sous la forme d'une approche de type droit continental, la manière dont l'intérêt public se décline dans les affaires qui viennent devant eu.

Et même dans les enceintes internationales les plus sensibles au modèle anglo-saxon le principe du droit romanique commencent à être pris en référence, ainsi à l'OMC...

2.4. La construction d'un modèle européen de juridiction administrative et d'un ordre public européen

Mais ce qui est encore plus déterminant pour le devenir de la juridiction administrative, c'est l'appui qu'elle trouve dans la construction d'un ordre public européen et d'une Europe de la justice.



- Il n'est pas besoin d'insister sur le développement d'un véritable **ordre public européen**; chacun sait la montée en puissance d'une réglementation à l'échelle de l'Europe, au travers bien sûr de l'Union européenne, mais aussi de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Or cet ordre juridique européen s'inspire très largement du droit romano-germanique: affirmation d'une hiérarchie des normes, existence d'une nomenclature des actes dont le régime est semblable pour l'essentiel à celui des actes administratifs unilatéraux (motivation, publication...), organisation du contentieux communautaire s'inspirant de notre droit administratif (recours en annulation, exception d'illégalité, rôle de l'avocat général...); autant de principes qui témoignent de la conception différente entre ce système juridique et le système anglo-saxon. La pression de nombreux Etats européens s'accroît pour le développement de cet ordre européen; voir en ce sens la récente déclaration de la chancelière allemande Angel Merkel au Financial Times (vendredi 11 juin 2008): «Continental Europe should take the lead in devising new rules for financial markets because the Anglo-Saxon model of regulation has failed».

Et on peut légitimement nourrir l'espoir que l'espace européen devienne un laboratoire d'un ordre international coordonnant sans hégémonie des traditions juridiques nationales diverses. Il y a là une chance pour la diversité juridique et plus spécialement pour le droit romano-germanique.

Une des plus belles illustrations de l'influence de cet ordre public européen se trouve dans l'évolution même du droit anglais et l'apparition en Angleterre, d'un véritable droit public, au cours des toutes récentes années.

- En consécration de ce développement d'un ordre public européen fondé sur une diversité de droits et donnant une place centrale au droit romano-germanique; il y a lieu de souligner le mouvement en faveur d'une **Europe de la justice, notamment de la justice administrative**. D'ores et déjà, un véritable réseau européen des juridictions judiciaires, comme administratives, s'est constitué. Ces juridictions sont attentives, dans leur jurisprudence, à prendre en compte les décisions prises dans les affaires qu'elles ont à traiter, par les juridictions des autres pays, comme à accroître la protection des droits fondamentaux des citoyens de l'Union. Il en résulte la constitution d'une Europe de la justice, véritable pôle de rayonnement d'un modèle juridique spécifique, nouveau et donc porteur d'avenir; ce pôle ne peut être qualifié, en tant que tel, de romano-germanique, mais il repose pour l'essentiel sur les valeurs de ce dernier droit. L'heure ne devrait au demeurant pas être à la recherche du triomphe d'une tradition juridique sur les autres, mais bien davantage à un métissage des systèmes juridiques.

Je crois pouvoir en conclure, dans cette approche, et sans fausse illusion, aux chances de ce dont est porteur d'irremplaçable un droit écrit et codifié, comme le droit romain: il est un droit profondément démocratique, car il garantit un accès simple et pratique par tous, à la norme applicable; il est gage de sécurité juridique, dès lors que la règle écrite est appliquée partout de la même façon; il est source d'économie, car il est inutile de rechercher la règle à appliquer à travers des



dizaines ou des centaines de pages d'un contrat ou de précédents jurisprudentiels; il assure mieux que tout autre droit l'égalité entre les parties aux procès, qu'elles soient puissantes ou misérables; il se fonde sur une longue tradition juridique romano-germanique.

L'évolution des affaires du monde ne peut que nous conforter dans cette conviction de la sauvegarde d'un droit public exigeant, garant de l'intérêt public. Contrairement à ce que quelques utopistes crédules ont pu penser, nous ne nous acheminons certainement pas vers un monde ayant moins besoin d'Etat ou de puissance publique, mais vers un monde qui en aura un besoin renforcé. Le monde à venir est un monde dans lequel de nombreuses forces sont à l'œuvre, susceptibles d'en menacer l'équilibre: forces de mort avec la prolifération des armes de destruction massive; atteintes à l'environnement et à la survie de la planète; risques dus aux formidables puissances privées capables de plier l'avenir des hommes à leurs intérêts, qu'elles soient d'argent, de réseaux maffieux ou de contrôle des richesses naturelles; explosion des fanatismes de toutes natures et du terrorisme aux multiples formes, sans parler des immenses possibilités ouvertes par la science, mais dont tout nous indique que l'homme devra savoir les maîtriser, sauf à tomber dans des manipulations compromettant la dignité humaine. Ernst Jünger, le grand écrivain philosophe allemand prédisait peu avant sa mort, au seuil du XXIème, que ce siècle serait «le siècle des Titans», du nom de ces demi-dieux de l'Antiquité aux pouvoirs surhumains, qui défiaient les dieux. Probablement avait-il raison. Ceci ne peut, bien sûr, que nous conduire à être particulièrement vigilant dans l'organisation des forces susceptibles de maîtriser ces Titans, c'est-à-dire les Etats et les organisations internationales et dans l'octroi à ces forces de prérogatives à la mesure des enjeux. L'existence d'un droit public nous paraît un des éléments déterminants de ce résultat.

Permettez moi au total d'en conclure, par delà tant le droit administratif, que le droit romano-germanique ou le droit anglo-saxon, aux chances de la diversité juridique, aussi essentielle à nos sociétés démocratiques que le pluralisme politique ou culturel.



La evolución del contencioso administrativo en el mundo¹

Marcel Pochard

CONSEJERO DE ESTADO

Ustedes han querido que les presente una aproximación de la situación del contencioso-administrativo en el mundo.

Sé que si formularon este deseo es debido a una determinada aprehensión ante las evoluciones que pueden parecer poner en entredicho progresivamente este contencioso-administrativo.

Comenzaré, entonces, por una presentación de los elementos que pueden justificar esta aprehensión y que dan prueba de este cuestionamiento respecto del contencioso administrativo y más ampliamente del derecho público. Luego presentaré los elementos que evidencian la vitalidad de este contencioso y de este derecho y me esforzaré en mostrar las perspectivas más realistas de la evolución en curso.

I. Los desafíos que enfrenta el futuro del contencioso-administrativo

Tres desafíos pesan sobre el contencioso-administrativo:

- Los ataques de los promotores del sistema anglosajón del *Common Law*
- Las grietas, en los países de jurisdicción administrativa, en algunos fundamentos del derecho público y en la jurisdicción administrativa
- Algunas debilidades propias del contencioso-administrativo en los últimos años y a las cuales se ha tardado demasiado en responder.

1.1. Los ataques de los promotores del sistema anglosajón del *Common Law*

Estos ataques constituyen la amenaza más fuerte contra el contencioso-administrativo.

- a) Estos ataques son tanto más fuertes que se inscriben en una competencia entre los dos grandes sistemas de derecho que existen en el mundo: el sistema de

¹ Traducción de Grenfieth Sierra Cadena.



derecho romano germánico, que extrae su nombre del derecho romano del que se inspira y se encuentra más extendido de lo que pensamos² y el sistema del *Common Law*, que va más allá del solo contencioso administrativo.

Es inútil recordar todo lo que distingue estos dos sistemas jurídicos. Señalemos, no obstante, que hay entre ellos dos diferencias principales, que tratan una sobre la concepción del derecho y la otra sobre la concepción del Estado.

- La concepción del derecho en el sistema romano germánico es la de un derecho escrito, organizado, ordenado, coherente, que solamente un acto del soberano puede crear, lo que multiplica su fuerza así como sucede con el Código Civil. En el sistema de la *Common law*, la forma de elaboración del derecho es por esencia procesal y jurisprudencial y este derecho es en su totalidad un derecho nacido de la práctica. Esta distinción en la elaboración del derecho se amplía en la diferencia de concepciones del proceso; en el *Common law* el procedimiento se lleva bajo la dirección de las partes, con igualdad de armas (procedimientos y recursos), con una intervención discreta del Estado, mientras que en el derecho romano germánico, desde su puesta en movimiento hasta su terminación, es conducido por el Estado. Este rol del Estado permite garantizar que las partes sean tratadas en forma igual dentro del proceso, en particular los más débiles.
- Tratándose de las diferencias en la concepción del Estado, notamos que en el derecho romano germánico es la concepción, originada del derecho romano, de un Estado que tiene a su cargo el interés general (la “res publica”) y se encuentra dotado por lo tanto de prerrogativas de poder público, que le permiten hacer primar el interés general y garantizar una aplicación eficaz. En derecho anglosajón el concepto de “res publica” no es familiar. El principio justificante del derecho inglés no es garantizar la felicidad de los gobernados trabajando en el interés general; es dar a cada uno los medios para realizar su propia felicidad; no hay necesidad de apelar al derecho público para este propósito. El ejemplo –típico de este enfoque exclusivamente privatista del “*Common law*”– perfectamente se ilustra por un caso bastante espectacular (reseñado por Isabel Zoller en su notable Précis Dalloz “Introducción al derecho público”), el caso de Edward Pickles vs el municipio de Bradford en la Inglaterra victoriana. En ese caso, el propietario de un terreno rico en reservas subterráneas de agua, había cavado pozos desviando las aguas de su curso natural, que era el predio vecino el cual pertenecía al municipio, lo que privó a toda una comunidad del recurso natural de primera necesidad, con la intención, seguramente, de forzar al municipio a comprarle su terreno. La Cámara de los Lores juzgó que la *Common law* le daba a él el derecho a actuar sin importar el motivo, incluidos motivos egoístas, banales y moralmente condenables en cuanto que su acto no era constitutivo de un daño causado por una culpa jurídica y ella consideró que la demanda de la comunidad no tenía fundamento. Esta protección de los intereses individuales

² Se lo encuentra en los países de Europa continental, en primer lugar Francia y Alemania, y también España e Italia, y en numerosos países fuera de Europa, como en los países de América Latina; numerosos países de Asia, como Corea o Vietnam, son adeptos de un derecho codificado.



sin la menor preocupación del interés público condujo al gran experto en derecho comparado Gutteridge a escribir, en 1933: «*Nuestro derecho consagró de forma desalmada una teoría de la protección de los derechos individuales que no es otra cosa que la consagración de un egoísmo sin límites*». Al mismo tiempo, por otra parte, el control ejercido por el juez sobre las decisiones de las autoridades públicas durante mucho tiempo se limitó al carácter razonable de la medida impugnada (véase la sentencia de principio “Wenesbury” de 1948), muy distante de un control más preciso y más efectivo del juez administrativo francés.

Esta última aproximación jurídica, que evolucionó, pero permanece en el corazón de este sistema, tiene como colorario una clara distinción resultante entre un derecho privado y un derecho público y la existencia en los países de derecho romano germánico de una jurisdicción especializada encargada del respeto del derecho público y del control de la administración: la jurisdicción administrativa.

- b) El modelo continental o romano germánico se encuentra enfrentado a retos muy importantes. Si bien sería exagerado hablar de una “batalla jurídica”, entre Estados de la *Common law* y Estados del Derecho Romano germánico, es necesario al menos reconocer la existencia de una competencia jurídica y la búsqueda de promoción de un campo para su propio sistema jurídico, ya que es un medio de consolidar su expansión, su competitividad económica y la de sus empresas. El derecho se ha convertido en un instrumento económico por sus efectos directos e indirectos.
- La competencia es especialmente intensa en **derecho internacional privado** y en **derecho económico**. Obviamente, los Estados y las empresas que dominan las normas y los procedimientos aplicables en la materia disponen de un activo competitivo innegable. Detrás de los Estados, llegan las firmas de expertos y de los abogados que promueven una norma y un sistema jurídico, así como las empresas filiales o aliadas.

Es por este hecho que es en el derecho mercantil, donde la competencia es más fuerte, en particular en los organismos internacionales con vocación técnica o económica, ya que el derecho elaborado en estos espacios adquiere una influencia creciente sobre el derecho interno. Se nota en Europa el peso de la influencia anglosajona en el FMI, en el Banco Mundial, en la OMC, por razones conceptuales e históricas: son los países anglosajones los que están en el origen del libre comercio, y luego del GATT.

El conjunto de los protagonistas del sistema jurídico anglosajón se turna para promover, si no imponer, su sistema, bien se trate de las profesiones jurídicas (véase los formidables medios financieros del American Bar Association), de las empresas o autoridades públicas (véase en este sentido el folleto difundido a principios de 2008 por la venerable Law Society inglesa “England and Wales, the jurisdiction of choice”), en una verdadera estrategia comercial en favor del *Commun Law*, e introducido por el Ministro británico de Justicia; las reacciones más fuertes no son por cierto provenientes de Francia sino de Alemania).

- **En lo que se refiere al derecho público**, su crítica con el derecho anglosajón es casi frontal, en razón de las diferencias en la concepción del Estado.



Es un hecho que, como lo vamos a ver, los anglosajones, en particular los ingleses, se han ido dotando progresivamente, a partir de los años 70 y después a partir de 1990, de un verdadero derecho público administrativo. Sin embargo, no es menos cierto que en esos países romano-germánicos el modelo de derecho público y de jurisdicción administrativa ha sido puesto en entredicho. Por ello las normas que aplica –lo que explica las reservas británicas al voto de una constitución europea que implique una declaración de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión– como por su procedimiento, acusado de ser pesado, inmóvil y fuente de lentitud. Se conoce algo de eso en Colombia donde estos argumentos han conducido a experimentar el procedimiento acusatorio en algunos tribunales, a pesar de que se está lejos de poder asegurar “la igualdad de armas.”

Lo importante en este asunto no es por cierto este tipo de experimentación, sino la forma casi caricaturesca en que generalmente se presenta el procedimiento administrativo, desconociendo las considerables evoluciones producidas durante los últimos años, como vamos a explicar.

1.2. Las grietas, en los países con una jurisdicción administrativa, en ciertos fundamentos de derecho público y de la jurisdicción administrativa

Como se indicó más arriba, la existencia de un derecho administrativo y de una jurisdicción administrativa deriva directamente de la idea de la “res publica”, es decir, de un interés público distinto de los intereses privados, y de la necesidad de hacer prevalecer este interés público gracias a las prerrogativas del poder público confiadas a las autoridades públicas, lo que justifica en último término un procedimiento contencioso específico.

Este esquema clásico está en proceso de sufrir ciertas grietas:

- La confianza en las autoridades públicas, como fuente del interés general, se encuentra en parte afectada. La idea es que en la organización social, lo importante es la posibilidad de otorgar para todos los actores la libertad de expresarse y que de este libre juego y esta libre confrontación debe surgir la mejor solución para adoptar. Con tal concepción no es necesario tener prerrogativas de poder público y de juez administrativo.
- Las formas de gobernanza por parte de los Estados evolucionan y un lugar cada vez más importante es otorgado a las autoridades administrativas independientes, encargadas de la regulación de sectores enteros de la vida del país. La legitimidad de un juez administrativo específico para conocer decisiones de estas autoridades administrativas independientes es percibida como más controvertible que en el caso referido de las autoridades públicas tradicionales. Estas autoridades independientes están llamadas a conocer dos grandes tipos de problemas: de regulación económica (caso para las autoridades administrativas independientes encargadas de la competencia, del funcionamiento de los mercados financieros, de la liberalización en materia de telecomunicaciones, electricidad y gas,...) y de protección de las



libertades públicas o de la vida privada (autoridades encargadas de las bases de datos informáticas, de las interrupciones de seguridad, de la discriminación...). En los dos casos, no son pocas las voces para afirmar que el control de las decisiones de estos dos tipos de autoridades debe confiarse al juez judicial, juez de derecho común en materia comercial y económica, de una parte, y tradicional protector de los ataques contra la vida privada o las libertades, por otra parte.

- Al mismo tiempo, se constata que en el caso de los responsables públicos y privados hay un desarrollo de una corriente de pensamiento marcada por la desconfianza hacia las capacidades de adaptación y evolución del derecho administrativo y las instituciones administrativas; este derecho y esas instituciones son percibidas como límites a la modernización de la gestión de las organizaciones públicas y como no aptas frente a las exigencias de resultados que se imponen a los administradores públicos, como a los administradores privados. Desde esta óptica simplista las estructuras administrativas estatales son rápidamente percibidas como residuos del pasado y la idea se dirige a que es mejor orientarse hacia los actores privados y el juez judicial, más que a conservar una jurisdicción administrativa, cuya causa estaría vinculada a la de las estructuras condenadas.
- Es necesario añadir a esto la puesta en evidencia de las dificultades, en particular la frontera de competencias, inherentes a todo sistema de dualidad de jurisdicción. Es necesario resaltar que estas dificultades desconciertan al usuario del sistema y constituyen un freno para el acceso a la justicia. Y de ello se deduce que habría lugar a reagrupar en beneficio del juez ordinario toda una serie de dominios de litigios. Igualmente, esto sucede en Francia actualmente, tratándose del derecho de los extranjeros. Así, se propuso recientemente una enmienda, en el marco del proyecto de ley de revisión de la Constitución, para facilitar esta clase de reagrupación. Los promotores de la jurisdicción administrativa no dudaron en reaccionar. Se descartó la enmienda, pero eso pone de manifiesto que no se comprende bien la dualidad de la jurisdicción.

1.3. Las debilidades propias del contencioso-administrativo, en los últimos años, a las cuales no se ha respondido aún completamente

El tercer elemento que puede debilitar el contencioso administrativo es sus propias debilidades, a las cuales se ha tardado demasiado en responder o las respuestas dadas no son suficientemente conocidas.

Se cuestionó mucho en el pasado algunos límites del contencioso-administrativo y del juez administrativo:

- Su lentitud o más exactamente el mal funcionamiento de sus dispositivos destinados a poner fin a las ilegalidades más evidentes y nefastas: todos los sistemas contenciosos se han enfrentado a esta exigencia. Se respondió a menudo, en Europa continental, con el procedimiento de suspensión de los actos cuya ejecución tendría consecuencias irreversibles ante los cuales dicha suspensión parecía justificada. Pero la utilización que se ha hecho de este procedimiento por



parte del juez administrativo se ha caracterizado por un exceso de prudencia que lo volvió marginal. De ahí la solución desarrollada en Francia de un juez de urgencia que funciona desde el año 2000 y sobre la cual volveré a hablar. Colombia ha sido mucho menos pusilánime, gracias al procedimiento de la “tutela”, de la acción de grupo o de clase, de impactos más considerables.

- Su carácter esencialmente escrito es lo que puede dar la sensación de una clara insuficiencia, en una época donde todo parece que debe estar puesto en la plaza pública y debatido de forma oral. El juez administrativo, al respecto, respondió con más oralidad, pero la queja permanece.
- Su eficiencia insuficiente, en cuanto a los efectos de las decisiones de anulación dictadas por el juez. Esta debilidad fue puesta en evidencia en un artículo de Jean Rivero titulado “El hurón en el Palacio Real”, artículo muy conocido en Colombia puesto que fue publicado en una recopilación en español de los principales artículos de este eminente jurista, gran amigo y admirador de los juristas colombianos, con ocasión de un homenaje en la Universidad del Rosario. El profesor Rivero se asombraba de la debilidad de los poderes del juez en relación con la administración. Si bien fue remediada ampliamente esta debilidad, puesto que el oficio del juez fue transformado, continuamos aquí y allá viendo que la situación no se supera.

II. Los elementos que justifican una plena confianza en el futuro del contencioso-administrativo

Los elementos que justifican la plena confianza en el futuro del contencioso están al nivel de los temores que acabo de exponer.

Los principales elementos son los siguientes:

- La importancia de los sistemas de jurisdicción administrativa en Europa y en el mundo.
- La modernización de los órganos jurisdiccionales administrativos que permitieron remediar los problemas observados arriba, de afirmar su identidad y posicionarse como protectores eficaces de los derechos de los administrados.
- La progresiva, pero muy real, emergencia de un derecho administrativo y de un contencioso de los países del Common law.
- La construcción de un modelo europeo de jurisdicción administrativa, que afirma la identidad de los órganos jurisdiccionales administrativos europeos, superando las separaciones inútiles y favoreciendo el mestizaje de los modelos jurídicos.

2.1. La importancia de los sistemas de jurisdicción administrativa en Europa y en el mundo

La justicia administrativa no está en retroceso en Europa. Es de lejos el modelo mayoritario.



Las cifras son claras: 15 Estados miembros de la Unión Europea sobre 27 poseen, como en Francia, una jurisdicción administrativa suprema, distinta de las otras cortes supremas. La dualidad –o más bien la “pluralidad”– de las jurisdicciones es el método de organización más extendido en Europa.

Si se afina el análisis, se pueden distribuir estos 15 países que tienen una jurisdicción administrativa independiente entre dos modelos: La Corte administrativa suprema, en Alemania, exclusivamente consagrada a funciones jurisdiccionales (10 Estados), y el sistema francés de Consejo de Estado que ejerce también funciones consultivas (5 Estados).

En los otros 12 Estados europeos se optó por una única Corte suprema.

Pero, aun allí, es necesario distinguir entre estos 12 Estados, dos grupos de países, que tienen concepciones muy diferentes de la justicia administrativa. En un primer grupo de 6 Estados, la Corte Suprema, si bien es única, incluye en todo caso una sala administrativa especializada, encargada de elaborar una jurisprudencia administrativa propia. Tal es el caso en España. Una organización que no es realmente muy diferente del sistema francés: se encuentran en estos países jueces administrativos especializados y un derecho administrativo autónomo que regula las actividades de las entidades públicas.

Así, en 21 Estados miembros sobre 27, el derecho público se diferencia claramente del derecho privado y presenta formaciones jurisdiccionales específicas, hasta en el seno de la Corte Suprema.

En definitiva, se encuentran solo 6 Estados que tienen una Corte Suprema no solo única, sino también indivisible es decir, una Corte en la cual son los mismos magistrados quienes juzgan a la administración y a los particulares. Esta organización judicial propia del Common law se encuentra, fuera de Gran Bretaña e Irlanda, en solamente 4 Estados europeos: Chipre, Malta, Dinamarca y Eslovenia, países donde el tamaño y la historia explican esta decisión. Si hay excepción, indudablemente, no es francesa.

2.2. La modernización de la jurisdicción administrativa

La mejor respuesta a los detractores de la jurisdicción administrativa es solucionar sus debilidades e implementar una jurisdicción que responda plenamente a las necesidades de los ciudadanos.

Francia ha sido especialmente sensible a esta exigencia. Ha realizado un esfuerzo excepcional en este sentido durante los últimos 20 años.

Los elementos más destacados son los siguientes:

- La reestructuración de la arquitectura y el mapa geográfico de la jurisdicción administrativa, con la creación de un nivel de apelación entre los tribunales administrativos y la jurisdicción suprema, las Cortes administrativas de apelación y el refuerzo de la red de tribunales administrativos, gracias a la creación de nuevos tribunales allí donde las necesidades son más urgentes. Ello ha permitido controlar mejor los plazos del contencioso y organizar, por ejemplo, los plazos previsibles promedio de juicios en el Consejo de Estado en 11 meses, en las



Cortes de apelación y los Tribunales administrativos respectivamente un año un mes, y un año dos meses; el número de asuntos juzgados aumentó exactamente un 50% en las cortes de apelación y los tribunales en cinco años entre 2002 y 2007. Estos resultados son el fruto a la vez de esfuerzos de racionalización y de perfeccionamiento de toda la jurisdicción administrativa y del apoyo de los poderes públicos que han fortalecido los medios humanos y materiales de los que aquella dispone; el esfuerzo de unos y otros se refleja en la celebración de contratos de objetivos ligados a medios suplementarios y mejoramiento de resultados.

- La consideración de la exigencia de urgencia, una debilidad del procedimiento contencioso fue durante mucho tiempo, como se dijo, el retraso para sancionar las irregularidades con las consecuencias difícilmente reparables. Para remediar esta situación, una ley de 2000 modificó completamente las obligaciones y poderes del juez. En caso de violación de una libertad pública, el juez de urgencia, convocado por un demandante, está obligado a pronunciarse dentro de las 48 horas, según un procedimiento que puede ser exclusivamente oral, lo que implica una permanencia del juez de 365 días al año, fines de semana y días festivos; y este juez está dotado de amplios poderes para poner fin a la violación de la libertad pública: suspensión del acto, orden dada a la administración de tomar tal o cual medida... Así recientemente, un alcalde negó la sala municipal a un partido político para realizar una reunión electoral, obviamente porque el partido político no le convenía; el juez de urgencia del tribunal administrativo, respetando el plazo de 3 días, revocó la denegación y ordenó al alcalde autorizar el acceso a la sala municipal en un plazo que permitiera la reunión.

Pero aunque una libertad pública no esté de por medio, en caso de urgencia, la posibilidad otorgada al juez de suspender el acto irregular se ha ampliado; no es necesario que las consecuencias del acto sean irreparables. Este recurso al juez de urgencia se ha convertido en una verdadera práctica de los litigantes franceses. En el mismo orden de ideas, hay lugar a señalar el caso particular de los poderes otorgados al juez en materia de mercados públicos o delegación del servicio público, antes incluso de la firma del contrato: si resulta que las normas básicas de los mercados públicos, de publicidad y libertad de competencia no se respetaron, la parte descontenta puede recurrir al juez del contrato quien puede suspender su celebración e impedir de esta forma la firma del contrato, suspender la ejecución de toda decisión relacionada, anular estas decisiones, suprimir las cláusulas o las cláusulas destinadas a figurar en el contrato...

- Otra revolución, la transformación del oficio del juez. Este punto vislumbrado ya en lo que dije de los poderes del juez de urgencia o del *référé* precontractual. Generalmente los jueces han recibido poderes más completos, más allá de la anulación o de la condena para indemnizar. El juez puede suspender un acto o un procedimiento (por ejemplo, suspender la firma de un contrato que no respete los principios de transparencia y de igualdad de acceso; tal fue el caso del primer contrato que creaba el sistema de bicicletas en libre servicio en París),



puede ordenar actuar en tal o cual otro sentido (por ejemplo, dar una visa o un título de residencia), puede acompañar su orden de un requerimiento coercitivo, puede modular en el tiempo los efectos de la anulación...

- Última revolución por señalar, el alcance del control. No hablaré de la casi desaparición del acto de Gobierno, sino del énfasis del control de proporcionalidad que lleva al juez a verificar cada vez más estrictamente que la administración no utiliza las considerables prerrogativas que tiene, más allá de la medida de lo que le es necesario; por ejemplo, tratándose de las declaraciones de utilidad pública de grandes infraestructuras, el Consejo de Estado se preocupa cada vez más de las consecuencias de estas infraestructuras sobre el medio ambiente, lo que lo llevó en 2006 a anular los actos que permitieron la construcción de una línea de alta tensión en las ranuras del Verdon, espléndido lugar natural de Haute Provence, obligando así a EDF (empresa de electricidad de Francia) a enterrar esta línea.

En conclusión, se ha ubicado al juez administrativo en condiciones de ser el verdadero guardia de los derechos fundamentales del individuo, ante una administración que sigue siendo el puntal fuerte contra el puntal débil.

2.3. La aparición progresiva, pero bien real, de un derecho administrativo y de un contencioso correlativo en los países anglosajones

Hay que reconocer que en efecto los anglosajones, en particular nuestros vecinos ingleses, tuvieron que dotarse progresivamente, a partir de los años 70, luego más claramente a partir de 1990, de un verdadero derecho público administrativo. En los años 70 el Parlamento de Westminster se preocupó de mejorar las condiciones de recursos de los administrados contra el poder de la administración, juzgado insuficiente, autorizaron al juez a conceder a los demandantes una anulación, una indemnización, de los daños e intereses, y la Cámara de los Lores por su parte creó un verdadero contencioso de derecho público centrado en el abuso de poder.

En los años 90, la novedad fue la adopción del Human Rights Act (en 1998), que introduce en la Convención Europea la Protección de los Derechos Humanos en derecho inglés y la vuelve aplicable a todas las autoridades públicas. Por lo tanto, los jueces ingleses comprueban cada vez más a menudo, bajo la forma de un enfoque de tipo de derecho continental, la manera en la cual el interés público declina en los asuntos que están llamados a conocer.

Incluso en los ámbitos internacionales más sensibles al modelo anglosajón los principios del derecho romano comienzan a ser tomados en referencia, así en la OMC...

2.4. La construcción de un modelo europeo de jurisdicción administrativa y de un orden público europeo

Pero lo que es aún más determinante para el futuro de la jurisdicción administrativa es el apoyo que encuentra en la construcción de un orden público europeo y de una Europa de la justicia.



- No hay necesidad de hacer énfasis en el desarrollo de un verdadero **orden público europeo**; todos saben sobre la potencialidad de una reglamentación a escala de Europa, por supuesto a través de la Unión Europea, y también de la convención europea de salvaguarda de los derechos humanos. Ahora bien, este ordenamiento jurídico europeo se inspira en gran medida en el derecho romano germánico: afirmación de una jerarquía de las normas, existencia de una nomenclatura de los actos dentro de los cuales el régimen es similar para lo esencial de los actos administrativos unilaterales (motivación, publicación...), organización del contencioso comunitario, inspirado en nuestro derecho administrativo (recurso de anulación, excepción de ilegalidad, rol del abogado general...); tantos principios que dan prueba de concepciones diferentes entre este sistema jurídico y el sistema anglosajón. La presión de numerosos Estados europeos se acentúa por el desarrollo de este orden europeo; se puede ver en este sentido la declaración de la canciller alemana Angela Merkel al Financial Times (viernes 11 de junio de 2008): “*Continental Europe should take the lead in devising new rules for financial markets because the Anglo-Saxon model of regulation has failed*”.

Y uno puede legítimamente guardar la esperanza de que el espacio europeo se convierta en un laboratorio de orden internacional coordinado, sin hegemonía de una de las diversas tradiciones jurídicas nacionales. Hay allí una oportunidad para la diversidad jurídica y más especialmente para el derecho romano germánico.

Una de las más bellas ilustraciones de la influencia de este orden público europeo se encuentra incluso en la evolución del derecho inglés y la aparición en Inglaterra de un verdadero derecho público, en el curso de estos años recientes.

- En consagración del desarrollo de un orden público europeo basado en la diversidad de derechos y que otorga un lugar central al derecho romano germánico hay lugar a destacar el movimiento en favor de una **Europa de la justicia, en particular de la justicia administrativa**. Desde ahora, una verdadera red europea de jurisdicciones judiciales y administrativas se ha constituido. Estas jurisdicciones están atentas, en su jurisprudencia, a tomar en cuenta las decisiones tomadas en los asuntos que tienen que tratar, por las jurisdicciones de los otros países, como a acrecentar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión. De lo que resulta la constitución de una Europa de la justicia, verdadero polo de expansión de un modelo jurídico específico, nuevo y en consecuencia portador del futuro; este polo no puede calificarse, como tal, romano germánico, pero descansa esencialmente sobre los valores de este último derecho. Este no es momento de la búsqueda del triunfo de una tradición jurídica sobre otra, sino más bien la del mestizaje de los sistemas jurídicos.

Yo creo poder concluir en este enfoque, y sin falsas ilusiones, en las posibilidades de las cuales es portador irremplazable un derecho escrito y codificado, como el derecho romano: Él es un derecho profundamente democrático, ya que garantiza un acceso simple y práctico para todos a la norma aplicable; es garantía de seguridad jurídica, por cuanto la norma escrita es aplicada siempre de la misma forma; él es



fuelle de economía, ya que es inútil buscar la norma que debe aplicarse en decenas o cientos de páginas de un contrato o de precedentes jurisprudenciales; él garantiza mejor que cualquier otro derecho la igualdad entre las partes en los procesos, sin importar que sean fuertes o miserables.

La evolución de los negocios del mundo no puede sino confortarnos en esta convicción de la defensa de un derecho público exigente, protector del interés público. Contrariamente a eso que algunos utópicos crédulos pudieron pensar, nosotros no caminamos hacia un mundo que necesita menos Estado o poder público, sino hacia un mundo que lo necesitará de manera reforzada. El mundo por venir es un mundo en el cual las muchas fuerzas se contraponen, son susceptibles de amenazar el equilibrio: fuerzas de muerte con la proliferación de las armas de destrucción masiva; atentados al medio ambiente y a la supervivencia del planeta; riesgos debidos a los formidables poderes privados capaces de doblegar el futuro de los hombres a sus intereses, sea del dinero, de las redes mafiosas o del control de las riquezas naturales; explosión de fanatismos de toda naturaleza y del terrorismo en múltiples formas, sin hablar de las inmensas posibilidades abiertas por la ciencia, pero todo nos indica que el hombre deberá saber controlarlos, si no quiere caer en manipulaciones que comprometan la dignidad humana. Ernst Jünger, el gran filósofo alemán, predijo poco antes de su muerte, al filo del siglo XXI, que este siglo sería “el siglo de los titanes”, nombre de estos semidioses de la antigüedad poseedores de poderes sobrehumanos, que desafiaban a los dioses. Probablemente tenía razón. Esto no puede, por supuesto, sino conducirnos a permanecer vigilantes del ordenamiento de las fuerzas susceptibles de dominar a esos titanes, es decir, los Estados y las organizaciones internacionales, y de otorgar a esas fuerzas prerrogativas que corresponden a la magnitud de los retos. La existencia de un derecho público nos parece uno de los elementos determinantes para este resultado.

Permítanme una conclusión final: más allá del derecho administrativo, del derecho romano germánico o del derecho anglosajón, están las oportunidades de la diversidad jurídica, tan esenciales a nuestras sociedades democráticas como el pluralismo político o cultural.



Une Jurisdiction Administrative: à quelle fin? Marc Durand-Viel

CONSEILLER D'ÉTAT

Le vaste sujet que vous avez bien voulu me charger de traiter en ce début de semaine, relatif à l'objet d'une juridiction administrative, revient à s'interroger sur la nature des litiges qui justifie que leur règlement soit confié à cet ordre de juridiction spécifique.

Du point de vue de la technique juridique, cette question conduit à examiner la question très classique du champ de la compétence du juge administratif par rapport au juge de droit commun. Mais je pense que votre souci est de dépasser le niveau d'une présentation doctrinale ou universitaire d'un exposé sur les critères de la séparation des autorités administrative et judiciaire (fort bien traitée dans les ouvrages) pour s'interroger sur leur logique et leur justification au regard d'un objectif central de bonne administration de la justice.

Quelles sont les exigences de cet objectif central? Il s'agit de s'assurer que, loin d'être arbitraire et source de complexité et de lenteur dans la procédure, la séparation des compétences permette de tirer le meilleur parti de la dualité en réservant à chaque juge des compétences clairement délimitées en pratique et correspondant aux questions qu'il est le plus à même de traiter, qui constituent sa raison d'être.

Je me référerai pour l'essentiel à l'expérience française en consacrant quelques minutes à un rappel historique, bref mais indispensable pour faire apparaître la logique de la répartition actuelle des compétences, logique plus pragmatique que dogmatique. Après cela, il sera plus facile d'évoquer les grands types de situations juridiques dont l'examen est réservé le plus naturellement au juge administratif, puis d'indiquer, avec quelques données statistiques, les matières principales contentieuses qui mobilisent actuellement les juridictions administratives françaises. Ces développements doivent conduire à la conclusion que si tout n'est pas «pour le mieux dans le meilleur des mondes», le champ de compétence actuel du juge administratif est assez bien justifié. J'en profiterai pour évoquer ma propre expérience de membre du Tribunal des Conflits.

I.

Ce sont les circonstances historiques qui ont conduit, dans des évolutions conjointes, à faire naître puis s'affirmer à la fois un ordre de juridiction spécial et un droit spécifique. Il est amusant de rappeler que tout a commencé d'une absence



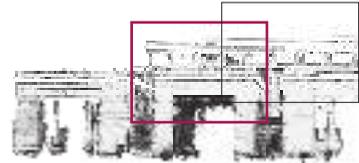
lorsqu'au cours de la Révolution française de 1789, il a été fait interdiction aux juges de connaître des affaires de l'administration. C'était l'objet de la fameuse loi des 16-24 août 1790, renforcée par le décret du 16 fructidor an III, qui a dénié aux juridictions toute compétence pour annuler les actes des «corps administratifs» ou pour infliger des condamnations à leur encontre. Je ne résiste pas au plaisir de citer les termes si vigoureux et si caractéristiques de l'époque de cette loi des 16-24 août 1790 qui est toujours en vigueur: «Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.» Si cette loi est toujours en vigueur, le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire qu'elle proclame a désormais, depuis la décision du Conseil Constitutionnel de 1987, la valeur d'un principe constitutionnel.

Mais, au départ, il n'y avait rien: aucun juge pour statuer sur les réclamations des citoyens contre l'administration, et pas non plus de droit administratif sinon quelques vieux textes datant de la royauté en matière de travaux publics ou de domaine public. Les citoyens pouvaient certes porter leurs réclamations devant l'administration elle-même et tout a démarré du fait que le Conseil d'Etat a été chargé d'étudier ces réclamations pour donner un avis aux ministres sur les suites à donner, de même que, pour quelques matières, des conseils de préfectures, ancêtres des tribunaux administratifs actuels, donnaient un avis aux préfets sur certaines réclamations, notamment en matière de travaux publics.

Il est difficile de dire si c'est la fonction qui a créé l'organe ou l'organe qui a créé la fonction car, en réalité, la fonction à la fois contentieuse et consultative du Conseil d'Etat lui a permis de constituer, morceau par morceau, un corps de doctrine, rudiment du droit administratif, tandis que, dans le même temps, l'émergence d'un droit spécifique a renforcé l'autorité de la section du contentieux du Conseil d'Etat auprès des bureaux et des ministres qui ont pris l'habitude de s'en remettre à ses avis, lui permettant de devenir en pratique un véritable juge, quoique la jurisprudence ne consacra cette autorité de juge qu'en 1889 avec le célèbre arrêt Cadot. Mais, en même temps que le Conseil d'Etat s'affirmait comme juge administratif de droit commun (et les conseils de préfecture comme juges administratifs d'exception), face à l'administration, il s'affirmait aussi comme deuxième ordre de juridiction.

On peut donc dire que, par le vide qu'elle a créé, la loi des 16-24 août 1790 contenait, en quelque sorte «en creux», la naissance d'un juge différent du juge ordinaire, donc un deuxième ordre de juridiction, mais que ce deuxième ordre, pour conforter son existence, était conduit à affirmer aussi l'existence d'un corps de règles distinctes du droit privé. C'est la fameuse dialectique de l'arrêt Blanco du Tribunal des conflits de 1873 qui justifie la compétence du juge administratif pour connaître d'une action en dommages-intérêts contre l'Etat par le fait que la responsabilité de l'administration devait être régie par des règles spéciales, distinctes de celles du code civil, alors que ces règles spéciales étaient alors largement à inventer!

Tout le développement de la jurisprudence, pendant une centaine d'années, a été marqué par la tendance à attirer dans la compétence du juge administratif tous



les litiges dans lesquels au moins une partie est une personne publique et dont la solution suppose l'application des règles particulières du droit public. Il faut en principe un croisement des deux critères, organique et matériel. L'exception principale tient à l'affirmation, qui a une valeur constitutionnelle, du juge judiciaire comme gardien de la liberté individuelle et du droit de propriété. Si ces droits « sacrés » sont en cause, le juge judiciaire redevient compétent pour connaître des actes et comportement de l'Etat. De même, il est compétent pour tout ce qui se rattache au fonctionnement de la justice judiciaire (mais pas à son organisation), à la procédure pénale, donc aux activités de la police judiciaire. La théorie de la voie de fait, que les deux ordres peuvent constater mais que seul le juge judiciaire peut sanctionner, se rattache à la même idée. Des commentateurs ont d'ailleurs pu remarquer que, dans la voie de fait, l'illégalité est tellement grave (« acte insusceptible de se rattacher à l'application d'une disposition législative ou réglementaire ») que l'autorité qui la commet ne mérite même plus le nom d'autorité publique: elle se « disqualifie » et ne mérite plus la protection que constituait, à l'origine, l'interdiction faite au juge de connaître de son activité.

Cette exception traditionnelle étant rappelée, la jurisprudence a, au gré des circonstances, combiné les critères organique et matériel en exigeant en principe le cumul de ces deux critères. Ainsi s'explique la jurisprudence du début du 19^{ème} siècle sur la « gestion privée »: à quoi bon réserver au juge administratif une activité par laquelle une personne publique se borne à appliquer les règles du droit commun, par exemple une commune qui exploite une forêt constituant son domaine privé, selon les règles du droit privé, comme n'importe quel propriétaire. Cette catégorie de litige a été exclue de la compétence administrative, de même que, depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, société commerciale de l'ouest africain, les activités des personnes publiques ayant le caractère de services industriels et commerciaux. Il faut que la personne publique applique les règles particulières du droit public. Sinon, on ne voit pas bien en quoi l'intervention d'un juge administratif serait nécessaire. Il faut donc combiner le critère organique avec un critère matériel qui est celui du service public à caractère administratif.

Un courant jurisprudentiel un peu différent, il est vrai, s'est attaché parfois davantage à la notion de « prérogatives de puissance publique » qu'à celle de service public administratif. C'est ainsi que lorsqu'est en cause un établissement public industriel et commercial, la compétence redevient administrative si l'acte critiqué est un règlement concernant l'organisation du service qu'il est chargé d'assurer. C'est que la possibilité de prendre un règlement qui modifie unilatéralement les droits des usagers constitue bien une telle prérogative, étrangère au droit privé. De la même manière, le Conseil d'Etat recourt à cette notion de prérogative de puissance publique pour justifier la compétence administrative dans les cas, exceptionnels, où la loi a conféré une mission de service public à des organismes de droit privé en leur permettant d'arrêter des règlements ou de prendre des sanctions, comme les ordres professionnels ou les fédérations sportives ou les caisses de sécurité sociale. La personne est de droit privé mais elle s'est vue doter de pouvoirs analogues à ceux d'une personne publique. Le juge administratif raisonne donc à son sujet « comme



si» il s'agissait d'une personne publique. Le critère organique ne disparaît qu'en apparence.

S'il y a des variations dans le vocabulaire, voire dans les raisonnements, de la jurisprudence, en fonction des cas qui lui sont soumis, si la doctrine a du mal à déceler un critère unique et simple, si l'on a pu se moquer de «l'introuvable service public», on voit bien que, sous réserve des pouvoirs traditionnellement réservés au juge judiciaire comme gardien de la liberté individuelle et de la propriété, ainsi que des procédures conduites par ce juge, la logique est toujours la même : réserver au juge administratif les litiges conduisant à appliquer à des situations étrangères au droit commun les règles spécifiques du droit public.

Ainsi, le survol historique conduit à constater l'absence de tout dogmatisme et le souci majeur d'admettre dans la compétence du juge administratif toute situation juridique marquée par le droit public mais seulement cela.

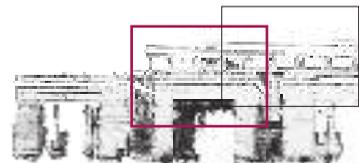
II.

Il serait fastidieux, pour dresser le tableau des compétences actuelles du juge administratif en France, d'examiner toutes les matières dans lesquelles surviennent des litiges et les critères correspondant, comme le font les ouvrages. Il est sans doute plus utile de passer rapidement en revue les principales situations juridiques examinées par ce juge, en commençant par celles dont l'examen en relève le plus naturellement.

On trouve alors en premier lieu le contrôle de la légalité des actes unilatéraux des personnes publiques et, d'abord, celui des actes à caractère réglementaire qui sont la marque fondamentale de l'autorité publique, habilitée à modifier ou compléter les droits et obligations des citoyens, au nom de l'intérêt général. Le juge administratif a donc naturellement un quasi-monopole de l'appréciation de la légalité, (l'exception concerne le juge pénal), soit directement, lorsqu'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir, soit indirectement, par le biais de l'exception d'illégalité, soit enfin sur renvoi du juge judiciaire qui a constaté l'existence d'une question préjudicielle.

Ce monopole est tellement justifié qu'il s'étend aux actes réglementaires des services industriels et commerciaux et, même, comme on l'a vu, des organismes privés chargés d'une mission de service public. Dans ce cas extrême, l'existence de prérogatives de puissance publique dispense même du critère formel ou organique. Je remarque d'ailleurs que c'est pour contrôler ce genre d'actes que, très souvent, il est apparu nécessaire dans d'autres pays de créer des juridictions administratives spéciales.

En second lieu, relève éminemment du juge administratif le contrôle de légalité des décisions individuelles de l'autorité chargée d'un service public administratif. La très grande majorité des recours dont sont saisies les juridictions administratives françaises sont dirigés contre de tels actes, qui concèdent un droit (le recours émane alors d'un tiers), qui refusent le droit ou l'autorisation demandée, ou qui infligent



une sanction administrative ou encore qui mettent à la charge d'une personne une obligation ou une somme d'argent, le recours émanant alors de l'intéressé.

La compétence du juge administrative se trouve dans ces cas justifiée par le «privilege du préalable», c'est-à-dire ce privilege de l'administration de prendre des décisions unilatérales exécutoires par elles-mêmes, sans l'intervention préalable d'un juge. La grande majorité des recours portés devant le juge administratif correspondent à cette hypothèse, d'autant plus qu'il existe de nombreuses et importantes législations instituant des régimes d'autorisation administrative. Il y a eu dans les 20 dernières années une déréglementation de la vie économique, sous l'influence de la construction européenne, mais ce mouvement a été largement compensé par un foisonnement de législations encadrant la vie sociale au nom, notamment, de la protection de la santé ou de la préservation de l'environnement, prenant parfois d'autres formes, par exemple celle d'autorités administratives indépendantes.

Ainsi chaque année des centaines de milliers de permis de construire sont refusés ou accordés, des millions de contribuables sont assujettis à des impôts, les sanctions administratives pleuvent, par exemple des retraits de permis de conduire, des dizaines de milliers d'étrangers se voient refuser une autorisation de séjourner en France et prescrire une mesure d'éloignement du territoire...

Un autre grand groupe de litiges pour lesquels la compétence administrative est traditionnelle et peu discutable, dès lors qu'il existe des juges particulièrement informés des affaires administratives, est constitué par les différends qui naissent au sein des personnes publiques elles-mêmes. Ils opposent parfois deux collectivités publiques, par exemple une commune à l'Etat. Mais le plus grand nombre opposent les fonctionnaires, actifs ou retraités, ou leurs organisations syndicales, à la collectivité publique qui les emploie. Il en va de même des agents contractuels pourvu qu'ils soient affectés à un service public à caractère administratif, sauf si le législateur a qualifié leur contrat de travail de droit privé, ce qui arrive parfois. N'oublions pas aussi les nombreux contentieux concernant le fonctionnement des organes des collectivités publiques, notamment les élections des membres de leurs instances collégiales.

Finalement, il ne reste, dans cette typologie de litiges, qu'un dernier cercle pour lesquels la compétence administrative peut parfois paraître plus discutable, ou qui a donné lieu à des interventions du législateur, à des hésitations et revirements de jurisprudence... Il s'agit la plupart du temps de litiges dont l'enjeu est pécuniaire, prenant la forme de recours dits «de pleine juridiction», sur divers fondements : contentieux contractuel, extra-contractuel, quasi-délictuel... Dans certains cas, la compétence administrative va de soi (responsabilité du service public administratif, contestation d'un titre exécutoire mettant une somme à la charge d'une personne, contentieux des aides sociales distinctes des prestations de sécurité sociale...), dans d'autres, cette compétence est moins évidente (contentieux du recouvrement des créances publiques, dommage ayant pour origine un ouvrage public alors que la victime est usager du service public industriel et commercial...). Il faut bien reconnaître qu'il n'y a pas toujours de critère simple et univoque pour ces divers



contentieux. Les lignes de partage, fixées par le législateur ou le Tribunal des conflits, sont plus sinueuses.

III.

On peut aussi avoir une approche quantitative de «l'objet» de la juridiction administrative en examinant les statistiques de son activité et leur évolution.

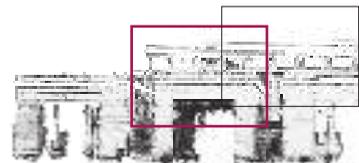
En 2007, les juridictions administratives de droit commun (tribunaux administratifs, cours administratives d'appel et Conseil d'Etat statuant au contentieux) ont été saisies de plus de 203.000 recours et ont rendu 208.000 décisions. Il faudrait ajouter quelque 60.000 recours portés devant les juridictions administratives spécialisées, nationales ou d'appel.

Ce volume d'activité contentieuse continue de grossir régulièrement, inexorablement. Les tribunaux administratifs ont été saisis de 113.000 demandes en 2.000, chiffre porté à 170.000 en 2007. La croissance moyenne, ces dernières années, est voisine de 9% par an, alors que, s'agissant des tribunaux de l'ordre judiciaire, les contentieux civils et commerciaux sont stabilisés. Il y a bien une explosion du contentieux administratif.

Il est intéressant d'observer quelles sont les principales masses de litiges, par matières, qui ont été portés en 2007 devant les tribunaux administratifs. Les matières dominantes ont été les suivantes. En tête, le contentieux des étrangers (26,54%), pourcentage régulièrement croissant chaque année. Vient ensuite le contentieux des mesures de police dont la grosse masse est constituée des contestations des retraits de permis de conduire (13,18%). On trouve ensuite les affaires fiscales (12,19%), masse stable en nombre mais décroissante en part relative, les litiges intéressant les fonctionnaires, agents publics et retraités (11,53%), les affaires d'urbanisme et d'environnement (8,20%), en légère croissance.

Le total de ces 5 grandes masses représente 73%, soit près des trois quarts de l'activité des tribunaux administratifs. Viennent ensuite les contentieux du travail (18%), les marchés publics et contrats (près de 3%), les aides au logement (3,9%), les travaux publics (2,3%), la santé et les aides sociales (2% chacun). Les autres affaires ne représentent que 10% du total et se répartit en une vingtaine de catégories très diverses.

Autrement dit, nous sommes en présence d'une activité contentieuse très concentrée sur quelques grandes masses de litiges pour lesquels, comme j'ai essayé de le montrer tout à l'heure, la justification d'une juridiction administrative est peu contestable. Les étrangers qui se voient refuser une autorisation de séjour et enjoindre de quitter le territoire, les conducteurs frappés de sanctions administratives, les contribuables en désaccord sur la somme réclamée par le fisc, les fonctionnaires contestant leur affectation, leur rémunération ou le déroulement de leur carrière, les propriétaires et résidents mécontents d'une autorisation de construire, ont comme caractéristique commune d'être face à des administrations qui leur imposent des décisions unilatérales, dans un rapport très inégal. Il est heureux qu'ils puissent recourir à un juge rompu aux affaires administratives mais indépendant, chargé



de veiller à la légalité des décisions de l'administration. On est loin de la situation d'égalité qui fonde en théorie un régime de «common law».

En conclusion:

Permettez moi de faire deux remarques: la première est que la délimitation actuelle du champ de compétence du juge administratif, justifiée dans ses grandes lignes, n'est pas immuable. Des clarifications peuvent être apportés par la jurisprudence dans certains domaines ou des améliorations sont possibles pour constituer des blocs d'affaires, ainsi que l'autorise la jurisprudence du Conseil constitutionnel, présentant à juger des questions tellement semblables qu'il est de bon sens de les attribuer en totalité à l'un des deux ordres de juridiction. A cet égard, il a été très judicieux pour le législateur de confier au juge judiciaire la totalité des actions en réparation des dommages causés par des véhicules, car on ne voit pas en quoi le fait que le véhicule appartienne à une personne publique et est conduit par un fonctionnaire doit changer quoi que ce soit au droit de la victime d'un accident de la circulation. A titre tout à fait personnel, je pense qu'il serait opportun d'appliquer la même solution pour la réparation des dommages causés par l'activité médicale. Même si le Conseil d'Etat et la Cour de cassation s'efforcent de rapprocher leurs jurisprudences respectives, il est bien difficile de justifier l'existence de deux régimes distincts et de deux juges distincts selon que le dommage est survenu dans un hôpital public ou dans une clinique privée!

Ma seconde remarque est inspirée par mon expérience de membre du Tribunal des conflits pendant quatre ans. On dit parfois que la dualité de juridiction est source de complexités et de lenteurs préjudiciables au justiciable à la recherche hasardeuse de son juge. Cet inconvénient doit être sérieusement relativisé. D'abord les conflits de compétence sont inhérents à toute organisation du système judiciaire comportant des juridictions spécialisées, même à l'intérieur d'un seul ordre de juridiction. Ensuite et surtout, dans le cas français, les difficultés pratiques ne sont pas nombreuses. Le Tribunal des conflits n'a besoin de siéger qu'une dizaine de séances par an qui lui permettent de juger, dans un délai de quelques mois, seulement 40 à 50 conflits de compétence qui sont portés devant lui chaque année. Ce chiffre est à comparer aux centaines de milliers de recours pendant devant les juridictions des deux ordres. Dans plus de la moitié de ces quelques 40 à 50 saisines, il s'agissait d'un juge ou d'un préfet qui n'avait pas encore bien pris en compte des dispositions législatives nouvelles ou une jurisprudence récente. Dans une dizaine de cas seulement, il y a avait une difficulté sérieuse d'interprétation d'une situation de fait à la frontière du droit public et du droit privé, par exemple une activité commerciale s'exerçant à l'occasion de la gestion du domaine public, une créance publique invoquée alors que le débiteur l'objet d'une procédure collective, une activité de la police pouvant se rattacher à la police administrative ou judiciaire selon la lecture que l'on avait du déroulement des faits... Ce sont là des situations limites comme il s'en présentent dans tous les domaines du droit.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

Elles n'empêchent nullement de conclure que l'objet de la juridiction administrative est globalement conforme à celui en vue duquel cette juridiction a été instituée, dans une optique de bonne administration de la justice.



Una jurisdicción administrativa: ¿con qué fin?¹

Marc Durand-Viel

CONSEJERO DE ESTADO

El amplio tema que ustedes han tenido a bien darme el encargo de tratar en este principio de semana, relativo al objeto de una jurisdicción administrativa, equivale a interrogarse sobre la naturaleza de los litigios que justifica que su arreglo sea confiado a ese orden de jurisdicción específico.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, este interrogante lleva a examinar la pregunta muy clásica del campo de la competencia del juez administrativo en relación con el juez de derecho común. Pero yo pienso que su preocupación apunta a ir más allá del nivel de una presentación doctrinal o universitaria sobre los criterios respecto a la separación de las autoridades administrativa y judicial (de por sí muy bien tratada en las obras) para interrogarse acerca de su lógica y de su justificación respecto al objetivo central de una buena administración de la justicia.

¿Cuáles son las exigencias de este objetivo central? Se trata de asegurarse de que, lejos de ser arbitraria y fuente de complejidad y de lentitud en el procedimiento, la separación de las competencias permita sacar el mejor provecho de la dualidad reservando a cada juez competencias claramente delimitadas en la práctica y correspondientes a las cuestiones que mejor le corresponda tratar, que constituyen su razón de ser.

Me referiré en lo esencial a la experiencia francesa consagrando algunos minutos a un recuento histórico, breve pero indispensable para hacer aparecer la lógica de la repartición actual de las competencias, lógica más práctica que dogmática. Después de esto, será más fácil evocar los grandes tipos de situaciones jurídicas cuyo examen está reservado lo más naturalmente para el juez administrativo, luego de indicar, con algunos datos estadísticos, las principales materias contenciosas que movilizan actualmente a las jurisdicciones administrativas francesas. Estos desarrollos deben conducir a la conclusión de que aun cuando no todo está como se quisiera, para dar “el mayor beneficio en el mejor de los mundos”, el campo de competencia actual del juez administrativo está bastante bien justificado. Aprovecharé para evocar mi propia experiencia de miembro del Tribunal de cuestiones de competencias.

¹ Traducción de María Luisa Molano Vásquez.



I.

Son las circunstancias históricas las que han conducido, a través de evoluciones conjuntas, al nacimiento y luego a la afirmación a la vez de un orden de jurisdicción especial y de un derecho específico. Es divertido recordar que todo empezó por una ausencia cuando en el curso de la Revolución Francesa de 1789 les fue prohibido a los jueces conocer de los asuntos de la administración. Eso era el objeto de la famosa ley del 16 al 24 de agosto de 1790, reforzada por el decreto del 16 de fructidor del año III, que denegó a las jurisdicciones tener cualquier competencia para anular los actos de los “cuerpos administrativos” o para infligir condenas en su contra. Yo no me resisto al placer de citar los términos tan vigorosos y tan característicos de la época de esta ley de los días 16 a 24 de agosto de 1790 que sigue siempre vigente: “Las funciones jurídicas son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricato, perturbar, en manera alguna, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones”. Si esta ley sigue siempre vigente, el principio de la separación de las autoridades administrativas y judiciales que proclama tienen a partir de la decisión del Consejo Constitucional de 1987 en adelante, el valor de un principio constitucional.

Pero, al principio, no había nada: ningún juez para resolver las reclamaciones de los ciudadanos contra la administración, ni derecho administrativo salvo algunos viejos textos que se remontaban a la época de la realeza en materia de obras públicas o de dominio público. Los ciudadanos podían desde luego llevar sus reclamaciones ante la administración misma y todo comenzó por el hecho de que el Consejo de Estado ha sido encargado del estudio de estas reclamaciones para dar a los ministros un concepto respecto al curso a darles, lo mismo que, en algunas materias, unos consejos de prefecturas, ancestros de los tribunales administrativos actuales, daban un concepto a los prefectos respecto a ciertas reclamaciones, especialmente en materia de obras públicas.

Es difícil decir si la función fue la que creó al órgano o si el órgano fue el que creó la función puesto que, en realidad, la función a la vez contenciosa y consultativa del Consejo de Estado le ha permitido constituir, pieza por pieza, un cuerpo de doctrina, rudimento del derecho administrativo, mientras que, al tiempo que sucedía eso, el surgimiento de un derecho específico reforzó la autoridad de la sección del contencioso del Consejo de Estado para con las oficinas y los ministros que han cogido la costumbre de atenerse a sus conceptos, permitiéndole llegar a ser en la práctica un verdadero juez, aunque la jurisprudencia no consagrará esta autoridad de juez hasta 1889 con el célebre fallo Cadot. Pero, al mismo tiempo que el Consejo de Estado se afirmaba como juez administrativo de derecho común (y los consejos de prefectura como jueces administrativos de excepción) frente a la administración, se afirmaba también como segundo orden de jurisdicción.

Podemos por lo tanto decir que, por el vacío que creó, la ley de los 16 a 24 de agosto de 1790 contenía de algún modo en ese “espacio hueco” el nacimiento de un juez diferente del juez ordinario. Por tanto un segundo orden de jurisdicción,



pero que este segundo orden, para sostener su existencia, estaba impelido a afirmar también la existencia de un cuerpo de reglas distintas de las del derecho privado. Es la famosa dialéctica del fallo Blanco del tribunal de competencias de 1873 que justifica la competencia del juez administrativo para conocer de una acción de resarcimiento por daños y perjuicios en contra del Estado por el hecho de que la responsabilidad de la administración debía estar regida por reglas especiales, distintas de las del Código Civil, ¡siendo que estas reglas especiales estaban aún por inventarse en su mayor parte!

Todo el desarrollo de la jurisprudencia, durante un centenar de años, ha estado marcado por la tendencia a atraer hacia la competencia del juez administrativo todos los litigios en los cuales al menos una parte es una persona pública y cuya solución supone la aplicación de reglas particulares del derecho público. Se requiere en principio el cruce de los dos criterios, orgánico y material. La excepción principal consiste en la afirmación, que tiene un valor constitucional, del juez judicial como guardián de la libertad individual y del derecho de propiedad. Si esos derechos “sagrados” están puestos en tela de juicio, el juez judicial vuelve a ser competente para conocer de los actos y comportamiento del Estado. Igualmente, es competente para todo lo que se relaciona con el funcionamiento de la justicia judicial (pero no con su organización), con el procedimiento penal, por tanto a las actividades de la policía judicial. La teoría de la vía de hecho, que los dos órdenes pueden constatar pero que únicamente el juez judicial puede sancionar, se relaciona con la misma idea. Por cierto, comentaristas han podido observar que, en la vía de hecho, la ilegalidad es tan grave (“acto no susceptible de relacionarse con la aplicación de una disposición legislativa o reglamentaria”) que la autoridad que la comete no merece entonces ni siquiera el nombre de autoridad pública: ella se “descalifica” y no merece ya la protección que constituía, al principio, la prohibición hecha al juez de conocer de su actividad.

Teniendo presente esta excepción tradicional, la jurisprudencia, al vaivén de las circunstancias, ha combinado los criterios orgánico y material exigiendo en principio la acumulación de estos dos criterios. Así se explica la jurisprudencia al comienzo del siglo XIX sobre la “gestión privada”: De qué sirve reservar para el juez administrativo una actividad por la cual una persona pública se limita a aplicar las reglas del derecho común, por ejemplo una comuna que explota un bosque que constituye su dominio privado, según las reglas del derecho privado, como cualquier propietario. Esta categoría de litigio ha sido excluida de la competencia administrativa, al igual que, desde el fallo del Tribunal de las cuestiones de competencias del 22 de enero de 1921, sociedad comercial del oeste africano, las actividades de las personas públicas que tienen el carácter de servicios industriales y comerciales. Es necesario que la persona pública aplique las reglas particulares del derecho público. Si no es así, no se ve claro en dónde sería necesaria la intervención de un juez administrativo. Es por tanto necesario combinar el criterio orgánico con un criterio material que es el del servicio público con carácter administrativo.

Una corriente jurisprudencial un poco diferente, por cierto, se apegó a veces más a la noción de “prerrogativas de poder público” que a la de servicio público administrativo. Es así que cuando se cuestiona un establecimiento público industrial y comercial, la competencia vuelve a ser administrativa si el acto criticado es un reglamento concerniente a la organización del servicio que está encargado de prestar. Es que la



posibilidad de establecer un reglamento que modifica unilateralmente los derechos de los usuarios constituye por cierto una prerrogativa de esa naturaleza, ajena al derecho privado. Del mismo modo, el Consejo de Estado recurre a esta noción de prerrogativa de poder público para justificar la competencia administrativa en los casos, excepcionales, en donde la ley ha conferido una misión de servicio público a organismos de derecho privado y les permite determinar reglamentos o adoptar sanciones, como los órdenes profesionales, las federaciones deportivas o las cajas de seguridad social. La persona es de derecho privado pero se ha visto investida con poderes análogos a los de una persona pública. El juez administrativo razona por lo tanto respecto a ella “como si” se tratara de una persona pública. El criterio orgánico solo desaparece en apariencia.

Si hay variaciones en el vocabulario, de pronto en los razonamientos, de la jurisprudencia, en función de los casos que le son sometidos, si a la doctrina le cuesta trabajo encontrar en esta situación un criterio único y simple, si se ha podido hacer mofa del “servicio público, que no se halla por ningún lado”, bien se ve que, bajo reserva de los poderes tradicionalmente reservados para el juez judicial como guardia de la libertad individual y de la propiedad, así como de los procedimientos conducidos por este juez, la lógica es siempre la misma: reservar para el juez administrativo los litigios conducentes a aplicar a situaciones ajenas al derecho común las reglas específicas del derecho público.

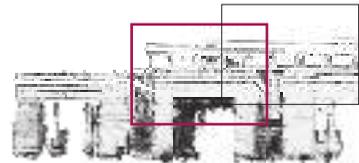
Así, el sobrevuelo histórico lleva a constatar la ausencia de todo dogmatismo y la preocupación dominante de admitir en la competencia del juez administrativo toda situación jurídica marcada por el derecho público pero solo eso.

II.

Sería muy denso exponer el cuadro de las competencias actuales del juez administrativo en Francia, examinar todas las materias en las cuales sobrevienen litigios y los criterios correspondientes, como lo hacen los tratados. Es sin duda más útil pasar rápidamente revista a las principales situaciones jurídicas examinadas por este juez, comenzando por aquellas cuyo examen le pertenecen más por naturaleza.

Encontramos entonces en primer lugar el control de la legalidad de los actos unilaterales de las personas públicas y, de entrada, el de los actos con carácter reglamentario que son la señal fundamental de la autoridad pública, habilitada para modificar o completar los derechos y obligaciones de los ciudadanos, en nombre del interés general. El juez administrativo tiene pues naturalmente un cuasimonopolio de la apreciación de la legalidad (la excepción concierne al juez penal), bien sea directamente, cuando es llevado ante él un recurso por exceso de poder, bien sea indirectamente por la vía de la situación de ilegalidad, o por último por devolución del juez judicial que ha constatado la existencia de una cuestión prejudicial.

Este monopolio es tan justificado que se extiende a los actos reglamentarios de los servicios industriales y comerciales e, incluso, como se ha visto, de los organismos privados encargados de una misión de servicio público. En ese caso extremo, la existencia de prerrogativas de poder público es dispensa incluso para el



criterio formal u orgánico. Yo anoto además que para controlar esta clase de actos es que, muy a menudo, apareció en otros países la necesidad de crear jurisdicciones administrativas especiales.

En segundo lugar, le atañe eminentemente al juez administrativo el control de legalidad de las decisiones individuales de la autoridad encargada de un servicio público administrativo. La mayoría de los recursos conocidos por las jurisdicciones administrativas francesas está dirigida en contra de esta clase de actos, que conceden un derecho (el recurso emana entonces de un tercero), que niegan el derecho o la autorización solicitada, o que infligen una sanción administrativa o incluso ponen a cargo de una persona una obligación o una suma de dinero, el recurso emanando entonces del interesado.

La competencia del juez administrativo se encuentra en esos casos justificada por “la presunción de validez”, es decir, ese privilegio de la administración de tomar decisiones unilaterales ejecutorias por sí misma, sin la intervención previa de un juez. La gran mayoría de los recursos llevados frente al juez administrativo corresponde a esta hipótesis, más aun porque existen numerosas e importantes legislaciones que instituyen regímenes de autorización administrativa. Hubo durante los últimos 20 años una desreglamentación de la vida económica, bajo la influencia de la construcción europea, pero este movimiento ha sido ampliamente compensado por una multitud de legislaciones que enmarcan la vida social en el nombre, notablemente, de la protección de la salud o de la preservación del medio ambiente, tomando a veces otras formas, por ejemplo la de autoridades administrativas independientes.

Así cada año centenares de millares de licencias de conducción son negados o concedidos, millones de contribuyentes son sometidos a unos impuestos, las sanciones administrativas llueven, por ejemplo los retiros de licencias de conducción, decenas de millares de extranjeros ven cómo se les niega una autorización de estadía en Francia y se les prescribe una medida de alejamiento del territorio.

Finalmente, solo queda, en esta tipología de litigios, un último frente de litigio para el cual la competencia administrativa puede a veces parecer más discutible, o que ha dado lugar a intervenciones del legislador, a indecisiones y cambios de rumbo de jurisprudencia... Se trata la mayor parte del tiempo de litigios en los cuales lo que está en juego es pecuniario y toman la forma de recursos llamados “de competencia plena jurisdiccional”, sobre diversos fundamentos: contencioso contractual, extra-contractual, cuasidelictual... En ciertos casos, la competencia administrativa es obvia (responsabilidad del servicio público administrativo, impugnación de un título ejecutivo que pone una suma a cargo de una persona, contencioso de las ayudas sociales distintas a las prestaciones de seguridad social...). En otros, esta competencia es menos evidente (contencioso del recaudo de las acreencias públicas, perjuicio que tiene por origen una obra pública en el momento que la víctima es usuaria del servicio público industrial y comercial...). Tenemos que reconocer que no se encuentra siempre un criterio simple y unívoco para esos diversos contenciosos. Las líneas de reparto, fijadas por el legislador o por el Tribunal de las competencias, son más sinuosas.



III.

Se puede también tener un enfoque cuantitativo del “objeto” de la jurisdicción administrativa examinando las estadísticas de su actividad y su evolución.

En 2007, a las jurisdicciones administrativas de derecho común (tribunales administrativos, salas del contencioso-administrativo y Consejo de Estado resolviendo en lo contencioso) han sido llevados más de 203.000 recursos y estos jueces han dado a conocer 208.000 resoluciones. Habría que añadir unos 60.000 recursos llevados ante las jurisdicciones administrativas especializadas, nacionales o de apelación.

Este volumen de actividad contenciosa continúa engrosando regularmente, inexorablemente. A los tribunales administrativos han sido llevadas 113.000 demandas en 2000, cifra que pasó a ser 170.000 en 2007. El crecimiento medio, estos últimos años, avicina el 9% anual mientras que, tratándose de tribunales del orden judicial, los contenciosos civiles y comerciales se encuentran estabilizados. Hay ciertamente una explosión del contencioso-administrativo.

Es interesante observar cuáles son las principales masas de litigios, por materias, que han sido llevados en 2007 ante los tribunales administrativos. Las materias dominantes han sido las siguientes. A la cabeza, el contencioso de los extranjeros (26,54%), porcentaje regularmente creciente cada año. Viene enseguida el contencioso de las medidas policíacas cuya mayor parte está constituida por las impugnaciones de los retiros de licencias de conducción (13, 18%). Se encuentran enseguida los asuntos fiscales (12, 19%), masa estable en número pero decreciente en su participación relativa, y los litigios que interesan a los funcionarios, agentes públicos y pensionados (11,53%), los asuntos de urbanismo y de medio ambiente (8,20%) que crecen ligeramente.

El total de estas cinco masas representa el 73%, o sea cerca de las tres cuartas partes de la actividad de los tribunales administrativos. Vienen enseguida los contenciosos del trabajo (18%), las licitaciones públicas y contratos (cerca de 3%), las ayudas a la vivienda (3,9%), las obras públicas (2,3%), la salud y las ayudas sociales (2% cada una). Los demás asuntos no representan sino el 10% del total y se reparten en una veintena de categorías muy diversas.

Dicho de otra manera, estamos en presencia de una actividad contenciosa muy concentrada en algunas grandes masas de litigios para los cuales, como he tratado de mostrarlo hace un momento, la justificación de una jurisdicción administrativa es poco discutible. Los extranjeros que ven negar una autorización de estadía y ordenar abandonar el territorio, los conductores golpeados con sanciones administrativas, los contribuyentes en desacuerdo sobre el monto reclamado por el fisco, los funcionarios discutiendo su asignación, su remuneración o el desarrollo de su carrera, los propietarios y residentes descontentos por un permiso de construcción, tienen como característica común el estar frente a administraciones que les imponen decisiones unilaterales, en una relación muy desigual. Es afortunado que puedan recurrir a un juez experto en los asuntos administrativos pero independiente, encargado de velar por la legalidad de las decisiones de la administración. Estamos lejos de la situación de ilegalidad que funda teóricamente un régimen de “common law”.



En conclusión:

Permítanme hacer dos anotaciones: La primera es que la delimitación actual del campo de competencia del juez administrativo, justificada en sus lineamientos principales, no es inamovible. Aclaraciones pueden ser aportadas por la jurisprudencia en ciertos campos o mejoras son posibles para constituir bloques de asuntos, así como lo autoriza la jurisprudencia del Consejo constitucional, presentando a juzgamiento cuestiones tan parecidas que es sensato atribuirles en su totalidad a uno de los dos órdenes de jurisdicción. A este respecto, ha sido muy juicioso por parte del legislador el confiarle al juez judicial la totalidad de las acciones de resarcimiento por daños causados por vehículos, porque no se ve cómo el hecho de que el vehículo pertenezca a una persona pública y es conducido por un funcionario tenga que cambiar en algo el derecho de la víctima de un accidente de tránsito. A título muy personal, pienso que sería oportuno aplicar la misma solución para el resarcimiento de los daños causados por la actividad médica. Aun si el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación se esfuerzan por acercar sus jurisdicciones respectivas, ¿es bien difícil justificar la existencia de dos regímenes distintos y de dos jueces distintos según el daño se haya producido en un hospital público o en una clínica privada!

Mi segunda anotación está inspirada por mi experiencia como miembro del Tribunal de cuestiones de competencias durante cuatro años. Se dice a veces que la dualidad de jurisdicción es fuente de complejidades y de lentitudes perjudiciales para el justiciable que está al azar en la búsqueda de su juez. Este inconveniente debe ser seriamente relativizado. En primer lugar los conflictos de competencia son inherentes a toda organización del sistema judicial comportando jurisdicciones especializadas, aun dentro de un solo orden de jurisdicción. Luego y sobre todo en el caso francés, las dificultades prácticas no son muchas. El Tribunal de competencias no necesita reunirse más de unas diez sesiones por año que le permiten juzgar, en el lapso de algunos meses, solamente 40 a 50 conflictos de competencia que le son llevados cada año. Esta es la cifra para comparar con los centenares de millares de recursos durante las jurisdicciones de los dos órdenes. En más de la mitad de estos pocos 40 a 50 sometimientos a consulta se trataba de un juez o de un prefecto que no había todavía bien asumido las disposiciones legislativas nuevas o una jurisprudencia reciente. En una decena de casos solamente había una dificultad seria de interpretación de una situación de hecho en la frontera entre el derecho público y el derecho privado, por ejemplo una actividad comercial ejerciéndose con ocasión de la gestión del dominio público, una acreencia pública invocada siendo que el deudor es el objeto de un procedimiento colectivo, una actividad de la Policía pudiendo relacionarse con la policía administrativa o judicial según la lectura que se le hubiera dado al desarrollo de los hechos. Son ahí situaciones límite como las que se presentan en todos los ámbitos del derecho.

Ellas en absoluto impiden concluir que el objeto de la jurisdicción administrativa es globalmente conforme a aquel para el que fue instituida esta jurisdicción, con una visión de buena administración de la justicia.



LA ADMINISTRACIÓN
COMO PROTECTORA DE DERECHOS FUNDAMENTALES





La Administración como protectora de derechos fundamentales

Gustavo Aponte Santos

CONSEJERO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



I. Constitucionalización del Derecho

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, en Colombia hemos venido asistiendo a una creciente constitucionalización del Derecho, realidad jurídica que, en una primera aproximación, consiste en reconocer que todas las ramas y especialidades del Derecho, así como las actividades del Estado en sus diferentes manifestaciones (legislativas, judiciales, gubernativas, administrativas, de control, etc.) deben ceñirse al cumplimiento de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y al respeto y garantía de los derechos de las personas¹. El texto de la Carta y sus interpretaciones jurisprudenciales se convierten, entonces, en fuente esencial para la aplicación de las normas por los administradores y operadores jurídicos.

Por su parte, la Administración del Estado, entendida como el conjunto de organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tienen a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos, así como los particulares cuando cumplan funciones administrativas (Ley 489 de 1998, art. 2) y el Derecho Administrativo, como Derecho de la Administración, no podían ser ajenos al fenómeno de la constitucionalización. En efecto, el constituyente de 1.991 diseñó en la Carta lo que pudiéramos llamar una especie de “**Constitución Administrativa**”, un modelo constitucional de administración pública, que si bien conserva algunos elementos de la concepción anterior, deroga normas y paradigmas y genera la expedición de un cuerpo legal novedoso y prácticas de gestión que lo consolidan.

¹ Ver especialmente el Preámbulo de la C. P. y los artículos 1, 2, 4, 5 y el contenido del Título II. Entre otros: Vida, integridad personal, libertad e igualdad ante la ley, personalidad jurídica, intimidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, libertad de cultos, expresión e información, honra, paz, petición, circulación y residencia, trabajo, asociación, sindicalización, libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, libertad personal, debido proceso, hábeas corpus, doble instancia, aprehensión en flagrancia, no autoincriminación, prohibición al destierro, prisión perpetua y confiscación, asilo, reunión y manifestación, participación, libertad de escoger profesión, ocupación, arte u oficio. De igual forma, por conexidad, la Corte Constitucional ha señalado que son fundamentales: Dignidad humana, educación, salud, licencia de maternidad, seguridad social, propiedad, visita conyugal del interno, seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas, filiación, huelga, acceso a la administración de justicia, subsidio familiar, subsistencia, deporte, recreación y aprovechamiento del tiempo libre.



II. Características del nuevo modelo constitucional de la Administración Pública

Una observación cuidadosa a la normativa constitucional referente a la Administración Pública permite identificar los elementos constitutivos del modelo allí contenido. Y decimos que es un “nuevo modelo de administración” porque, a diferencia de la anterior Constitución Política, en la actual se evidencian entre otros los siguientes aspectos:

- a) Ordena la venta de empresas industriales y comerciales del Estado de carácter monopólico y la participación accionaria en sociedades de economía mixta cuando dichos entes sean ineficientes.
- b) Introduce el concepto de descentralización por colaboración al permitir el traslado de funciones administrativas a personas particulares.
- c) Limita la creación de monopolios estatales y ordena la desmonopolización o aperturas sectoriales de muchas actividades.
- d) Crea comisiones reguladoras de la competencia en especial para los servicios públicos domiciliarios y nuevas superintendencias para el control de esas actividades. (Se desincentiva el estado empresario inversionista de manera que la intervención estatal tiende a limitarse a la regulación del mercado. En los servicios públicos se cambia la relación jurídica de legal y reglamentaria a contractual. Se desdibujan los tradicionales linderos entre derecho público y derecho privado por la creación de regímenes compartidos.)
- e) Introduce en la administración pública métodos y técnicas de gestión tomadas de la administración privada.
- f) Cambia el enfoque de los sistemas de control y los orienta más a juzgar la eficiencia y los resultados de la gestión pública que a la revisión de los procedimientos.
- g) Flexibiliza el manejo de la estructura de la administración pública, deslegaliza las funciones de supresión, fusión y reestructuración de organismos y entidades administrativas para entregarlas al Presidente de la República.
- h) Eleva a canon constitucional un conjunto de principios propios para orientar la función administrativa.

Estos elementos pueden clasificarse en tres grandes temas: la tendencia privatista, la estructura de administración pública flexible y los principios constitucionales propios, asuntos que profundizaremos enseguida.

1. Tendencia privatista

La nueva normativa constitucional permite concluir que el contexto económico y jurídico dentro del cual actúa la administración pública otorga un papel protagónico al sector privado, al cual se entregan, por variados mecanismos legales, funciones administrativas y/o actividades industriales, comerciales, de prestación de servicios, etc., que antes cumplía el Estado. Es claro que uno de los efectos de esta tendencia



privatizadora es, a su vez, el cambio del régimen legal aplicable a estas actividades, que ahora será el derecho privado o una mezcla de regímenes.

Así las cosas, el administrador o gerente público de hoy en Colombia deberá identificar dentro de esta tendencia al menos tres tipos de fenómenos jurídicos -económicos que transforman su rol tradicional e inciden en sus decisiones cotidianas, en los actos administrativos que dicta y en los contratos estatales o de derecho privado que suscribe. Esos tres fenómenos son: la descentralización por colaboración, la privatización de regímenes legales y la venta de capital público.

a) **Administración por colaboración.**

Tiene su fuente en el numeral 3 del artículo 123 y en el artículo 210 de la Constitución Política. Ellos otorgan a los particulares la posibilidad de cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. La descentralización por colaboración, que también se ha llamado privatización de la gestión pública, se inscribe dentro del enfoque global de la tercerización y consiste en que por mandato de la ley o por vía contractual el Estado encarga a un particular el desempeño de funciones que antes desarrollaba directamente con su propia infraestructura y sus propios recursos humanos y presupuestales.

i) **Por orden legal.**

Ocurre cuando el legislador dispone en una ley que sean personas privadas las que presten una función o servicio público que venía prestando la administración. En Colombia pueden citarse como ejemplos las Cámaras de Comercio, a las cuales se les entrega la función de llevar los registros mercantiles, los de asociaciones sin ánimo de lucro, los de proveedores y contratistas y expedir los certificados respectivos; las curadurías urbanas que expiden las licencias de construcción y recaudan el impuesto de alineación; los gremios del transporte terrestre en el manejo de las tasas generadas por la utilización de los terminales de pasajeros; las universidades privadas para realizar exámenes de concursos de méritos, entre otros.

ii) **Por contratos.**

Cuando la administración decide contratar a un particular para explotar o prestar un servicio bajo contraprestación. Dentro de este encontramos contratos de diversa naturaleza como los diferentes tipos de concesiones, la prestación de servicios (outsourcing) y los convenios de asociación².

2 3o. *Contrato de prestación de servicios*

Ley 80 de 1993 III del contrato estatal. Art. 32 de los contratos estatales.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

4o. *Contrato de concesión.*

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de



iii) Convenio previo acto administrativo.

A esto hace referencia el artículo 110 de la ley que permite que cualquier entidad estatal pueda trasladar sus funciones a organismos privados o a personas naturales o jurídicas siempre y cuando exista de por medio un acto administrativo que determine cuáles son las funciones que se quieren entregar al sector privado.

b) Privatización del régimen legal de la entidad pública o del sector económico.

i) Por cambio de naturaleza jurídica.

Este mecanismo se caracteriza porque se privatiza el régimen de la entidad. Aquí no hay un desprendimiento de la prestación del servicio ni del capital sino que entidades que se regían por el derecho público se le cambian de naturaleza jurídica en virtud de la ley y pasan a regirse por el derecho privado.

En Colombia se ha utilizado esta técnica en un buen número de casos. Entre ellos pueden citarse las transformaciones de Establecimientos Públicos en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuyo régimen es una mezcla de derecho privado y público. Igualmente, el cambio de naturaleza de Empresas Industriales y Comerciales del Estado a Sociedades de Economía Mixta, que se rigen en general por derecho privado. Los hospitales públicos que fungían como Establecimientos Públicos cambiaron su régimen al convertirse en Empresas Sociales del Estado. Lo mismo que los Establecimientos Públicos que prestaban servicios domiciliarios se convirtieron en Empresas Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios. En todos los ejemplos el derecho privado se aplica en un grado importante.

ii) Privatización del régimen legal público por desmonopolización. (aperturas sectoriales).

La desmonopolización implica la apertura a la competencia privada dentro de los sectores tradicionalmente operados y regulados por el Estado. Aquí, el Estado entra a ser un competidor más dentro de los sectores que venía operando, en igualdad de condiciones al sector privado y sin privilegios.

Dentro de los ejemplos imperantes de esta forma de privatización se encuentran los sectores Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales. Con la Ley 100 de 1993 se permite el acceso de la empresa privada a estos sectores

la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Ley 489 de 1998. Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley.



con los que se crean unos nuevos organismos de naturaleza privada como las EPS (Empresas Promotoras de Salud), las ARS (Aseguradoras de Riesgos Profesionales) y los Fondos Administradores de Pensiones y Cesantías. También en materia de telecomunicaciones este sector –tradicionalmente operado por el Estado– se desregula bajo la Ley 142 de 1994 en el Artículo 74.3³ permite que operadores privados entren a competir. En servicios públicos domiciliarios bajo la misma ley, la telefonía, agua, luz, gas y aseo son de la misma manera desmonopolizados. El Estado entra a regular las relaciones de competencia que con este evento se generan y para ello se crean las Comisiones de Regulación como la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, entre otras. Igualmente, se crean nuevas superintendencias para la vigilancia de los actores del mercado y el cumplimiento de los compromisos con los usuarios y consumidores, objetivo de muy difícil logro ante el volumen de las quejas de los ciudadanos por mala calidad y altos precios de las tarifas.

c) Privatización del capital público.

Esta es la forma más común de privatización y consiste en transferir la propiedad del capital accionario público a manos privadas. En Colombia la Constitución del 91 ordena la venta de las empresas monopólicas del Estado cuando no cumplan con los indicadores de eficiencia. De esta forma se han privatizado empresas de acueducto, teléfono, gas, petróleo, bancos oficiales, hidroeléctricas, termoeléctricas, entre otros.

2. La nueva estructura de la Administración Pública. Flexibilización

La noción elemental sobre la configuración de la estructura de la administración nacional parte del artículo 150.7 C. P. que otorga al Congreso de la República determinar la atribución. Esta atribución le permite definir la tipología de organismos y entidades que la constituyen al señalar las características jurídicas para cada clase. Igualmente, cada organismo o entidad específica debe ser creado por la ley o con su autorización. Estas leyes las expide el Congreso por iniciativa reservada al Gobierno Nacional.

En 1998 el Congreso expidió la Ley 489, denominada Estatuto de la Administración Pública, que fue complementada posteriormente por la Ley 790 de 2002. Estas leyes, por una parte, definen el nuevo conjunto orgánico de la administración, es decir, la parte estática, y por otra, habilitan al Presidente de la República para ejercer los poderes deslegalizados de supresión, fusión y

³ 74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones: a) Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado. (...)



reestructuración de organismos y entidades, es decir, la parte flexible, dinámica, la adecuación expedita de la estructura a los cambios del entorno político, económico, administrativo, etc.

a) Parte Estática (Orgánica).

La nueva estructura, si bien conserva algunos aspectos básicos de la anterior, presenta importantes modificaciones que se explican por la necesidad de adaptarse a un tipo de Estado que se aleja del Estado benefactor y del intervencionismo económico proteccionista, empresario, para asumir perfiles más cercanos al liberalismo clásico. Por esta razón, el sector descentralizado por servicios se diversifica con nuevas personas jurídicas como son las Superintendencias y Unidades Administrativas con personería jurídica, las Empresas Sociales del Estado (hospitales públicos), las Empresas Oficiales de Servicios Públicos Domiciliarios, los Institutos de Ciencia y Tecnología, las filiales de empresas industriales y comerciales, algunas de las cuales tienen regímenes jurídicos con un alto componente de derecho privado.

En este orden de ideas, el artículo 38 de la Ley 489 dispone:

“Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los consejos superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector Descentralizado por Servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público (...)

Adicionalmente, hacen parte de la administración pública, aunque no de la rama ejecutiva, algunos organismos de régimen especial creados por la propia Constitución con un amplio grado de autonomía (Art. 113 C. P.).



Ellos son: el Banco de la República, los entes universitarios autónomos, la Comisión Nacional de Televisión, la Comisión Nacional del Servicio Civil y las Corporaciones Autónomas Regionales.

b) Parte Dinámica. Flexibilización

i) Nuevos poderes permanentes del Presidente

El manejo de la estructura se flexibiliza y le otorga poderes permanentes al Presidente que estará facultado para expedir decretos ordinarios conforme lo establece el Artículo 189.15 C. P., para:

1) **Suprimir** organismos y entidades de la Rama Ejecutiva, cuando los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser, los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial, la evaluación de gestión administrativa efectuada por el Gobierno sugiera la supresión o la transferencia de funciones a otra entidad, que los indicadores de gestión y eficiencia que los organismos de control emplean concluyan falta de eficiencia y eficacia de la entidad en sus procesos, duplicidad de objetivos y/o funciones esenciales con otra u otras entidades y cuando como consecuencia de la descentralización de un servicio la entidad pierda su competencia.

Sin embargo, tales facultades otorgadas al Ejecutivo tienen unos límites en cuanto a que ni Ministerios, Departamentos Administrativos, u Organismos Autónomos pueden ser suprimidos por decreto ordinario del Presidente.

2) **Fusionar** organismos y entidades. En el artículo 2° de la Ley 790 de 2002 se estatuyen las causales para la fusión, las cuales responden básicamente al criterio de disminución de costos y búsqueda de eficiencia⁴.

3) **Reestructurar** organismos y entidades. El artículo 54 de la Ley 489 de 1998 define la reestructuración como modificar, variar, transformar la

⁴ Artículo 2o. Fusión de entidades u organismos nacionales. El Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, podrá disponer la fusión de entidades u organismos administrativos del orden nacional, con objetos afines, creados, organizados o autorizados por la ley, cuando se presente al menos una de las siguientes causales:

- a) Cuando la institución absorbente cuente con la capacidad jurídica, técnica y operativa para desarrollar los objetivos y las funciones de la fusionada, de acuerdo con las evaluaciones técnicas;
- b) Cuando por razones de austeridad fiscal o de eficiencia administrativa sea necesario concentrar funciones complementarias en una sola entidad;
- c) Cuando los costos para el cumplimiento de los objetivos y las funciones de la entidad absorbida, de acuerdo con las evaluaciones técnicas, no justifiquen su existencia;
- d) Cuando exista duplicidad de funciones con otras entidades del orden nacional;
- e) Cuando por evaluaciones técnicas se establezca que los objetivos y las funciones de las respectivas entidades u organismos deben ser cumplidas por la entidad absorbente;
- f) Cuando la fusión sea aconsejable como medida preventiva para evitar la liquidación de la entidad absorbida. Cuando se trate de entidades financieras públicas, se atenderán los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.



estructura de una entidad. Este artículo se refiere a las modificaciones internas en los organismos, deberán responder a la necesidad de hacer valer los principios de eficiencia y racionalidad de la gestión pública y evitar la duplicidad de funciones.

ii) Desregulación de procedimientos.

Con la desregulación de procedimientos se busca realizar una reingeniería de los procesos y trámites administrativos, en busca de decisiones más eficientes; para ello varias leyes “antitrámites” se han expedido.

iii) Utilización de métodos de gerencia privada.

Los métodos utilizados en la gerencia privada son adoptados por la gerencia pública con objeto de buscar un mejoramiento en cuanto a la gestión de las entidades. Se adoptan, entre otros, la planeación estratégica, los controles totales de calidad, la reingeniería, los análisis organizacionales, el mejoramiento continuo, etc.

iv) Transformación en los sistemas de control.

La gran modificación ocurre especialmente en el control fiscal (sobre la gestión de recursos económicos), donde se pasa del control numérico-legal previo, perceptivo y posterior a sistemas de auditaje selectivos, posteriores y de resultados, utilizando indicadores de gestión con los cuales se juzga la eficiencia en el desempeño institucional.

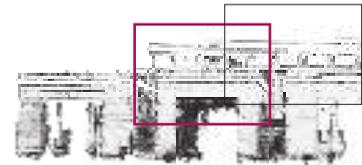
c) Principios constitucionales orientadores de la función administrativa.

Además de los fenómenos económicos y jurídicos contextualizados en este escrito, el administrador público se encuentra inmerso, de otra parte, en el conjunto de principios y finalidades constitucionales del Estado y de la administración.

El artículo 209 de la C. P. expresa que “*la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*” (...)

Como se observa, la directriz básica del constituyente es que la función administrativa tenga como norte el interés general cuya prevalencia es principio fundante del Estado social de derecho al lado del respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad entre las personas (art. 1° C. P.).

Esta directriz del artículo 209 concuerda con la enumeración de los fines esenciales del Estado que aparece en el artículo 2°, el cual indica, entre otros, el deber de “... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...” y define que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades...”. Se resalta en este punto la importancia de primer orden que la Constitución y luego la jurisprudencia constitucional han conferido al listado de derechos fundamentales de las personas y a los mecanismos extraordinarios creados para su cumplimiento efectivo, entre los cuales se destaca el amparo constitucional de la acción de



tutela que ha tenido un recurrente uso ante la inoperancia del reconocimiento de los derechos en sede administrativa.

Es, entonces, dentro de ese contexto axiológico y normativo de gran espectro que la administración pública debe emitir todos sus actos, realizar sus operaciones, celebrar sus contratos, dar sus órdenes, etc., teniendo en cuenta que en esas actividades se cumplan los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La finalidad y el alcance de estos principios han sido estudiados por la subcomisión 1ª de reforma al Código Contencioso Administrativo que se encarga de los procesos gubernativos, y ha elaborado la siguiente propuesta de redacción donde se incluyen algunos principios que no aparecen en el artículo 209, pero que se consideran esenciales para la actuación administrativa:

ARTÍCULO... Finalidad de los principios. En virtud del principio del **debido proceso** las actuaciones administrativas sancionatorias y no sancionatorias se adelantarán de conformidad con las reglas de procedimiento y competencia establecidas en la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción, y con fundamento en la legalidad de las faltas y de las sanciones, la *no reformatio in pejus*, la favorabilidad, la presunción de inocencia, el beneficio de la duda y el derecho a la defensa técnica.

En virtud del principio de **igualdad** las autoridades serán imparciales y darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento.

En virtud del principio de **buena fe** las autoridades asumirán que quien ante ellas actúa es verdaderamente la persona que declara ser, que ha actuado de acuerdo con sus deberes, y que es titular del derecho que invoca o reclama.

En virtud del principio de **moralidad** las actuaciones administrativas deben ajustarse a los valores éticos y morales que consagra el orden constitucional e imperan en la sociedad, y por consiguiente las autoridades y los particulares actuarán con pulcritud y honestidad.

En virtud del principio de **coordinación** las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

En virtud del principio de **participación** las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos y de la comunidad organizada 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 son responsables por infringir la Constitución, las leyes y los reglamentos, y por omisión o exralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En virtud del principio de **transparencia** las entidades y organismos de la administración están en la obligación de poner en conocimiento



del público, en forma sistemática y permanente, sus actos, contratos y resoluciones, salvo los casos en que por ley se haya impuesto reserva.

En virtud del principio de **publicidad**, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley. La actividad administrativa es por regla general del dominio público y por consiguiente cualquier interesado podrá recabar sobre el estado de un procedimiento administrativo, salvo los casos de reserva legal o los relacionados con materias protegidas por el secreto comercial o industrial en los que el interesado no sea titular o causahabiente.

En virtud del principio de **eficacia**, los procedimientos deberán lograr su finalidad, las autoridades removerán de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán decisiones inhibitorias, en procura siempre de la efectividad del derecho material involucrado en la actuación administrativa. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo, de oficio o a petición del interesado.

En virtud del principio de **eficiencia** las autoridades procederán con economía de tiempo y de gastos y, en procura de un alto nivel de calidad en el servicio, impulsarán y acelerarán los procedimientos, se abstendrán de exigir documentos, solemnidades o formalismos que no estén expresamente exigidos en la ley, e incentivarán el uso de la telemática en sus procesos internos, en las relaciones entre las distintas administraciones y en sus relaciones con los particulares.

III. Retos para la administración frente al respeto por los derechos fundamentales

La Constitución Política de Colombia ha adquirido el doble carácter de axiológica y normativa en la búsqueda de lograr una efectiva protección y promoción de los derechos fundamentales. Esta frecuente alusión a la constitucionalización del derecho rompe de alguna forma la discusión que consistía en determinar si la función de protección correspondía al ejecutivo, al legislativo o al judicial. Hoy es claro que en todos los ámbitos deben protegerse y respetarse los derechos fundamentales, con todo, por la estructura de la administración pública, en gran medida, corresponde a esta y a sus servidores su materialización⁵.

Es en el tránsito de la Constitución de 1886 a la de 1991 que surgieron desafíos para los administradores públicos. Pues el paradigma clásico de la centralidad de la ley y reemplazado por el de la Constitución y la consecuente constitucionalización del derecho, es natural que se generen conflictos y tensiones en la aplicación de los principios y la efectividad de los derechos. En este documento se ha hecho una descripción del nuevo modelo de administración pública frente al cual hoy en día se

⁵ Sin embargo, ello no quiere decir que la administración al tomar sus decisiones no deba reconocer todos los derechos de los ciudadanos sin discriminar entre los que tienen rango fundamental y los que no.



evidencia como problemática el desconocimiento de derechos ciertos y la vulneración de los derechos fundamentales por parte de la administración, problemática que dentro del diagnóstico de la jurisdicción contencioso-administrativa surgió como una de las razones para proponer una reforma al actual Código Contencioso Administrativo, cuya primera parte se ocupa justamente de los procedimientos administrativos.

En síntesis, podemos señalar que la situación actual es la siguiente:

- a) Aun cuando la relación jurídica administrado-administración, frente a los derechos fundamentales surge en una sola dirección; pues es el particular quien tiene derechos fundamentales y es el Estado el que debe garantizar su efectividad; en la práctica ocurre que cuando el administrado acude en sede administrativa buscando respuesta a sus problemas la administración contesta con evasivas, o no contesta o contesta negando pretensiones a las que claramente tiene derecho el peticionario. Con esta actitud la administración impone una carga al ciudadano a quien somete a acudir al juez para que éste en sede judicial reconozca sus derechos trasladando a la administración de justicia la definición del conflicto y creando un factor adicional de congestión judicial.
- b) Los servidores del Estado continúan trabajando con esquemas antiguos y obsoletos contenidos en el Código Contencioso Administrativo de 1984 el cual fue expedido antes de la Constitución de 1991.
- c) Se suma a esta dificultad el marco jurídico en el que se desenvuelve el administrador público, cuyas características fueron mencionadas al inicio de esta exposición: Una nueva estructura de administración pública flexible a la cual se suma una fuerte tendencia privatista y por otro lado, unos principios constitucionales orientadores de la función pública, en los que su vez convergen dos filosofías distintas: la primera, altamente eficientista, que conduce a una administración con visión economicista y tecnocrática, la cual se evidencia en los desarrollos legales y las prácticas administrativas utilizadas hoy; la segunda, una filosofía garantista que por el momento no se ha logrado consolidar.
- d) Se pone de manifiesto una tensión que crea contradicciones en la aplicación de principios como la eficiencia, la economía, la celeridad, frente a otros de diferente entidad como la buena fe, la dignidad humana, la igualdad y la participación, dichas contradicciones se reflejan en la vulneración de los derechos fundamentales de los administrados.

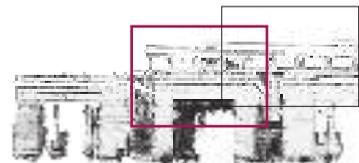
La pregunta que surge entonces es: ¿cómo hacer efectivo por parte de la administración el respeto de los derechos fundamentales dentro del nuevo esquema constitucional?

Creemos que parte de la respuesta es modificar la lógica de todo el ordenamiento interno adecuándolo al nuevo proyecto institucional entrega a la administración un marco propio de actuación de forma que pueda conjugar los principios de eficiencia y garantismo en la toma de sus decisiones, respondiendo siempre de fondo al administrado, otorga los derechos en sede administrativa, hace uso de sus prerrogativas para verificar la recta conducta de sus servidores, sancionar la mora en la respuesta, evitar premiar el silencio y la inactividad pues la finalidad del procedimiento administrativo justamente es lograr la manifestación de la



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

voluntad de la administración cuando esta no se pronuncia vulnera los principios de la administración pública, impide la oportunidad, la celeridad, la economía, la eficacia y la eficiencia de la administración. Por ello, entre otras medidas, podría pensarse en hacer obligatoria en todas las actuaciones administrativas la aplicación de los principios de los que hemos hablado, so pena de que su inobservancia genere una sanción de tipo disciplinario; inclusive se podría pensar en instituir el silencio administrativo positivo como regla general. Una administración eficaz y garantista lograría que la jurisdicción tuviera un carácter residual, obteniendo el ideal de una justicia pronta y cumplida.



L'administration publique et la protection des droits fondamentaux

Marcel Pochard

CONSEILLER D'ETAT

Comme en Colombie, l'administration française est tenue d'agir dans le respect des droits fondamentaux, avec efficacité, économie de moyen et célérité. Et comme en Colombie, elle risque toujours de retomber dans les pratiques d'une bureaucratie anonyme insuffisamment réactive aux besoins quotidiens du citoyen. Il en résulte, ainsi que le souligne dans son projet de communication le Président Gustavo Aponte Santos, une tension à laquelle la France s'efforce d'apporter des réponses, dont beaucoup sont communes à nos deux pays, et dont je voudrais s'embrée souligner la réussite. Je suis frappé des progrès réalisés dans nos deux pays pour prendre en compte pleinement les droits des administrés; il reste certes toujours à faire, et j'ai bien noté l'inquiétude exprimée par les magistrats colombiens à l'égard d'une administration trop souvent inerte ou impuissante, mais nos démocraties ont su donner une place croissante à l'exigence de respect des droits et à la construction d'un Etat de droit parfaitement crédible, notamment aux yeux de ceux qui, minoritairement mais souvent par des méthodes violentes, croient pouvoir dénoncer le contraire.

Dans cette rapide présentation, je voudrais insister sur les voies suivantes par lesquelles nous faisons progresser l'administration dans le respect des droits fondamentaux:

- une définition toujours plus exigeante des droits des administrés;
- une organisation institutionnelle du pouvoir qui renforce les garanties d'impartialité dans la prise de décision;
- des procédures administratives qui assurent la prise en compte des attentes de l'administré;
- une juridiction administrative qui garantisse que ce qui est affiché sur le papier soit réalisé dans les faits.
- l'organisation, au bénéfice des administrés, de voies de recours alternatives au procès, pour obtenir la reconnaissance effective de leurs droits.



I. Des droits reconnus à l'administré, face à l'administration, définis de façon toujours plus précise et claire

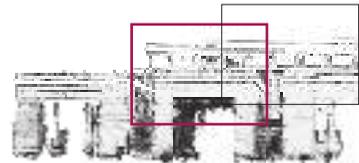
On songe d'emblée à ces droits qui ont été qualifiés en France de «troisième génération des droits de l'homme», après les droits individuels proclamés en 1789 (liberté d'aller et venir, liberté de pensée, liberté d'opinion et de religion, droit de propriété...) et les droits collectifs reconnus en 1946 (santé, sécurité sociale, droit au travail, participation, droits syndicaux...). Il s'agit pour l'essentiel de droits face à l'administration et qui se trouvent protégés dans toutes les démocraties: droit à ce que les décisions administratives soient motivées, droit à ce que les documents administratifs soient accessibles aux administrés, protection contre la constitution de fichiers informatisés et droit d'accès au contenu de ces fichiers.

Je ne reviendrai pas sur la portée considérable de ces «nouveaux» droits, qui remontent en France à près de trente ans. Je me bornerai à souligner que les droits les plus délicats à protéger sont ceux qui sont menacés par la constitution de fichiers informatisés. Le Leviathan est toujours plus gourmand de tels fichiers, pour des raisons de police ou de bonne gestion. Le Conseil d'Etat, dans ses formations administratives, est particulièrement vigilant sur ce point et développe, avec l'appui de la Commission nationale informatique et liberté, une jurisprudence administrative très stricte. Les fichiers informatisés ne sont autorisés qu'à la condition que les finalités des fichiers soient clairement explicitées, que les données enregistrées soient limitativement définies, que les personnes habilitées à prendre connaissance du contenu des fichiers soient limitativement énumérées, que la durée de conservation des données soit encadrée et que le droit d'accès au contenu des fichiers par les personnes intéressées soit organisé.

Pour ce séminaire franco-colombien, je voudrais insister sur deux autres types de droit:

- le droit d'obtenir une décision. Je suis frappé de voir, à l'occasion de rencontres de droit comparé, l'importance que ce droit revêt pour l'administré, car il conditionne la possibilité d'accéder au juge. Or le système de la décision implicite née du silence gardé par l'administration n'existe pas partout au monde ou n'est pas utilisé autant qu'il peut l'être. La France a renforcé encore au cours des dernières années ses règles en la matière: réduction du délai de naissance de la décision implicite (deux mois au lieu de quatre); obligation pour l'administration d'accuser réception de la demande, à défaut de quoi il n'y a plus de délai de recours contentieux; pouvoir donné au juge d'enjoindre à l'administration de prendre une décision ou même de prendre un texte.

Je dois vous indiquer à propos de ce pouvoir d'injonction que le juge administratif est de plus en plus saisi de décisions nées du refus implicite de l'administration de prendre un texte; par exemple le refus du Premier Ministre de prendre un décret d'application d'une loi. Souvent les lois nécessitent pour être appliquées un texte, dit précisément d'application, émanant de l'administration. Il suffit à celle-ci de ne pas prendre le texte pour bloquer cette application. Le citoyen ne se trouve pourtant



pas dépourvu; il lui appartient de s'adresser au service en charge de prendre le texte; si ce n'est pas fait, il peut demander au juge administratif d'annuler ce refus et d'enjoindre au service de s'exécuter dans un délai déterminé sous peine d'une somme d'argent à verser par jour de retard. Ce dispositif est souvent utilisé en France.

- le mécanisme dit du droit opposable. Il consiste à permettre à un citoyen de s'adresser au juge pour faire reconnaître qu'un de ses droits fondamentaux n'est pas respecté et pour obtenir du juge qu'il enjoigne à l'administration, sous astreinte, à prendre concrètement les dispositions pour mettre fin à cette situation. Ce mécanisme a été introduit pour la première fois en France par une loi du 5 mars 2007 par le gouvernement de Villepin en matière de logement social; concrètement cela veut dire que le juge administratif peut enjoindre à une commune d'offrir un logement social à une personne particulièrement mal logée et nécessiteuse. Bien sûr ce pouvoir donné au juge est très strictement encadré. Il faut que la personne soit déclarée prioritaire en raison des difficultés de logement qu'elle rencontre et de sa situation financière et de famille; c'est une commission de médiation qui est chargée de désigner les personnes qu'elle reconnaît prioritaires et auxquelles un logement doit être accordé d'urgence; la commission est tenue de motiver ses décisions. Dès lors que cette reconnaissance de priorité est établie, un logement doit être attribué à la personne. Si ce n'est pas fait dans les délais fixés, la loi prévoit que «le président du tribunal ordonne l'accueil» de la personne dans une structure d'hébergement et qu'il peut assortir son injonction d'une astreinte.

La loi n'ayant prévu que le nouveau droit n'entrerait en vigueur qu'à compter du 1er mai 2008, il n'est pas possible d'en faire un bilan. C'est néanmoins quelque chose de totalement nouveau en France et qui témoigne du souci de donner une réalité concrète à des droits souvent proclamés, mais qui restent souvent lettre morte, comme le droit au travail ou le droit au logement. La Colombie me paraît de ce point de vue être allée plus loin avec le régime de l'action populaire, qui permet de s'adresser au juge pour obtenir la réalisation effective d'équipements publics ou la mise en œuvre de services publics, et dont on sait qu'elle est réellement pratiquée. En France, il y a une tradition plutôt inverse et qui conduit à ne pas amener le juge à substituer son appréciation à celle du pouvoir élu pour décider que tel équipement doit être réalisé ou que telle personne doit passer devant une autre pour bénéficier de telle prestation. Il a été portant question en France, lors de la campagne présidentielle, d'instaurer un droit opposable pour ce qui est de l'accueil des enfants handicapés dans les établissements scolaires. Ce qui peut être intéressant pour la Colombie, dans le régime de ce droit opposable, c'est que le juge n'est pas mis directement en première ligne; il y a une commission de médiation qui est appelée à se prononcer sur le caractère prioritaire de la demande du candidat au logement.

II. Une organisation institutionnelle qui renforce les garanties d'impartialité

L'impartialité s'impose à toute autorité administrative; elle constitue une condition de la confiance de l'administré dans l'administration. Il est frappant de constater pourtant



que dans de nombreux cas, pour des raisons multiples, l'administré n'est que relativement convaincu de cette impartialité. C'est pourquoi dans de très nombreux pays il est fait recours à des dispositifs institutionnels censés respecter davantage cette impartialité. En France, les institutions mises en place en ce sens ont reçu la qualification d' «autorités administratives indépendantes». Ces autorités ont la caractéristique d'être soustraites à l'autorité du Gouvernement; elles agissent au nom de l'Etat, mais sans pouvoir recevoir de directive des autorités gouvernementales.

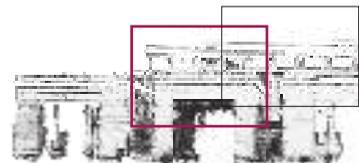
Pour une grande part les autorités administratives indépendantes ont une mission de régulation économique: contrôle de la concurrence, dérégulation de secteurs anciennement monopolistiques (comme les télécommunications ou la production et la distribution du gaz ou de l'électricité...), surveillance des marchés financiers; ces autorités ont des missions que l'on retrouve exercées dans les mêmes conditions dans le monde entier; elles sont spécialement justifiées en France pour éviter tout conflit d'intérêt entre l'Etat régulateur et l'Etat opérateur, car l'Etat continue à détenir le capital de nombreuses entreprises de ces secteurs.

Mais de nombreuses autorités ont été créées pour éviter le grief de partialité dans la prise de décisions dans des secteurs classiques d'intervention de la puissance publique, quoique très sensibles, comme les «écoutes téléphoniques», la sûreté nucléaire ou la surveillance du bruit des aéroports ou encore la déontologie de la police. Il y a incontestablement une tendance à l'accroissement du nombre de ces autorités; c'est incontestablement un moyen de garantir contre l'interférence de considérations partisans ou partiales dans la prise de décisions; on ne peut donc que saluer la place donnée à ces institutions. Encore convient-il de relever que n'est pas sans danger, car a contrario cela peut donner le sentiment que le reste de l'administration serait aux bottes du pouvoir politique.

C'est pourquoi il est indispensable dans le même temps de renforcer l'ensemble des dispositifs qui garantissent une administration impartiale, en laquelle les administrés puissent avoir confiance et sur laquelle ils puissent se reposer. Parmi ces dispositifs, il y a: - le statut des agents publics, de façon à protéger ceux-ci contre l'arbitraire et le favoritisme; si cette garantie de base n'existe pas, il est vain de penser disposer d'une administration respectueuse des droits des administrés; au sein de ce statut, les règles déontologiques sont évidemment capitales; - des modalités de l'action publique qui garantissent davantage de l'objectivité du processus de décision; c'est ce à quoi on tend en France avec les mécanismes des lettres de mission ou des contrats d'objectifs, qui permettent de mieux définir ce qui est attendu des autorités administratives et de les responsabiliser davantage, sans qu'elles aient toujours à en référer au pouvoir politique.

III. Des procédures administratives qui assurent de la prise en compte des attentes des administrés

Nous insisterons sur trois types de procédure:



a) la transparence

Ce thème est bien connu en Colombie, comme en France. Les deux têtes de chapitre en sont les mêmes: -transparence d'une part dans le fonctionnement des organes politiques de décision (caractère public des séances des organes politiques, publicité des décisions, droits reconnus aux minorités, par exemple de participation aux commissions d'appel d'offre des marchés publics, transparence du patrimoine des élus...); - et transparence d'autre part dans le fonctionnement quotidien de l'administration: accès aux documents administratifs, accès aux archives, motivation des actes administratifs, accès au contenu des fichiers informatisés.

Je me borderai à insister ici sur le caractère central de la transparence au regard du sujet qui nous préoccupe. La transparence est fondamentalement bénéfique au respect des droit fondamentaux, car le pouvoir n'aime tant rien que la lumière sur ce qu'il fait et sur la façon dont il le fait.

Certes on ne peut ignorer que la transparence peut être despotique. Dans les sociétés modernes, on passe allègrement du souci de venir à bout des zones d'ombre, par exemple pour lutter contre le terrorisme, à l'obsession de pourchasser la moindre parcelle de secret. Pourtant il n'y a pas lieu de jeter un quelconque manteau de suspicion sur la transparence. Il faut seulement se souvenir toujours qu'elle n'est qu'un moyen au service de la démocratie et des droits de l'homme et non une fin. Ce rappel fait, on ne peut que mesurer, par delà les progrès faits dans ce domaine de la transparence, le chemin qui reste à accomplir.

b) la participation

Il s'agit là d'un thème difficile. Une candidate à la Présidence de la république, l'an dernier, en France, en avait fait le point fort de sa campagne. La participation vise à permettre à l'administré de faire valoir son point de vue avant la prise d'une décision.

Cet objectif n'est pas nouveau et il s'est concrétisé en France dès la révolution de 1789 avec le dispositif des enquêtes publiques destinées à «informer le public et à recueillir ses appréciations, suggestions et contre-propositions» en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Depuis cette époque ce dispositif a été étendu à toute décision relative à tous aménagements, ouvrages ou travaux exécutés par des personnes publiques «lorsqu'en raison de leur nature, de leur consistance ou du caractère des zones concernées, ces opérations sont susceptibles d'affecter l'environnement».

Ce sur quoi je voudrais insister, c'est que, pour qu'il en résulte bien un renforcement de droits des administrés, il faut que l'enquête intervienne dans le respect de deux exigences:

- tout d'abord un dossier d'enquête qui comporte tous les éléments utiles à la bonne information de l'utilisateur, c'est-à-dire, lorsque l'enquête est relative aux ouvrages les plus importants, des études d'impact précisant les incidences de l'opération envisagée dans les domaines économiques, sociaux, environnementaux et financiers. Il s'agit là d'une exigence lourde,



mais hautement justifiée. Je suis frappé de l'amélioration de la qualité de ces dossiers d'enquête au cours des années.

- Ensuite un minimum d'organisation de la consultation de la population par l'administration. Le simple fait de mettre à disposition un dossier et de prendre note des observations des administrés est loin d'être suffisant pour les opérations les plus lourdes. La consultation n'a de sens que si les débats sont organisés.

C'est dans cet esprit qu'a été mise en place en France une **Commission nationale du débat public**, érigée récemment en autorité administrative indépendante. Composée de parlementaires et d'élus locaux, de membres du Conseil d'Etat et des juridictions administrative et judiciaire, de représentants d'associations agréées de protection de l'environnement, de représentants des usagers et de personnalité qualifiées, cette commission a pour mission de veiller au renforcement de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement et d'équipements d'intérêt national (à forts enjeux économiques ou environnementaux) et d'organiser, le cas échéant, le débat public sur les projets d'aménagement ou d'équipement les plus sensibles.

La commission a été ainsi saisie au cours des dernières années de très nombreux grands projets, comme la construction d'un troisième aéroport en Ile de France, la création de lignes électriques à très haute tension, la création de sites de dépôt de déchets radioactifs, le contournement routier de Lyon, l'extension du métro de Rennes... Le bilan en est jugé positif et la question se pose de savoir si les différentes collectivités territoriales ne seraient pas bien inspirées de procéder à leur échelon à la même organisation du débat public.

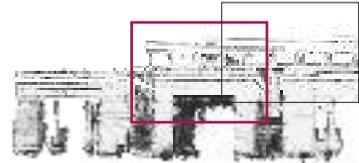
c) le contrat

J'évoque le contrat car il a fait l'objet du rapport annuel du conseil d'Etat pour 2008. Le contrat comporte en effet de nombreux avantages en matière de respect par l'administration des droits des administrés:

- le contrat permet que la norme soit négociée et ne résulte pas du seul pouvoir unilatéral de l'administration, ce qui rend cette norme plus aisément acceptée et mieux appliquée. On le voit par exemple avec le système de convention collective en droit du travail, comparativement au régime statutaire et réglementaire du droit de la fonction publique, particulièrement rigide.
- Le contrat permet mieux que la norme unilatérale et impersonnelle une adaptation de la règle juridique ou de l'action publique aux spécificités de chaque groupe social, de chaque personne ou de chaque territoire ou chaque secteur économique.
- Le contrat permet de définir les objectifs et responsabilités de chacun et donc de recentrer l'Etat sur ses missions essentielles.

IV. Une juridiction qui assure le respect de ses obligations par l'administration

Par delà tout ce qui vient d'être dit, le meilleur garant du respect par l'administration des droits des administrés réside encore dans la réalité du contrôle effectué par le juge



sur l'administration. L'administration restera toujours, par rapport à l'administré, le pot de fer par rapport au pot de terre. Pour que l'administré puisse faire prévaloir ses droits, il doit pouvoir compter sur un juge qui lui apporte le poids et l'autorité qu'il n'a pas et qui puisse imposer ses décisions à l'administration. C'est toute l'ambition de la justice administrative en France, comme en Colombie. Je ne développe pas ce point qui constitue le cœur de notre séminaire, mais il n'était pas possible de ne pas en parler à l'occasion de ce thème de la protection des droits fondamentaux et du rôle de l'administration sur ce point. La confiance de l'administré dans le juge constitue un des éléments essentiels de la garantie des droits de cet administré face à l'administration.

V. L'organisation de voies de recours alternatives au procès

L'organisation de voies alternatives au procès comporte un double avantage: -elle évite que le juge ne soit inondé de réclamations et lui permet donc de se consacrer à l'essentiel de sa tâche; - elle donne l'opportunité de régler rapidement des différends en dehors du juge et souvent de donner satisfaction aux administrés autrement que par un procès.

Parmi ces voies de recours alternatives, on signalera:

1. le recours administratif préalable obligatoire

Ce recours se distingue du recours gracieux traditionnel, en vertu duquel tout administré qui se plaint d'une décision peut s'adresser à l'auteur de l'acte ou à son supérieur pour en obtenir la réformation; cette possibilité de recours gracieux n'empêche pas l'administré de saisir directement le juge, s'il préfère cette voie. Le recours administratif préalable obligatoire impose à l'administré de procéder à ce recours avant de s'adresser au juge et il impose par le fait même à l'administration de réexaminer sa décision. C'est là tout l'intérêt de ce recours qui offre une opportunité qu'une solution soit trouvée pour régler le différend entre l'administration et l'administré. C'est pourquoi d'ailleurs l'autorité appelée à décider doit apprécier les faits et le droit en se plaçant à la date à laquelle elle se prononce, donc en tenant compte des évolutions éventuellement intervenues depuis la décision initiale. C'est pourquoi aussi la nouvelle décision se substitue complètement à celle qui est contestée, même si elle la confirme dans tous ses éléments; c'est elle qui exprime la position définitive de l'administration, et c'est elle qui est déferée le cas échéant au juge. C'est pourquoi également le recours administratif préalable fonctionne d'autant mieux qu'il est mieux organisé et qu'il se traduit vraiment par un réexamen au fond du dossier et de la décision; c'est dire qu'un simple recours obligatoire devant l'auteur de l'acte ou son supérieur, comme dans le recours gracieux, est moins efficace qu'un recours préalable organisé devant une instance collégiale suffisamment indépendante de l'autorité initiale.

On peut donner comme exemple en France le recours administratif préalable organisé pour le réexamen des décisions prises à l'égard des militaires, dans le



déroulement de leur carrière: affectation, mutation, notation, avancement, rémunération, primes... (en sont exclues les décisions disciplinaires, pour lesquelles le militaire continue à pouvoir saisir directement le juge). Compte-tenu de l'importance du contentieux en la matière, contentieux au demeurant porté directement devant le Conseil d'Etat (celui-ci est compétent pour les décisions prises à l'égard des fonctionnaires nommés par décret du Président de la République, cas des officiers), il a été décidé il y a un peu moins de dix ans d'imposer que les décisions contestées devraient préalablement être portées préalablement, obligatoirement, devant une commission, dite de recours des militaires, avant de pouvoir être déférées au juge. Cette commission est placée auprès du ministre de la défense et présidée par un contrôleur général des Armées; cette commission réexamine les décisions compte-tenu des éléments fournis par les services de l'administration et par l'administré. Ce dispositif donne des résultats remarquablement satisfaisants. Au cours des dernières années, le nombre de recours avoisine les 1.500; un peu plus du tiers aboutissent à une décision favorable au militaire, et sur les 2/3 restants, uniquement 5% font l'objet d'un recours juridictionnel; le délai d'intervention de la décision de la commission est de quelques mois seulement.

Un tel dispositif existe dans de nombreux autres domaines: -domaine fiscal, pour ce qui est de l'assiette et du recouvrement de l'impôt; le nombre de contestations fiscales est en effet extrêmement élevé; le juge serait submergé si toutes ces contestations pouvaient venir directement devant lui; - remembrement rural; les décisions locales doivent être portées devant une commission nationale avant d'aller devant le juge; - refus de visas d'entrée en France opposés à des étrangers; ces refus peuvent atteindre le chiffre de plusieurs milliers; une commission a été mise en place en 2000, devant laquelle les intéressés doivent porter leur contestation avant de se tourner devant le juge.

Une des réserves quelques fois exprimée à l'égard du recours administratif préalable obligatoire tient à ce qu'il ferait obstacle à la saisine du juge. Un des objectifs recherché consiste effectivement à désencombrer le juge. La critique peut toutefois être aisément levée. D'une part, les résultats de l'expérience française montre que la formule a l'avantage de permettre un réexamen rapide par des personnes compétentes d'une décision qui ne donne pas satisfaction à son destinataire, dans des conditions adaptées à la nature de cette décision et selon une approche qui n'est pas exclusivement juridique. D'autre part le Conseil d'Etat a jugé que l'impossibilité pour l'administré de s'adresser directement au juge pour demander l'annulation de l'acte, ne l'empêchait pas de saisir directement le juge des référés (juge de l'urgence) pour lui demander la suspension de la décision soumise au recours préalable, dès lors du moins qu'il atteste avoir engagé les démarches nécessaires à la réformation de la décision; la suspension éventuellement prononcée vaut jusqu'à ce que l'administration se prononce sur le recours administratif préalable dont elle est saisie.



2. La transaction

La transaction est restée longtemps inconnue ou marginale en droit administratif alors qu'elle très pratiqué en droit privé; la Code civil la définit comme «un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître». Cette réticence venait de la méfiance vis-à-vis d'accords entre des services administratifs et des administrés, toujours suspects de servir de base à des arrangements douteux. Le conseil d'Etat a donné un sérieux coup de pouce à la transaction administrative, par une décision purement prétorienne du 6 décembre 2002 Syndicat intercommunal des établissements du deuxième cycle de l'Hay-les-Roses: - il a d'abord confirmé, au regard des règles de la comptabilité publique, le caractère exécutoire d'une transaction conclue par une autorité administrative pour prévenir ou terminer un conflit; une telle transaction est un contrat administratif et est exécutoire de plein droit, y compris si elle débouche sur une dépense; - il a de plus admis la possibilité pour les parties de demander au juge administratif d'homologuer une transaction, non seulement lorsque cela a pour effet de mettre fin à une instance en cours, mais aussi en amont de la saisine du juge, et donc à titre purement préventif.

Le conseil d'Etat a encore manifesté son soutien à la transaction par une décision du 11 février 2005 OGEC du Sacré Cœur, en jugeant que le juge administratif avait la possibilité de confier à un expert désigné dans le cadre de la procédure du référé-expertise le soin, non seulement d'établir les données nécessaires au jugement de l'affaire, mais aussi d'essayer de concilier les parties; cette possibilité est ouverte même en l'absence de demande des parties en ce sens. Cette décision part de l'idée que l'expert chargé d'établir les faits contradictoirement en vue de permettre au juge de statuer, ce qui va normalement le conduire à des échanges avec les parties, peut se trouver en situation de rapprocher les points de vue et de favoriser un compromis, notamment lorsque le litige porte essentiellement sur des questions de faits ou de chiffres et non de droit.

Enfin tout récemment, par une décision du 11 juillet 2008 société Krupp, le Conseil d'Etat a jugé que les parties pouvaient conclure une transaction après saisine du juge de cassation et faire homologuer cette transaction par ce juge. Il a précisé à cette occasion les conditions de l'homologation en indiquant qu'il appartient au juge «de vérifier que les parties consentent effectivement la transaction, que l'objet de celle-ci est licite, qu'elle ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité publique et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public...».

3. L'arbitrage

L'arbitrage constitue une voie classique de résolution des conflits, Il n'est pas besoin d'en développer l'intérêt et la portée. On précisera simplement que compte-tenu du rôle donné à l'arbitre, l'arbitrage n'est possible en droit public que s'il est autorisé par une loi.



Observations postérieures à la conférence

J'ai cru comprendre qu'en Colombie, un des problèmes essentiels posés (le Président Aponte Santos a beaucoup insisté sur ce point), s'agissant de la façon dont l'administration peut être amenée à méconnaître des droits fondamentaux, touche plutôt à une forme d'inertie de l'administration sur le terrain. L'administration serait trop souvent impuissante, sinon inexistante, pour prendre en compte des attentes très concrètes des administrés, en matière d'équipements publics ou de services publics. Cela serait une des causes de la multiplication des actions populaires et de décisions des juges condamnant les autorités publiques à réaliser ces équipements ou ces services. Que faire en ces cas? Le risque pour le juge est d'être en première ligne et de devoir procéder à des appréciations que seule l'administration peut faire, par exemple sur la priorité des besoins de certains administrés par rapport à d'autres. C'est pourquoi on ne peut qu'inciter à rechercher des procédures qui redonnent ce rôle d'appréciation à une structure d'ordre administratif, par exemple une commission de médiation qui serait amenée à se rapprocher de l'administration et qui pourrait définir le degré de priorité des demandeurs par rapport à d'autres exigences.



La Administración Pública y la protección de los derechos fundamentales¹

Marcel Pochard

CONSEJERO DE ESTADO

Como en Colombia, la administración francesa está obligada a actuar dentro del respeto de los derechos fundamentales, con eficacia, economía de medios y celeridad. Y como en Colombia, la administración siempre está en riesgo de recaer en las prácticas de una burocracia anónima insuficientemente reactiva a las necesidades cotidianas del ciudadano. Resulta de ello, así como lo subraya en su ponencia el Presidente Gustavo Aponte Santos, una tensión en relación con la cual Francia se esfuerza por aportar soluciones, muchas de ellas son comunes a los dos países, y de las cuales quisiera subrayar, de entrada, el éxito. Estoy sorprendido por los progresos realizados en nuestros dos países para tomar en cuenta plenamente los derechos de los administrados; claro, falta siempre hacer más, y he notado la inquietud expresada por los magistrados colombianos en relación con una administración muy frecuentemente inerte e impotente, pero nuestras democracias han sabido darle un lugar de mayor relieve a la exigencia de respeto de los derechos y a la construcción de un Estado de derecho perfectamente creíble, notablemente a los ojos de aquellos que, minoritariamente pero a menudo por métodos violentos, creen poder denunciar lo contrario.

En esta rápida presentación, yo quisiera insistir sobre las siguientes vías por las cuales hacemos progresar la administración en el respeto de los derechos fundamentales:

- Una definición siempre más exigente de los derechos de los administrados;
- Una organización institucional del poder que refuerza las garantías de imparcialidad en la toma de decisiones;
- Procedimientos administrativos que garantizan tener en cuenta las expectativas del administrado;
- Una jurisdicción administrativa que garantiza que lo que se muestra en el papel se realice en los hechos.
- La organización, en beneficio de los administrados, de vías de recursos alternativos al proceso, para obtener el reconocimiento efectivo de sus derechos.

¹ Traducción de María Luisa Molano Vásquez y Laura Ospina Mejía.



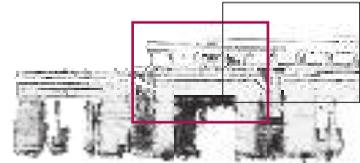
I. Derechos reconocidos al administrado, frente a la administración, definidos de manera siempre más precisa y clara

Se piensa de entrada en esos derechos que han sido calificados en Francia de “tercera generación de los derechos del hombre”, después de los derechos individuales proclamados en 1789 (libertad de ir y venir, libertad de pensamiento, libertad de opinión y de religión, derecho de propiedad...) y los derechos colectivos reconocidos en 1946 (salud, seguridad social, derecho al trabajo, participación, derechos sindicales...). Se trata en lo esencial de derechos ante la administración que se encuentran protegidos en todas las democracias: derecho a que las decisiones administrativas sean motivadas, derecho a que los documentos administrativos sean accesibles a los administrados, protección contra la constitución de ficheros informatizados y derecho de acceso al contenido de estas bases de datos.

No ahondaré sobre el alcance considerable de estos “nuevos” derechos, que se remontan a cerca de treinta años en Francia. Me limitaré a subrayar que los derechos más delicados por proteger son aquellos que son amenazados por la constitución de ficheros informatizados. El Leviatán siempre está más hambriento de tales ficheros, por razones de policía o de buena gestión. El Consejo de Estado, en sus formaciones administrativas, es particularmente vigilante sobre ese punto y desarrolla, con el apoyo de la Comisión Nacional de Informática y Libertad, una jurisprudencia administrativa muy estricta. Los ficheros informatizados son autorizados solo si cumplen la condición de que las finalidades de los ficheros sean limitadamente definidas, que las personas habilitadas a tomar conocimiento del contenido de los ficheros sean limitativamente enumeradas, que la conservación de los datos tenga un marco de tiempo definido y que el derecho de acceso al contenido de los ficheros por las personas interesadas exista organizado.

Para este seminario franco-colombiano, yo quisiera insistir sobre otros dos tipos de derecho:

- El derecho de obtener una decisión. Me sorprende ver, con ocasión de encuentros acerca de derecho comparado, la importancia que este derecho reviste para el administrado, ya que condiciona la posibilidad de acceder al juez. Ahora bien: el sistema de la decisión implícita nacida del silencio guardado por la administración no existe en todas partes en el mundo o no es tan utilizado como pudiera serlo. Francia reforzó aun más sus reglas al respecto en el curso de los últimos años: reducción del plazo de nacimiento de la decisión implícita (dos meses, en vez de cuatro); obligación para la administración de acusar recibo de la demanda, a falta de lo cual se pierde el plazo de recurso contencioso; potestad dada al juez de conminar la administración a que tome una decisión o hasta a que expida un decreto. Debo indicarles a propósito de esta potestad conminatoria que al juez administrativo le son encargadas más y más decisiones nacidas de la negativa implícita de la administración de regular un texto de ley; por ejemplo, la negativa del Primer Ministro de expedir un decreto reglamentario de aplicación de la ley. Comúnmente las leyes necesitan para ser aplicadas un



texto, llamado precisamente de aplicación proveniente de la administración. Es suficiente que esta no expida el texto para bloquear la aplicación de la ley. Ante esto, el ciudadano no se encuentra indefenso; él puede dirigirse a la autoridad encargada de adoptar el texto; si ella no cumple, el ciudadano puede demandar ante el juez administrativo la anulación de esta negativa y pedir la conminación a la autoridad de hacerlo en un plazo determinado, so pena de verse obligada a pagar una multa por cada día de retardo. Este mecanismo es frecuentemente utilizado en Francia.

- El mecanismo llamado del derecho oponible. Consiste en permitir que un ciudadano se dirija al juez para hacer reconocer que uno de sus derechos fundamentales no es respetado y para obtener del juez que conmine a la administración, so pena de sanción, a tomar concretamente las disposiciones para poner fin a esta situación. Este mecanismo fue por vez primera introducido en Francia por una ley del 5 de marzo de 2007 del gobierno de Villepin en materia de vivienda de interés social; concretamente esto significa que el juez administrativo puede conminar a un municipio a que proporcione gratuitamente una vivienda de interés social a una persona particularmente mal alojada y necesitada. Claro está que este poder dado al juez es regulado muy estrictamente. Es necesario que la persona sea declarada prioritaria en razón de las dificultades de alojamiento que encuentra y de su situación financiera y familiar; una comisión de mediación está encargada de designar a las personas que reconoce como prioritarias y a quienes una vivienda debe ser concedida en urgencia; la comisión está obligada a motivar sus decisiones. En cuanto se ha establecido este reconocimiento de prioridad, una vivienda debe ser atribuida a la persona. Si esto no se cumple en los plazos fijados, la ley prevé que “el presidente del tribunal ordena la acogida” de la persona en una estructura de alojamiento y que puede surtir su mandamiento con una sanción conminatoria.

No es posible hacer un balance de la aplicación de la ley al no haber previsto que el nuevo derecho no estaría vigente sino a partir del 1° de mayo de 2008, . Es no obstante algo totalmente nuevo en Francia y que atestigua una preocupación por darles una realidad concreta a derechos a menudo proclamados, pero que se quedan con frecuencia en el papel, como el derecho al trabajo o el derecho a la vivienda. Colombia me parece que desde ese punto de vista ha ido más lejos con el régimen de la acción popular, que permite dirigirse al juez para obtener la realización efectiva de obras públicas o la puesta en marcha de servicios públicos, y de la cual sabemos que es realmente practicada. En Francia, hay una tradición más bien a la inversa y que conduce a no llevar al juez a substituir su apreciación a la del poder elegido para decidir que tal equipamiento debe realizarse o que tal persona debe tener prioridad sobre otra para beneficiar de tal prestación. Se ha hablado sin embargo en Francia, durante la campaña presidencial, de instaurar un derecho oponible para lo que atañe a la acogida de los niños especiales en los establecimientos escolares. Lo que puede ser interesante para Colombia, en el régimen de este derecho oponible, es que el juez no se encuentra en primera línea; hay una comisión de mediación que está llamada a pronunciarse sobre el carácter prioritario de la petición del candidato al alojamiento.



II. Una organización institucional que refuerza las garantías de imparcialidad

La imparcialidad se impone para toda autoridad administrativa; constituye una condición de la confianza del administrado en la administración. Es sorprendente constatar sin embargo que en muchos casos, por múltiples razones, el administrado está sólo relativamente convencido de esta imparcialidad. Es la razón por la cual en muchos países se recurre a dispositivos institucionales que se supone respetan más esa imparcialidad. En Francia, las instituciones establecidas en este sentido han recibido la calificación de “autoridades administrativas independientes”. Estas autoridades tienen la característica de encontrarse sustraídas a la autoridad del Gobierno; ellas actúan en nombre del Estado, pero sin poder recibir directivas de las autoridades gubernamentales.

En gran parte la misión de las autoridades independientes es la de regulación económica: control de la competencia, desregulación de sectores antiguamente monopolísticos (como las telecomunicaciones o la producción y distribución del gas o de la electricidad...), vigilancia de los mercados financieros; estas autoridades tienen misiones que encontramos ejercidas en las mismas condiciones en el mundo entero; ellas están especialmente justificadas en Francia para evitar todo conflicto de interés entre el Estado regulador y el Estado operador, porque el Estado sigue con la tenencia del capital de numerosas empresas de estos sectores.

Pero numerosas autoridades han sido creadas para evitar la queja de parcialidad en la toma de decisiones en unos sectores clásicos de intervención de la potestad pública, aunque sean muy sensibles, como las “escuchas telefónicas”, la seguridad nuclear o la vigilancia del ruido en los aeropuertos o aun la deontología de la policía. Es innegable el aumento del número de esas autoridades; es sin discusión un medio de garantizar en contra de la ocurrencia de interferencias partidistas o de parcialidades en la toma de decisiones; solo nos cabe aplaudir el lugar dado a estas instituciones. Pero aquí conviene acotar que esto no se hace sin peligro, porque también puede por el contrario crear la sensación de que el resto de la administración está al servicio del poder político.

Es la razón por la que al mismo tiempo es indispensable fortalecer el conjunto de los dispositivos que aseguran una administración imparcial, en la que los administrados puedan confiar y en la que puedan sentirse respaldados. Entre estos dispositivos está: - el estatuto de los agentes públicos, para proteger a estos últimos contra la arbitrariedad y el favoritismo; si esta garantía de base no existe, es iluso creer que se dispone de una administración respetuosa de los derechos de los administrados; en el seno de ese estatuto, las reglas deontológicas son evidentemente capitales; - modalidades de la acción pública que garanticen más la objetividad de los procesos de decisión; esto se busca lograr en Francia con los mecanismos de las cartas de misión o de los contratos de objetivos, que permiten definir mejor lo esperado de las autoridades administrativas y de responsabilizarlas más, sin que tengan que remitirse siempre al poder político para definir su actuación.



III. De los procedimientos administrativos que aseguran tener en cuenta las expectativas de los administrados

Insistiremos sobre tres tipos de procedimientos:

a) la transparencia

Este tema es bien conocido en Colombia, al igual que en Francia. Los dos ejes de este capítulo son los mismos: - transparencia de una parte en el funcionamiento de los órganos políticos decisorios (carácter público de las sesiones de los órganos políticos, publicidad de las decisiones, derechos reconocidos a las minorías, por ejemplo de participación en las comisiones de preparación y adjudicación de licitaciones públicas, transparencia del patrimonio de los elegidos...); transparencia, por otra parte, en el funcionamiento cotidiano de la administración: acceso a los archivos, motivación de los actos administrativos, acceso al contenido de los ficheros informatizados.

Me limitaré a insistir aquí sobre el carácter central de la transparencia para el tema que nos preocupa. La transparencia es fundamentalmente benéfica al respeto de los derechos fundamentales porque al poder no le gusta nada tanto como la claridad sobre lo que hace y sobre la manera como lo hace.

Ciertamente, no se puede ignorar que la transparencia puede ser despótica. En las sociedades modernas se pasa alegremente de la preocupación de acabar con las zonas oscuras, por ejemplo para luchar contra el terrorismo, a la obsesión de perseguir la más mínima parcela de secreto. Sin embargo, no cabe cubrir la transparencia con un manto de dudas. Basta acordarse siempre de que ella no es más que un medio al servicio de la democracia y de los derechos del hombre y que no es un fin en sí. Recordado esto, solo podemos medir el camino que, más allá de los progresos logrados en este campo de la transparencia, queda por recorrer.

b) la participación

Se trata aquí de un tema difícil. Una candidata a la Presidencia de la República, el año pasado, en Francia, había hecho de este el punto fuerte de su campaña. La participación apunta a permitir al administrado que haga valer su punto de vista antes de la toma de una decisión.

Este objetivo no es nuevo y se ha concretado en Francia desde la revolución de 1789 con los dispositivos de encuestas públicas destinadas a “informar al público y a recoger sus apreciaciones, sugerencias y contrapropuestas” en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública. Desde esta época este dispositivo ha sido extendido a toda decisión relativa a cualquier ordenamiento territorial, obra o trabajo efectuados por personas públicas “cuando por razón de su naturaleza, de su consistencia o del carácter de las zonas concernidas, estas operaciones son susceptibles de afectar al medio ambiente”.

En lo que yo quisiera insistir es que, para que eso efectivamente resulte en la mejora de los derechos de los administrados, es necesario que la encuesta intervenga dentro del respeto de dos exigencias:



- Primero: un expediente informativo para la encuesta que contenga todos los elementos útiles para la adecuada información del usuario, es decir, cuando la encuesta es acerca de las obras más importantes, estudios del impacto que muestren las incidencias de la operación considerada en los campos económicos, sociales, medio-ambientales y financieros. Se trata aquí de una exigencia grande, pero ampliamente justificada. Me sorprende el mejoramiento de la calidad de esos expedientes informativos en el curso de los últimos años.
- Luego un mínimo de organización por parte de la administración de la consulta que se vaya a hacer a la población. El simple hecho de poner a disposición de ésta un expediente y de tomar nota de las observaciones de los administrados dista mucho de ser suficiente para las operaciones grandes, de mayores consecuencias. La consulta en esos casos solo tiene sentido si los debates son organizados.

Siguiendo esa idea, se ha establecido en Francia la **Comisión Nacional del Debate Público**, elevada recientemente al rango de autoridad administrativa independiente. Compuesta de parlamentarios y de elegidos locales, de miembros del Consejo de Estado y de las jurisdicciones administrativa y judicial, de representantes de asociaciones reconocidas de protección del medio ambiente, de representantes de los usuarios y de personalidades calificadas, esta comisión tiene por misión velar por el fortalecimiento de la participación del público en el proceso de elaboración de proyectos de ordenamiento y equipamiento territorial (proyectos que han de tener grandes consecuencias económicas y medioambientales) y de organizar, si fuera el caso, el debate público sobre los proyectos de ordenamiento o de equipamiento más sensibles, es decir, los que mayor controversia generan en razón de sus posibles consecuencias.

Así, a la comisión le ha sido llevado un número muy alto de grandes proyectos en el curso de los últimos años, tales como la construcción de un tercer aeropuerto en el área de la "Isla de Francia" (*l'Île de France*), la creación de tendidos eléctricos de muy alto voltaje, la creación de sitios de depósito de desechos radioactivos, el sistema vial circunvalar de Lyon, la extensión del metro de Rennes... El balance se estima positivo y de ahí nace preguntarse si a las diferentes colectividades territoriales, cada una de acuerdo a su escala, no les convendría mucho proceder a la misma organización del debate público.

c) el contrato

Evoco el contrato porque fue objeto del informe anual del Consejo de Estado para 2008. El contrato conlleva en efecto numerosas ventajas en materia de respeto por la administración de los derechos de los administrados:

- El contrato permite que la norma sea negociada y no resulte solo del poder unilateral de la administración, lo que hace más fácil tanto su aceptación como su aplicación. Esto se ve por ejemplo con el sistema de convención colectiva en derecho del trabajo, comparativamente al régimen estatutario y reglamentario del derecho de la función pública, particularmente rígido.
- El contrato permite, mejor que la norma unilateral e impersonal, una adaptación de la regla jurídica o de la acción pública a las especificidades de cada grupo



- social, de cada persona o de cada territorio o de cada sector económico.
- El contrato permite definir los objetivos y responsabilidades de cada uno y por ende volver a centrar la atención del Estado en sus misiones esenciales.

IV. Una jurisdicción que garantiza el respeto de sus obligaciones por la administración

Más allá de todo lo que se acaba de decir, el mejor garante del respeto por parte de la administración de los derechos de los administrados se encuentra todavía en la realidad del control efectuado por el juez sobre la administración. La administración seguirá siendo siempre, en relación con el administrado, como la olla de hierro contrapuesta a la olla de barro. Para que el administrado pueda hacer prevalecer sus derechos debe poder contar con un juez que le aporte el peso y la autoridad que le faltan y que pueda imponer sus decisiones a la administración. Esa es toda la ambición de la justicia administrativa en Francia, como en Colombia. Yo no desarrollo este punto que constituye el corazón de nuestro seminario, pero no era posible dejar de mencionarlo con ocasión de este tema de la protección de los derechos fundamentales y del papel de la administración en ese punto. La confianza del administrado en el juez constituye uno de los elementos esenciales de la garantía de los derechos de este administrado frente a la administración.

V. La organización de las vías de recursos alternativos al proceso

La organización de las vías alternativas al proceso comporta una doble ventaja: -evita que el juez esté inundado de reclamaciones y le permite entonces consagrarse a lo esencial de su tarea; -da la oportunidad de solucionar las diferencias sin intervención del juez y frecuentemente da satisfacción a los administrados de manera diferente de un proceso.

Entre estas vías de recursos alternativos se señalarán las siguientes:

1. *El recurso administrativo previo obligatorio*

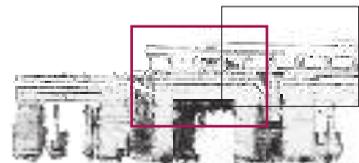
Este recurso se distingue del recurso gracioso tradicional, en virtud del cual todo administrado que esté inconforme con una decisión puede dirigirse al autor del acto o a su superior para obtener la reforma de aquella; esta posibilidad de recurso gracioso no impide al administrado acudir directamente ante el juez, si prefiere esta vía. El recurso administrativo previo obligatorio impone al administrado hacer uso de este recurso antes de dirigirse al juez y también obliga, por ese mismo hecho, a que la



administración reexamine su decisión. Ahí se encuentra todo el interés de este recurso que ofrece una oportunidad para que se halle una solución a los desacuerdos entre la administración y el administrado. Es por ello que, por otra parte, la autoridad llamada a decidir debe apreciar los hechos y el derecho situándose en la fecha en la que ella se pronuncia, es decir, teniendo en cuenta las eventuales evoluciones que se han podido dar después de la decisión inicial. También debido a ello es que la nueva decisión sustituye completamente a aquella que ha sido impugnada, aun si la confirma en todos sus elementos; es ella la que expresa la posición definitiva de la administración, y es ella, en dado caso, la que es sometida al análisis del juez. Es por eso igualmente que el recurso administrativo previo obligatorio funciona tan bien que es el mejor organizado e implica verdaderamente un reexamen del fondo del expediente y de la decisión; es decir, que un simple recurso obligatorio ante el autor del acto o de su superior, como lo es el recurso gracioso, es menos eficaz que un recurso previo ante una instancia colegiada suficientemente independiente de la autoridad inicial.

Se puede dar como ejemplo en Francia el recurso administrativo previo diseñado para el reexamen de las decisiones tomadas en relación con los militares, en el desarrollo de su carrera: afectación, mutación, calificación, ascensos, remuneración, primas... (están excluidas las decisiones disciplinarias, contra las cuales el militar continúa teniendo la posibilidad de acudir directamente ante el juez). Teniendo en cuenta la importancia del contencioso en la materia, contencioso que por cierto se lleva directamente ante el Consejo de Estado (este es competente en relación con las decisiones tomadas en relación con funcionarios nombrados por decreto del Presidente de la República, como es el caso de los oficiales), se decidió hace poco menos de diez años exigir que las decisiones impugnadas deberían ser sometidas previamente, y obligatoriamente, a una comisión, llamada de recursos de los militares, antes de poder ser demandadas ante el juez. Esta comisión está ubicada en los servicios del ministro de la Defensa y está presidida por un contralor general de las Fuerzas Armadas. Dicha comisión reexamina las decisiones teniendo en cuenta los elementos suministrados por los servicios de la administración y por el administrado. Este mecanismo da resultados notoriamente satisfactorios. En el curso de los últimos años, el número de recursos se aproximaba a los 1.500; un poco más de un tercio termina con una decisión favorable al militar, y sobre los dos tercios restantes únicamente el 5% es objeto de un recurso jurisdiccional; el plazo de intervención de la decisión de la comisión es de algunos meses solamente.

Tal mecanismo existe en muchas otras materias: -fiscal, en lo que se refiere a la tasa y al cobro del impuesto; el número de controversias fiscales es en efecto extremadamente elevado; el juez se vería sumergido si todas las controversias pudieran someterse a él directamente; reorganización rural; las decisiones locales deben ser llevadas ante una comisión nacional antes



de ser sometidas al juez; negativa de otorgar visas de entrada en Francia a los extranjeros; estas negativas pueden llegar a una cifra de varios miles. Una comisión fue creada en 2000, ante la cual los interesados deben invocar su desacuerdo antes de dirigirse al juez.

Una de las reservas que algunas veces se expresan en relación con el recurso administrativo previo obligatorio es que sería un obstáculo para acudir ante el juez. Uno de los objetivos perseguidos consiste efectivamente en descongestionar al juez. Sin embargo, la crítica puede ser fácilmente desvirtuada. De una parte, los resultados de la experiencia francesa muestran que la fórmula tiene la ventaja de permitir un reexamen rápido, por personas competentes, de una decisión que no es satisfactoria para el destinatario, en condiciones adaptadas a la naturaleza de esta decisión y según una aproximación que no es exclusivamente jurídica. De otra parte, el Consejo de Estado ha considerado que la imposibilidad para el administrado de dirigirse directamente al juez para demandar la anulación del acto no impide acudir directamente al juez de los référés (juez de urgencia) para pedir la suspensión de la decisión sometida al recurso previo, siempre que al menos aquel pruebe que se han hecho las gestiones necesarias para la reforma de la decisión; la suspensión eventual pronunciada vale hasta cuando la administración se pronuncie sobre el recurso administrativo previo que le fue formulado.

2. *La transacción*

La transacción fue durante mucho tiempo desconocida o marginal en derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho privado; el Código Civil la define como “un contrato por el cual las partes terminan una controversia que ya se ha suscitado o previenen una controversia por nacer”. Esta reticencia surgió de una desconfianza frente a los acuerdos entre los servicios administrativos y los administrados, siempre bajo sospecha de servir de base a acuerdos dudosos. El Consejo de Estado ha dado un serio empuje a la transacción administrativa, por una decisión puramente pretoriana del 6 de diciembre de 2002, Sindicato intercomunal de los establecimientos del segundo ciclo del *Hay-les-Roses*: el Consejo de Estado en primer lugar confirmó, teniendo en cuenta las reglas de la compatibilidad pública, el carácter ejecutorio de una transacción celebrada por una autoridad administrativa para prevenir o terminar un conflicto; tal transacción es un contrato administrativo y es ejecutable de pleno derecho, incluso si de ella se deriva el pago de una suma de dinero; - el Consejo además admitió la posibilidad para las partes de pedir la homologación de la transacción al juez administrativo, no solamente cuando esta ha tenido como efecto poner fin a una instancia en curso, sino también paralelamente de acudir ante el juez, y por ello a título puramente preventivo.

El Consejo de Estado también manifestó su apoyo a la transacción por una decisión del 11 de febrero de 2005 *OGEC du Sacré Coeur*, al considerar que el juez administrativo tenía la posibilidad de confiar a un experto designado en el marco



del procedimiento del *référé-expertise* su concepto, no solamente para establecer los datos necesarios para el juzgamiento del caso, sino también para tratar de lograr la conciliación entre las partes; esta posibilidad está abierta aun cuando no exista demanda de las partes en este sentido. Esta decisión parte de la idea de que el experto encargado de establecer los hechos controvertidos con el fin de permitir al juez que profiera su decisión, y lo que normalmente le permite a aquel intercambiar ideas con las partes, puede encontrarse en situación de aproximar los puntos de vista y de favorecer un compromiso, especialmente cuando el litigio se refiere esencialmente a cuestiones de hecho o de cifras y no de derecho.

Finalmente, muy recientemente, por una decisión del 11 de julio de 2008, sociedad *Krupp*, el Consejo de Estado consideró que las partes podían acordar una transacción después de acudir al juez de casación y hacer homologar esta transacción por este juez. En esa ocasión el Consejo precisó las condiciones de la homologación indicando que corresponde al juez “*verificar que las partes consientan efectivamente en la transacción, que el objeto de esta sea lícito, que ella no constituya por parte de la colectividad pública una liberalidad pública y que no desconozca otras reglas de orden público...*”.

3. *El arbitraje*

El arbitraje constituye una vía clásica de resolución de conflictos. No es necesario hablar sobre su interés y su alcance. Se precisará simplemente que teniendo en cuenta el rol reconocido al árbitro, el arbitraje solo es posible en derecho público si ha sido autorizado por una ley.

Observaciones posteriores a la conferencia

Creo entender que en Colombia uno de los problemas esenciales que se plantearon (el Presidente Aponte Santos insistió mucho en ello) era la manera en la que la administración puede desconocer los derechos fundamentales, a causa sobre todo de una forma de inercia de la administración en la práctica. La administración se encuentra frecuentemente impotente, cuando no inexistente, para tomar en cuenta los atentados muy concretos contra los derechos de los administrados, en materia de infraestructuras públicas o servicios públicos. Esta sería entonces una de las causas de la multiplicación de las acciones populares y de las decisiones judiciales que condenan a las autoridades públicas a realizar esas obras o a prestar esos servicios. ¿Qué hacer en este caso? El riesgo para el juez es aparecer en primera línea o como protagonista, y de verse obligado a hacer apreciaciones que solo la administración puede hacer, por ejemplo sobre las necesidades de ciertos administrados en relación con otros. Es por ello que se sugiere buscar procedimientos que devuelvan este rol de apreciación a una estructura de orden administrativo, por ejemplo, una comisión de mediación que estaría llamada a aproximarse a la administración, y que podría definir el grado de prioridad de los demandantes en relación con otras exigencias.



Comentarios a la conferencia del Consejero Gustavo Aponte Santos Marc Durand-Viel¹

Voy a dirigirme a ustedes en francés, va a ser un poco más corta mi intervención. Me impresionó el documento del Magistrado Aponte Santos. Para nosotros como franceses es muy interesante. Voy a exponer las observaciones de síntesis que hice al leer su texto y pensé que era importante comentárselas como si yo mismo hubiera estado encargado de hacer parte de su Comisión de Reforma.

Las observaciones son las siguientes:

La primera tiene que ver con lo que es diferente y lo que es comparable entre los dos países. Y la segunda alude a las consecuencias de estas diferencias.

Tratándose de las comparaciones, ustedes vieron que las evoluciones descritas en la organización del aparato administrativo, en las estructuras del sector público, en la creación de las agencias, los movimientos de privatización, en los adelantos de los métodos de gestión moderna dentro del servicio público, todo esto es comparable. Colombia se ha comprometido en un proceso de modernización, digamos que es un proceso de modernización que busca eficacia en su aparato administrativo y en su aparato gubernamental y del poder ejecutivo también, exactamente como en Francia, como en Europa. En Europa también vemos las mismas nociones: los establecimientos públicos, industriales y comerciales, los agentes encargados de la regulación. Esto existe en los dos países, no solo en el tema de la organización sino las exigencias para el funcionamiento de la administración propiamente dicha, la exigencia de transparencia, de imparcialidad, de eficacia, economía, buena gestión, rapidez, etc.

¿Dónde se encuentra la diferencia? Como lo señaló el señor Pochard en su intervención, ella radica en el hecho de que la evolución de las estructuras y de las exigencias administrativas que el doctor Aponte Santos trató aquí encuentran su fuente en Colombia en el texto más alto en la jerarquía de las normas, en la Constitución Política de 1991. Porque es en esta Constitución, contrariamente a lo que pasa en otros países, que encontramos objetivos, evoluciones, estructuras, y luego también encontramos el otro aspecto, a saber, las exigencias y los deberes de la administración. Este artículo 209 que señala que la administración debe ser imparcial, eficaz, pronta, cumplida, económica, participativa, transparente. Bueno, es muy difícil ser funcionario en Colombia, me parece a mí, si uno quiere respetar la Constitución hay que ser un santo, hay que ser perfecto. La diferencia entre los dos sistemas es que tratándose de las

¹ N. de E: Los comentarios que se transcriben a continuación son resultado de la desgrabación de la traducción simultánea y no fueron revisados por el autor.



obligaciones y de las líneas de evolución, en Francia por ejemplo en la Constitución no hay nada en cuanto a la evolución necesaria de las estructuras gubernamentales, son los gobiernos los que según sus políticas económicas deciden privatizar o no privatizar. Por ejemplo el correo que antes era un ministerio se cambió a otro tipo de institución, se transformó en sociedad comercial y luego, supongo yo, dentro de 2 o 4 años, el director general del correo querrá abrir su capital; se van a necesitar leyes para autorizar la transformación pero no existe nada en la Constitución. Hay varias hipótesis que en Colombia encuentran su origen en la Constitución y para nosotros en decisiones políticas o en leyes. En lo que tiene que ver con las exigencias de la administración tomemos un ejemplo, la obligación de motivar las decisiones individuales que toma la administración ante un administrado. Esta obligación, su fuente, su origen se encuentra si entendí bien, en su Constitución; nosotros hace 30 años lo hicimos de otra manera, por decisión de la administración. En Francia se parte de programas políticos. Y si existen normas, son normas en ciertos casos que están más abajo dentro de la jerarquía, no en la Constitución; pueden ser leyes, decretos o incluso puede ser un principio jurisprudencial, lo que llamamos un principio general del derecho, que no está escrito pero que reconoce como norma superior el juez administrativo, esa es la diferencia.

¿Cuál es la consecuencia? La consecuencia es que desde el punto de vista del observador extranjero uno entiende que lógicamente ustedes tengan que encontrar en su código contencioso la transcripción por lo menos enumerativa de las exigencias constitucionales; en alguna parte habrá que poner que la administración debe ser transparente, etc. –como un recordatorio–, pero hay que ver que esto, de todos modos, representa algún problema porque todos esos principios y esas exigencias para la administración tienen carácter de norma jurídica que un juez puede controlar y hay otras que presentan un problema mayor para el juez, es que si hay recurso le van a reprochar no haber respetado tal o tal norma cuyo contenido o alcance sean indefinidos. Tomo un ejemplo: ustedes van a admitir que un justiciable pueda invocar ante un juez la violación de una obligación por la administración que había tomado una decisión que no respeta el objetivo de eficiencia o de eficacia o de prontitud, pero si usted quiere que el juez pueda controlar o que la administración incluso pueda controlar si su decisión fue eficaz, económica, inteligente, respetuosa de la información pública, eficiente, de buena gestión, entonces habría que hacer un control que ya no es el control del juez sino un control del administrador. El peligro es evidentemente, que si uno presenta un recurso ante el juez y el juez quiere controlar si se respetó la norma constitucional, es fácil para el juez hacer un control pleno, si se le reprocha la decisión de no ser motivada, si hay motivo en la decisión es fácil decidir, pero si se le reprocha a la decisión es haber sido tomada por una administración que no fue inteligente ni eficaz ni que tuvo buena gestión. Me parece que si el juez quiere anular la decisión quiere decir que sabe qué quiere decir la definición de eficaz o de eficiente, quiere decir que es más inteligente que el administrador, quiere decir que estudió comercio, que hizo estudios de gestión, que sabe hacer auditorías financieras? El peligro es el gobierno de los jueces, claro que sí. El juez en principio no está hecho para eso, ese no es su papel, y sobre todo luego hay discusiones enormes, no hay que extrañarse si los administradores públicos entonces le van a reprochar al



juez estar haciendo política o estar administrando a pesar de no haber sido elegido por el pueblo; el problema, visto desde afuera, ustedes lo saben, yo no me estoy inventando nada, radica en esto. No hablo de los derechos fundamentales, sino de las famosas exigencias para la administración, hay exigencias que se prestan para un control estrecho y otras que se prestan para un control lejano digamos del error de apreciación o incluso para que no haya control. ¿La jurisprudencia o el código acaso no podrían hacer una clasificación de esos principios? De manera que pudiese haber una sanción fácil aplicable si existe un principio claro evocado, o por el contrario que no haya control del juez si solamente se está cuestionando la oportunidad económica, financiera o social de la decisión, que es política. Esa es la reflexión que yo me hice. ¿Acaso estamos obligados a aplicar todos los principios del artículo 209 de la misma manera? Seguramente que no. El juez francés cuando se ha encontrado frente a situaciones similares se ha pronunciado para decir: esto lo controlo, esto lo controlo un poquito y esto no lo controlo, basado en la oportunidad y eficacia de ese control posible. Esas son las reflexiones que me vinieron a la cabeza, ustedes pueden ver que son un poco pragmáticas pero que pueden tener influencia en las elecciones jurídicas que ustedes deben hacer para el código y luego en la jurisprudencia cuando tengan que decidir las conclusiones de todo esto. Muchas gracias por su atención.



EL CONSEJO DE ESTADO
COMO UNIFICADOR DE JURISPRUDENCIA





El Consejo de Estado como unificador de jurisprudencia

Héctor J. Romero Díaz

CONSEJERO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA,
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO¹



1. Introducción

Expresa Ortolán² que durante la época de la República en el derecho romano sobresalió como trascendental fuente de derecho el *ius honorarium*, o sea las decisiones de los administradores de justicia, las que con el paso del tiempo se convirtieron en obligatorias. En la época mencionada no podía pensarse en la existencia de una ley en sentido estricto, entre otras razones por cuanto no existía un legislador independiente en la forma que más adelante, gracias a los pensadores franceses, se creó con la tridivisión del poder público. Esto condujo, entonces, a que “los magistrados –*pretores*– encargados de administrar justicia se vieran obligados a publicar reglamentos sobre el ejercicio de su propia jurisdicción, sobre los medios que emplearían para la ejecución de las leyes de que estaban encargados y sobre las vías abiertas por ellos a los particulares en sus reclamaciones [...]”.

“Aquellos reglamentos, publicados de ese modo (*e-dicta*) ocuparon un lugar al lado de la ley, investidos de la autoridad del magistrado, como la parte viva y móvil del derecho [...]”³.

Sin embargo, las anteriores publicaciones, en principio, solo se hacían para indicar la manera de solucionar un asunto no previsto en la ley. Con el correr del tiempo las aludidas divulgaciones las hacía el *pretor* o edil, coetáneamente con la posesión de su cargo y obligaban durante todo el ejercicio del mismo, esto es, adquirirían fuerza de ley. Empero, el nuevo *pretor* generalmente respetaba los edictos de su antecesor lo que, coherentemente, traía como consecuencia estabilidad en la “jurisprudencia”, lo cual poco a poco la fue convirtiendo en fuente formal del derecho, conocida como el *ius honorarium*, dividido, a su vez, en el *ius pretorianum* y el *ius edilium*, según su origen.

¹ Profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia.

² M. Ortolán. *Explicaciones históricas de las instituciones del emperador Justiniano*. Ed. Librería de Leocadio López, Madrid, 1887, pág. 280.

³ *Ibidem*.



Esta manera de “legislar”, generalmente cada año, ofrecía el privilegio de poner las decisiones judiciales al tanto con el progreso y los avances, a la par con el derecho que venía de la tradición, lo que dio lugar a que se formara un derecho “[...] que robustecido por una larga práctica dio a la legislación un carácter más equitativo y suave [...]”⁴.

En un comienzo los magistrados podían alterar, modificar y hasta derogar sus edictos, potestades que fueron limitadas por la Ley Cornelia que les quitó esta facultad en el año 687 de Roma; pero el magistrado que el año siguiente les sucedía no estaba obligado a observarlos, podía adicionarlos y corregirlos. Incluso cuando se repetían por cierto número de años se ordenó recopilarlos en uno, como en efecto lo hizo Adriano, para lo cual encargó al pretor Salvio Juliano⁵.

El anterior recuento histórico tiene como propósito dejar sentado uno de los orígenes de la doctrina jurisprudencial o criterio señalado por los jueces para orientar los mismos en sus futuras decisiones, en algunos regímenes jurídicos con carácter vinculante u obligatorio y, en otros, como guía u orientación auxiliar en la elaboración de las resoluciones judiciales.

2. La jurisprudencia como garantía de unificación del sistema jurídico

El sistema de derecho colombiano tiene como fuente la ley que, en general, es la declaración de voluntad soberana que manda, prohíbe, permite o castiga (artículo 4 del Código Civil), con efectos generales, impersonales y abstractos. Sin embargo, la ley, sea esta sustancial o procesal, por sí misma, no siempre puede consagrar los derechos de las personas ni prever la forma de resolver todos los asuntos que ha de decidir la jurisdicción del Estado. En ocasiones, es necesario que al texto de la ley se le fije un sentido que le permita realizar dicha función.

Es más: aun existiendo previsión legal, esta no puede entenderse exegéticamente ni emplearse de manera mecánica; por lo mismo, es obligación del juez aplicarla con la interpretación que mejor corresponda, valiéndose para ello de los sistemas, bien conocidos, de hermenéutica jurídica, en procura de la satisfacción de la garantía de la igualdad y la protección de las personas.

La jurisprudencia tiene, precisamente, la función anterior y, coherentemente, constituye una importante herramienta para garantizar la unidad en la aplicación del derecho y cumple con importantes postulados constitucionales como el consagrado en el artículo segundo superior que obliga a asegurar la efectividad de los derechos y la realización de la justicia material, con exactitud, confianza y credibilidad, con base en principios como el de la buena fe y la confianza legítima en la actuación de las autoridades públicas, consagrado en el artículo 83 constitucional. Además, encuadra los casos concretos que día a día se ponen en conocimiento del juez y cuya realidad social supera ampliamente la capacidad reguladora de la ley como norma general, impersonal y abstracta.

⁴ *Ibídem.*

⁵ Andrés Bello. *Obras completas*. Tomo XVII, Págs. 259 a 263.



3. La actividad del Consejo de Estado como unificador de la jurisprudencia

En principio, la unificación de la jurisprudencia, para el derecho contemporáneo, se ha hecho a través de recursos extraordinarios, como el de casación, y en esto Francia ha sido guía y ejemplo “[...] así en sus orígenes se haya basado, como lo señala Calamandrei, en otras culturas jurídicas, especialmente la germana y la romana donde tuvieron origen la *querella nullitatis*, el *ius constitutionis* y los *rescriptos imperiales*”⁶.

En otros términos, en el derecho continental actual la unificación de la jurisprudencia tiene su origen e importancia tanto para Colombia como para los demás regímenes jurídicos que han adoptado el *estilo francés* en la casación de este país y no solo a partir de la Revolución sino desde el *ancien régime*. En efecto, mediante Ley de 16 de septiembre de 1807, para no referirme a la época monárquica, el derecho de interpretar –*con carácter obligatorio*– lo tenía el Emperador, quien lo ejercía a través del Consejo de Estado. “Tal forma de interpretar fue, a no dudarlo, una intromisión del Ejecutivo en el Poder Judicial”⁷.

Más adelante se hace realidad la interpretación judicial como desarrollo del artículo 4 del *Código Civil Francés*, bajo la consideración de que la ley no es perfecta y que, como es natural, puede tener vacíos o puntos que es necesario aclarar para poderla aplicar, función que ha de corresponder al juez, dado que este no puede rehusarse a juzgar, bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, so pena de que se le declare responsable por denegación de justicia⁸.

Reitera lo anterior el importante antecedente histórico del derecho francés en la unificación de la jurisprudencia, no solo en materia de casación civil sino en Administrativa, dado que ambas tienen un interés eminentemente público.

Sentadas las bases anteriores procedo a estudiar la actividad que el Consejo de Estado ha desempeñado en Colombia, como unificador de la jurisprudencia.

Esta Corporación es el máximo tribunal del país en la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 237 Constitución Política), en razón de lo cual su jurisprudencia es la única con carácter nacional.

En cumplimiento de tan especial función, el Consejo de Estado propende a la interpretación de las normas de derecho que rigen su actividad y en su entendimiento procura adaptarlas al momento en que las aplica y llena vacíos, cuando fuere necesario, como lo dispone el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

Lo anterior, sin embargo, no significa que en Colombia la jurisprudencia obligue a los juzgadores en su actividad, dado que por mandato del artículo 230 de la Constitución Política, “los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley”. El mismo precepto superior indica que **la jurisprudencia**, junto con

⁶ Héctor Romero Díaz. *Casación civil, agraria y de familia en el derecho colombiano*. Tercera publicación, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2002, pág. 48.

⁷ Héctor Romero Díaz, Ob. cit, pág. 61.

⁸ *Ibidem*.



la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial y, por ende, no son de aplicación forzosa, en virtud de que la calificación “auxiliares” tiene como razón la de “despojarlas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales”⁹.

Desde luego, la jurisprudencia como medio auxiliar orienta y guía el entendimiento de una disposición legal, excepto cuando la interpretación resuelva un asunto concreto, pues, en este caso, es obligatoria, pero solo para las partes *-res inter alias acta-*. No obstante, se aclara que tienen efecto *erga omnes* sentencias como las de control de constitucionalidad o las que declaran la ilegalidad de un acto administrativo, con ocasión de lo que en Colombia se denomina acción de simple nulidad.

Ahora bien, como ocurre con gran frecuencia, que la interpretación de los tribunales y jueces puede ser contradictoria, es indispensable, con el propósito de dar seguridad jurídica, que exista un recurso que sea resuelto por el Consejo de Estado, para que oriente, ponga freno a interpretaciones disímiles y dé uniformidad al entendimiento de la ley. De esta manera puede lograrse coherencia en la interpretación, pues, si bien es cierto, en virtud de su autonomía el juez o tribunal puede apartarse de la jurisprudencia del Consejo, al ser revisada la decisión deberá resolverla de acuerdo con el criterio interpretativo de la máxima autoridad de la jurisdicción.

4. Cumplimiento de la función de unificar la jurisprudencia por el Consejo de Estado colombiano

En Colombia la misión de unificar la jurisprudencia administrativa ha sido cumplida por el Consejo de Estado, fundamentalmente mediante el recurso extraordinario de súplica, mecanismo de impugnación de ciertas providencias judiciales de cuya evolución y análisis me ocupo en seguida.

4.1. Decreto 528 de 1964

En ejercicio de las facultades extraordinarias que la Ley 27 de 1963 le otorgó al Presidente de la República y en desarrollo del artículo 217 de la Constitución de 1886 se dictó el Decreto 528 de 1964 en cuyo artículo 24 se dispuso que cuando se tratara de modificar alguna jurisprudencia, las cuatro Salas o Secciones de lo Contencioso-Administrativo deberían reunirse, previa convocatoria de la Sala o Sección que estuviera conociendo del asunto.

A no dudarlo la citada norma consagró la necesidad y obligatoriedad de que el mismo Consejo de Estado mantuviera unidad jurisprudencial. Sin embargo, este propósito se quedó en letra muerta en virtud de que en la práctica las Secciones

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-486 de 1993.



nunca hicieron la convocatoria prevista en la norma y, por el contrario, continuaron actuando de manera autónoma e independiente¹⁰.

4.2. El recurso extraordinario de súplica de la Ley 11 de 1975

Ante la inoperancia de la norma anterior, la Ley 11 de 1975 aclaró y adicionó el artículo 24 del Decreto-ley 528 de 1964 y en el artículo 2 consagró el recurso de súplica y radicó en la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer del mismo. Este medio de impugnación procedía contra sentencias y contra autos interlocutorios dictados por cualquiera de las Secciones en las que, sin previa aprobación de la Sala Plena, se acogiera doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

Entre otras formalidades, era necesario que el recurso se interpusiera por escrito y se indicara de manera precisa la providencia en donde constara la jurisprudencia contrariada. El recurso podía interponerse dentro de los 5 días siguientes al de la notificación del auto o del fallo.

En la ponencia para primer debate ante la Cámara de Representantes del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 11 de 1975, el Congresista Simón Bossa López, autor de la norma que introdujo el recurso extraordinario que se comenta, señaló:

“Como según al artículo 24 del Decreto-ley 528 de 1964 son las Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo las que deben proponer la convocatoria de la Sala Plena para los cambios de jurisprudencia, se corre el riesgo, como ya ha ocurrido, de que alguna de tales Secciones dicte autos interlocutorios o sentencias con doctrina que contradiga la jurisprudencia, contrariando así las determinaciones de la Sala Plena. Conviene, entonces, precisar el alcance del precepto para proteger a la sociedad y a los litigantes contra la incertidumbre de tales sorpresas que, de repetirse, convertirían al Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo en cuatro pequeños, independientes y soberanos Consejos de Estado. Este inconveniente puede evitarse con un artículo nuevo por el que se conceda recurso de súplica a quienes intervienen en el proceso, inclusive al agente del ministerio público, respecto de autos interlocutorios y de sentencias en los que, sin la intervención de la Sala Plena, se varíe o contradiga la jurisprudencia”¹¹.

En las restantes ponencias que se elaboraron para que el proyecto de ley se convirtiera en la Ley 11 de 1975 se expresaron las mismas ideas y se insistió en la necesidad de implantar el recurso como forma de lograr la unidad de la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa¹².

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 31 de agosto de 1988, C. P. doctor Carlos Betancur Jaramillo.

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 15 de septiembre de 1986, C. P. doctor Joaquín Vanín Tello.

¹² *Ibidem*.



El recurso de súplica, como se dijo, era extraordinario y limitado, entre otras razones porque no era una instancia más, y la única causal por la que procedía era por violación, por alguna de las Secciones, de la jurisprudencia de la Sala Plena. Tenía como propósito mantener la uniformidad de la jurisprudencia, por lo cual se asemejaba al recurso de casación en la jurisdicción ordinaria; sin embargo, en esta únicamente podía acusarse y puede atacarse una sentencia por violación de norma de derecho sustancial, cuando se trate de errores *in Judicando*, pero no por violación de jurisprudencia.

Como se precisó, con el recurso de súplica no se permite una nueva revisión del proceso “(...) *sino el lograr, a través de una tarea de parangón o de comparación, si la sección respectiva, en verdad, ha acogido doctrina que distorsione o vaya en contra de las tesis sostenidas por la Corporación en asuntos similares. Solo si hay lugar a infirmar la providencia cuestionada, asumirá la Sala Plena su papel de tribunal de instancia y podrá entrar a estudiar de lleno el fondo del asunto*”¹³.

Cabe aclarar que la súplica extraordinaria procedía contra providencias no ejecutoriadas. Ello porque el Consejo de Estado entendía que el recurso “*debe interponerse estando en curso la única o segunda instancia, para que con tal interposición oportuna se suspenda no solo el término de ejecutoria, sino el efecto o cumplimiento de la providencia*”¹⁴.

4.3. El recurso extraordinario de anulación y su coexistencia con el de súplica

El recurso extraordinario de súplica fue derogado expresamente por el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), porque se consideró que debía reemplazarse por un medio de impugnación más técnico, en la medida en que el existente buscaba el respeto a la jurisprudencia de la Sala Plena o de las anteriores Salas de Negocios Generales y de lo Contencioso-Administrativo, y no la defensa de la ley y, por tanto, le era indiferente si esa jurisprudencia se ajustaba o no a los preceptos constitucionales y legales¹⁵.

En razón de lo anterior, el legislador extraordinario creó el recurso extraordinario de anulación (artículos 194 y ss. del CCA), como un nuevo mecanismo para mantener la unidad de la jurisprudencia, cual era la defensa de la Constitución y de la ley. Ello porque, como lo había advertido la doctrina, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia de la Sala Plena no tiene rango superior a la ley ni mucho menos a la Constitución¹⁶.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. Radicación S-481 del 25 de enero de 1996. Consejero Ponente: Álvaro Lecompte Luna.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. Radicación No. S-449 del 23 de julio de 1996. Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 15 de septiembre de 1986, C. P. doctor Joaquín Vanín Tello.

¹⁶ Carlos Betancur Jaramillo. *Derecho Procesal Administrativo*, citado en la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo de 15 de septiembre de 1986, C. P. doctor Joaquín Vanín Tello.



La Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, norma que derogó, entre otras disposiciones, el artículo 2 de la Ley 11 de 1975. Lo anterior porque consideró que el Gobierno sólo tenía facultades para modificar o reformar el recurso extraordinario de súplica, no para derogarlo, pues “*en ningún caso el legislador extraordinario había quedado investido por el ordinario, ni explícita ni implícitamente, [...] para suprimir o abolir aquel recurso o la regulación de su materia, soslayándolo o suprimiéndolo en su razón y finalidad específica, y creando dos recursos distintos que se refieren claramente a materias y causales totalmente diferentes [...] como lo son los recursos de revisión (Código nuevo arts. 185 y ss.) y anulación (Código nuevo artículos 194 y ss.) [...]*”¹⁷.

La decisión de la Corte produjo como consecuencia la de revivir el recurso extraordinario de súplica, pues los efectos de la inexecutable son diferentes de los de la derogatoria: mientras la inexecutable de una norma que deroga una ley anterior la revive, la derogatoria de la ley que deroga otra anterior no (artículo 14 de la Ley 153 de 1887). Tal diferencia se infiere del hecho de que la declaratoria de inexecutable de una ley es como si esta no hubiera existido jamás, por lo que sus efectos son, en principio, tanto *ex tunc* como *ex nunc*¹⁸.

En consecuencia, desde el 30 de agosto de 1984, fecha del fallo de la Corte que declaró inexecutable el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, hasta el 5 de abril de 1988, cuando entró en vigencia el Decreto-ley 597, que en su artículo 1 derogó el recurso extraordinario de anulación, coexistieron los recursos extraordinarios de súplica y anulación¹⁹ pues, aunque ambos pretendían dar unidad a la jurisprudencia del máximo organismo de la jurisdicción contencioso-Administrativa, lo hacían por vías distintas. Ello es así, porque la súplica extraordinaria se fundamentaba en la violación de la jurisprudencia de la Sala Plena o de las anteriores Salas de Negocios Generales y de lo Contencioso-Administrativo por sentencia o auto interlocutorio de una de las Secciones de aquella. Y el de anulación invocaba como causa la violación directa de la Constitución Nacional o de la ley sustancial, mediante sentencia proferida en única o en segunda instancia por una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, o en única, por un tribunal de esta jurisdicción.

Además, el procedimiento de confrontación era diferente en uno y otro caso: si se trataba de un recurso de súplica, se comparaban tesis jurisprudenciales contenidas en autos y sentencias, sin que entrara en juego ninguna consideración de tipo constitucional o legal; y, si de la anulación se trataba, la confrontación se hacía entre

¹⁷ Sentencia de 30 de agosto de 1984, Magistrado Ponente doctor Manuel Gaona Cruz. En esta misma providencia la Corte Suprema de Justicia declaró executable el Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo, en cuanto a que con su expedición se respetó la ley de facultades sobre la debida composición y funcionamiento de la Comisión Asesora del Gobierno para revisar el Código y que el decreto se expidió oportunamente. Además, se declaró inhibida para proferir fallo de fondo respecto de los artículos 1 a 267 del citado Código.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 31 de agosto de 1988, C. P. doctor Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁹ Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 15 de septiembre de 1986, C.P. doctor Joaquín Vanín Tello.



la sentencia y una o más normas constitucionales o legales, independientemente de si se desconocía o no alguna sentencia de la Corporación.

Después de que se suprimió el recurso extraordinario de anulación (Decreto 597 de 1988), el Gobierno expidió el Decreto 2304 de 1989, que en su artículo 21 subrogó el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo y consagró **expresamente** el recurso extraordinario de súplica que procedía “**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”.

El artículo 21 del Decreto Ley 2304 de 1989 tenía una regulación sencilla: el recurso debía formularse por escrito dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto interlocutorio o de la sentencia que se consideraba que desconocía la doctrina de la Sala Plena, y debía indicar en forma precisa la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa que se invocaba como contrariada. Se excluían de dicho medio de impugnación los autos interlocutorios de ponente y los de las salas de decisión (recurso ordinario de súplica), pues la norma exigía que tales providencias fueran dictadas por las Secciones.

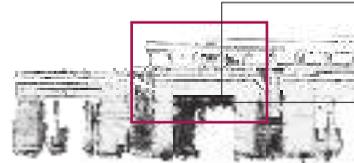
4.4. El nuevo recurso extraordinario de súplica

Como quedó sentado, el recurso de súplica, por violación de jurisprudencia, existía en virtud de que así lo disponía el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, la preceptiva contemplada en esta norma desapareció con la Ley 446 de 1998 [38].

En lugar del artículo 130 pasó a ocuparse del recurso extraordinario de súplica, el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 que modificó el 194 del Código Contencioso Administrativo, en el cual se consagró como causal del recurso en comentario ya no la violación de jurisprudencia sino el quebranto por vía directa, por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de una o más normas de derecho sustancial.

Los tres conceptos de violación aluden, el primero, a que en la sentencia se aplique una norma que no corresponde al caso; el segundo, que no se aplique al caso la norma que corresponde y, el tercero, a que se aplique la norma que regula el asunto por resolver pero se le dé un entendimiento, alcance o sentido que no tiene.

El nuevo recurso extraordinario de súplica guardaba gran semejanza con el extraordinario de casación civil, por vía directa, consagrado en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil y tenía iguales finalidades: la primera, unificar la jurisprudencia y, la segunda, propender a la realización del derecho objetivo. Sin embargo, el recurso extraordinario de súplica administrativo difería del de casación civil, entre otras cosas, porque el primero no previó como causal de violación de la ley la vía indirecta por error de hecho ni por error de derecho. En otros términos, el recurso de súplica extraordinario así consagrado solo tenía cabida por errores *iuris*



in Judicando, a contrario sensu, no se admiten los *facti in Judicando*, o sea los que van dirigidos a cuestionar los elementos demostrativos o su valoración probatoria.

El nuevo recurso extraordinario de súplica tuvo una duración apenas de 7 años, pues fue suprimido por el artículo 2 de la Ley 954 de 2005, básicamente en virtud de la gran congestión que causó a la jurisdicción y fundamentalmente a la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, a la que le correspondía resolverlo. En efecto, los motivos para que dejara de existir el recurso de súplica se compendian en la exposición de motivos al proyecto que se convirtió en la mencionada ley, en el cual se expresó:

“Actualmente figuran enlistados 1.179 recursos extraordinarios de súplica, interpuestos contra los fallos proferidos por las cinco secciones que integran la Sala, aparte de las solicitudes de pérdida de investidura de congresistas, impedimentos de magistrados de los tribunales administrativos, recursos extraordinarios de revisión, conflictos de competencias entre los tribunales administrativos, conflictos de competencias entre autoridades que ejercen funciones administrativas, y asuntos que, por importancia jurídica, remiten las secciones, todo lo cual implica que la resolución de los recursos existentes, de seguir la situación como hasta ahora, demorará varios años (...) Este problema, aunado al continuo crecimiento de la interposición de recursos extraordinarios y de los demás procesos, justifica la urgencia en la adopción de medidas inmediatas que permitan disminuir el volumen de asuntos que, hoy, son de conocimiento de la Sala Plena. De lo contrario, la evacuación de la mayor parte de los procesos contencioso-administrativos se hará muy dispendiosa, lo cual atenta contra los principios de celeridad y eficacia que deben orientar la administración de justicia, en el entendido de que, si bien la Constitución impone a los encargados de administrar el cumplimiento pronto y efectivo de sus deberes, para el juez resulta imposible ajustarse a los términos procesales, teniendo en cuenta la responsabilidad que significan sus decisiones tanto en la definición misma de la controversia como en la adopción de derroteros jurisprudenciales”.

Con el fin de agilizar la decisión de los recursos de súplica interpuestos en vigencia de la Ley 446 de 1998, el mismo artículo 2 de la Ley 954 creó las Salas Especiales Transitorias de Decisión, conformadas como allí se prevé. Así, dichas Salas debían fallar los recursos que, a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 954 (28 de abril de 2005), tuvieran auto admisorio.

Cabe insistir en que los recursos de súplica que pueden ser resueltos por las Salas Transitorias son solo los interpuestos en vigencia del artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, pues los promovidos en vigencia del artículo 130 del Código Contencioso, modificado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, deben ser fallados por la Sala Plena, dado que dicho recurso no fue objeto de regulación por la Ley 954 de 2005. También conoce la Sala Plena de los recursos interpuestos antes de entrar en vigencia la Ley 954 de 2005, pero que se admitieron después.



5. Hacia un nuevo mecanismo unificador de jurisprudencia

Sin duda, la eliminación del recurso extraordinario de súplica dejó a la jurisdicción contencioso-administrativa desprovista de un mecanismo que le permita unificar la jurisprudencia. Consciente de tal situación, el Consejo de Estado, representado por un magistrado de cada una de sus secciones y la Sala de Consulta y Servicio Civil, hace parte de una comisión creada por el Decreto 4820 de 2007, para reformar el Código Contencioso Administrativo. En esta comisión se ha planteado la necesidad de crear un recurso extraordinario para unificar la jurisprudencia.

En cumplimiento de tal propósito, en el seminario celebrado por el Consejo de Estado en el municipio de Paipa los días 12, 13 y 14 de febrero de 2008, se fijaron algunos lineamientos para el nuevo Código Contencioso Administrativo. En ellos quedó sentada la idea de crear un recurso extraordinario para unificar la jurisprudencia, dentro del cual habrá de tenerse en cuenta que se incluya como causal la violación de normas sustanciales constitucionales –derechos fundamentales– y legales. Igualmente, se concluyó que el recurso podría ser decidido por las Secciones de la Corporación, según su especialidad y, excepcionalmente, por la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo²⁰.

No existe la menor duda sobre la importancia que tiene la creación de un recurso extraordinario, se reitera, por las múltiples utilidades que tiene la unificación jurisprudencial, con mayor razón ahora, debido a que el 1° de agosto de 2006 entraron en funcionamiento los jueces administrativos unipersonales y, con ello, la redistribución de competencias en toda la jurisdicción. Lo anterior puede conducir, si no se crea un nuevo mecanismo unificador, a la disgregación de la jurisprudencia de los jueces y los tribunales, y con ello a la proliferación de fallos contradictorios, aun en eventos similares, lo que no solo causará desconcierto sino perjuicios para los usuarios de la administración de justicia y, en general, del país.

A mi juicio, la manera de suplir el vacío que hoy se tiene es mediante el recurso de casación, como en la práctica lo consagró la Ley 446 de 1998, así haya adoptado una terminología diferente, y como se llama en otros países de profunda tradición jurídica heredada por Colombia, como Francia, país que dio origen a nuestra jurisdicción y que hizo una gran reforma a la Casación Administrativa en 1987.

Finalmente, como preámbulo y punto de reflexión para este conversatorio ante tan autorizados juristas, académicos, magistrados, doctrinantes, magistrados del país *cuna* de nuestra cultura jurídica, como lo es Francia, compañeros Consejeros de Estado de Colombia, abogados litigantes, funcionarios de la Procuraduría General de la Nación y, en general, inquietos por este tema, formulo algunos interrogantes, que, resueltos con la ayuda de ustedes, servirán de brújula para la consagración de un recurso extraordinario que cumpla con las finalidades que he esbozado. Tales interrogantes que pongo a su consideración son los siguientes:

1. ¿Debe limitarse la procedencia del recurso solo a la violación directa de normas sustanciales de derecho o admitirse también la violación por vía indirecta?

²⁰ Cfr. Versión 3; 31 de marzo de 2008, pp. 25 y 26.



2. ¿Es conveniente que el recurso se limite al estudio de sentencias o que incluya autos interlocutorios? Además, ¿podrían impugnarse solo sentencias de los jueces y tribunales o incluir también las de las Secciones del Consejo de Estado?
3. ¿Quién conocería del recurso, la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo o la Sección respectiva, según el tema?
4. ¿Puede el juzgador de casación u otro funcionario encargado de ello, por ejemplo, tribunal, hacer un análisis previo de selección y calificación para admitir o rechazar el recurso?
5. ¿Cuál debe ser el alcance del recurso: es conveniente que exista una casación total de la sentencia impugnada, o puede ser solo parcial?
6. Si se infirma la sentencia, ¿debe adoptarse el sistema del *ius rescindens*, esto es, que la Corte de Casación no dicte la sentencia de reemplazo y la envíe al juzgador que la profirió o a otro para que la reemplace o, por el contrario, debe dictar la nueva decisión *ius rescissorium*?
7. ¿La providencia recurrida se cumpliría o no mientras se surte el recurso?
8. ¿Pueden ser objeto de impugnación los fallos que decidan el recurso extraordinario?
9. ¿Puede el Consejo de Estado como juez de casación hacer el mismo análisis del juzgador de instancia o debe tener límites al efectuar el análisis de fondo y respetar la apreciación soberana de los hechos que hizo este?
10. ¿Puede el juez de casación hacer análisis de cuestiones de hecho o de derecho que no fueron alegadas ante el juez de instancia?
11. ¿Puede el juzgador extraordinario admitir cargos por desviación de poder?
12. ¿Puede rechazarse el recurso desde el comienzo de su trámite o debe hacerse mediante fallo después de agotada toda la actuación?
13. Si se puede rechazar de plano el recurso ¿cuáles serían los motivos?
14. ¿Cuáles son los efectos y camino por seguir cuando se casa una decisión?
15. ¿Pueden los abogados alegar de fondo en el recurso de casación?
16. ¿Qué diferencias existen entre el procedimiento en casación y el que se adelanta ante los jueces de instancia?
17. ¿Debe recurrirse en casación mediante apoderado?
18. ¿Puede tramitarse el recurso extraordinario de manera oral o requiere procedimiento escrito?
19. ¿Debe el recurso ser excepcional o más amplio?



Comentarios a la conferencia del Consejero Héctor J. Romero Díaz Marc Durand-Viel¹

He escuchado una exposición muy brillante, de filosofía jurídica, de historia del derecho y un análisis muy técnico de las sucesivas leyes que han tenido como finalidad la unificación de la jurisprudencia por el Consejo de Estado colombiano, leyes sucesivas que no han resuelto el problema de la unificación.

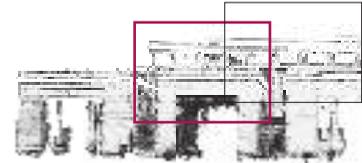
De esta excelente exposición he comprendido el propósito del tema central que es el de cómo asegurar la unificación de la jurisprudencia.

Comprendo que Colombia, a propósito de la función del Consejo de Estado como unificador de jurisprudencia, tiene dos problemas centrales, dos preocupaciones principales, pero diferentes; la primera es muy antigua y tiene que ver con el funcionamiento interno del Consejo de Estado, el papel de la Sala Plena y de las Secciones en donde existen muchos recursos. Y, la segunda, se refiere a la preocupación que el Consejo tiene en razón de la discordancia que puede surgir entre las diferentes decisiones que tomen los tribunales y juzgados administrativos, debido a la ausencia de un auténtico recurso de casación. Realizaré algunas reflexiones sobre estos dos aspectos:

El primer problema tiene origen en la contradicción que puede existir entre el principio teórico y la práctica. En teoría, en principio, corresponde a la Sala Plena fijar la jurisprudencia y, por supuesto, modificarla, si fuere necesario. En la práctica, ocurre muchas veces que los fallos de las Secciones contrarían la jurisprudencia de la Sala Plena. En Francia no existe este problema, pues la organización del Consejo de Estado, especialmente de la Sección del Contencioso del Consejo de Estado como juez, que se compone de diez subsecciones, no permite que una de sus secciones cambie la jurisprudencia, pues normalmente los recursos los analizan dos subsecciones reunidas, compuestas por siete o nueve miembros del Consejo de Estado, las dirige el Presidente de la Sección del Contencioso o uno de sus asistentes que se llama Presidente Adjunto o Vicepresidente; si hay problemas difíciles o temas complejos y muy importantes, se pueden llevar a la deliberación de la Sección del Contencioso, compuesta por todos los Presidentes de las Subsecciones y el Presidente del Contencioso, o a un nivel más alto, a la Asamblea del Contencioso.

Las dos Subsecciones reunidas no pueden hacer una nueva interpretación de la ley o crear nueva jurisprudencia sin el control o el acuerdo del Presidente de la Sección del Contencioso y de los Vicepresidentes. Después de la deliberación y antes de que el fallo se haga público, o sea, antes de la notificación, la *troika* –órgano importante y secreto que no tiene existencia legal, formado inicialmente por el Presidente de la

¹ N. de E: Los comentarios que se transcriben a continuación son resultado de la desgrabación de la traducción simultánea y no fueron revisados por el autor.



Sección de lo Contencioso y dos Vicepresidentes Adjuntos– estudia los proyectos y decide sobre su publicación y notificación.

Si la cuestión es muy difícil o se trata de un asunto nuevo, las Subsecciones no pueden resolverla; la *troika* acuerda que la decisión debe ser tomada en Audiencia de la Sección de lo Contencioso. En Francia, este sistema no es considerado como una violación de la independencia de juzgamiento, por los siguientes motivos:

Es una forma de autocontrol colectivo que funciona desde hace mucho tiempo, sin ningún inconveniente.

El Presidente de la Sección de lo Contencioso y los tres Vicepresidentes, son autoridades intelectuales de enorme prestigio en su calidad jurídica; el Presidente tiene gran autoridad administrativa: nombra empleados, organiza internamente el Consejo de Estado y la carrera y concede primas de rendimientos.

En Colombia, el Consejo de Estado funciona de manera muy diferente, pues las Secciones funcionan de manera independiente unas de otras; el Presidente sólo está por un año, en Francia es por mucho más tiempo.

En Francia existen diversas jurisdicciones especializadas, por ejemplo, en derecho de asilo, de ayuda social, de disciplina de profesiones liberales. Algunas decisiones de estas jurisdicciones especializadas tienen una primera instancia y una apelación y sus fallos son objeto de recurso de casación ante el contencioso.

Cuando el fallo es emitido por un tribunal administrativo sin posibilidad de apelación, procede el recurso de casación ante el Consejo de Estado. Y, si se trata de una decisión de un juez de derecho común, procede recurso ante la Corte Administrativa de Apelación y casación ante el Consejo de Estado.

En conclusión, siempre existe la posibilidad del recurso de casación y esto se fundamenta en un principio general de derecho muy antiguo, según el cual todo acto administrativo puede ser sometido a un recurso por exceso de poder sin texto y en otro principio: para toda decisión jurisdiccional existe un recurso de casación sin texto, lo que significa que el Consejo de Estado puede unificar la jurisprudencia de las varias cortes.

En Francia el recurso de casación es actualmente el medio principal para asegurar una interpretación ordenada y unificada de los principios del derecho y de los principales textos de ley. Desde hace veinte años el Consejo de Estado francés dejó de ser corte de apelación; excepcionalmente juzga recursos de primera instancia y algunas apelaciones en asuntos electorales; su mayor trabajo es ser juez de casación lo que permite que el Consejo de Estado unifique la jurisprudencia, no que actúe como si fuera una tercera instancia.

Si Colombia está interesada en el recurso de casación, lo importante es organizarlo pero hay que evitar la congestión.

En Francia existe un sistema en el cual el juez hace un análisis previo para clasificar los procesos del más fácil al más difícil; frente a un argumento serio, por ejemplo, una nueva disposición que hay que interpretar, aparece un trabajo propio de una corte suprema. El Consejo de Estado francés no está instituido para resolver litigios, sino para decir el derecho; de esta manera no se presenta una congestión tan grave y sus fallos son la jurisprudencia.



2. En segundo término, el Consejero de Estado francés, doctor Marc Durand-Viel, dio respuesta a algunas de las preguntas que, al final de la charla, puso a consideración de los asistentes el Consejero, doctor Héctor J. Romero Díaz, de la siguiente manera:

1. ¿Debe limitarse la procedencia del recurso sólo a la violación directa de normas sustanciales de derecho o admitirse también la violación por vía indirecta?

En Francia el recurso puede admitirse tanto por violación directa como por violación indirecta.

2. ¿Es conveniente que el recurso se limite al estudio de sentencias o que incluya autos interlocutorios? Además, ¿podrían impugnarse solo sentencias de los jueces y tribunales, o incluir también las de las Secciones del Consejo de Estado?

En Francia la respuesta es afirmativa frente a autos, pero esto hace parte de la jurisprudencia; no se necesita un texto legal, porque si se quisiera integrar toda la información en el texto se tendría un código enorme.

3. ¿Quién conocería del recurso, la Sala Plena del Contencioso Administrativo o la Sección respectiva, según el tema?

Esta pregunta es muy extraña para los franceses, porque en Francia una decisión se entiende tomada por todo el Consejo de Estado y es definitiva, así se tome por un solo juez, por tres magistrados, o por siete de las Subsecciones reunidas o por los 18 o por la Asamblea. Es impensable que se pueda impugnar una decisión del Consejo de Estado ante la misma Corporación. Cuando hay una impugnación, debe hacerse antes de que la decisión sea pública, pues una vez se publica, la decisión se entiende tomada por el Consejo de Estado, incluso si la toma una sola persona.

Respecto de quién debe conocerlo, Colombia puede hacer lo que considere; es un tema de organización, un recurso de casación no es forzosamente algo muy difícil, puede ser un caso simple. De pronto en Colombia ha existido un sistema muy flexible.

4. ¿Puede el juzgador de casación u otro funcionario encargado de ello, por ejemplo, tribunal, hacer un análisis previo de selección y calificación para admitir o rechazar el recurso?

Sí. Es una pregunta muy importante en Francia; en 1987, cuando se hizo la reforma y el Consejo de Estado se dio cuenta de que en el futuro sería un juez de casación, hubo pánico al pensar que el tema se iba a salir de las manos. Se estimó, entonces, que el papel del Consejo de Estado era fijar la jurisprudencia, interpretar los textos de la ley y los decretos y tener un papel normativo, y no solucionar litigios, por lo que se definió el “Sistema de Selección”, lo que obligó a incluir en el código unas disposiciones específicas.

En el ingreso hay un sistema de admisión, no de admisibilidad; se trata de saber si el recurso de casación presenta dificultades serias, por ejemplo, si el recurso es inadmisibile porque el plazo se incumplió.



Si el recurso es oportuno, con la presencia del abogado se analiza si las preguntas que se han hecho son de interés o simplemente argumentos que este presenta y que son fáciles de contestar. Por ejemplo, si se hacen preguntas sobre la interpretación de los textos y ya existe una jurisprudencia sobre el punto, se estima que no es un tema muy importante. A su vez, en la ley se encuentra consagrado un mecanismo que utiliza el Consejo de Estado, que le permite rechazar el recurso si no se fundamenta el argumento de manera sólida y seria. Es un mecanismo de selección de los casos importantes y dignos de un juez.

El trámite es similar al de la Corte Suprema en Estados Unidos, que tiene variedad de recursos un poco exagerados, la mayoría ni siquiera lleva a una instrucción; los jueces miran y si les parece que el asunto no es interesante, le ponen un sello y lo rechazan. En Francia el procedimiento es un poco más elegante, porque se consagró ese recurso para que el juez responda y analice los argumentos y agrega una nota: “*Ninguno de estos argumentos puede justificar la admisión del poder*”

Inicialmente se copiaba y se decía que dado que se presentan determinados hechos, se agregaba que ninguno de esos medios era serio y se rechazaba; los abogados, entonces, no estaban muy contentos cuando se les decía que sus argumentos no eran serios o no tenían peso, por lo que se cambió la fórmula y ahora se les dice que ningún argumento justifica la admisión, instrucción y todo lo que conlleva.

Esto es muy importante y si en Colombia se estima útil tener un sistema de selección como este, se necesita una ley.

En el Código francés existen tres normas legales sobre la casación muy sencillas y algunas normas reglamentarias. En los artículos de ley existe uno para permitir el sistema de admisión.

5. Si se infirma la sentencia, ¿debe adoptarse el sistema del *ius rescindens*, esto es, que la Corte de Casación no dicte la sentencia de reemplazo y la envíe al juzgador que la profirió o a otro para que la reemplace, o, por el contrario, debe dictar la nueva decisión *ius rescissorium*?

Si el juez de casación anula y no existe ley, la jurisprudencia debe explicar que no existe un texto legal y que el recurso de casación se examina, y si se anula se reenvía el caso al primer juez, al juez de fondo. Si se quiere tener la posibilidad cuando es muy simple, después de haber anulado el juicio de fondo y no reenviarlo para ganar tiempo, se necesita una norma, por lo que en Francia se agregó un artículo especial y se estima que cuando el caso es muy largo, ya no hay discusión sobre los hechos, pero se necesita una discusión de derecho. El juez de casación después de haber solucionado el tema de derecho resuelve. Por tanto, hay un artículo que le permite al juez de casación solucionar este hecho.

En relación con las otras preguntas sobre los medios de casación, de los argumentos que examina el juez de casación, que es la teoría clásica, en Francia no existe texto; existía un recurso de casación en el Consejo



de Estado, se tenía la costumbre de utilizarlo en algunas decisiones de jurisdicción especializada y no había apelación.

El juez de casación no reexamina los temas de fondo, por ejemplo, las pruebas; por el contrario, analiza la violación de la ley por el juez por falta a las reglas de procedimiento; si el procedimiento fue irregular, hay juicio de fondo y se admite el recurso. Y, si la motivación era insuficiente en el tema de forma, la competencia de la jurisdicción y todos los aspectos que están alrededor de las faltas de derecho y las calificaciones jurídicas de hecho, esto es sutil porque la jurisprudencia a veces controla y a veces no. Lo que el juez de casación controla es cuál es la interpretación de la regla de derecho aplicable al caso y la jurisprudencia.

La lógica del reglamento jurídico también se examina. A veces se determina que el juez de fondo no podía deducir de ciertos elementos de hecho que la ley tenía que aplicarse y se critica el razonamiento jurídico, porque el texto a veces se aplica bien pero el razonamiento jurídico es erróneo. Esto es esencialmente el error de derecho y en cuanto temas de forma. Fue útil agregar esto en el texto jurídico porque el tema es complicado: hay que regular todo o nada.

6. ¿Puede el juzgador extraordinario admitir cargos por desviación de poder?

Este tema es muy difícil. Si son medios presentados ante el juez de fondo, hay varias preguntas sobre el mismo aspecto. En casación no se pueden presentar medios nuevos ni pruebas nuevas. Un argumento no puede ser admitido ante el juez, en caso de que haya sido discutido con el juez de fondo, salvo, dice la jurisprudencia, si es un motivo de orden público y si la apreciación del motivo podía ser posible ante el juez de fondo porque hubieren hechos; esto es un juego intelectual y no es la ley la que resuelve el tema.

7. ¿Puede rechazarse el recurso desde el comienzo de su trámite o debe hacerse mediante fallo después de agotada toda la actuación?

La respuesta tiene que ver con lo que se ha dicho antes; si el recurso debe ser rechazado por un caso de admisibilidad clásico, sencillamente se rechaza como en el procedimiento de admisión, es decir, si ningún argumento es serio, si de todas formas el recurso no es admisible. Si hay argumentos serios, pero el recurso es extemporáneo, también se rechaza de entrada.

8. Si se puede rechazar de plano el recurso, ¿cuáles serían los motivos?

Esta pregunta ya se contestó. Si no es admisible, si es muy tarde, si no se respetan los plazos, si no hay forma.

9. ¿Pueden los abogados alegar de fondo en el recurso de casación?

La respuesta es no, porque no pueden traer pruebas nuevas, el juez de casación es de fondo, no examina hechos.

10. ¿Puede tramitarse el recurso extraordinario de manera oral o requiere procedimiento escrito?



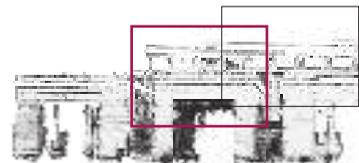
En Francia se maneja un procedimiento oral, cuando el juez tiene un plazo muy corto, pues no se puede exigir a las partes que intercambien argumentos escritos si el plazo es de 48 horas y no de 15 días, y se pueden presentar argumentos hasta el momento de la audiencia. Pero un recurso en casación en Francia necesita un expediente, informes, intercambio de argumentos, que deben estar en el mismo; además, en la audiencia no se puede señalar un motivo nuevo, en este caso se fija una próxima sesión y se comunican los nuevos motivos. En el Código de Justicia Administrativa francés existen disposiciones sobre el recurso de casación.

Finalmente, para responder la pregunta formulada por el Consejero de Estado de Colombia, doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta, relacionada con el tema de la conferencia, en el sentido de cuál sería la situación jurídica que se presentaría en Francia si, al decidir un caso, un Tribunal Administrativo o una Corte de Apelación se apartan de la interpretación de la ley hecha en un fallo del Consejo de Estado, el doctor Marcel Pouchard, Consejero de Estado francés, precisó que procedería la casación ante el Consejo de Estado, porque es este el autorizado para decir el derecho que se aplica en toda la Nación.



UNIFICACIÓN
DE ACCIONES Y PODERES DEL JUEZ





La propuesta de la Comisión de Reforma sobre las acciones contencioso-administrativas

Enrique José Arboleda Perdomo

CONSEJERO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



Paso a referirme en esta intervención a una propuesta de simplificación de los recursos o acciones a través de las cuales la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce su función de control de la administración, lo que haré en tres partes: la primera dedicada a la forma como se han ido agregando, sin mayor, reflexión las acciones y recursos judiciales, la segunda relativa a la propuesta de simplificación, y por último resumiré el estado de las discusiones sobre este tema en el seno de la Comisión para la Reforma del Código Contencioso Administrativo.

I. Las actuales acciones y recursos para el control judicial de la actividad administrativa del Estado

Como ustedes conocen, las acciones contencioso-administrativas se estructuraron, desde la ley 167 de 1941, a partir de dos ejes conceptuales: el tipo de actuación administrativa que el daño genera y el tipo del daño causado.

Con base en el primero de estos fundamentos, las acciones se clasificaron según la fuente del daño, de manera que para el producido por el acto administrativo se estructuraron las acciones de nulidad y la de restablecimiento del derecho, para el originado por el hecho antijurídico de la administración se instituyó la de reparación directa, y cuando existe de por medio un contrato, se contempló la contractual. Si el acto administrativo vulnera exclusivamente el derecho objetivo, se está en presencia de la acción de nulidad, independientemente del contenido general o particular del acto, pero si el daño que produce es al mismo tiempo el objetivo y el desconocimiento de un derecho subjetivo, entonces la acción será la de restablecimiento del derecho.

Se hace notar que en esta forma de estructurar las acciones no entra en juego el tipo de derecho protegido, es decir, cualquiera de ellas puede proteger cualquier derecho.

La Constitución de 1991, en el exceso de reglamentación que la caracteriza, decidió elevar a rango constitucional algunas de las acciones o recursos que habían sido consagrados en la ley, modificando sustancialmente algunos de ellos, de suerte que al lado de los recursos del Código Contencioso Administrativo agregó otros, que insisto, aunque venían de la legislación preexistente, generaron un enorme



grupo de recursos que no han sido sistematizados, como se expondrá más adelante. Estos recursos contemplados en la Carta Política son: la acción de tutela¹, encargada de proteger los derechos fundamentales “cuando el afectado no disponga de otro medio judicial”; la acción popular², para proteger los derechos e intereses colectivos; la acción de cumplimiento³, para hacer efectivas las leyes y los actos administrativos; la acción de grupo, para proteger el daño irrogado a un determinado grupo de personas; la de responsabilidad⁴ por el daño antijurídico; la de repetición⁵, para recuperar el pago de los perjuicios causados por la culpa grave del funcionario; la de anulación por inconstitucionalidad⁶ de los decretos del Gobierno; la de pérdida de investidura de los congresistas; y la electoral, que para muchos es solamente una especie de la de nulidad.

En total son diez o doce acciones o recursos que tienen como finalidad la de controlar la actividad administrativa del Estado colombiano, que obviamente genera confusión para el usuario de la justicia, aun si es experimentado. Para ilustrar la dificultad que se presenta, baste con decir que no existe consenso sobre si la nulidad de decretos por inconstitucionalidad o la llamada acción electoral son variantes de la acción de simple nulidad o tienen configuraciones especiales que las diferencian de esta.

Esta constitucionalización de las acciones y recursos se efectuó en buena parte bajo el criterio de que para cada tipo de derecho se debía consagrar una acción especial y específica, de tal suerte que la vulneración de un derecho fundamental se protege con la de tutela; la de un derecho colectivo, con la popular; si es un derecho de grupo, es la acción que lleva este nombre, y así sucesivamente⁷.

Como se observa, hay un cambio en la concepción a partir del cual se estructura el control judicial de la administración, pues mientras el Código Contencioso Administrativo lo hace sin tener en cuenta el tipo de derecho vulnerado, la Constitución crea acciones para cada uno de los derechos reglamentados en la misma Carta Política.

Cabe hacer otra remembranza: adoptada la Carta Política de 1991, se presentaron variadas demandas en ejercicio de las “nuevas acciones” allí consagradas, las cuales fueron rechazadas por los tribunales administrativos y el Consejo de Estado bajo el argumento de que no se les podía dar trámite hasta que fuera expedida la ley que consagrara un procedimiento especial para el efecto. Entonces, en vez de darles trámite por el proceso ordinario, dado que se trataba del control de la actividad administrativa del Estado, se prefirió rechazarlas, lo que obviamente generó la

¹ La suspensión provisional en prevención tenía en el viejo Código Contencioso Administrativo la misma connotación.

² Varias normas habían consagrado acciones, tanto ante la justicia ordinaria como ante la jurisdicción contencioso-administrativa para proteger derechos e intereses colectivos, como por ejemplo, el artículo 988 del Código Civil de 1887 consagra la denuncia para la reparación o demolición de los edificios que ameriten ruina.

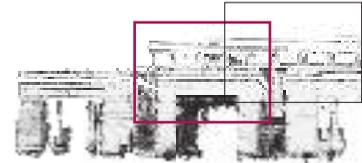
³ Esta acción estaba en el Código Contencioso Administrativo.

⁴ Esta acción estaba en el Código Contencioso Administrativo.

⁵ Regulada también por el Código Contencioso Administrativo.

⁶ Regulada por el Código Contencioso Administrativo.

⁷ Nulidad de decretos por inconstitucionalidad, pérdida de investidura de congresistas, repetición contra funcionarios.



necesidad de expedir unas reglas legales especiales de procedimiento. De aquí proviene en parte el cúmulo, no solo de acciones, sino de trámites procesales que debe aplicar el juez administrativo, que también supera la docena.

Como se observa, mantener la estructura actual de las acciones con la multiplicidad de procedimientos es claramente inconveniente. Más adelante me referiré a las otras dificultades causadas con esta dispersión de normas y recursos.

Sobre este tema de las acciones se pueden hacer otros comentarios. La concepción de la Constitución sobre las acciones, como protección a un cierto derecho, es una concepción arcaica de la institución de la “acción”, pues como recordarán, en derecho romano y hasta hace unos cien años, se concebía la acción como el “derecho en movimiento”, de suerte que a cada derecho subjetivo le correspondía una acción, confundándose con la pretensión.

Sin embargo, es interesante hacer notar que ni la Constitución ni la ley son rigurosas, pues si se repara en el artículo 86 de la Carta que regula la tutela, aparece que esta también procede cuando algún particular afecte de manera grave y directa un interés colectivo, de suerte que esta acción no solo protege los derechos fundamentales sino, en ciertas circunstancias, también los colectivos.

El artículo 89 de la Carta agrega: “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.” De la lectura de esta norma aparece entonces que los demás recursos y acciones también protegen los derechos individuales (dentro de los cuales considero están los fundamentales) los de grupo y los colectivos. Es de la esencia de la acción de tutela su carácter subsidiario⁸, de manera que todas las demás acciones también deben garantizar los derechos fundamentales.

II. La propuesta de simplificación de las acciones y recursos

En esta segunda parte se expone la propuesta de lo que considero debe ser el tratamiento legal en el nuevo Código Contencioso Administrativo del tema de la acción y las pretensiones en lo contencioso-administrativo. Al efecto desarrollaré estos puntos:

- a) Los fundamentos de la propuesta.
- b) La propuesta de reforma legislativa

a) Los fundamentos

Los fundamentos de la propuesta se encuentran en: 1. la noción de la acción en la teoría del derecho procesal general, 2. la “constitucionalización” de algunas

⁸ Ver, entre otras, sentencias T-299 de 1997 y T-292 de 2006, de la Corte Constitucional.



“acciones” y sus efectos, 3. las pretensiones como la solicitud de reconocimiento de un derecho, y 4. la problemática causada por la actual regulación legal.

1) La “acción” en el derecho procesal moderno

Modernamente, es de común aceptación⁹ que el ejercicio de la “acción” genera un vínculo o relación jurídica entre el demandante y el Estado, en la que aquel tiene el derecho a exigir, y este la obligación de producir una sentencia determinada al caso planteado en la demanda, mientras que la “pretensión” crea una relación jurídica entre el demandante y el demandado, que en palabras del Dr. Ramírez Arcila es “lo que exigimos de otro: “exigencia de la subordinación de un interés ajeno al interés propio” según la definición de Carnelutti, que aceptamos ...”.

En la literatura del derecho administrativo el término acción es utilizado, aun en los libros recientes, como sinónimo de “recurso” judicial contra el acto, o como “medio de control” del acto, y sobre todo como “pretensión” de la demanda.¹⁰ Sin embargo, muchos autores han asimilado plenamente la distinción entre acción y pretensión en el sentido de la teoría procesal moderna, como por ejemplo lo ha hecho el Dr. Juan Carlos Galindo Vacha, que sostiene que el término “acción” utilizado por el Código Contencioso Administrativo significa “pretensión”¹¹. Haciendo una clara diferencia entre estas instituciones, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández exponen:

“El objeto del proceso contencioso-administrativo lo constituyen las pretensiones procesales que se ejercitan por el actor o recurrente y las que le opongan las partes demandadas.

⁹ A manera de ejemplo se pueden citar: DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia a través de un proceso”. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “No obstante, casi todos los tratadistas, a pesar de que conocen el carácter unitario o indivisible del derecho de acción, insisten en clasificarlo, apoyados en que, por tratarse de unas nociones tradicionales de agrupación “es difícil extirpar el empleo de la palabra acción en sentido material o sustancial para limitarla a un criterio puramente procesal. Esto ocurre en todos los países”. Y COUTURE señala que “costará mucho trabajo y muchísimo tiempo desembarazarse de la terminología tradicional que rige toda esta materia”, pero no propone un replanteamiento total de la clasificación. En nuestra opinión, el hecho de que tradicionalmente se hubiese incurrido en ese error no justifica el que se persista en él; por ello, no presentamos ninguna clasificación del derecho de acción ya que jurídicamente no es posible hacerlo.” Tomado de “Instituciones de derecho procesal civil colombiano” Bogotá 1997, pág. 252/3. En este mismo sentido ver a ROJAS, Miguel Enrique. “Teoría del Proceso” Bogotá 2004, Págs. 77 a 81. En esta también es interesante la unión que hace este autor de la acción como derecho, a los tratados internacionales de derechos humanos en cuanto regulan el acceso a la justicia. Igualmente es muy interesante y erudito el estudio del Dr. RAMÍREZ ARCILA, Carlos. “Derecho Procesal” Primera edición, Bogotá 2001.

¹⁰ A manera de ejemplos, el argentino Juan Carlos Cassagne, al hablar de la responsabilidad extracontractual del Estado, expresa: “en suma, nada impide acumular ambas pretensiones procesales aunque la acción de daños y perjuicios contra el Estado derivada de un acto declarado inválido resulta, en principio, accesoria respecto de la restitución en sentido estricto.” (Derecho Administrativo, tomo I, pág. 496. 8ª Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2006). Los autores nacionales como Palacios Hincapié, “Derecho procesal Administrativo” sexta edición 2006 Título III; Betancur Jaramillo, “Derecho Procesal Administrativo” 1996, utilizan el término acción como sinónimo de recurso o de medio de control.

¹¹ GALINDO VACHA, Juan Carlos. “Lecciones de Derecho procesal administrativo” Bogotá 2004. Volumen I, págs. 174 y 175.



Todo el proceso gira, pues, en torno a las peticiones concretas que las partes formulan ante el órgano jurisdiccional solicitando del mismo una resolución en un sentido determinado. La pretensión acota, pues, el contenido del proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado, y delimita el ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador.¹²

Bajo esta perspectiva, es antitécnico instituir un conjunto de acciones contencioso-administrativas, así como hablar de una “acción única” contencioso-administrativa, pues la relación jurídica derivada de la acción tiene como parte al Estado y no a una de las jurisdicciones en las que se divide la rama judicial. También es antitécnico hablar de las acciones constitucionales, tema al que paso a referirme enseguida.

2. La constitucionalización de algunas acciones.

Los artículos 86 a 90 de la Constitución Política, que hacen parte del capítulo 4° del título II “De la protección y aplicación de los derechos,” contienen lo que se ha dado en llamar las “acciones constitucionales”. Como se expuso en el acápite anterior, todas ellas habían sido contempladas por la ley mucho antes de que se expidiera la Constitución de 1991.

En general se ha asumido por la doctrina y la jurisprudencia que una cosa es las “acciones contencioso-administrativas” y otra las “acciones constitucionales”, sosteniéndose que son irreductibles, y por lo mismo cada una de ellas debe tener un procedimiento especial.

Estimo que la Constitución Política, al establecer las acciones constitucionales, utilizó el término *acción*, como sinónimo de recurso, o medio de impugnación (ver el título del capítulo) y no en la forma técnica en la que se conoce hoy en día. Tal utilización del término *acción* comprende tanto la necesidad de poner en movimiento el aparato judicial del Estado para que haya una protección efectiva, como las pretensiones que buscan el amparo de los derechos e intereses que por Constitución deben tener una defensa judicial superior a la común que poseen los demás derechos y relaciones legales.

No creo que la intención del constituyente cuando habló de “acción de cumplimiento” o “acciones populares” o “acción de repetición”, etc., hubiera sido la de institucionalizar un procedimiento especial para cada una de las acciones que estructuró en los artículos 86 a 90 de la Constitución Política, salvo la tutela que constitucionalmente tiene un procedimiento especial con un recurso sui generis ante la Corte Constitucional. Considero que la Carta instituyó unos mecanismos especiales de protección a los derechos e intereses colectivos, a los de grupo, a la repetición contra los funcionarios, al cumplimiento de la ley y actos administrativos, protecciones que no se oponen a que se tramiten por un mismo procedimiento que sea muy eficaz, y que permita que se acumulen con otras pretensiones, siempre y cuando se mantenga su efectividad.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Curso de derecho administrativo” Ed. Thomson Civitas. Novena edición. 2004. Tomo II. Pág. 635.



Si se regulan en forma simultánea por el Código Contencioso Administrativo, las llamadas “acciones constitucionales” (salvo la de tutela) junto con las “acciones contenciosas”, esta norma por sí misma no es inconstitucional, salvo que la nueva regulación sea menos eficaz en la protección de los derechos especialmente protegidos por la Carta, si se compara con la regulación actualmente existente. Si por el contrario, es más eficaz, lo que es de desear con la reforma que se plantea por el Consejo de Estado, no existiría ningún vicio de inconstitucionalidad.

3. La pretensión como el cumplimiento de la obligación que se reclama.

Siguiendo con la idea según la cual la pretensión es lo que el demandante le exige al demandado a través del juez, es perfectamente claro que para obtener sentencia favorable a favor del demandado debe demostrar la existencia de un derecho en su favor, es decir, que conforme a la ley el accionante tiene derecho a que se le reconozca lo pedido. De aquí se desprende que el demandado está obligado a acatar el derecho, reconocido en la sentencia.

La pretensión principal consiste en la solicitud de cumplimiento de una obligación que el demandado no ha cumplido; el actor pide que se reconozca que en su cabeza hay un derecho que el accionado no le respeta. A manera de ejemplos para la jurisdicción contencioso-administrativa, se puede decir que en un proceso de impuestos el contribuyente demandante pide que se reconozca el derecho a no pagar más allá de lo que dice la ley, y al efecto solicita la anulación de los actos administrativos que incumplen la ley y por lo mismo la violan; en un proceso laboral el demandante pide que se le reconozca que tiene cierto derecho a una prestación o un reajuste salarial o a continuar en el cargo, y para obtener esto solicita la anulación del acto que le niega lo anterior; la víctima de un hecho dañino de la administración tiene derecho a que se le indemnice; el ciudadano en una acción electoral solicita el respeto del derecho objetivo a que los gobernantes sean los elegidos por la voluntad popular, y por lo mismo solicitará la anulación de la elección que irrespetó este derecho y que se rehaga el escrutinio; el demandante en acción popular pide que se le respete el derecho de tercera generación a un ambiente sano que está siendo desconocido por una fábrica que emite a la atmósfera algún gas contaminante, o que de cumplimiento a cierto acto administrativo de contenido reglamentario que regula o prohíbe estas emisiones, y en fin en la tutela el contenido lógico de las pretensiones es el mismo, que se dé la orden de respetar un derecho fundamental.

A partir de esta constatación, es perfectamente viable dejar que los demandantes en forma libre formulen las pretensiones que consideren que mejor protegen sus derechos, y que de manera más eficiente obliguen a los demandados a respetarlos o restablecerlos, a resarcir el daño, etc., como se propone más adelante.

4. La problemática causada por la actual regulación constitucional y legal

La propuesta de reforma no obedece a un purismo en el uso del lenguaje jurídico, sino a los efectos que en el curso de más de cuarenta años la jurisprudencia



les ha dado a las acciones contencioso-administrativas y más recientemente a las acciones constitucionales. A mi juicio, son estos los problemas que se causan:

- i) Si el demandante se “equivoca” de acción, la sentencia es inhibitoria. Si bien es cierto que esta tesis se ha morigerado en algunos pronunciamientos, la concepción generalizada por la doctrina es la de la inhibición¹³. No hay claridad en qué casos procede una u otra acción, de manera que es fácil equivocarse.
- ii) Como no es posible acumular “acciones” sino “pretensiones,” en ocasiones se deben presentar varios procesos. A manera de ejemplo, la “acción electoral” es simplemente “revisora” del acto de elección y no permite acumular la indemnización o el restablecimiento del derecho de los afectados con el acto. Entonces, una vez anulado el acto, es necesario demandar de nuevo en acción de reparación directa para obtener la indemnización.
- iii) La responsabilidad objetiva derivada de un acto administrativo legal, cuando fuere procedente, carece de una acción tipificada, pese a lo cual la jurisprudencia ha permitido la utilización de la acción de reparación directa para este evento y otros similares.
- iv) Cada acción posee requisitos diferentes en cuanto a la caducidad y a la legitimación en la causa, lo que permite que una misma persona pueda proponer varias demandas que aparentemente son diferentes, pero que en la práctica responden a la misma finalidad; o también que caducada una acción se ejercite otra, o incluso que se decida bajo qué jurisprudencia, qué juez y qué procedimiento es más benéfico tramitar una demanda.
- v) La acción de reparación directa ha perdido su configuración, pues está estructurada para deducir la responsabilidad derivada de un hecho jurídico de la administración, y en la actualidad sirve para deducir la responsabilidad derivada de variados actos administrativos, como el electoral, como aquellos que anulan reglamentos en materia tributaria, o cuando hay responsabilidad objetiva, etc.
- vi) Existen varias acciones para controlar una misma actuación administrativa, como por ejemplo, un acto administrativo de adjudicación de una licitación, puede ser objeto de una acción de restablecimiento del derecho, de la popular por moralidad o por protección del patrimonio público, e incluso cabe pensar, con algo de imaginación, una acción de grupo. Como se expuso, el demandante puede escoger el juez, pues si demanda la simple nulidad de la adjudicación el proceso será de única instancia ante el Consejo de Estado si la autoridad es nacional, si escoge la acción de reestablecimiento del derecho tendrá dos instancias, y si la popular tendrá también dos instancias pero no tendrá ningún recurso ante el Consejo de Estado.
- vii) Como corolario de lo anterior, no hay claridad sobre el contenido de las sentencias del juez, pues los poderes o atribuciones que puede ejercer en el fallo dependen del tipo de acción y no de las pretensiones, de manera que, y volviendo al ejemplo dado, si se demanda el acto de adjudicación de un

¹³ Ver: PALACIOS HINCAPIÉ. Op. Cit. Págs. 214 y 215.



contrato en acción popular, el juez carece de competencia para declarar su nulidad, incluso si le pide expresamente en la demanda.

El proyecto de reforma que se lleve al Congreso debe tratar de solucionar estos problemas.

b) La propuesta

Se propone:

1. Eliminar el término acción dentro del nuevo CCA, pues si se entiende como un derecho subjetivo, público, general, para poner en movimiento la rama judicial, puede suprimirse la reglamentación de este tema, pues la acción está regulada por la misma Constitución como el mecanismo medular del derecho de acceso a la justicia, y no requiere normatividad especial en ningún código de procedimiento. Lo máximo que podría hacerse sería una referencia en este sentido en los artículos que enlisten los principios procesales, de manera que en ellos se aclaren las nociones de “acción” y de “pretensión.”
2. El CCA debe regular lo fundamental de las pretensiones, de la manera más sencilla posible, dejando en libertad al demandante para que las formule de la forma que considere más conveniente para los intereses de su cliente, como consecuencia del principio dispositivo.
3. Se debe procurar que la jurisdicción contencioso-administrativa controle la totalidad de la actuación administrativa y la totalidad de los derechos (fundamentales, subjetivos, etc.) e intereses (colectivos, difusos, simples, etc.) de manera que sea posible acumular pretensiones en un mismo proceso, y que eventualmente el juez tenga unos poderes que correspondan a las pretensiones y no a la acción.
4. Estimo que los lineamientos para esta regulación de las pretensiones podrían ser:
 - i) Definir que siempre que haya acto administrativo (general o particular) debe ser demandado para pedir su nulidad, salvo que se pida la declaratoria de una responsabilidad objetiva. Se debe permitir la acumulación de la petición de nulidad de actos administrativos de contenido general y particular. (Nota: habría que decidir si la sentencia sobre el primero tiene efectos particulares o erga omnes).
 - ii) Definir que se deberá pedir, que se declare o reconozca el derecho vulnerado por la administración demandada. Se entiende por derecho no solo el subjetivo, tenga o no rango de fundamental, sino también el colectivo, de un grupo, el derecho al mantenimiento de la legalidad objetiva, el derecho típicamente político, como en las acciones electorales, el vulnerado por el incumplimiento o inactividad de la administración, etc.
 - iii) Definir que se deberá pedir, con toda claridad, lo que se busca además del reconocimiento del derecho, por ejemplo, el mero restablecimiento del derecho, o una reparación, o una indemnización, etc.



- iv) Considero que se debe establecer como regla general, incluyendo la responsabilidad contractual y la extracontractual, el privilegio de lo previo.
- v) Debe establecerse un término común para la posibilidad de acceder a la justicia, simplificando y remplazando los diferentes plazos de caducidad actualmente existentes.

III. El estado de las discusiones en el seno de la Comisión para la Reforma del Código Contencioso Administrativo

El Consejo de Estado al realizar las reflexiones iniciales que dieron lugar a las orientaciones generales sobre la reforma al Código Contencioso Administrativo, tuvo ocasión de ocuparse de este tema, así como la Comisión creada para proyectar la reforma del Código Contencioso Administrativo, y a la fecha de esta exposición se ha acordado¹⁴ en forma mayoritaria por los miembros de esta lo siguiente:

1. No regular en el Código las acciones de tutela, populares y de grupo, dado que se ejercen ante las diferentes jurisdicciones y por encontrar mandatos específicos en la Constitución que exigen un estatuto especial.
2. Regular en el código las acciones de cumplimiento y de repetición que son claramente atribución de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y no tienen mandato constitucional de regulación especial sino que se defieren al Legislador.
3. Cambiar la terminología actual del Código para establecer una acción contenciosa con varias pretensiones.
4. Establecer reglas claras sobre la posibilidad de acumular pretensiones, incorporando las conclusiones de la jurisprudencia de los últimos años en la materia.
5. Unificar los términos de caducidad en la medida de lo posible con excepción de la acción de simple nulidad y la acción electoral.

Como se puede concluir del actual estado de la discusión, hay una clara intención de simplificación del control jurisdiccional de la administración, la que inspirará la redacción del nuevo estatuto.

¹⁴ En sesión de fecha 23 de junio de 2008.



Comentarios a la conferencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo

Marc Durand-Viel
y Marcel Pochard¹

Marc Durand Viel

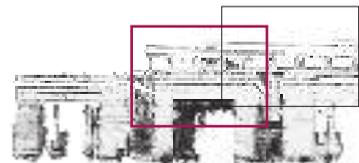
Es muy interesante para nosotros esta exposición; se nota un gran conocimiento y una gran investigación. Ahora bien: lo que vemos es que la regulación actual confunde algunas nociones. Ustedes acumularon una serie impresionante de acciones (entre constitucionales y clásicas del contencioso administrativo), lo que para nosotros resulta sorprendente y obviamente el interesado puede fácilmente equivocarse. A su vez, el juez tiene que hacer prueba de imaginación para resolver el problema y evitar que los administrados se queden sin oportunidad de acceder a la justicia. Y entiendo perfectamente que haya un deseo de simplificar todo esto. Ahora bien, hay que diferenciar las condiciones de acceso al juez y después lo que nosotros llamamos conclusiones y ustedes, pretensiones, que es lo que se demanda al juez, lo que se le pide.

Es claro que se presenta una gran dificultad si se segmenta demasiado lo que es posible solicitar al juez, diferenciando vías, términos, condiciones, lo que obliga a segmentar el contencioso en unos diez tipos de acciones, plazos particulares, poderes del juez diferentes, lo que hace todo esto muy complejo.

Yo encuentro muy interesante tanto desde el punto de vista intelectual como práctico que se proponga simplificar todo esto, lo que puede mejorar no solo el trabajo de los jueces sino las mismas posibilidades de administrar justicia, y para las personas de garantizar sus derechos. Obviamente veo claro que en el sistema jurídico colombiano, porque así lo señala la Constitución, hay que mantener en todo caso la diferencia entre las acciones contenciosas y las acciones constitucionales como la tutela o las acciones populares o de grupo que sin duda son especiales y para nosotros, llamativas.

Todo esto en realidad reposa sobre una lógica que puede de alguna manera asimilarse, igualmente, a lo que sucede en Francia. Como ustedes saben, en nuestro sistema hay dos tipos de acciones: (i) el exceso de poder que corresponde a la acción de nulidad, y (ii) el pleno contencioso, o acción de plena jurisdicción. Lo

¹ N. de E: Los comentarios que se transcriben a continuación son resultado de la desgrabación de la traducción simultánea y no fueron revisados por los autores.



que diferencia estas acciones es los poderes del juez. Ahora bien, cabe aclarar que la diferencia entre las dos se ha matizado en los últimos años. Porque uno puede en estos días en Francia demandar la nulidad por exceso de poder y además solicitar al juez que dirija una instrucción al funcionario. Así por ejemplo, el juez puede anular el acto que rechaza un permiso pero además señalar al funcionario la necesidad de otorgar ese permiso

Antes teníamos en nuestro sistema unas causales de improcedencia que gustaban mucho a los profesores de derecho, pues respondían a una lógica muy clara de clasificación y de hipótesis pero que permitían fácilmente encontrarse en la situación de señalar al administrado con algo de picardía “lo lamento, usted se equivocó, cuánto lo siento pero no puedo hacer nada”. Eso partía de la negación de la posibilidad de exámenes de la situación y de los poderes del juez que impedían tomar en cuenta esas situaciones. Eso no creo que sea justo y si bien el análisis que se pueda hacer es intelectualmente llamativo, debe tenerse en cuenta cuál es el servicio que presta el juez, y en ese sentido, cuál es la mejor manera de cumplir su función, que es lo que importa, pues el juez está allí para administrar justicia y no para indicarle a la gente que se equivocó.

Marcel Pochard

Yo veo bien la distinción entre las acciones que buscan la anulación de un acto y las acciones de plena jurisdicción que son por lo esencial las que buscan poner en juego la responsabilidad del poder público; pero donde tengo dificultad con el sistema colombiano es en el tema de las acciones populares, porque ahí hay un tema que para nosotros es totalmente extraño. No conozco ningún mecanismo en nuestro sistema que permita obligar a la administración a actuar para reconocer un derecho a alguien y a la vez obligar a la administración a actuar para crear infraestructuras. Es decir, que no se trata simplemente de reconocer un derecho objetivo sino además de obligar a la administración a crear infraestructuras o tomar medidas que respondan a necesidades sociales en relación con derechos fundamentales.



Oficiosidad para el juzgador María Elena Giraldo Gómez

ASESORA DE LA COMISIÓN DE REFORMA
DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. En el encuentro realizado en Paipa, en el mes de febrero de 2008, por el Consejo de Estado de Colombia y con la asistencia de los asesores para la reforma del Código Contencioso Administrativo, se acordó que el principio sobre impulsión del proceso debe ser, por lo general, el dispositivo, porque carece de actualidad jurídica que este sistema se lleve al extremo.

El sistema dispositivo se caracteriza, en lo sustancial y en lo procesal, respectivamente, por la disponibilidad de los titulares de derechos subjetivos y el manejo del proceso, por las partes, formulando la demanda y en ella sus pretensiones y desistiendo de aquella y solicitando pruebas, sin que el juez pueda formularlas de oficio.

Y el otro sistema de impulsión del proceso, inquisitivo u oficial, se caracteriza porque la actividad procesal corresponde únicamente al juez, pues es él quien promueve, dirige e impulsa el proceso y realiza la actividad investigativa para obtener el material probatorio.

2. En la actualidad están consagradas, normativamente, diversas reglas sobre la aplicación del principio oficial; unas de regulación propia en el Código Contencioso Administrativo (decreto ley 01 de 1984¹) y otras vertidas en el Código de Procedimiento Civil², las cuales son aplicables a los juicios contencioso-administrativos, por remisión que efectúa el C. C. A (art. 267).

En el orden procesal, de expresión de los poderes de oficio del juzgador administrativo, rigen las siguientes, especialmente:

- La exposición de defectos formales de la demanda, para que sean corregidos so pena de su rechazo (art. 143 del C. C. A.).
- Dar el trámite que corresponda a la demanda, aunque el demandante señale otro (arts. 140,4 y 86 del C. P. C. aplicables por remisión del artículo 267 del C. C. A.).
- Citar al litis consorte o contradictor necesario cuando la parte, según el caso, no lo ha hecho (art. 83 del C. P. C. aplicable por remisión del C. C. A.).
- Llamamiento ex officio, cuando advierta colusión o fraude, en cualquiera de las instancias; por lo tanto, el juez ordenará la citación de las personas

¹ C. C. A.

² C. P. C.



que puedan resultar perjudicadas para que hagan valer sus derechos (art. 58 del C. P. C. aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.).

- La acumulación de pretensiones y de procesos (art. 145 del C. C. A., modificado por el artículo 7 de la ley 446 de 1998).
- La declaración de excepciones de fondo cuando los hechos aparezcan demostrados, sin que el demandado los haya propuesto como excepción, en la contestación de la demanda o, si ocurren con posterioridad a esta, en los alegatos de conclusión (arts. 164 del C. C. A. en armonía con el art. 305 del C. P. C.).
- El decreto de pruebas de oficio. Sobre este tema jurídico se harán las siguientes anotaciones:

Por la importancia del punto, cabe resaltar que el antiguo Código de Procedimiento Civil contenido en la ley 105 de 1931 estatuyó el principio in dubio pro reo, propio del derecho procesal penal; este principio fue abolido probatoriamente para el proceso civil, por los decretos-ley 1400 y 2019 de 1970³, actual C. P. C.; en consecuencia, hoy ante la ambigüedad o la duda en la contienda, el juez queda impedido a decretar pruebas de oficio (arts. 180 y 37,4 del C. P. C.).

En ese último sentido, el Código Contencioso Administrativo, contenido en el decreto-ley 01 de 1984 y sus reformas, también otorga poder de oficio al juzgador tanto para decretar pruebas que considere que son necesarias para esclarecer esos hechos, ambiguos o dudosos de la contienda, antes de dictar sentencia, como también para decretar pruebas sin límites, en el momento procesal de decidir sobre las peticiones por las partes, porque estime que son útiles para esclarecimiento de la verdad (art. 169 del C. C. A⁴).

Por su parte, en la regulación del proceso ordinario, el legislador nuevamente insiste sobre ese poder de oficio para el juez, de decreto de pruebas (art. 209 *ibídem*⁵).

Asimismo, la ley prevé (art. 183 del C. P. C.) que cuando el juez de primera instancia no pueda tener en cuenta pruebas para dictar sentencia porque, concurrentemente, llegaron con posterioridad al

³ Actual Código de Procedimiento Civil.

⁴ Artículo 169. Pruebas de oficio. <Subrogado por el artículo 37 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> En cualquiera de las instancias el Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las peticiones por las partes; pero, si estas no las solicitan, el Ponente solo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.

⁵ Artículo 209. Periodo probatorio. <Subrogado por el artículo 48 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Vencido el término de fijación en lista, se abrirá el proceso a pruebas si la controversia o litigio no es de puro derecho, siempre que las partes las soliciten o que el Ponente considere necesario decretarlas de oficio. Para practicarlas se fijará un término prudencial que no excederá de treinta (30) días, pero que puede ser hasta de sesenta (60) días para las que deban recibirse fuera del lugar de la sede. Estos términos se contarán desde la ejecutoria del auto que las señale.



momento en que el expediente entró al despacho para emitirla y aquellas no cumplen con los requisitos legales para su práctica y contradicción, el juez superior “de oficio o a petición de parte ordenará el trámite que falte a dichas pruebas. Si se trata de documentos, la parte contraria a la que los adujo podrá tacharlos de falsos dentro del término de ejecutoria del auto que admita la apelación” (parte final del inciso 5).

Por otra parte, el C. C. A. le atribuye poder al juez para decretar pruebas de oficio, en los procesos especiales: i) de pérdida de investidura⁶ y ii) en el electoral⁷.

El legislador igualmente le impone al juzgador administrativo otras tareas de oficio:

- Decidir el conflicto de competencia entre los Tribunales Administrativos⁸.
- Aclarar la sentencia electoral⁹, cuando es necesario.

⁶ Artículo 192. Pruebas. <Reproducido por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Si se decretaren pruebas de oficio o a solicitud de parte, se señalará un término máximo de treinta (30) días para practicarlas

⁷ Artículo 234. Decreto de pruebas. <Subrogado por el artículo 61 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Las pruebas que las partes soliciten se decretarán junto con las que de oficio ordene el ponente mediante auto que se debe proferir el día siguiente al del vencimiento del término de fijación en lista. Para practicar las pruebas se concederá hasta un término de veinte (20) días que se contarán desde el siguiente al de la expedición del auto que las decreta. Podrán concederse quince (15) días más cuando haya necesidad de practicar pruebas fuera de la sede de la Sala o Sección. Este auto se notificará por estado y contra él no procede recurso alguno.

Contra el auto que deniegue algunas de las pruebas procede el recurso de súplica dentro de los dos (2) días siguientes al de su notificación deberá resolverse de plano.

El Consejo de Estado no podrá comisionar para practicar pruebas en el lugar de la sede. Los Tribunales tampoco podrán, dentro de su jurisdicción, comisionar para la práctica de pruebas.

Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala o sección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas podrá señalar un término hasta de diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede recurso alguno.

⁸ “Artículo 215. Conflictos de competencias. <Subrogado por el artículo 53 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Los conflictos de competencia entre los Tribunales Administrativos serán decididos de oficio o a petición de parte por el Consejo de Estado, conforme el siguiente procedimiento:

Cuando una Sala o sección de un tribunal declare su incompetencia para conocer de un proceso por considerar que corresponde a otro Tribunal ordenará remitirlo a este, mediante auto contra el cual solo procede el recurso de reposición. Si el tribunal que recibe el expediente también se declara incompetente, remitirá el proceso a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para que decida el conflicto.

Recibido el expediente y efectuado el reparto, el Consejero Ponente dispondrá que se dé traslado a las partes por el término común de tres (3) días, para que presenten sus alegatos; vencido el término de traslado, la Sala Plena debe resolver el conflicto dentro del término de diez (10) días, mediante auto que ordenará remitir el expediente al Tribunal competente. Contra este auto no procede ningún recurso.

La falta de competencia no afectará la validez de la actuación cumplida hasta la decisión del conflicto”.

⁹ “Artículo 246. Aclaración. Hasta los dos días siguientes a aquel en el cual quede notificada podrán las partes o el ministerio público pedir que la sentencia se aclare.

También podrá aclararse por el tribunal de oficio, dentro de dicho término, en el caso de que se hubiere incurrido en error aritmético o hubiere motivo de duda respecto de alguna de sus disposiciones.

La aclaración se hará por medio de auto que se notificará por estado al día siguiente de dictado, y contra él no será admisible recurso alguno. En la misma forma se procederá cuando la aclaración se deniega”.



- Decretar la de perención de la instancia, en los asuntos permitidos (art. 148 del C. C. A.).
- Declarar su incompetencia (art. 143 del C. C. A.).
- Manifiestar el impedimento para conocer del litigio (art. 160 del C. C. A., modificado por el artículo 50 de la ley 446 de 1998).
- Declarar las nulidades procesales insaneables (art. 165 del C. C. A., en armonía con el 145 del C. P. C.).
- Remitir el proceso al superior, en asuntos de dos instancias, cuando se dan las condiciones jurídicas para que la providencia, auto o sentencia, sea consultada (art. 184 del C. C. A.).

Por otra lado, el legislador le señala al juez la obligación de buscar la seguridad jurídica, que es de interés público, para lo cual debe, en términos del artículo 37 del C. P. C.¹⁰, conducir los actos procesales con la finalidad de lograr el objetivo buscado y pretender articular el proceso, facilitar la claridad y eficacia de la sustanciación y la comprensión integral del material procesal; estos actos de conducción material son los siguientes, unos ya anunciados:

- Exponer defectos formales a la demanda y su rechazo, según el caso (art. 143 del C. C. A.).
- Rechazar pruebas por impertinentes, ineficaces o superfluas (art. 168 del C. C. A., en armonía con el 178 del C. P. C.).
- Rechazar los incidentes extralegales, improcedentes o extemporáneos (arts. 167 del C. C. A. y 135 del C. P. C.).
- Condenar en perjuicios a la parte o a su apoderado cuando sus actuaciones fueren temerarias o de mala fe (art. 171 del C. C. A., modificado por el art. 55 ley 446 de 1998, en armonía con el art. 393 del C. P. C.).
- Integrar el contradictorio si se presenta litis consorcio necesario –art. 207,3 del C. C. A.– para demanda de actos administrativos y art. 83 del C. P. C.-
- Imprimirle a la demanda el trámite legal cuando el actor invoca otro (art. 86 del C. P. C., aplicable por remisión del 267 del C. C. A. en los aspectos que sean compatibles).
- Integrar materialmente la demanda y su reforma (art. 89 del C. P. C. aplicable por remisión del 267 del C. C. A. en los aspectos que son compatibles).
- Rechazar el allanamiento de la demanda si estima que existe fraude o colusión de las partes (art. 93 del C. P. C. aplicable por remisión del 267 del C. C. A. en los aspectos que son compatibles).
- Decretar la adición de copias pedidas por las partes o terceros (art. 115 del C. P. C.).
- Poner en conocimiento de las partes o declarar de oficio la nulidad que advierta, según sea saneable o insaneable (arts. 165 del C. C. A. y 144 y 145 del C. P. C.).
- Suspender determinado auto hasta el momento de fallar, por razones de prejudicialidad (art. 173 del C. P. C.).

¹⁰ Aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.



- Reconocer cualquier excepción de fondo que encuentre probada (art. 164 del C. C. A. en armonía con el art. 305 del C. P. C.).
- Aclarar y corregir de oficio los autos y la sentencia (arts. 309 y 310 del C. P. C.).
- Ordenar y subsanar la irregularidad relativa a que la providencia apelada no está firmada por el inferior (art. 358 del C. P. C.).
- Solicitar otras copias al inferior en caso de recurso de queja (art. 378 del C. P. C. aplicable por remisión del art. 182 del C. C. A.).
- Levantar el secuestro previo en las circunstancias indicadas en los artículos 513, 690 y 691 del C. P. C., aplicables en el proceso ejecutivo en la jurisdicción contencioso-administrativa, por la remisión que efectúa el C. C. A., en el último inciso del artículo 87, al C. P. C., al proceso ejecutivo de mayor cuantía.
- Desembargar el inmueble, gestión prevista en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 681 del C. P. C.

El juez también coopera, de oficio, en la dirección formal del proceso, en el desarrollo eficaz, ordenado y rápido de la marcha del procedimiento, fijando: i) fecha y hora de diligencias, y plazos procesales (art. 119 del C. P. C.), y ii) monto de cauciones (art. 678 del C. P. C.).

Desde otro punto de vista, el juez tiene poderes de investigación oficiosa, en la aportación del material probatorio (arts. 169 del C. C. A.), los cuales no enervan el principio dispositivo de las partes, sobre sus derechos disponibles, y, por el contrario, permiten que el juez intervenga en la prueba decretada, pedida por ellas (arts. 133-4, 134, 137-3, 175, 179, 180, 182, 186, 202, 207, 208, 211, 217 a 219, 225, 226 a 228, 230, 231, 236, 237, 240, 243, 244 a 246, 260, 277, 278, 338, 489, 510, y 684 del C. P. C.).

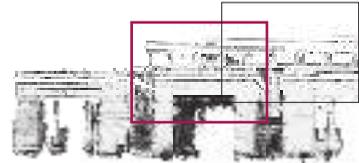
Por otro lado, como ya se advirtió, el juez interviene para impulsar oficiosamente el proceso hasta su fin, siempre que no penda de la satisfacción necesaria de una carga procesal de la parte actora (art. 2º del Código del C. P. C.).

Y, por último, el juez también disciplina de oficio a las personas, empleados suyos o no, y a los particulares, por quebranto de las normas de conducta del proceso (art. 39 C. P. C.).

Como puede verse son muchos los aspectos legales, antes de la pretendida reforma del C. C. A., en los cuales el legislador implementó el principio oficial de impulsión del proceso para los procesos contencioso-administrativos, a pesar de que por lo general el principio que rige es el dispositivo.

3. Enseguida, presentaré las reglas del principio dispositivo para luego indicar, de acuerdo con las directrices indicadas en el documento Paipa, qué otras excepciones se darían a la aplicación de tal sistema.

Las reglas del principio dispositivo son: 1ª. La iniciativa del proceso. 2ª. La conducción del proceso. 3ª. La delimitación fáctica, y 4ª. La investigación.



- La primera regla –iniciativa del proceso– actúa en: i) la facultad jurídica de iniciar el proceso ante el órgano jurisdiccional; ii) el poder del usuario de la administración de justicia para determinar la tutela jurídica (congruencia); iii) el poder del usuario de la administración de justicia de fijar el conocimiento del juez en los recursos.
- La segunda regla –la conducción del proceso– alude a la rogación como única forma en la que puede actuar el juez.
- La tercera regla –delimitación fáctica– se circunscribe a que solo el actor fija los hechos que serán objeto de juzgamiento y por lo tanto el juzgador no puede variarlos ni suplirlos. Y,
- La cuarta y última regla del principio dispositivo –investigación– versa sobre el deber de las partes en la carga probatoria y, por lo tanto, es que no tiene poder de oficio para decretar pruebas.

3.1. En cuanto a la iniciativa del proceso en el principio dispositivo: Se advierte, del documento Paipa, que aunque en lo contencioso-administrativo reina el principio dispositivo, por otra parte debe darse aplicación, en determinadas materias al sistema inquisitivo, porque en un Estado Social de Derecho es de interés social que la justicia se acomode, al sentenciar, a la verdad y al Derecho.

El documento Paipa: En primer lugar, no hizo sugerencias de modificación tanto en la iniciación del proceso ante el órgano jurisdiccional (1ª fase de la iniciativa del proceso), como en el poder del usuario de la administración de justicia para fijar el conocimiento del juez en los recursos (3ª fase de la iniciativa del proceso). Empero, sería importante reflexionar, en desarrollo del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, para que el juez competente, que debe decidir sobre la admisión de la demanda y que cuenta con un principio de prueba, pueda de oficio decretar medidas cautelares, sin perjuicio de lo solicitado por el demandante. Tales medidas cautelares, entre otras, podrían ser:

- de suspensión de efectos del acto administrativo por trasgresión evidente de derechos constitucionales fundamentales o no, a partir de la notificación a las partes de la decisión;
- de suspensión provisional de actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de recurso; así lo previó, en el pasado, el artículo 153 original del decreto-ley 01 de 1984; para este momento histórico, con la expedición de la Carta Política de 1991, desaparecieron las razones jurídicas de la declaratoria de inexequibilidad que efectuó la Corte Suprema de Justicia, en su momento); la decisión de suspensión en prevención operaría, en forma inmediata, a partir de la notificación a las partes, para que se concrete la eficacia de la medida;
- de detención inmediata de los efectos de situaciones materiales no consumadas, que conculcan abiertamente el ordenamiento jurídico



superior, cuando exista un principio de prueba. A modo de ejemplo: la materialización de una decisión administrativa que no tiene recursos pero que no se ha comunicado o notificado, según el caso; o porque a pesar de que se ha notificado no se han resuelto los recursos, o decididos no se han notificado o no están en firme; en resumen, porque la decisión administrativa aún no era ejecutable (ejecución material anticipada sin autorización legal);

- de hacer cesar, en forma inmediata, la omisión abiertamente ilegal, cuando exista un principio de prueba; así el resultado, al final del juicio, no será tan gravoso para el demandado; la medida cautelar tendrá, entre otros efectos, limitar la causación del daño al momento de adoptar la cautela y, por contera, reducir el tiempo de medición del perjuicio, para imponer la condena en la sentencia.

En segundo lugar, el documento Paipa sí contiene acuerdo para cambio, sobre la 2ª fase de la iniciativa del proceso, relativa a que el usuario de la administración de justicia no es el único que determina la tutela jurídica, toda vez que sugirió que el proyecto de reforma del C. C. A. debería contener disposiciones sobre deberes del juez: => o para hacer imputaciones jurídicas contra los actos administrativos por vicios no alegados por el actor o por normas diferentes de aquellas citadas en la demanda, garantizando el derecho de defensa del demandado, o cuando se quebranten ostensiblemente derechos fundamentales; => o para integrar la pretensión procesal impugnatoria del acto administrativo demandado con los actos que decidieron los recursos por vía gubernativa cuando estos no hubieren sido atacados.

3.2. En cuanto la conducción del proceso (rogación como única forma en la que puede actuar el juez):

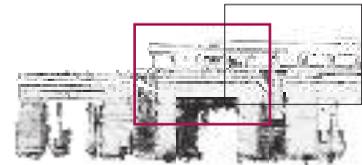
El documento Paipa señaló que el principio dispositivo no puede regir totalmente, debido a las exigencias previstas en el nuevo esquema constitucional; que, por tanto, debe abandonarse el principio rígido de jurisdicción rogada; mantenerse el principio de congruencia conjugándolo con el de instrucción del juez, para determinados eventos que demanden la efectividad de los derechos de las partes, la justicia y la defensa del orden jurídico.

Es de interés sumo tener en cuenta que los poderes de oficio que utilice el fallador en la sentencia –actuales más los que se proyectan consagrar– no ocasionarían su incongruencia porque el sentenciador al actuar no rebasaría las facultades oficiosas que la ley le otorga.

El documento Paipa al pronunciarse sobre la rogación señaló:

“No es conveniente el principio de la justicia rogada, pues limita la efectividad de los derechos, que a partir de la Constitución Política se encuentran en los derechos fundamentales, justicia de orden público, gratuita, expedita y rápida.

Se debe erradicar el término de jurisdicción rogada y preservar como principios rectores del proceso, el dispositivo y el de congruencia



de la sentencia, pero conjugado con el principio del poder de instrucción del juez para determinados eventos que demanden la afectividad de los derechos de las partes, la justicia y la defensa del orden jurídico”...

“Presunción de legalidad, jurisdicción rogada o principio dispositivo

En el nuevo esquema constitucional se debe abandonar el término de jurisdicción rogada, toda vez que limita al juez, la justicia y los derechos de las partes, lo cual (sic, no) significa que el principio rector del proceso (sic, no) debe ser el dispositivo y que se deba propender a la congruencia del juez al dictar la sentencia.

No obstante este enfoque, el juez administrativo no puede estar limitado en la búsqueda de la verdad y el respeto de legalidad y los derechos, razones por las cuales debe contar con la posibilidad de anular actos administrativos por vicios no alegados, a la manera en que por ejemplo la jurisprudencia lo ha hecho frente al vicio de incompetencia, o por normas diferentes de aquellas citadas en la demanda –en especial, para cuando viola derechos fundamentales–; integrar las pretensiones con el fin de anular los actos que decidieron los recursos por vía gubernativa en contra del acto demandado, así no hubieran sido demandados; anular por conexidad todo el acto administrativo cuando solo se ha demandado un segmento, pero el vicio lo afecta en su integridad, así como los actos proferidos por la misma entidad en diferentes épocas y que estén afectados por el mismo vicio del acto que se demanda.

Para que el juez pueda declarar la nulidad de los actos en las condiciones antes explicadas, debe garantizarse el derecho de defensa del demandado, a través de la consagración de herramientas con este propósito (una audiencia de fijación o saneamiento del proceso, por una sola vez y hasta antes del fallo), y modificar los artículos 137, No. 4, y 138 del C. C. A., entre otras normas.

En este contexto, respecto de las preguntas de este eje temático del código, se desarrollan las siguientes respuestas y recomendaciones:

Oficiosidad en integración con terceros:

De conformidad con las conclusiones que se adopten acerca de los poderes del juez, deberá examinarse el tema de las facultades oficiosas en relación con la vinculación de terceros, con amplitud como la que hoy se establece en las acciones populares.

En cualquier caso, dentro de las acciones públicas debe examinarse con detalle la situación particular que corresponde a las acciones electorales, en relación con las cuales se sugiere escuchar a los integrantes de la Sección Quinta para conocer con detalle las dificultades que la intervención de terceros genera dentro de los procesos que allí cursan y buscar soluciones conjuntas dentro de las cuales deberá contemplarse la posibilidad de que se prohíba o limite la intervención de terceros, tal como hoy se tiene en relación con algunas acciones de pérdida de investidura.



3.3. En cuanto a la delimitación fáctica en el principio dispositivo (el actor es el que fija los hechos que serán objeto de juzgamiento y por lo tanto el juzgador no puede variarlos ni suplirlos):

El documento Paipa no hace referencia expresa sobre la modificación de esa regla del mencionado principio; empero, de manera indirecta, sí la contiene, al señalar que el juez administrativo debe contar con la posibilidad de anular actos administrativos por vicios no alegados, o por normas diferentes de aquellas citadas en la demanda –en especial, para cuando viola derechos fundamentales–, lo que supone que en estas circunstancias, en veces, pueden existir hechos diferentes en los antecedentes administrativos o en las pruebas procesales, no invocados por el actor, respecto de los cuales puede decidirse el control de legalidad de los actos administrativos, siempre y cuando se garantice el derecho de defensa del demandado.

Igualmente, ocurre lo propio en tratándose de la demanda de conductas materiales, cuando en el proceso se establecen hechos no alegados, ocurridos antes o después de la formulación de las pretensiones procesales, que enervan total o parcialmente estas (arts. 305 del C. P. C. y 164 del C. C. A.).

Como se vio antes, el Derecho colombiano ha quebrado la dureza del principio dispositivo creando normas jurídicas que posibilitan al juzgador para: examinar hechos y pruebas no invocados por las partes; vincular a terceros responsables; decretar medidas cautelares y hacer declaraciones judiciales con efectos jurídicos. Basta recordar que desde la Ley 50 de 1936 el juzgador podía declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico cuando estuviesen presentes las partes de dicho acto o contrato (art. 2¹¹); que asimismo, en otras materias, el juzgador puede declarar excepciones procesales no alegadas; en este último caso, con la limitante en el proceso civil, tratándose de los hechos de prescripción, compensación y nulidad relativa (art. 306 del C. P. C.); y sin aquella limitante en el proceso contencioso administrativo, porque su juez puede declarar probado cualquier hecho exceptivo, según lo dispone el actual C. C. A.¹².

En la reunión de Paipa se observó que el legislador ha llenado a las “acciones constitucionales nuevas”, de la Carta Fundamental de 1991, de poderes dinámicos mayores a los de las “acciones contenciosas administrativas”, que aparecieron con anterioridad a dicha Constitución.

¹¹ “Artículo 2º de la Ley 50 de 1936. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.” (*Diario Oficial* 23.160 del 17 de abril de 1936).

¹² Artículo 164. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*.



Podría entonces construirse, con los principios constitucionales de administración de justicia (arts. 228 a 230) y la orientación del legislador sobre el avance de la cobertura de la actividad oficial del juzgador, en materia de investigación de los hechos, figuras jurídicas como las previstas en la Ley 472 de 1998, de acciones populares y de grupo, sobre el deber oficial del juzgador de primera instancia, de citación de otros posibles responsables, en los mismos términos en que se prescribe para el demandado¹³.

3.4. En cuanto a la investigación: a las partes les incumbe la carga probatoria y por lo tanto el juzgador no tiene poder para decretar pruebas de oficio:

El documento Paipa reitera los poderes oficiosos del juez –los actuales consagrados en el C. C. A. y en el C. P. C.– pero sin dejar de lado la obligación de aquellas de probar lo alegado, cuando se trata de hechos que le generan carga probatoria. Tal documento dice: “En sede de nulidad contra actos administrativos, tiene que armonizarse la carga de la prueba con lo propuesto en materia de los poderes del juez”.

Es relevante sostener que los poderes de oficio del juez en materia de investigación sirven para esclarecer la verdad a favor de la justicia:

¹³ EN LA ACCIÓN POPULAR:

Artículo 18 de la ley 472 de 1998. Requisitos de la demanda o petición. Para promover una acción popular se presentará una demanda o petición con los siguientes requisitos:

- a) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado;
- b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición;
- c) La enunciación de las pretensiones;
- d) La indicación de la personas natural o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible;
- e) Las pruebas que pretenda hacer valer;
- f) Las direcciones para notificaciones;
- g) Nombre e identificación de quien ejerce la acción.

La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado.

EN LA ACCIÓN DE GRUPO:

Artículo 52. Requisitos de la demanda. La demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo deberá reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Contencioso Administrativo, según el caso, y además expresar en ella:

1. El nombre del apoderado o apoderados, anexando el poder legalmente conferido.
2. La identificación de los poderantes, identificando sus nombres, documentos de identidad y domicilio.
3. El estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración.
4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.
5. La identificación del demandado.
6. La justificación sobre la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3º y 49 de la presente ley.
7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso.

Parágrafo. La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, el cual debe ser determinado. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio, ordenará su citación”.



decretando pruebas de oficio (arts. 179, 180, 34,4, 137,3 del C. P. C.); ampliando y complementando las pruebas pedidas por las partes (arts. 9, 186, 207, 228 numerales 2 y 4, 240, 244, 246 numerales 1 a 5, y art. 290 C. P. C.). Esta oficiosidad atenúa el principio dispositivo, carga de las partes, pues los hechos que deben ser establecidos en el proceso no pueden depender solo de la voluntad de aquellas.

4. ¿Cuáles deben ser los poderes del juez (preventivos y correctivos) en el curso del proceso y en la sentencia?

El documento Paipa señaló como principales respuestas a estos interrogantes los siguientes:

“Posibilidad de decretar medidas de cautela en procesos ordinarios en contra de particulares por el temor a que la demora del proceso traiga como consecuencia la insolvencia del demandado para pagar la sentencia siempre que sea evidente el buen derecho que le asiste al demandante y el peligro de la mora. En relación con el Estado no se considera necesario el señalamiento de medidas de cautela, dado que existen entidades que deben responder por las condenas en contra del Estado. Ello no se opone a medidas de cautela que consagran los procesos de acciones constitucionales (populares, por ejemplo).

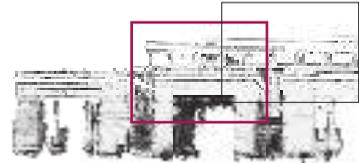
Se debe mantener, de acuerdo con la Constitución Política y para la defensa del orden jurídico, la figura de la suspensión provisional, para lo cual se sugiere revisar las causales para ajustarlas al nuevo ordenamiento y estudiar si puede adoptarse de oficio por el juez.

Debe dotarse al juez de poderes para sanear y fijar el litigio, por una sola vez (con miras a garantizar el derecho de defensa en los casos señalados).

Anulabilidad o nulidad de pleno derecho. ¿ES VIABLE QUE EL JUEZ DECLARE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS? ¿ES NECESARIO QUE HAYA DECLARACIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA U OTRO MECANISMO PARA ESTE EFECTO? Las principales conclusiones fueron las siguientes:

No, es mejor tramitar el proceso de nulidad, con términos rápidos y perentorios. Aun cuando se reconoce que ciertas normas en forma expresa consagran la inexistencia de los actos, cuando se presentan los supuestos que en ellas se establecen.

Se recomienda mantener el sistema de anulabilidad como la regla general, por resultar peligroso e incierto el sistema de nulidad de pleno derecho, lo cual puede atentar contra el principio de presunción de legalidad, consustancial a los actos administrativos.



En cambio, se debe estructurar un proceso más ágil (verificar la necesidad de las pruebas y alegatos, cuando se trate de un juicio de puro derecho).

Sin perjuicio de lo anterior, se sugiere estudiar los términos como inoponibilidad, ineficacia, inexistencia, y revisar mecanismos para el reconocimiento de estos aspectos, en el caso de que se presenten controversias entre las partes sobre el reconocimiento o no de estas figuras, como sucede, por ejemplo, en la Ley 446 de 1998 (art.133) respecto de las facultades de las superintendencias Financiera, de Valores y de Sociedades la facultad para el reconocimiento de la ocurrencia de los presupuestos de ineficacia en los eventos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Por lo anterior, se propone revisar y analizar estos mecanismos, para determinar si pueden ser diseñados en sede judicial.

¿Cuál debe ser el poder del juez cuando se presenten inconsistencias entre lo demandado y la reparación integral del daño? Las principales conclusiones fueron las siguientes:

En relación con la reparación integral del daño, cuando en las pretensiones de la demanda no se ha discriminado en qué consiste el daño cuya reparación se pretende, se propone que: La sentencia efectivamente debe disponer la reparación integral, y debe garantizar el derecho de defensa del demandado, para lo cual se sugiere que en la audiencia de fijación del litigio se precise por el actor los daños que reclama.”

5. En conclusión, la participación morigerada entre el principio oficial y el principio dispositivo, como expresiones del impulso procesal judicial, sería una combinación que resultaría de la aplicación de la base constitucional de los principios de administración de justicia, de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 230), para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues denota que el modo de ser de la estructura y del funcionamiento de esa entidad constitucional influye obligatoriamente, sobre la legislación que se adopte dentro de su vigencia.

Por ello, para un proyecto de reforma del Código Contencioso Administrativo, debe averiguarse cuál es el ámbito material de validez de la Carta Constitucional, y fundamentarse en las valoraciones en las que se inspiró; así el proyecto de reforma legal obedecerá a aquella, y por ende el cumplimiento de los valores inferiores, legales, condiciona la posibilidad de realización de los superiores, constitucionales.

La participación democrática de todos los sujetos en todos los niveles de decisión, son elementos constitucionales colombianos, autóctonos, que orientan, de paso, la actividad judicial. La Carta Política al enlazar los fines esenciales del Estado desentraña y dimensiona el alcance del servicio judicial, entre muchos otros.

“ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios,



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

En el proyecto de inclusión de nuevos poderes de oficio para el juez contencioso administrativo, en la reforma del C. C. A. se afianzan posturas filosófico-jurídicas orientadas a la transparencia real y eficaz. Un juez que no pasa de soslayo sobre: defectos corregibles, omisiones salvables, fijación definitiva del ámbito del proceso, alcances posibles, saneamientos y enmiendas sobre su propia actividad y la de las partes, la realización de investigaciones en el marco de su actuación para obtener la verdad real (relación causal entre los hechos y su evidencia), etc., para clarificar hechos en búsqueda de la realización de la justicia, vienen a acrecer las posibilidades de que el Estado, en la actividad judicial, pueda satisfacer en gran parte los fines del mismo Estado.

Si bien el derecho, como sistema jurídico de normas, por una parte busca ser estable, por otra no puede permanecer inalterado. El cambio introducido por la Carta Política colombiana de 1991 hace imperiosa la reforma del Código Contencioso Administrativo, para la adaptación constitucional plena, que no puede lograrse toda con la jurisprudencia, pues el juez tiene límites.

Con los nuevos poderes de oficio, que se proyectan implementar, la justicia contencioso-administrativa cooperará en el derecho que tienen las personas, en el juicio, para que se determinen sus derechos, obligaciones y responsabilidades, esto es, para alcanzar certeza jurídica; derecho a no estar en incertidumbre. La seguridad es, pues, un sentido funcional del Derecho, y este sentido es un ingrediente esencial, entre otros muchos, del ser de lo jurídico.

Vamos, entonces, en su búsqueda.



Comentarios a la conferencia de la doctora María Elena Giraldo Gómez

Marc Durand-Viel
y Marcel Pochard¹

Marc Durand-Viel

En este tema la discusión es muy teórica entre los dos sistemas tradicionales. Hay que mezclar un poco los dos, hay que hacer una síntesis que depende de los procesos, de las materias. En Francia, el procedimiento puede ser muy inquisitorio. Empero, alguien envía una demanda a un juez, esto está escrito en un papel, el juez lo registra y lo trasmite a la parte contraria para que responda con otro documento, se trasmite el documento para el archivo y durante dos años vienen y van papeles y un día de estos un magistrado que tiene una cantidad de expedientes sobre su escritorio y a quien le recomendaron ocuparse de los antiguos, examina el caso y se pregunta qué va a hacer con todos esos papales, mira las memorias, hace un análisis jurídico, mira dónde está la verdad de las pruebas y redacta la sentencia. Nueve veces sobre diez es así en Francia. No es como en el juicio penal donde se quiere saber qué sucedió, la realidad de los hechos; en penal los hechos son fundamentales; en Derecho Administrativo lo que queremos saber es si la decisión es legal; hay que analizar los textos, los artículos, la jerarquía de las normas; se busca hacer una reflexión de tipo jurídico. Uno puede decir que el juez tiene una cantidad de poderes pero en la realidad lo que hace es un trabajo con base en los escritos. El Código francés también les permite a los jueces decidir un desplazamiento para ir a mirar sobre el terreno, en la práctica casi nunca se hace porque no hay tiempo; porque siempre se espera de que los abogados lleven fotos, pruebas. En Francia queremos reforzar un poco el tema de la oralidad en la instrucción, pero sólo para algunos casos donde tiene interés.

Marcel Pochard

Una regla tradicional que el juez se impuso es nunca definir, más allá de lo solicitado, en las razones o motivos. Pareciera que en los dos puntos su subcomisión

¹ N. de E: Los comentarios que se transcriben a continuación son resultado de la desgrabación de la traducción simultánea y no fueron revisados por los autores.

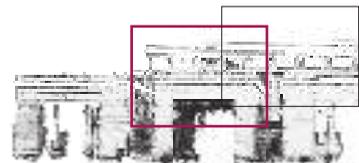


Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

propone adelantos; variar tal regla es una vía que puede ser peligrosa. En cuanto a esto, en Francia, somos muy cuidadosos, miramos muy bien las demandas, por ejemplo, en lo contencioso de los concursos, si alguien solicita la anulación de un concurso y no solicita la anulación de los actos que se aplicaron para tal concurso, así el concurso fuera ilegal seguirían aplicándose; no hay casos en Francia donde automáticamente se anulen otros actos.

LAS MEDIDAS CAUTELARES





Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia

Ruth Stella Correa Palacio

CONSEJERA DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA,
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



Las medidas cautelares tienen por objeto que el tiempo transcurrido en el proceso no afecte intereses que son de mayor valía para la comunidad, o no causen un agravio a un interés subjetivo, en este último evento a partir del buen derecho del demandante y el peligro de la mora (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

En el diseño legislativo actual en Colombia, estas medidas varían según la pretensión formulada para el enjuiciamiento de las actuaciones de la administración y a partir de la mayor o menor certeza sobre la existencia del derecho pretendido.

A continuación se hará una revisión panorámica de las medidas cautelares que de ordinario tienen lugar en la jurisdicción administrativa en Colombia, para cuyo efecto cabe recordar que el catálogo de “acciones” existentes en el Código Contencioso Administrativo permite las medidas de cautela en unas y no las incluye en otras.

Así, solo para las acciones que tienen como finalidad el enjuiciamiento de legalidad del acto administrativo ha existido la medida cautelar de la suspensión provisional de sus efectos desde el auto admisorio de la demanda, medida que el legislador solo consagró expresamente para cuando las pretensiones son de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, pero que la jurisprudencia, en los últimos 15 años, ha aceptado como procedente también en la acción contractual, cuando el objeto del juicio relativo a controversias contractuales lo sea el acto administrativo producido con ocasión de esa actividad.

En cambio, en la acción de reparación directa mediante la cual el administrado se dirige directamente a la jurisdicción en busca de la declaratoria de la responsabilidad extracontractual de la administración y de la consecuencial indemnización, no se ha dado cabida a medidas precautelatorias.

Con el advenimiento de la Carta Política de 1991 se ha establecido la posibilidad de adoptar medidas de cautela en protección de derechos constitucionales fundamentales, de derechos colectivos o de los derechos patrimoniales de grupos afectados por una causa común; igual determinación se ha adoptado en los juicios de repetición a favor del Estado y en contra del funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa ha dado lugar a que el Estado resulte condenado, o



concilie, o por virtud de algún mecanismo se vea compelido a pagar una suma como consecuencia de las actuaciones de las autoridades públicas.

En orden a la mejor comprensión del tema, conviene tener en cuenta que los juicios cuyo conocimiento se ha atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa corresponden a dos grupos: el primero conformado por aquellos procesos cuyo conocimiento es exclusivo de esta jurisdicción y que se encaminan fundamentalmente a la revisión de legalidad de actos administrativos, o a la determinación de la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado (concretamente son los que tienen pretensiones propias de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa, contractuales, de repetición contra funcionarios o ex funcionarios públicos, pérdida de investidura de miembros de cuerpos colegiados, electorales, de cumplimiento, de nulidad de cartas de naturaleza y de definición de competencias administrativas). El segundo grupo está conformado por aquellos procesos cuyo conocimiento es compartido con la justicia ordinaria, en conformidad con la naturaleza jurídica del sujeto demandado (acciones de tutela, populares y de grupo) y por ende en estos últimos las medidas de cautela son aplicadas tanto por jueces ordinarios como contencioso-administrativos, mientras que aquellas que proceden en las acciones propias del contencioso administrativo solo están reservadas a este.

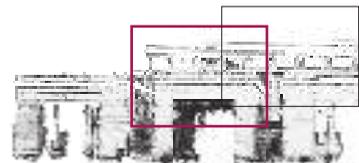
1. La suspensión provisional: la medida cautelar por antonomasia del contencioso-administrativo colombiano

La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 constitucional¹, no es una novedad en el constitucionalismo colombiano como que estaba consagrada en la anterior Constitución. El acto legislativo No. 3 de 1910 introdujo la figura, al disponer en el artículo 64 que los particulares agraviados por actos de los concejos municipales podrían ocurrir al juez, y este, por pronta providencia, suspendería el acto denunciado por causa de inconstitucionalidad o ilegalidad.

El desarrollo del mandato constitucional tuvo lugar por cuenta de la Ley 130 de 1913 que estableció la facultad del juez de disponer la suspensión provisional del acto denunciado, cuando ello fuere necesario para evitar un perjuicio grave (artículo 59 d). En el mismo sentido la Ley 167 de 1941 en el artículo 94, facultó al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos para suspender los efectos de un acto o providencia, siempre que fuera necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave, y que existiera manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

El artículo 152 del Decreto 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo, consagra la figura casi en los términos que hoy se conoce después de su modificación por el artículo 31 del decreto 2304 de 1989.

¹ Artículo 238 Constitucional “La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá 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”.



Esta medida cautelar fue concebida en defensa del ordenamiento superior frente a las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad incurriesen en una ilegalidad manifiesta, que surgiese de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se adujeran como desconocidos por la Administración, requisito que en algunas oportunidades debe concurrir con el daño a un derecho subjetivo amparado en una norma, cuando se trata de acciones diversas de la de nulidad, es decir, al contencioso objetivo de legalidad.

Por virtud de esta medida, el juez de lo contencioso-administrativo, desde “el auto admisorio de la demanda”, puede disponer que se suspendan los efectos del acto administrativo objeto de enjuiciamiento, mediante decisión que se mantiene a lo largo del proceso hasta la sentencia, momento en el cual bien puede suceder que el acto sea anulado y entonces desaparece definitivamente del mundo jurídico, o que en cambio no se haya logrado desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara y entonces la sentencia desestimaré la pretensión anulatoria y su consecuencia natural y directa es que el acto administrativo recobre todos sus efectos.

Por tratarse de una medida excepcional, se precisa para su procedencia que de la sola confrontación de las normas –acusada y transgredida– salte a la vista una ilegalidad ostensible de la primera, de modo que para arribar a una conclusión de tal naturaleza, no sea menester realizar un mayor estudio al simple cotejo de sus contenidos.

Así lo tiene establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de lo dispuesto por el numeral segundo del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que prevé que tratándose de acciones de nulidad, si media una manifiesta u ostensible infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de ella, deducible por la simple confrontación directa del acto, con la norma que se considera violada, es posible decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

De suerte que la infracción del acto administrativo demandado en relación con la normativa legal superior debe de ser evidente, producto de un elemental y sencillo cotejo entre ellos; por el contrario, si es necesario realizar estudios o análisis profundos, no procederá la medida cautelar, porque “esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 constitucionales) que tiene por *thelos* sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores². De allí que el rasgo característico dominante de esta medida cautelar radica en que de la simple confrontación se advierta la contradicción palmar entre la norma superior y el acto administrativo demandado.”³

Igualmente ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa la improcedencia de esta medida cautelar cuando se invocan como vulnerados

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 28 de junio de 1990.

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 16 de marzo de 2006, Rad. 110010326000200600010 00 (32.445), Actor: Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones, Demandado: Nación-Ministerio de Comunicaciones.



principios consignados en normas constitucionales, en tanto que en estos eventos dilucidar el asunto no es una actividad que pueda ser realizada en el auto admisorio de la demanda que es la oportunidad procesal consagrada para la decisión de la cautela, sino que será el resultado de un análisis sustancial y de fondo propio del decurso procesal de la acción y definido en la sentencia a que haya lugar, lo cual, de suyo, excluye la existencia de una manifiesta infracción de la norma acusada a las disposiciones invocadas por el actor.”⁴

Esta figura es procedente en el marco del contencioso contractual, pero exclusivamente cuando se solicita de actos administrativos y no sobre el contrato estatal, sus cláusulas o eventuales modificaciones, toda vez que ha sido concebida privativamente respecto de actos administrativos.⁵

Igualmente, como novedosa forma de aplicación de esta cautela el Consejo de Estado en providencia de 13 de abril de 2007⁶ señaló su procedencia cuando el acto administrativo sobre el que se pretende desconoce abiertamente el contenido de una norma, tal y como quedó luego de un fallo de constitucionalidad modulada, por cuanto el contenido normativo de una disposición luego de su juicio de constitucionalidad –cuando este último supone la utilización de la técnica de la modulación del contenido– lo integra no solo la norma tal y como estaba concebida originalmente por el Legislador, sino que también esta debe ser aplicada con el condicionamiento.

Agregó el Consejo de Estado en la providencia citada que “... si se demuestra la ostensible infracción de la disposición tal y como quedó luego del condicionamiento, deducible por la simple confrontación directa del acto, con la norma tal y como debe leerse luego de la modulación, no solo es procedente la aplicación de este instituto precautorio previsto en el artículo 238 constitucional sino que esta se impone...”, porque “lo contrario supondría tornar nugatorios los efectos del pronunciamiento de constitucionalidad, con grave perjuicio para la seguridad jurídica que imprime la cosa juzgada constitucional.” Precisó entonces el Consejo de Estado que es ese el sentido en que “debe ser entendido el numeral 2º del artículo 152 del C.C.A. en cuanto prescribe que basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud” pero recordó la exigencia de que “la infracción del acto administrativo demandado en relación con la normativa legal superior debe de ser manifiesta –esto es– evidente, ostensible, producto de un elemental y sencillo cotejo entre ellos”, haciendo énfasis en que “... por el contrario, si es necesario realizar estudios o análisis profundos, no procederá la medida cautelar.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Auto de 3 de marzo de 2005, Radicación número: 110010326000200400021 00 (27.834), Actora: Lucía Granados Chaparro, Acción Pública de Nulidad.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Auto de 19 de julio de 2007, Rad. 080012331000200301953 01 (34.059), Actor: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, Demandado: Sociedad Métodos y Sistemas, Referencia: Acción de controversias contractuales-Apelación parcial Auto Admisorio de la Demanda.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 13 de diciembre de 2007, Rad. 110010326000200700042 00 (34.178), Actor: CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ, Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.



De otra parte, es preciso tener en cuenta que la Corte Constitucional en sede de tutela ha indicado que, tratándose de infracción de derechos fundamentales, podría aplicarse directamente la Carta y proceder a suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, no obstante no haberse invocado expresamente la disposición constitucional, e independientemente de que las violaciones o amenazas de transgresión de aquellos sea manifiesta o no.

Con esta perspectiva el juez constitucional propone al juez administrativo una nueva lectura del instituto de la suspensión provisional realizada conforme a la Constitución que debe partir de la efectividad de los derechos fundamentales de aplicación inmediata consagrados en la Constitución (arts. 2 y 85 CN), de la aplicación preferente de la Constitución (art. 4 CN), de la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CN), del fundamento constitucional de la suspensión provisional (art. 238 CN), viraje que, a su juicio, no necesariamente ha de hacerlo la legislación sino que bien puede hacerlo el juez administrativo⁷.

Cabe precisar que la figura cautelar, a pesar de la larga tradición que tiene en su aplicación y de los nuevos eventos que por fuera del diseño legal se le han agregado, hoy no es de mucha utilidad porque las exigencias que la jurisprudencia ha establecido para su procedencia la han convertido casi en inocua.

Ello obedece fundamentalmente a la conclusión a la que llega el juez frente a la ponderación que realiza entre la presunción de legalidad que en el ordenamiento colombiano tiene asidero constitucional y legal y el requisito de la evidencia en la infracción a la norma superior que para la procedencia de la figura dispone el mismo código.

La conclusión mayoritariamente se inclina a favor de la presunción de legalidad, lo cual ha conducido a que la medida cautelar se haya convertido prácticamente en inoperante.

Asimismo, existen razones de orden práctico que atentan contra la eficacia de esa cautela, en la medida en que la decisión de suspender los efectos del acto administrativo debe ser obedecida por la administración solo cuando la decisión judicial está en firme, y esa firmeza depende de que se decidan los recursos que proceden contra la misma, esto es, el de reposición en los juicios de única instancia y el de apelación en los de doble instancia, recurso este último que no interrumpe el trámite del proceso que debe continuar el a quo mientras se surte la apelación. La grave congestión que afecta a la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia fácilmente conduce a que el proceso se adelante por el a quo hasta el momento de dictar sentencia, sin que para esa época se haya aún definido el recurso en relación con el tema de la suspensión provisional, con lo cual, aún habiéndose decretado la cautela desde el auto admisorio de la demanda, el acto administrativo sigue produciendo todos sus efectos hasta el momento de dictar sentencia.

Las dificultades mencionadas deben ser tenidas en cuenta en la modificación que se pretende del Código Contencioso Administrativo, con la finalidad de reforzar esa importante medida cautelar que en Colombia tiene casi un siglo de existencia y

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 37 de 1997.



lograr así su operatividad, para impedir el perjuicio que a un demandante que desde el comienzo pone en evidencia la ilegalidad de la actuación de la administración (*fumus boni iuris*) le puede producir la mora en el trámite del proceso (*periculum in mora*).

2. Medidas cautelares en la acción de repetición

La acción de repetición tiene por objeto obtener ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud de un reconocimiento indemnizatorio impuesto al Estado en una condena judicial, o en una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública.

La Ley 678 de 3 de agosto de 2001, por medio de la cual se reguló la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio del aludido mecanismo judicial, en desarrollo de lo ordenado en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, para hacer efectiva la acción y precaver la insolvencia del agente público demandado y garantizar el pago en el evento de que resulte condenado, estableció en su Capítulo IV arts. 23 a 29 la procedencia de las medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro según las reglas del Código de Procedimiento Civil, así como la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro.

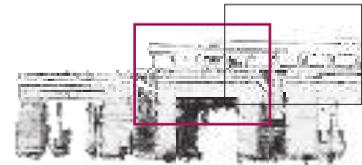
Estas medidas cautelares proceden en la acción de repetición desde antes de la notificación del auto admisorio de la demanda. El embargo y secuestro proceden frente a bienes sujetos o no a registro; y la inscripción de la demanda solo frente a bienes sujetos a registro.

Para decretar las medidas, la entidad demandante debe prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado. Y solo se levantarán estas medidas cuando el agente estatal sea absuelto o preste la caución o garantía que el juez señale para avalar el pago en caso de que llegue a ser condenado.

Cabe señalar que la evidencia del buen derecho del demandante (*fumus boni iuris*) también es el fundamento de estas medidas de cautela en la medida en que la demanda en ejercicio de la acción de repetición, para su admisión requiere la prueba sumaria del dolo o la culpa grave con la que actuó el demandado, si no se cumple ese requisito la demanda no puede ser admitida y por ende no hay lugar a las medidas de cautela.

3. Medidas cautelares en acciones de grupo

Tratándose de la acción de grupo que es una acción indemnizatoria donde lo que se pretende “exclusivamente” es la reparación de perjuicios individuales derivados de una causa común ocasionados a un grupo integrado por 20 o más personas (art. 88



CN y ley 472), las medidas cautelares procedentes son únicamente las de embargo y secuestro de los bienes del demandado (art. 58 ley 472, art. 690.8 CPC) y están deferidas a la segunda instancia, siempre que se haya obtenido sentencia favorable de las pretensiones de la demanda en primera instancia.

Conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corporación con fundamento en la ley 472 de 1998 que reguló el tema, en estas acciones “proceden las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Civil para los procesos ordinarios de responsabilidad extracontractual, que según el artículo 690 numeral 8 de dicho ordenamiento, son las medidas de embargo y secuestro de bienes del demandado, cuando se ha proferido sentencia favorable a las pretensiones de la demanda en primera instancia y la misma sea objeto de apelación o de consulta. Por lo tanto, no es posible decretar medidas diferentes ni en momento procesal previo.”⁸

La naturaleza indemnizatoria de estas acciones, unida a su especial característica de afectación a un grupo significativo de individuos, llevó al legislador a establecer una medida de cautela con el fin de asegurar que la sentencia que declare la responsabilidad del demandado sea sustancialmente eficaz, es decir, que la relevancia del daño, determinada por la cantidad de individuos afectados fue el factor que impulsó el establecimiento de medidas de cautela.

Dado que la acción de reparación directa comparte la naturaleza indemnizatoria de las acciones de grupo, no se encuentra justificación para la ausencia de medidas cautelares en estos procesos indemnizatorios individuales.

4. Medidas cautelares en acciones populares

La acción popular (art. 88 CN) es un instituto concebido para la defensa de los derechos colectivos, naturaleza que ostentan en virtud de disposición legal, los siguientes: el goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, 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; el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público, la defensa del patrimonio cultural de la Nación, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, la libre competencia económica, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, la prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos, el derecho a la seguridad y prevención de

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 24 de enero de 2007, Rad.: AG-250002324000200501395-01, Actor: Luis Francisco Bohórquez R. y otros. Demandado: Superintendencia de la Economía Solidaria y otro.



desastres previsible técnicamente, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, los derechos de los consumidores y usuarios e igualmente todos aquellos definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

Para la protección de tales derechos, la ley 472 de 1998, que desarrolló la norma constitucional, confirió al juez los más amplios poderes para decretar, de oficio o a solicitud de parte, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se estuviere causando (arts. 25 y 26), las cuales pueden decretarse en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, siempre que se pruebe: i) la vulneración actual o inminente de un derecho colectivo, y ii) que en esa vulneración esté comprometida, por acción u omisión, la entidad demandada.⁹

De acuerdo con el artículo 25 de la ley 472 pueden decretarse entre otras las siguientes medidas cautelares:

- i) ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- ii) ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- iii) obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas;
- iv) Ordenar con cargo al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes por tomar para mitigarlo.

Todo lo anterior resulta razonable si se tienen en cuenta los objetivos que se persiguen con dicha acción, como son los de “evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio” de derechos colectivos (art. 2 ley 472 de 1998).

Para la aplicación de esas medidas de cautela, la jurisprudencia ha reclamado la aplicación de criterios tales como la instrumentalidad, la idoneidad, la proporcionalidad y la variabilidad, en el entendido de que son aspectos que definen el núcleo esencial de las medidas cautelares, y que las diferencian de otras instituciones. Se ha señalado que: “La *instrumentalidad* alude a que las medidas cautelares existen por estar pendiente un proceso y dejan de tener razón de ser cuando este finaliza; la *idoneidad* versa sobre la adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable, es decir, que la medida ha de corresponderse con el objeto del proceso incoado o que se incoará; la *proporcionalidad* corresponde al mínimo sacrificio de los derechos del demandado, y por lo mismo, si son varias las medidas que se pueden acordar, debe adoptarse la menos perjudicial, e incluso, si las circunstancias varían, deberá modificarse por una menos gravosa; y la ‘variabilidad’ atañe con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento.”

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Auto de 3 de junio de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00380-01(AP), actor: Marcos Aurelio Builes Suárez, Demandado: Departamento de La Guajira, Municipio de Barrancas, Carbones del Cerrejón Llc y Minercol Ltda.



En seguimiento de esos criterios se ha determinado que en las acciones populares las medidas cautelares tienen "... como *objeto* ***“prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado”***; y se las ha admitido antes de ser notificada la demanda y en tal caso la medida se denomina técnicamente “previa” o “en cualquier estado del proceso”¹⁰

El juez de lo contencioso-administrativo, competente para conocer de estas acciones cuando la vulneración proviene de actos, acciones u omisiones de entidades públicas, o de particulares en ejercicio de función administrativa, al encontrar acreditada, por ejemplo, la situación de inminente peligro en que se encontraban quienes habitaban unos edificios, que debido al grado de deterioro que presentaban amenazaban colapsar, ordenó, ante la situación de emergencia, proceder a desocupar los inmuebles, y en la medida en que existieran personas o familias que no dispusieran de un sitio donde ubicarse provisionalmente, ordenó a las autoridades competentes, la provisión de un sitio para su reubicación, sin perjuicio de que mientras durara la emergencia se procurara las mejores condiciones posibles de habitación.¹¹

En otra oportunidad, el Consejo de Estado confirmó la medida cautelar dispuesta por un tribunal administrativo, consistente en que un municipio iniciara un programa de prevención, control, tratamiento y saneamiento básico del agua suministrada por el sistema de acueducto municipal y, en especial, que iniciara una campaña de difusión por algún medio masivo con el objeto de prevenir a la comunidad sobre los peligros de consumir el agua del acueducto en las condiciones en que se encontraba al momento de presentar la demanda popular, e ilustrar sobre la manera más adecuada de consumirla sin riesgo para la salud.

La decisión fue adoptada por la Corporación, frente a la constatación de la existencia un riesgo evidente sobre el derecho e interés colectivo a la salubridad pública, derivado del suministro a la población del municipio demandado de agua que, en principio, no cumplía con las normas de calidad y que, por lo tanto, no sería apta para el consumo humano.

Como los ejemplos propuestos se puede encontrar en los pronunciamientos jurisprudenciales la más variada gama de cautelas adoptadas con la finalidad de proteger un derecho colectivo frente a un peligro inminente o frente a su efectiva violación y con el fin de lograr que esta cese.

5. Medidas cautelares en acciones de tutela

Las medidas cautelares en sede de amparo constitucional pretenden evitar que la amenaza contra un derecho constitucional fundamental termine configurando

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 5 de agosto de 2004, Rad.: 70001-23-31-000-2004-0118-01(AP), actor: Héctor Tercero Merlano Garrido. Demandado: Municipio de Sincé (Sucre).

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Auto de 22 de abril de 2004, Rad. 08001-23-31-000-2002-1193-01(AP), actor: Alirio Roncancio Barbosa y otros. Demandado: Sociedad de Proyectos de Barranquilla, Distrito de Barranquilla y otros.



una violación efectiva o que esta se vuelva más gravosa, y así asegurar que la decisión de fondo que se adopte en la sentencia no carezca de eficacia material¹².

Estas medidas “*provisionales*”, como las denomina el artículo 7° del decreto 2591 de 1991, pueden adoptarse (y revocarse igualmente) bien durante el trámite del proceso de tutela o ya en la sentencia, habida cuenta de que, según la jurisprudencia, “*únicamente durante el trámite o al momento de dictar la sentencia, se puede apreciar la urgencia y necesidad de la medida*”, por cuanto una vez dictada la sentencia, la protección del derecho fundamental consistirá en el cumplimiento del fallo¹³.

Entre las medidas cautelares el legislador previó la de suspensión del acto violatorio o amenazador de un derecho fundamental que “*tiene como único objetivo la protección del derecho fundamental conculcado o gravemente amenazado y, obviamente, evitar que se causen mayores perjuicios o daños a la persona contra quien se dirige el acto*”¹⁴. En esos actos se incluye el administrativo, con fundamento en el inciso 5 del art. 8° del decreto ley 2591 de 1991 en tanto dispone que el juez, si lo estima procedente, podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

Adicionalmente, el inciso 5° del artículo 7° del decreto 2591 de 1991 al regular las “*medidas provisionales para proteger un derecho*” dispone que el juez puede, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier “*medida de conservación o de seguridad*” encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, de conformidad con las circunstancias del caso.

A este tipo, la doctrina las denomina **medidas cautelares innominadas**, en tanto *el juez de tutela puede ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante*¹⁵.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha ordenado la suspensión provisional de la diligencia de remate del inmueble, hasta tanto esa Corporación profiera el fallo de revisión correspondiente, teniendo en cuenta que uno de los derechos fundamentales cuya protección se solicita es el debido proceso, supuestamente conculcado en el trámite del proceso ejecutivo¹⁶.

También la Corte Constitucional ha ordenado suspender los efectos de una sentencia proferida por la justicia penal, en cuanto la misma podía afectar el derecho a la intimidad de una menor¹⁷.

Igualmente, la misma Corporación ha ordenado que a pacientes portadores del VIH se les practique el examen de carga viral, ordenado por su médico tratante, para salvaguardar el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la integridad y el derecho a la vida digna del accionante, hasta tanto se adopte un fallo definitivo al

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 035 de 2007.

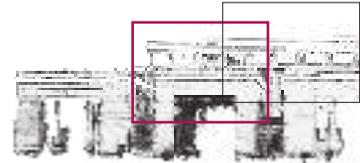
¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 040 A de 2001.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 039 de 1995.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 039 de 1995.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 035 de 2007.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto No. 039/95.



respecto, en el que se establezca el alcance de los derechos alegados por el accionante, la entidad responsable de garantizarlos y sus consecuencias jurídicas¹⁸.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado, sin embargo, que no obstante la amplitud es necesario establecer conexidad con la protección cautelar del derecho¹⁹ y por lo mismo la medida debe ser razonada y proporcionada a la situación planteada, es decir, debe ser sopesada por el juez para que resulte proporcionada a la situación planteada y por esa vía evitar que el efecto del fallo sea ilusorio.

Finalmente, la sentencia podrá confirmar lo ordenado provisionalmente en la medida cautelar o revocarla si se niega el amparo solicitado²⁰.

6. Conclusiones

1. El rigorismo con que se ha utilizado la cautela de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos amerita una revisión con el propósito de revivir la utilidad de la figura, e implementarla con los nuevos eventos a que se ha aplicado con fundamento en la actual Carta Política. El juez debe analizar con mayor flexibilidad la ecuación presunción de legalidad vs suspensión provisional.
2. Las medidas de cautela en los juicios de responsabilidad, a favor del Estado, deben establecerse desde el proceso ordinario diseñado para establecer la responsabilidad, pero siempre con fundamento en el *bonus fomis iuri* y el *periculumum mora*
3. Los facultades para disponer medidas de cautela con las que ha sido dotado el juez de lo contencioso-administrativo dentro de los juicios a través de los cuales se tramitan las acciones de amparo de los derechos constitucionales fundamentales y de los derechos colectivos deben ser comunicadas a los demás procesos cuyo conocimiento le compete. No hay razón para la diferenciación en la adopción de tales medidas cuando conoce como juez de tutela o popular, que cuando actúa en los procesos mediante los cuales se reclaman las conocidas como pretensiones típicas.
4. En el establecimiento de medidas cautelares deben observarse los criterios de instrumentalidad, idoneidad, proporcionalidad y variabilidad.
5. La imposición de la medida de cautela debe conducir al juez a la ponderación de intereses públicos y privados a partir de las reglas del *fumus boni iuris* y *periculumum in mora*. La medida no puede ofender el interés público.
6. Las restricciones a la imposición de medidas de cautela deben ser de orden legal, como por ejemplo en materia tributaria.
7. El establecimiento de las medidas de cautela debe contemplar algunas propias y específicas para el proceso contencioso administrativo, sin que ello se oponga a la aplicación de aquellas establecidas en el ordenamiento procesal civil.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto No. 166 de 2006.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-162 de 1997.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-128 de 1994.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

8. La medida no debe representar peligro de irreversibilidad de la decisión adoptada.
9. Valdría la pena establecer la posibilidad de que se dispongan en cualquier estado del proceso.



Comentarios a la conferencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio

Marc Durand-Viel¹

Las medidas provisionales o cautelares, como ustedes las llaman, no tienen autoridad de cosa juzgada, pues ello está reservado a las sentencias definitivas, pero siempre se imponen a la administración.

Como ya lo hemos advertido en otras materias, llama la atención el carácter tan avanzado y tan audaz de los poderes atribuidos al juez en Colombia, en lo que su Constitución llama acciones populares. El juez en estos casos posee un arma extraordinaria, ya que son muchos los poderes que se le han atribuido, como se desprende del análisis expuesto por la Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

La variabilidad, idoneidad y reversibilidad son rasgos que distinguen esos poderes extraordinarios del juez en Colombia. Según entendí, el juez en las acciones populares está llamado a considerar que si se toman medidas muy brutales, es probable que estas puedan afectar otro interés colectivo.

Esta lógica la encontramos en la jurisprudencia en Francia en cuanto al *recurso de urgencia de suspensión*, que se puso en marcha desde el año 2000, y que funciona muy bien. Se trata de un procedimiento que hace posible la suspensión del acto atacado por exceso de poder, pero en un evento de urgencia. Según nuestra jurisprudencia, hay urgencia cuando media un riesgo de lesión grande e inmediata para esos intereses que se debaten.

Es el caso en que unos demandantes solicitaron la suspensión de la utilización de lo que nosotros llamamos “establecimientos clasificados”, establecimientos que son peligrosos para el medio ambiente. Se trataba de una instalación para la incineración de las basuras, los solicitantes eran unos ecologistas que querían que se suspendiera su construcción. En el Consejo de Estado francés pusimos unos límites, apreciamos la urgencia, a partir de los elementos que el solicitante nos aportó, en tanto la fábrica de incineración tenía riesgo de ocasionar daños al medio ambiente. Sin embargo, el juez tuvo en cuenta que sería mucho más perjudicial para el medio ambiente no hacer dicha instalación. A veces uno quisiera suspender una decisión administrativa, pero no puede pasar por alto que ella puede tener cierto interés y estar prevista de equilibrio.

De manera que hay que utilizar con mucha cautela estas enormes prerrogativas judiciales y así conciliar siempre los intereses en juego. Como lo advierte la doctora

¹ N de E: Los comentarios que se transcriben a continuación son resultado de la desgrabación de la traducción simultánea y no fueron revisados por el autor.



Ruth Stella Correa, los textos legales en Colombia han dotado de impresionantes los poderes del juez. Lo que hay que valorar es si funcionan bien, si efectivamente se hace un amplio uso de ellos, cómo procede el juez al usarlos, quién es esa persona que los adopta.

Lo digo porque nosotros en Francia teníamos un mecanismo que permitía solicitarle al juez de anulación que ordenara la suspensión de la ejecución, y esto en Francia no funcionó por varias razones. En particular porque era el mismo juez el que estaba encargado de ordenar la medida de precaución con los mismos métodos que se usan para la decisión definitiva (por medio de una instrucción escrita y previo un debate colegiado). Los jueces decían que les correspondía hacer dos veces el mismo análisis, para saber si la decisión presentaba eventualmente la ilegalidad alegada. Así, muchas personas solicitaban la revisión y después solo obtenían un examen de fondo.

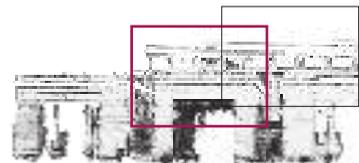
Por ello, uno de los grandes logros de la reforma del año 2000 fue la introducción de la *noción de urgencia* —que si bien ya existía en el Código Civil y tenía cierta aplicación en el derecho administrativo— designa un nuevo procedimiento por el cual un juez —que por lo general es único y no colegiado— toma una decisión que llamamos una *ordenanza*, una suerte de una instrucción rápida. Este juez, que normalmente es el presidente del Tribunal, pero que también puede delegar su poder en algunos jueces con experiencia, es quien adopta la medida provisional, al término de una instrucción rápida. El *juez de urgencia*, entonces, es un juez que no juzga, sino que está dotado —para apreciar unas circunstancias e intereses— de la facultad de adoptar medidas provisionales, que revisten un carácter ejecutorio.

En Francia existía desde antes del año 2000, gran variedad de medidas de similar naturaleza.

Entre ellas podemos destacar la *urgencia llamado en provisión* que es un procedimiento por medio del cual un particular puede demandar a la administración para que le pague a título provisional una suma por una deuda. El juez puede condenar al adversario a pagar esta suma de dinero y la administración podrá presentar un recurso para ello. Sin embargo, me parece que los jueces no están dando correcta aplicación a esta figura. A menudo hay que contentarse con las apariencias.

Otro ejemplo es la *urgencia precontractual*, que la Unión Europea le impuso a Francia, en nombre de la libre competencia y el libre acceso del mercado público. Gracias a ella es posible acudir ante un juez *en referido en urgencia* para que suspenda —v. g r.— el procedimiento de selección de los candidatos para la atribución de un mercado o una licitación. El juez debe pronunciarse en una semana, entre tanto es posible solicitar a la administración que suspenda el proceso. Esta figura funciona bien.

También tenemos en Francia la *urgencia de libertad*. Una institución majestuosa, que se parece a sus acciones de tutela. Se predica de una libertad fundamental, pero fundamental para los franceses —lo ha dicho la jurisprudencia— es algo realmente serio. Si la administración no tiene poder, entonces, existe una *vía de hecho*, pero si la administración comete un error con ocasión al poder que tiene y si con este error lesiona una libertad fundamental y hay urgencia, el juez tiene el poder de



ordenarle a la administración que se pronuncie dentro de las 48 horas siguientes. Esta decisión tiene apelación ante el Consejo de Estado, que debe decidir dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, es por eso que en nuestras jurisdicciones tenemos disponibilidad los fines de semana. El sistema funciona de manera oral por medio de una solicitud escrita, por fax, por correo electrónico o por correo postal. Se hace de manera rápida. Es realmente extraordinario, práctico y también funciona muy bien.

Todas estas medidas provisionales de los *jueces de urgencia* corresponden a esa noción de cautela del derecho colombiano. Disposiciones provisionales que igualmente son reversibles en Francia en algunos eventos. De ahí que el juez pueda reexaminar la medida y con ello se le da un poder de administrador de intereses a la espera de que el juez de fondo actúe.

Si bien con la reforma de 2000 le dimos al juez un arma importante, ello no significa que el *recurso por el exceso de poder* sea simbólico o que cuando un juez se pronuncie sea muy tarde. Lo que pasa es que ahora el solicitante cuenta con medios para obtener la preservación de sus intereses de manera muy eficaz.

El equilibrio de los intereses es un referente importante para el juez administrativo, en tanto se trata de alguien que particularmente está al corriente, que tiene experiencia, que sabe cómo funciona la administración y que es particularmente sensible a la noción de interés general. Por lo que se puede concluir que todos esos poderes se suelen utilizar con eficacia y mucha sabiduría.

En definitiva, en Francia el sistema funciona y los abogados están contentos y la administración también, a veces. Es extraño, pero es así.





SEMINARIO PÚBLICO



INSTALACIÓN





Intervención del Doctor

Enrique Gil Botero

PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Procedo a instalar esta sesión de trabajo, que se encuadra en el proceso de estudio y análisis que ha acompañado y seguirá acompañando a la comisión que desde hace meses se ocupa de estudiar un proyecto de reforma al CCA.

En este recorrido hemos tenido la oportunidad de identificar derroteros de reforma; de discutir propuestas de ajuste, no solo al proceso de lo contencioso-administrativo, sino también al de formación y consolidación de los actos; de percatarnos de la existencia de instituciones que contravienen la lógica misma que la Constitución Política le impuso a la función administrativa; y en fin, de movernos en un ambiente positivo, marginado de vanidades personales, donde el interés máximo es la consolidación de un modelo moderno, eficaz y eficiente de una jurisdicción que, en estricto sentido, está próxima a cumplir cien años.

Sea esta también la oportunidad para subrayar una cooperación decidida que ha caracterizado esta dinámica, no solo entre la academia, los profesionales del derecho administrativo y la Comisión redactora sino también, y sobre todo, entre el Gobierno Nacional y la jurisdicción, como debe acontecer en el contexto de un Estado que se fundamenta, entre otros, en el principio de la colaboración armónica entre las Ramas del Poder Público, y donde, de manera particular, el Consejo de Estado no solamente se ha concebido y madurado como el máximo juez de lo contencioso-administrativo, sino en un consultor de amplia legitimidad para las decisiones del Gobierno.

Afrontamos ahora un reto más de máxima importancia; aprender de la experiencia francesa, como históricamente lo hemos intentado hacer, por la cercanía de nuestros sistemas de lo contencioso-administrativo en particular, y en general, por la colaboración permanente entre nuestros Estados.

En este contexto damos nuevamente la bienvenida a la Comisión Técnica del Consejo de Estado francés que nos visita, y digo nuevamente, porque desde el inicio de esta semana venimos trabajando con la convicción certera de que el éxito de esta cooperación ya se evidencia.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

Intervención del Señor Jean Claude Kohler

AGREGADO DE COOPERACIÓN DE LA EMBAJADA DE FRANCIA

Es para mí un honor acompañar a la apertura de este seminario público, y ante todo quiero disculpar al señor Valerie, Consejero de Cooperación en el área cultural de la parte de Francia, quien por razón de salud no puede estar con nosotros hoy. Como bien lo saben, la misión del Consejo de Estado Francés está en Colombia desde el lunes pasado y ha venido adelantando reflexiones e intercambiando experiencias con los miembros de la Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los Consejeros de Estado, hoy y mañana será un día de trabajo público que espero sea enriquecedor para los profesionales del sector de la justicia. Aprovecho la ocasión para saludar al público presente aquí y en el Consejo de Estado. Con esta misión seguimos desarrollando nuestra cooperación a favor del Estado de Derecho y la protección de las libertades en Colombia, que son conceptos clave de la política en Francia. Los Consejos de Estado colombiano y francés tienen historias compartidas, rasgos comunes y hoy ambos se reforman para enfrentar nuevos retos, garantizar los derechos de los ciudadanos, impedir los excesos de poder, en fin, encontrar un equilibrio entre el poder público y la protección de las personas para una convivencia ciudadana; de igual modo, es un reto para la justicia administrativa que para ser justa tiene que ser rápida y eficaz sin perder el sentido de la justicia; esos asuntos propiciaron un diálogo fructífero entre los consejeros franceses y los colegas colombianos. Quiero agradecer al Consejo de Estado colombiano y a la Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a sus respectivos miembros por haber hecho posible este encuentro y manifestar mi profunda gratitud al doctor William Zambrano por su empeño y dedicación. Aprovecho la oportunidad para agradecer a la Misión Francesa, los dos Consejeros de Estado, Marcel Pochard y Marc Durand Viel, y al profesor de derecho público Gerard Marcou, gracias por su interés en esta cooperación de gran importancia y por su profunda implicación de este proyecto, y concluyo deseando el mayor éxito para el seminario que se abre ahora.



Intervención del Doctor Hernando Torres Corredor

PRESIDENTE DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

La Administración de Justicia en Colombia se encuentra en un momento de grandes cambios que inciden, en primer lugar, en el sistema jurídico, el cual comprende las normas sustantivas, el procedimiento y la jurisprudencia, y en segundo lugar, en el sistema de gestión entendido como los aparatos estatales de justicia que permiten la puesta en marcha del sistema jurídico para la sociedad. En tal sentido, la emergencia del Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004) que representa la asunción de nuevos principios y estructuras procesales, aplicables igualmente al nuevo Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes (Ley 1098 de 2006), la formulación de esquemas normativos para hacer eficaz la oralidad en el área laboral (Ley 1149 de 2007), así como los procesos de reforma que se vienen desarrollando a efectos del diseño procesal bajo la égida de la oralidad en materia civil, de familia y agraria, y de la reforma a la jurisdicción contencioso-administrativa, son muestra del devenir en la forma de administrar justicia.

Esos cambios en la forma de administrar justicia son corolario de los retos a los que el sistema jurídico debe responder en un mundo globalizado, permeado por la tecnología, la gestión de la información y del conocimiento, la emergencia de nuevos modelos de negociación, la constitución de otras formas de relacionamiento en la familia y en el trabajo, la autodeterminación y el reconocimiento de las minorías, el desarrollo de la ciencia, entre otros aspectos, lo cual implica un cambio en los conflictos y, evidentemente, en la actividad judicial.

La reforma a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyo control previo por la Corte Constitucional culminará en los próximos días, es evidencia de las respuestas que procura el legislador y que la Rama Judicial deberá implementar. En tal sentido, el establecimiento de los jueces de pequeñas causas y múltiple competencia, de los jueces itinerantes, de mecanismos efectivos para la unificación jurisprudencial, de innovadoras formas de organización para la adopción de decisiones en los órganos colegiados, de criterios para la priorización de la decisión en casos de sensible importancia social, y particularmente la exigencia estatutaria de implementar **la oralidad en todas las áreas de atención** son, entre otros, desafíos que la administración de justicia deberá superar.

El Plan de Desarrollo de la Rama Judicial define las líneas estratégicas de la administración de justicia: el acceso universal a la administración de justicia, la calidad y la eficiencia de la justicia. Bajo esa égida, la Rama Judicial debe responder a las exigencias ciudadanas especialmente las relativas a una justicia más cercana, a la que pueda accederse disminuyendo las barreras existentes; una justicia más celerada y cumplida, que respete el plazo razonable entendido como el que permite



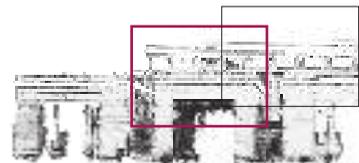
la efectividad del recurso, es decir, que salvaguarde los derechos del usuario y como tal otorgue decisiones realmente oportunas; una justicia transparente, que permita que las personas puedan conocer qué y cómo deciden sus jueces y cómo actúan los diferentes actores en el proceso judicial; una justicia de calidad que permita a los usuarios observar que en cada asunto el juez y el aparato judicial dispusieron al máximo sus capacidades jurídicas y de gestión.

La jurisdicción contencioso-administrativa no es ajena a este contexto de transformación. Como se ha venido trabajando en este importante Encuentro y también en el marco de la Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo, el mismo objeto de la jurisdicción responde a nuevas exigencias y en tal sentido las cuestiones acerca de la constitucionalización de las diferentes jurisdicciones está al orden del día. Como lo señaló Edouard Lafarriere, el recurso debe ser “un procedimiento con fines útiles” y no una mera “protesta ante el hecho consumado”.

De allí la necesidad de lograr un procedimiento más sencillo que obvie ritualismos que no generen valor al proceso; así como de diversas reformas, prolijas, que han venido siendo trabajadas por la Comisión de Reforma, entre otras, la incorporación de incentivos y consecuencias procesales provenientes de la acción de la administración en vía administrativa, la cual debe dejar de percibirse como un requisito formal y convertirse en un escenario de solución efectiva a los conflictos; la unificación de las acciones y de los procedimientos; la evaluación sobre el alcance y propósito de la función consultiva; el análisis de la estructura de la jurisdicción para lograr, entre otros propósitos, que el máximo órgano de lo contencioso-administrativo sea una instancia de unificación y orientación jurisprudencial; la incorporación de mecanismos de organización del trabajo que generen una mayor eficiencia al proceso judicial; el estudio de diferentes instituciones que permitan prevenir la consumación de efectos negativos de los actos de la administración, por ejemplo, el juez de urgencia, como lo expresa el modelo francés, dirigido a actuar cuando existe un perjuicio grave con carácter inmediato; y la incorporación de esquemas procesales que provean mayor transparencia, publicidad, agilidad y eficacia al proceso, por ejemplo el proceso por audiencias, regido por los principios de concentración, contradicción, inmediatez, elementos de oralidad, publicidad y preclusión de las etapas procesales y del objetivo de las audiencias; asimismo, el fortalecimiento del rol del juez como garante de derechos fundamentales y como director del proceso.

En tal sentido es pertinente recordar lo descrito por el profesor Héctor Fix-Zamudio: *“La justicia administrativa abarca cuanta institución jurídica se establece para la resolución de las controversias suscitadas entre los órganos administrativos y de estos con los particulares, así como ante los entes jurisdiccionales administrativos, se trata de un conjunto de mecanismos y dispositivos cuyo propósito principal es la protección del particular frente a la administración”*.

Espero que estos días de reflexión constituyan un espacio de transferencia de experiencias y prácticas que coadyuven la llegada, no solo a buen término, sino a un resultado que consulte las expectativas de los ciudadanos, de las tareas de reforma que se desarrollan actualmente.



Intervención de la Doctora Ayda Vides Paba

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Doctores Marc Durand Viel y Marcel Pochard, Consejeros de Estado en Francia; doctor Gerard Marcou, Profesor de la Universidad de París I; doctor Jean Claude Kholer, Agregado Cultural de la Embajada Francesa.

Señor Presidente del Consejo de Estado, doctor Enrique Gil Botero; señor Presidente del Consejo Superior de la Judicatura; doctor Hernando Torres Corredor; señores Miembros de la Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo.

Señores Consejeros de Estado.

Señores Presidentes de Tribunales.

Señores Magistrados y Jueces, señores y señoras.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca celebra tenerlos en nuestra casa, con motivo del Seminario “Reforma a la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia”.

Bienvenidos.



LOS MECANISMOS DE RACIONALIZACIÓN
DEL PROCESO CONTENCIOSO





Les mécanismes de rationalisation du procès contentieux: l'expérience française

Marc Durand-Viel

CONSEILLER D'ÉTAT

Le sujet que j'ai la charge, mais aussi le plaisir, de traiter devant vous ce matin est très vaste. Les organisateurs de ces journées n'ont pas voulu le limiter aux deux ou trois grandes innovations récentes de la procédure devant les juridictions administratives françaises, concernant par exemple les référés ou l'introduction d'une certaine dose d'oralité dans l'instruction, pour l'étendre à l'ensemble des adaptations pouvant entrer dans l'objectif de « rationalisation » du procès contentieux.

Cette extension est légitime parce que les innovations procédurales ont été très nombreuses, touchant divers aspects de la procédure et du travail du juge, avec pour finalité, évidemment, de les « rationaliser » ou plutôt de les moderniser pour répondre à des attentes nouvelles et aussi parce que la réflexion actuellement menée en Colombie avec le même objectif porte sur une multitude d'autres thèmes. Il y a 11 thèmes dans la partie consacrée à la procédure contentieuse dans le document élaboré par la commission de réforme du code du contentieux administratif et intitulé « elementos » I Certains d'ailleurs débordent le cadre strict de la procédure pour s'étendre à l'organisation des juridictions.

Mon propos sera donc, après avoir évoqué le contexte général dans lequel elles sont intervenues, contexte en partie différent du contexte colombien, d'évoquer les principales innovations introduites en France susceptibles de vous intéresser (en indiquant quand c'est possible les résultats obtenus de ces réformes). Je les examinerai en deux temps: les innovations qui concernent la procédure proprement dite et celles relatives à l'organisation du travail juridictionnel.

I. Le contexte général

Quels sont les objectifs généraux que recouvre ce terme assez mystérieux de « rationalisation » de la procédure et quel est le contexte normatif dans lequel les innovations sont conçues?

1. S'agissant des **objectifs**, est centrale l'amélioration du service rendu aux justiciables, au service d'un Etat de droit de plus en plus effectif, conformément

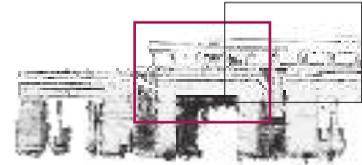


aux exigences de la Constitution et des conventions internationales, qui se décline en une série de sous objectifs: une justice facile d'accès; une justice rapide ; une justice de qualité, indépendante et équitable qui rende des décisions lisibles, juridiquement fondées et répondant le plus complètement possible aux prétentions des parties quant au fond de leurs droits ; une justice dont les sentences ne donnent pas lieu à des difficultés d'exécution... j'en oublie peut-être ! Mais s'agit, on le voit, de se rapprocher de l'idéal de justice!

Vous noterez que ces objectifs peuvent parfois entrer en contradiction les uns avec les autres. Par exemple, des conditions d'accès au juge trop aisées pourraient conduire à une multiplication abusive des recours allant à l'encontre de l'objectif de célérité, au détriment des requérants ayant une contestation sérieuse, si l'on ne définissait pas des méthodes permettant au juge de faire le tri entre les requêtes qui valent la peine d'un examen approfondi au terme d'une véritable instruction contradictoire et celles qui peuvent être rejetées sans instruction parce qu'elles n'ont aucune chance d'aboutir.

D'un autre côté, la justice constitue un service public financé sur les deniers publics, qui doit fonctionner selon des méthodes rationnelles. Ce n'est pas parce que, selon l'expression populaire, la justice, comme la santé, «n'a pas de prix» que les pouvoirs publics devraient se désintéresser de son coût. Cet aspect peut intéresser nos amis colombiens qui reconnaissent, dans les documents qui nous ont été remis que la justice administrative colombienne connaît une certaine «congestion». Cet aspect là a aussi une grande importance en France où, sous l'effet de l'amélioration du service rendu par la juridiction administrative et aussi de la meilleure information des citoyens, le nombre de recours augmente constamment et fortement, au rythme de presque un doublement tous les dix ans.

La justice administrative française a donc une charge de travail de plus en plus lourde. Elle a fait face avec un certain succès puisque, dans la dernière période, le délai moyen de jugement s'est plutôt amélioré. La cause s'en trouve dans l'augmentation considérable des moyens financiers qui lui sont consacrés qui a notamment permis un recrutement assez massif de nouveaux magistrats (on atteint désormais un effectif de quelque 1.000 magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel). La cause s'en trouve aussi dans l'amélioration des procédures et des méthodes de travail des magistrats. Et, pour l'avenir, alors que le nombre de recours est appelé à s'accroître encore, serait vain d'espérer que le budget de la justice administrative croisse dans la même mesure. Il faut donc encore se préparer à améliorer notre organisation et nos méthodes pour accroître la «productivité», mesurée par exemple en divisant le nombre de décisions rendues par an dans une juridiction par le nombre de magistrats ou, pour éviter un mot qui choque certaines oreilles, la «performance» de la juridiction. Evidemment, l'augmentation de la performance de la justice, conforme au mouvement général de modernisation des services publics, ne doit pas être obtenue au détriment de la qualité du service et, notamment, de la qualité des décisions rendues.



Je suis sûr que, s'agissant de cet aspect de la problématique de la rationalisation, relative à ses objectifs, il y a une large convergence des situations colombienne et française.

2. S'agissant du **contexte normatif**, la situation des deux pays est sans doute un peu différente. Cela tient à l'histoire et aussi à l'encadrement juridique général.

L'histoire de la juridiction administrative française est celle d'un développement très progressif qui s'est fait, par la pratique et la jurisprudence du Conseil d'Etat, sur la base d'une loi, bicentenaire et vénérable, toujours en vigueur : la loi des 16-24 août 1790 qui a interdit au pouvoir judiciaire de connaître des affaires des « corps administratifs ». Le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire qu'elle a posé a, depuis une décision du Conseil constitutionnel de 1987, valeur constitutionnelle. Puisqu'il fallait bien que l'administration soit soumise à un juge, qui ne pouvait être le juge de droit commun, certains organes faisant partie à l'origine du pouvoir exécutif (le Conseil d'Etat et, accessoirement les conseils de préfecture) ont peu à peu acquis des pouvoirs juridictionnels et développé un droit administratif, y compris les règles de la procédure contentieuse. Tout au cours du XIX^{ème} siècle, les seuls textes existant ne concernaient guère que l'organisation des organes chargés de donner un avis sur les réclamations puis, plus tard, de décider.

Pour l'anecdote, j'évoquerai la réponse qu'a récemment faite le précédent Vice-Président du Conseil d'Etat à une organisation syndicale de magistrats administratifs qui revendiquait le port de la robe: « ce n'est pas la robe qu'il vous faut, c'est l'épée! ». Historiquement, il avait bien raison puisque c'est au sein du pouvoir exécutif, dont le symbole est l'épée, qu'est née la juridiction administrative.

Faute de textes (sauf une loi de pluviôse an VIII relative aux travaux publics, des lois spécifiques sur certaines procédures, comme en matière de contentieux électoral...), c'est donc la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a fixé les règles de la procédure contentieuse (y compris des règles aussi élémentaires comme celle selon laquelle une absence de réponse de l'administration vaut décision implicite de rejet ou le délai de deux mois de droit commun pour saisir le juge) et, non seulement des règles, mais les principes généraux de la procédure juridictionnelle: principe général selon lequel le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre toute décision, caractère contradictoire de l'instruction, motivation des décisions, secret du délibéré, caractère non suspensif de la requête et de l'appel, sauf texte...

Même si, de nos jours, la plupart de ces principes et de ces règles ont été repris dans des textes, lois ou règlements, et, depuis 2000, dans le code de justice administrative, le rôle que peut jouer la jurisprudence dans le processus de rationalisation de la procédure contentieuse reste important. C'est en particulier par la jurisprudence du Conseil d'Etat que des adaptations ont été récemment apportées au recours pour excès de pouvoir pour permettre au juge d'aller au-delà du simple contrôle de légalité pour en faire un instrument plus apte à un jugement sur le fond des prétentions des parties. La seule limite



était le principe de séparation des pouvoirs interdisant au juge de se substituer à l'administration en lui adressant des injonctions de faire. Là, il a fallu des interventions du législateur pour lui conférer de tels pouvoirs : suspension des actes, injonctions, astreintes...

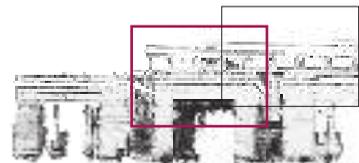
Ce rôle majeur de la jurisprudence, lié à l'histoire, est une caractéristique que la Colombie connaît moins, les textes ayant été à l'origine de la juridiction et de la procédure.

En ce qui concerne **l'encadrement juridique français**, il est remarquable que le texte de la Constitution, s'il mentionne le Conseil d'Etat comme organe consultatif, ne comporte actuellement aucune disposition concernant les juridictions administratives et les règles de procédure qui s'y appliquent. Au sommet de la hiérarchie des normes relatives à cette matière il n'y a que quelques grands principes ayant valeur constitutionnelle (séparation des autorités, indépendance de la justice, droits de la défense) ainsi que les stipulations des conventions internationales ratifiées par la France, notamment celles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont certains articles fameux souvent invoqués par les avocats imposent d'offrir aux citoyens un recours effectif devant un tribunal indépendant et impartial qui statue dans un délai raisonnable. Ces stipulations ne s'appliquent expressément qu'aux contestations en matière de droits civils mais la jurisprudence de la Cour Européenne, suivie bon an mal an par le Conseil d'Etat fait entrer dans cette catégorie de très nombreux litiges relevant de la compétence des juridictions administratives.

La nécessité de respecter ces exigences constitutionnelles ou conventionnelles a obligé ces dernières années à modifier les textes régissant la composition de plusieurs juridictions administratives spécialisées et la procédure suivie devant elles pour les rendre compatibles avec ces normes supérieures. La convention de l'ONU sur les droits civils et politiques comporte des stipulations analogues qui ont peut-être posé des problèmes semblables en Colombie.

Au niveau immédiatement inférieur, il y des textes de loi, repris actuellement dans la partie législative du code de justice administrative. Beaucoup.

Concernent l'organisation des juridictions, et les garanties essentielles du statut de leurs membres destinées à assurer leur indépendance. Peu nombreuses sont les dispositions de nature législative qui concernent la procédure. Les membres de la commission de réforme colombienne, intéressés par le thème n° 1 figurant dans les *elementos*», constateront qu'en France les grands principes directeurs de la procédure ont été repris dans un titre préliminaire (nous l'appelons le *décatalogue*» parce qu'il y a dix articles très courts) sous une forme purement énonciative » et non «taxative», pour reprendre le vocabulaire en usage chez vous, c'est-à-dire sans analyser leur portée : jugements rendus au nom du peuple français, jugements rendus sous forme collégiale, instruction contradictoire, publicité de l'audience et de la décision, motivation des jugements, secret du délibéré, caractère exécutoire des jugements. Pour plusieurs de ces principes, il est d'ailleurs renvoyé à de possibles dérogations. II



s'agit en réalité de normes qui préexistaient sous forme de principes généraux depuis longtemps reconnus par la jurisprudence. Dans les livres suivants du code détaillant les règles de procédure, il y a très peu de dispositions législatives, aucune par exemple dans les livres IV intitulé «l'introduction de l'instance» ou dans le livre VI intitulé «l'instruction».

La partie réglementaire du code de justice administrative est beaucoup plus développée. On y trouve des précisions sur l'organisation, le statut des magistrats administratifs et, évidemment, la procédure. C'est là le reflet du fait que, dans notre constitution, les règles d'organisation des juridictions et de la procédure contentieuse (sauf la procédure pénale) ne font pas partie du domaine de la loi mais relèvent du pouvoir réglementaire.

La conséquence de cet état du système normatif est une assez grande facilité dans la modification des règles quand elle paraît s'imposer. Il suffit souvent de prendre un décret en Conseil d'Etat (que, d'ailleurs, le Conseil d'Etat prépare lui-même, alors qu'il est aussi juge suprême et que son vice-Président a, par délégation permanente du Gouvernement, la charge de gérer les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ainsi que les corps des magistrats!). Tout cela rend le système très souple. Il faut ajouter que certaines règles procédurales peuvent être adaptées par des modifications de la jurisprudence (pas trop souvent quand même car le propre de la jurisprudence est d'être assez stable) et qu'une part importante des méthodes de travail des juges ne dépend pas des règles de procédure mais de simples pratiques ou d'habitudes qu'on peut essayer de modifier par une pédagogie persévérante...

Il me semble que, s'agissant du contexte normatif, la situation que vous connaissez en Colombie est assez différente. Il y a sans doute des facteurs de rigidité qui tiennent à ce que des règles de la procédure se trouvent parfois inscrites dans les normes les plus élevées dans la hiérarchie, et même dans la Constitution. L'histoire n'a peut-être pas fait non plus du Conseil d'Etat colombien l'organe traditionnellement reconnu comme maître d'oeuvre essentiel de l'organisation de la juridiction administrative à l'instar du Conseil d'Etat français. J'ai également remarqué que le CCA colombien traite de sujets qui, en France, relèvent uniquement de la jurisprudence, par exemples les causes juridiques ou les moyens d'annulation des actes administratifs («causales de nulidad»).

II. Mesures de rationalisation dans le domaine de la procédure

Je n'évoquerai que les innovations les plus intéressantes, soit par leur portée, soit parce qu'elles correspondent à vos thèmes de réflexion.

1. L'introduction des recours:

S'agissant de la **gratuité de la justice** (votre thème n° 2, il n'y a pratiquement pas de débat en France où la justice administrative est gratuite en ce sens qu'il n'y a pas de «dépens» (sauf les frais d'expertise, ce cas échéant). Les principes



généraux n'interdisent pas d'instituer une taxe et, d'ailleurs, une loi de 1993 a imposé un droit de timbre, c'est à dire un impôt, pour toute requête, d'un montant de 100 francs (devenus 15 euros). L'idée était de décourager les requérants de saisir le juge de requêtes fantaisistes ou sans réelle portée. La sanction était l'irrecevabilité de la requête présentée sans le timbre fiscal. Mais, comme il a fallu prévoir des exemptions pour les requérants démunis (demandeurs du statut de réfugié, requérant ayant droit à l'aide juridictionnelle) la mesure entraînait un surcroît de travail pour les greffes et les magistrats sans rapporter beaucoup au trésor public et ce droit de timbre a été supprimé en 2003.

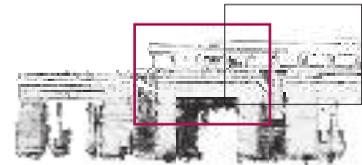
En revanche, se révèle avoir une certaine efficacité la possibilité, largement appliquée par le juge administratif depuis une loi de 1991, de mettre à la charge de la partie qui succombe ou qui se désiste sans avoir obtenu entre temps satisfaction, ce que nous appelons les «frais irrépétibles», c'est-à-dire une somme représentant les frais de l'autre partie. Il s'agit en pratique de ses frais d'avocat. C'est là le mécanisme le plus courant de prévention pouvant conduire les requérants s'interroger avant de saisir la juridiction. Je signale également la tendance des juges à appliquer plus souvent une disposition qui lui permet, à titre de sanction, d'infliger personnes qui commettent un abus de leur droit de saisir le juge une «amende pour recours abusif» qui peut avoir un certain effet dissuasif, sauf pour des requérant atteints de ce trouble mental appelé «querulence».

Une autre catégorie de mesures destinées à rationaliser la procédure face à l'accroissement pas toujours justifié du nombre des requêtes, concerne l'obligation de recourir à un avocat. Cette obligation n'est pas jugée contraire aux principes constitutionnel ou conventionnel dès lors qu'il existe un droit à l'aide juridictionnelle pour les requérants ayant de faibles revenus. Elle a été généralisée par un décret de 2003 pour les appels formés devant les cours administratives d'appel avec une réelle incidence sur le nombre des appels formés les années suivantes. La même obligation existe pour les recours en cassation devant le Conseil d'Etat qui est le mode de saisine le plus courant de cette juridiction.

S'agissant des **autres facteurs** qui commandent l'introduction des recours, les évolutions ont plutôt été en sens inverse, la jurisprudence ayant continué à étendre les pouvoirs du juge à toutes sortes d'actes administratifs qui échappaient jadis à son contrôle. La catégorie des actes dits «de gouvernement» est de plus en plus restreinte, de même que celle des actes qui, à l'opposé, sont qualifiés de «mesures d'ordre intérieur», relevant de l'adage «de minimis non curat praetor». Par exemple, la jurisprudence a ouvert la possibilité de recours à toutes sortes de mesures prises par l'administration pénitentiaire à l'égard des détenus. Les règles de la représentation (sous réserve de ce que j'ai dit plus haut de l'avocat en appel) sont demeurées très souples et les exigences formelles n'ont pas été renforcées. Les règles relatives aux délais de recours n'ont pas non plus connu d'évolution sensible.

Deux innovations doivent toutefois être signalées.

En premier lieu, une réflexion, provoquée par l'encombrement des cours administratives d'appel, a porté sur l'opportunité de maintenir le double degré



de juridiction pour les litiges sans grand enjeu que le code permettait de trancher au sein des tribunaux administratifs par un juge statuant seul après audition du commissaire du gouvernement. Cette réflexion a débouché sur un décret du 24 juin 2003 qui a supprimé l'appel pour ce qu'on peut appeler ces «petits litiges», par exemple le recours en indemnité d'un montant n'excédant pas 10.000 euros. Les jugements rendus en ces matières ne peuvent plus être contestés que par la voie de la cassation, devant le Conseil d'Etat (dont les membres, d'ailleurs, n'ont pas été enchantés de voir le nombre de recours en cassation augmenter de ce fait!).

En second lieu, les exigences de forme quant à la présentation des requêtes ont été renforcées lorsque le juge est tenu par les textes de statuer dans des délais brefs, comme c'est le cas traditionnellement en matière de contentieux électoral (des moyens nouveaux ne peuvent être présentés après l'expiration du délai de recours qui est de 5 jours). Un décret du 23 décembre 2006, par exemple, oblige les étrangers contestant un refus de titre de séjours assorti d'une obligation de quitter le territoire à présenter leur mémoire complémentaire éventuel dans un délai de quinze jours, à peine d'être réputés se désister.

2. La place de l'oralité dans l'instruction ou l'audience

La caractéristique générale de la procédure contentieuse administrative en France reste d'être essentiellement écrite (et inquisitoriale en principe). Après une instruction qui consiste pour l'essentiel en un échange plus ou moins long de mémoires entre les parties, par l'intermédiaire du juge, l'instruction est close et aucun moyen nouveau ne peut plus être présenté, sauf à rouvrir l'instruction. L'audience au cours de laquelle les parties ou leurs avocats ne plaident généralement pas consiste principalement en l'audition des conclusions du commissaire du gouvernement qui permet aux parties d'avoir une idée du travail d'analyse que fait le juge, qui reste un travail sur dossier. C'est d'ailleurs dans la tradition et la culture du juge administratif français de travailler sur un dossier et je ne crois pas révéler un secret en disant que, le jour de l'audience, il existe déjà un projet de jugement. Ces méthodes traditionnelles présentent un avantage considérable du point de vue de la sécurité juridique (il y a rarement d'improvisation) et le jugement qui sera rendu pourra être notifié rapidement aux parties.

Mais la question du développement de l'oralité est posée depuis plusieurs années pour deux raisons principales.

La première est que la procédure écrite est inadaptée aux procédures enfermées dans des délais très brefs, comme c'est le cas, entre autres, pour le contentieux des mesures de reconduites des étrangers à la frontière ou les procédures de référés. Le juge de la reconduite à la frontière doit se prononcer dans les 48 heures, délai insuffisant pour un échange de mémoires assurant une contradiction satisfaisante. Le législateur a donc prévu un dispositif dans lequel la discussion, y compris l'invocation de moyens nouveaux, se poursuit à l'audience et le juge doit faire connaître sa décision au terme de cette audience.

De même, le succès rencontré par les nouveaux référés institués par la loi



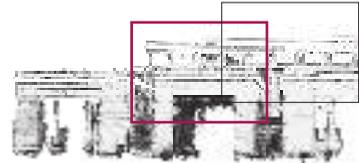
du 30 juin 2000, en particulier le référé — injonction, encore appelé référé-libertés, qui concerne les atteintes graves et manifestement illégales à une liberté fondamentale et doit être jugé en 48 heures, et le référé- suspension, bien plus souvent utilisé et dans lequel l'ordonnance du juge intervient en moyenne dans les quinze jours, tient à l'importance de l'audience au cours de laquelle l'instruction peut se poursuivre, le juge poser des questions, se pencher avec les parties sur les documents présentés...

Ce sont là les domaines où l'oralité s'est le plus développée et continuera de se développer car le législateur est sans cesse tenté d'instituer des procédures analogues, caractérisées par l'intervention d'un juge unique statuant dans de très brefs délais. Ces procédures entraînent pour les magistrats des contraintes considérables, avec des obligations de veille et de permanences. Il s'agit d'une rupture considérable avec la culture et les pratiques traditionnelles du juge administratif. Mais le fait est là: cette nouvelle culture entre dans les moeurs et les magistrats qui la pratiquent apprécient. La seconde raison conduisant à augmenter la dose d'oralité tient à la nécessité, pour les procédures normales, d'adapter l'instruction et l'audience à certaines des exigences de la communication ou des rapports professionnels modernes. Quant à l'instruction, l'expérience des procédures d'urgence a montré certains avantages, surtout quand la discussion porte sur des faits parfois embrouillés, d'un échange oral. Et quant à l'audience, certains soutiennent qu'il est nécessaire de corriger l'impression laissée par une séance publique dans laquelle les avocats plaident peu ou pas du tout et où l'essentiel se ramène à l'audition de la «leçon de droit» du commissaire du gouvernement, sans que les parties puissent répondre d'aucune façon. Et il est vrai que nos contacts avec les avocats montrent, de leur part, une insatisfaction assez grande, voire une certaine frustration. Des réflexions approfondies sont en cours actuellement sur ces points et il est très probable qu'on s'orientera vers un développement de l'oralité, avec sans doute une possibilité pour les parties de dire quelques mots après le commissaire du gouvernement.

3. Les pouvoirs du juge

Je range dans cette rubrique diverses innovations récentes qui témoignent de la volonté de rationaliser la procédure pour rendre plus effectives l'intervention du juge et la protection des droits. Elles correspondent en partie aux sujets de réflexion transversaux de vos thèmes n° 4, 7, voire 8 et 12. Je n'évoquerai que deux grandes séries d'innovations qui tendent toutes les deux à rendre les recours plus «effectifs».

Les premières concernent évidemment les **pouvoirs confiés au juge administratif face à l'administration** par le législateur, sous la forme d'injonctions. Si, dans le cadre de la séparation des pouvoirs, le juge administratif a toujours eu le pouvoir de prononcer des condamnations pécuniaires à la charge des personnes publiques (ce qui revient à des injonctions de payer certaines sommes) j'i lui était traditionnellement interdit de leur adresser d'autres ordres consistant en des injonctions de faire. Il a donc fallu l'intervention de loi pour



armer le juge de pouvoirs lui permettant, si nécessaire, de créer des situation sauvegardant les droits subjectifs, dans plusieurs cas. L'injonction peut être assortie d'une astreinte.

Le premier de ces cas est celui où, dans le contentieux de l'excès de pouvoirs, l'annulation d'une de ses décisions doit conduire légalement l'administration à prendre une nouvelle décision dans un sens déterminé. Si l'administration a refusé un droit ou une autorisation au motif que l'intéressé ne remplissait pas l'unique condition légale et que le juge estime le contraire, il peut, s'il est saisi d'une demande du requérant en ce sens, après avoir annulé l'acte, enjoindre à l'administration de reconnaître le droit ou délivrer l'autorisation. Par ce procédé, le temps pendant lequel le droit est méconnu se trouve raccourci.

Le second cas est celui où le requérant, ayant obtenu une décision favorable du juge, se heurte à des difficultés pour obtenir **l'exécution** de cette décision par l'administration. Contrairement à la situation qui prévaut en Colombie, ce n'est pas le juge judiciaire qui est le juge de l'exécution des décisions du juge administratif, mais ce dernier qui peut, sur demande de l'intéressé, intervenir auprès du service administratif pour faciliter la bonne exécution de la décision juridictionnelle et, en cas d'échec de cette tentative, adresser des injonctions à l'administration, assorties d'une astreinte. Ce mécanisme, ouvert actuellement tant devant le Conseil d'Etat que devant les juges de première instance et d'appel, est d'une grande efficacité et les critiques de la doctrine quant aux problèmes posés par les retards à l'exécution ont cessé.

Le troisième cas, le plus spectaculaire, est celui de l'intervention préventive du juge en **référé**, en cas d'urgence. La loi de 2.000 a profondément modernisé les différents référés. L'urgence est définie par la jurisprudence comme une situation d'atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts du requérant, avec des degrés suivant la procédure. L'atteinte aux intérêts du requérant doit être particulièrement grave et immédiate pour justifier le « **référé-liberté** », procédure très rapide dans laquelle l'ordonnance du juge doit intervenir dans les 48 heures au cas où une atteinte grave et manifestement illégale est portée à une liberté fondamentale.

Elle doit être suffisamment consistante (c'est une question d'espèce) pour le **référé-suspension** qui intervient lorsque le juge est saisi d'une demande contre une décision et qu'il convient de la suspendre parce que l'urgence est telle qu'il serait injuste d'attendre que le juge se prononce au fond et que l'annulation de cette décision a une certaine probabilité au vu d'au moins un moyen de nature à faire naître, en l'état de l'instruction devant le juge du référé, un doute sérieux sur la légalité de cette décision. Ce référé suspension a remplacé la procédure antérieure du « sursis à exécution » qui s'était globalement révélée inefficace. C'est une des grandes innovations de ces dernières années, saluée par la doctrine et les avocats et, en outre, bien acceptée par l'administration.

Il faudrait signaler aussi le référé- mesure utile, le référé précontractuel qui permet de suspendre la conclusion du contrat en cas d'illégalités au cours de la procédure d'attribution des marchés publics, ainsi que les procédures

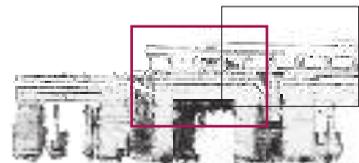


récemment imaginées par le législateur dans des situations diverses (demandeurs de l'asile politique retenus à l'entrée du territoire, reconnaissance d'un droit à l'attribution d'un logement opposable à l'administration...). Dans l'ensemble de ces situations, toutes caractérisées par l'urgence, le juge statue seul au terme d'une instruction accélérée et sa décision, si elle n'est en général que provisoire, peut être assortie d'injonctions supplémentaires et d'astreintes.

D'autres évolutions concernent l'examen porté par le juge du fond, avec comme idée directrice que le procès débouche, après un examen plus étendu des droits invoqués, sur une **décision juridictionnelle qui tranche plus complètement le litige**. Pour les comprendre, il faut se souvenir que le recours pour excès de pouvoir a été, historiquement, un merveilleux moyen d'assurer le respect du principe général qui soumet l'administration à la légalité et de faire la théorie du droit des actes administratifs. Dans cette procédure, le juge était dans une situation à la fois audacieuse et prudente. Audacieuse parce qu'elle permettait au juge de faire la «leçon de droit» à l'administration en allant jusqu'à annuler ses actes les plus importants. Mais aussi prudente car le juge ne se mêlait pas des responsabilités administratives: après l'annulation, l'administration retrouve tout son pouvoir pour prendre une nouvelle décision, éventuellement dans le même sens, sur un autre motif.

Ce type de contrôle a, de nos jours, révélé ses insuffisances, d'autant plus que la grande majorité des recours prennent encore la forme de recours pour excès de pouvoir. Il y a eu un double mouvement. Le premier est venu du législateur qui, réexaminant le droit applicable dans certains domaines a eu tendance à préciser que les décisions de l'administration pouvaient être portées devant le juge administratif par un recours de pleine juridiction, recours dont vous savez qu'il confère au juge plus de pouvoirs quant au degré de contrôle qu'il exerce, qui peut aller jusqu'à des pouvoirs de substitution et qui, surtout, porte sur le droit invoqué et non sur la légalité de la décision administrative au moment où elle a été prise. Je ne donnerai qu'un exemple, mais spectaculaire : celui d'une loi de 2006 qui a qualifié de recours de pleine juridiction celui présenté devant le Conseil d'Etat contre les décrets qui autorisent la création d'équipement aussi importants que les installations nucléaires de base.

Le second mouvement est venu de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, par d'importants arrêts récents très commentés par la doctrine, a cherché à faire évoluer («rationaliser») le recours pour excès de pouvoir. Ainsi, il a été décidé par un arrêt Agir pour le changement, au nom de l'idéal de sécurité juridique, que l'annulation par le juge d'un règlement (qui, en théorie, a un effet à la fois immédiat et rétroactif) peut, si le juge le décide, n'avoir que des effets différés. Le Conseil d'Etat a aussi jugé que l'administration peut demander au juge, en présence d'une décision qui ne repose que sur un seul motif suspecté d'illégalité, que soit substitué un autre motif qui lui paraît plus solide, ce nouveau motif étant évidemment communiqué au requérant pour assurer le respect du contradictoire. Très récemment le Conseil d'Etat a encore admis que, dans certaines hypothèses, un tiers par rapport à un contrat puisse demander au juge



l'annulation de ce contrat, alors que par essence un contrat n'a d'effet qu'entre les parties qui se sont engagées.

Ce sont là des exemples d'innovations qui, naguère, auraient été considérées comme autant d'hérésies! Elles ont pourtant paru justifiées pour permettre au juge d'assurer plus pleinement son office, au-delà de la simple appréciation de la légalité des actes.

III. Mesures de rationalisation dans le domaine de l'organisation et des méthodes de travail

Je les présenterai en trois points : l'organisation générale de la justice administrative ; l'organisation interne des juridictions ; les méthodes de travail du juge.

1. L'organisation générale

Dans ce domaine (correspondant aux thèmes n° 4 et 5 de vos réflexions), peu d'innovations sont à signaler.

D'une part, «l'objet» de la juridiction administrative est globalement inchangé, le partage des compétences entre les deux ordres étant stabilisé. Comme j'ai eu l'honneur de l'exposer lundi dernier, le Tribunal des conflits qui tranche des difficultés survenues sur ce point n'est saisi qu'une cinquantaine de fois par an, dont une dizaine de cas épineux sur des questions à la frontière des deux ordres, souvent à la suite d'avancées du droit dans certains domaines, par exemple le droit de la concurrence... Dernièrement les autorités politiques ont évoqué les avantages pratiques qui résulteraient d'un rattachement de la quasi-totalité du contentieux du séjour des étrangers à un seul ordre mais un tel regroupement se heurte à des obstacles majeurs au niveau constitutionnel.

D'autre part, la répartition des compétences au sein de l'ordre administratif n'a pas été sensiblement modifiée depuis la loi de 1987. Les tribunaux administratifs sont juges de droit commun (il existe aussi des juridictions administratives spécialisées qui ont été seulement un peu modernisées). Les appels sont portés devant les cours administratives d'appel (au nombre de 8 désormais), sauf pour le contentieux électoral local et l'examen des questions préjudicielles renvoyées par le juge judiciaire, le Conseil d'Etat restant juge d'appel uniquement dans ces deux matières. Enfin, le Conseil d'Etat garde quelques compétences en premier et dernier ressort pour les actes supposés les plus importants, quelques appels et est dans la majorité des cas saisi comme juge de cassation. C'est désormais essentiellement à l'occasion des pourvois en cassation qu'il peut assurer l'unité de la jurisprudence. La situation est à cet égard comparable à celle du Conseil d'Etat colombien. L'innovation principale apportée à cette organisation est celle qui a consisté en 2003 à fermer la voie de l'appel, mais évidemment pas de la cassation, pour les jugements rendus par les tribunaux administratifs pour des litiges de faible enjeu ou difficulté, représentant actuellement environ 10% de leurs décisions. Une réflexion est actuellement menée sur la possibilité



de réduire le nombre de cas de saisine du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort.

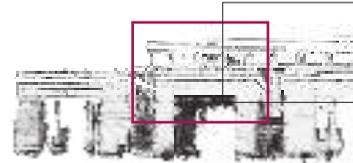
Je dois signaler quand même que si l'architecture générale est stable, le nombre de tribunaux et de cours d'appel a du être augmenté, face à la croissance forte du volume du contentieux administratif (environ 9% par an dans les 10 dernières années).

2. l'organisation interne des juridictions

C'est sur ce point qu'il y a eu les changements les plus remarquables. L'évolution du cadre juridique, de plus en plus complexe dans certains domaines et les exigences sans cesse plus fortes de garantie des droits ont conduit à une explosion du contentieux administratif. Alors qu'il y avait il y a 20 ans beaucoup d'affaires de difficulté moyenne, dans des domaines variés du droit, qui justifiaient une organisation standard, avec examen par une formation de jugement collégiale après audition des conclusions d'un commissaire du gouvernement, même pour les affaires les plus simples, il y a désormais un volume global de contentieux très supérieur qui comporte plus d'affaires difficiles, voire très difficiles, beaucoup plus d'affaires simples ou répétitives, et, finalement une proportion beaucoup plus faible de litiges de difficulté moyenne.

C'est ce dont les autorités responsables de l'organisation de la justice administrative ont fini par prendre conscience en instituant progressivement depuis une quinzaine d'années toute une gamme de modes de traitement juridictionnel. La part de la collégialité a singulièrement diminué au point que de nos jours, dans les tribunaux administratifs, la majorité des décisions (ordonnances ou jugements) sont rendues par un juge qui statue seul (président de la juridiction, président de la formation de jugement, juge délégué). Parfois j'i statue sans avoir ouvert l'instruction contradictoire, sans audience et sans conclusions du commissaire du gouvernement (ordonnances en cas non-lieu, désistements, irrecevabilités diverses...), parfois après instruction, audience mais sans commissaire du gouvernement (contentieux de la reconduite à la frontière, référés), parfois avec ces trois sortes de garanties pour le justiciable (liste de «petits litiges» définis par le code, les mêmes que ceux pour lesquels l'appel a été supprimé). Au Conseil d'Etat également, la gamme des modes de traitement a été étendue pour tenir compte de la complexité variable des affaires et, actuellement, la part des requêtes examinées dans la formation de jugement ordinaire à sept juges est devenue nettement minoritaire, la plupart des décisions étant rendues soit par ordonnance soit par une formation restreinte à 3 juges. Face à au développement de ce qu'on appelle parfois le «contentieux de masse», la collégialité et le second examen que constitue l'intervention du commissaire du gouvernement ont reculé.

Vous ne serez pas étonnés d'apprendre que cette évolution s'est heurtée à de nombreuses réticences de certains magistrats, notamment les plus imprégnés de la culture traditionnelle et de leurs organisations syndicales. Je vous laisse imaginer les critiques: «Il n'y a pas de petit litige»; «justice au rabais» «justice



à deux vitesses»... Mais l'idée centrale est simple: la bonne administration de la justice exige de répartir une ressource humaine qui est rare en fonction de la complexité du travail d'analyse et de réflexion que suppose la requête, faute de quoi les retards s'accumulent, les magistrats se découragent et, au nom d'un idéal irréalisable, la prestation de justice est médiocre. Par ailleurs, des garanties fortes existent puisque si l'affaire réputée simple se révèle, à l'examen, soulever une question nouvelle ou complexe, elle peut toujours être confiée à une formation de jugement collégiale et, qu'en outre, le requérant dispose de voies de recours.

Certains voudraient aller plus loin en autorisant dans une certaine mesure les juridictions à choisir au cas par cas le mode de traitement que justifie individuellement chaque affaire, en décidant par exemple, après examen, de dispenser le commissaire du gouvernement de l'analyse du dossier ou de ses conclusions, alors que, jusqu'ici, c'est le code qui définit la nature des affaires ou des questions qui relèvent de chaque formation de jugement. Il est probable que si l'on s'engage dans cette voie, ce ne sera que très prudemment.

3. Innovations dans les méthodes de travail

Ce sujet peut vous paraître annexe par rapport à celui relatif à la procédure et je serai donc bref mais puisque vous avez invité la personne qui était responsable pendant plus de quatre ans de la mission d'inspection qu'exerce le Conseil d'Etat français sur les juridictions administratives, j'ai le devoir de vous indiquer combien il est important par quelques exemples.

La commission de réforme du code colombien s'interroge sur l'informatisation de certains aspects de la procédure. L'expérience française montre les progrès qui résultent de la **télématique et de l'informatique**. Cela fait déjà longtemps que nous avons admis la saisine du juge par fax ou par courrier électronique, la requête devant ensuite être confirmée par un écrit signé. Le travail de recherche documentaire des juges repose aujourd'hui beaucoup plus sur l'exploitation des bases de données informatiques (textes, jurisprudence, doctrine) que sur la documentation—papier. J'ai moi-même supervisé des groupes travail chargés de constituer et mettre à jour des bases de données de modèles de rédaction de jugement utilisables pour toutes sortes de questions et de législations. La généralisation du traitement de texte facilite les échanges dans la collégialité, permet la mise en forme des jugements par les magistrats eux-mêmes et non plus par les agents de greffe. Ces méthodes, d'abord adoptées par les plus jeunes magistrats, sont désormais d'usage général. Je signale encore que le suivi des requêtes est entièrement informatisé selon un système qui permet au greffe, aux magistrats et aussi aux parties en litige de suivre en temps réel l'instruction. Enfin, des systèmes d'information assurent une tenue régulière des statistiques, facilitant une meilleure gestion des flux.

Le Conseil d'Etat veut aller plus loin et favoriser les «**teleprocédures**», systèmes dans lesquels ce sont toutes les productions des parties qui sont numérisées et transmises par voie électronique, déjà utilisés à titre expérimental pour le contentieux fiscal au Conseil d'Etat, une cour d'appel et un tribunal



administratif. Une autre innovation est la «**vidéo audience**», très économique outre mer où il arrive que la résidence des magistrats soit éloignée de milliers de kilomètres du tribunal dont ils assurent le service : lors de l'audience, les juges sont par exemple dans leur tribunal de résidence de Nouvelle Calédonie mais le requérant, l'avocat, le défendeur sont présents au tribunal de Mata —Utu à plus de 2000 kilomètres dans l'océan pacifique. Auparavant, les magistrats devaient se déplacer et il n'y a de liaison aérienne que tous les trois jours!

Il faudrait évoquer aussi la **formation initiale et continu** des magistrats et des personnels de greffe. Mais je voudrai pour terminer insister sur tous les progrès que l'on peut attendre de ce que nous appelons «**l'aide à la décision**», concept qui comprend l'ensemble des ressources humaines qui, sous des formes variées, peuvent être mises à la disposition du magistrat pour faciliter son travail. Des agents de greffe, des assistants du contentieux à plein temps, des assistants de justice à temps partiel, des étudiants et des avocats en stage de longue durée assurent aujourd'hui une partie du travail que le juge administratif français assurait seul autrefois, tantôt pour analyser le stock d'affaires à traiter et faciliter les regroupements de requêtes soulevant des questions semblables, tantôt pour faire des recherches documentaires, tantôt pour rédiger des visas ou mettre en forme complètement les jugements les plus simples sur instruction du magistrat, et même parfois pour assurer l'ensemble du travail du rapporteur lorsqu'il s'agit d'affaires très répétitives avec de nombreux précédents, étant entendu que le magistrat supervise et que c'est lui seul qui assume la fonction de juger.

Ces pratiques ne sont pas entrées facilement dans les moeurs, tant la tradition et les habitudes étaient en sens contraire, le juge travaillant seul, y compris les plus humbles travaux de plume, alors que dans certains pays et juridictions internationales les juges ont depuis des collaborateurs pour les assister. Ce sont d'abord les chefs de juridiction et les présidents de formations de jugement qui ont lancé le mouvement et expérimenté la bonne méthodologie. Désormais, beaucoup sont convaincus que l'investissement forcément nécessaire dans un premier temps pour former ces collaborateurs est payé de retour par la suite, pourvu que ces collaborateurs restent assez longtemps en fonction.

En conclusion, il me reste à souhaiter que cet exposé vous laissera le sentiment d'une juridiction administrative française qui, pour ancienne qu'elle soit, n'est pas incapable de se transformer dans ses procédures, son organisation et ses méthodes de travail, face il est vrai à la pression croissante de la demande que lui adressent les justiciables, l'obligeant souvent à se remettre en cause.. et à souhaiter aussi que certaines des innovations décrites puissent être une source de réflexion, voire d'inspiration, pour la justice administrative colombienne.



Los mecanismos de racionalización del proceso contencioso: la experiencia francesa¹

Marc Durand-Viel

CONSEJERO DE ESTADO

El tema respecto del cual tengo la tarea pero también el placer de tratar ante ustedes esta mañana es muy vasto. Los organizadores de estas jornadas no han querido limitarlo a dos o tres grandes innovaciones recientes del procedimiento de las jurisdicciones administrativas francesas, concernientes por ejemplo a los référé o a la introducción de una cierta dosis de oralidad en la instrucción, sino que lo han extendido al conjunto de las adaptaciones que pudieran entrar en el objetivo de la “racionalización” del proceso contencioso.

Esta extensión es legítima porque las innovaciones procedimentales han sido numerosas, y han tocado diversos aspectos del procedimiento y del trabajo del juez, con la finalidad, evidentemente, de “racionalizarlas” o sobre todo de modernizarlas para responder a las nuevas expectativas y también porque la reflexión actual que se hace en Colombia con el mismo objetivo se refiere a una multitud de otros temas. Hay once temas en la parte consagrada al procedimiento contencioso en el documento elaborado por la Comisión de reforma al Código Contencioso Administrativo e intitulada “elementos”! Por otra parte, algunos desbordan el cuadro estricto del procedimiento para extenderse a la organización de las jurisdicciones.

Mi propósito será, entonces, después de haber evocado el contexto general en el cual las reformas han sido implementadas, contexto en parte diferente del colombiano, el de recordar las principales innovaciones introducidas en Francia que les puedan interesar a ustedes (indicando en cuanto sea posible los resultados obtenidos de estas reformas). Esto lo examinaré en dos tiempos: las innovaciones que se refieren al procedimiento propiamente dicho, y aquellas relativas a la organización del trabajo jurisdiccional.

I. El contexto general

¿Cuáles son los objetivos generales que recubre este término tan misterioso de “racionalización” del procedimiento, y cuál es el contexto normativo en el cual las innovaciones han sido concebidas?

¹ Traducido por Laura Ospina Mejía y Louise Salaverrie.



1. Tratándose de los **objetivos**, es central el mejoramiento del servicio dado a las partes, en pro de un Estado de derecho cada vez más eficiente, conforme a las exigencias de la Constitución y de las convenciones internacionales. De aquel objetivo se derivan en una serie de subobjetivos: una justicia de fácil acceso; una justicia rápida; una justicia de calidad, independiente y equitativa que profiera decisiones comprensibles, jurídicamente fundadas y que respondan lo más completamente posible a las pretensiones de las partes así como al fondo de sus derechos; una justicia en la que las sentencias no den lugar a dificultades de ejecución... ¡Y seguramente olvido otros objetivos en esta enunciación! ¡Pero en todo caso es evidente que se trata de aproximarse al ideal de justicia!

Notarán que estos objetivos pueden a veces entrar en contradicción unos con otros. Por ejemplo, las condiciones de acceso al juez demasiado flexibles podrían conducir a una multiplicación abusiva de los recursos, lo que afectaría el objetivo de celeridad, en detrimento de los accionantes que tienen demandas serias, si no se definen los métodos que permitan al juez seleccionar las demandas sobre las que vale la pena hacer un examen profundo al término de una verdadera instrucción con contradicción y aquellas que pueden ser rechazadas sin instrucción porque no tienen ninguna oportunidad de prosperar.

De otra parte, la justicia constituye un servicio público financiado por el tesoro público, que debe funcionar según los métodos racionales. No es porque, según la expresión popular, la justicia, como la salud, “no tiene precio”, que los poderes públicos deberían desinteresarse de su costo. Este aspecto puede interesar a nuestros amigos colombianos, quienes reconocen, en el documento que nos ha sido enviado, que la justicia administrativa colombiana padece una cierta “congestión”. Este aspecto tiene también una gran importancia en Francia donde, bajo el efecto del mejoramiento del servicio de la jurisdicción administrativa y también de la mejor información de los ciudadanos, el número de demandas aumenta constante y fuertemente, al ritmo de alcanzar casi una duplicación cada diez años.

La justicia administrativa francesa tiene entonces una carga de trabajo cada día más pesada. Ella ha sido afrontada con un cierto éxito dado que, en el último período, el plazo medio de juzgamiento ha mejorado notablemente. La causa de ello se encuentra en el considerable aumento de los recursos financieros que le han sido destinados y que le han permitido especialmente un reclutamiento masivo de nuevos magistrados (se espera desde ahora un efectivo de aproximadamente mil magistrados de tribunales administrativos y de cortes administrativas de apelación). La causa del referido éxito se encuentra también en el mejoramiento de los procedimientos y métodos de trabajo de los magistrados. Y, para el futuro, en la medida en que el número de recursos está llamado aun a acrecentarse, sería ilusorio esperar que el presupuesto de la justicia creciera en la misma medida. Es necesario entonces prepararse en el mejoramiento de nuestra organización y nuestros métodos para aumentar la “productividad”, que se mide por ejemplo dividiendo el número de decisiones proferidas por año en una jurisdicción, por



el número de magistrados o, para evitar una palabra que choca a ciertos oídos, la “performance” -eficiencia- de la jurisdicción. Evidentemente, el aumento de la eficiencia de la justicia, conforme al movimiento general de modernización de los servicios públicos, no debe ser obtenido en detrimento de la calidad del servicio y, especialmente, de la calidad de las decisiones proferidas.

Estoy seguro de que, tratándose de este aspecto de la problemática de la racionalización, relativa a sus objetivos, hay una gran convergencia de las situaciones colombiana y francesa.

2. Tratándose de un **contexto normativo**, la situación de los dos países es sin duda un tanto diferente. Esto se debe a la historia y también al marco jurídico general.

La historia de la jurisdicción administrativa francesa es producto de un desarrollo muy progresivo que se ha hecho a través de la práctica y la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la base de una ley, bicentaria y venerable, siempre en vigor: la ley de dieciséis (16) y veinticuatro (24) de agosto de mil setecientos noventa (1790), que prohibió al poder judicial conocer los asuntos de los “cuerpos administrativos”. El principio de la separación de las autoridades administrativa y judicial previsto en dicha ley adquirió, después de una decisión del Consejo Constitucional de mil novecientos ochenta y siete (1987), valor constitucional. Dado que faltaba que la administración fuera sometida a un juez, que no podía ser el juez de derecho común, algunos órganos que hacían parte en su origen al poder ejecutivo (El Consejo de Estado y, accesoriamente, los consejos de prefectura) poco a poco adquirieron poderes jurisdiccionales y desarrollaron un derecho administrativo, incluyendo las reglas de procedimiento contencioso. Durante todo el curso del siglo diecinueve (XIX), los textos existentes prácticamente aludían solo a la organización de los órganos encargados de dar un concepto sobre las reclamaciones y después, más tarde, para decidir sobre ellas.

Como anécdota, evocaré la respuesta que recientemente dio el anterior Vicepresidente del Consejo de Estado a una organización sindical de magistrados administrativos que reivindicaban el porte de la toga: “¡no es la toga lo que les falta, es la espada!”. Históricamente, aquél bien tenía razón dado que fue en el seno del poder ejecutivo, cuyo símbolo es la espada, que nació la jurisdicción administrativa.

A falta de textos (salvo una ley del pluvioso del año ocho (VIII) relativa a los trabajos públicos, o leyes específicas sobre ciertos procedimientos, como en materia del contencioso electoral...) fue entonces la jurisprudencia del Consejo de Estado la que fijó las reglas del procedimiento contencioso (comprendidas allí las reglas más elementales como aquella según la cual una ausencia de respuesta de la administración vale como decisión implícita de rechazo, o el plazo de dos meses de derecho común para acudir ante el juez) y, no solamente las reglas, sino los principios generales del procedimiento jurisdiccional: principio general según el cual el recurso por exceso de poder está abierto contra toda decisión,



carácter contradictorio de la instrucción, motivación de las decisiones, secreto de la deliberación, carácter no suspensivo de la demanda y de la apelación, salvo texto en contrario.

Si bien hasta nuestros días la mayor parte de estos principios y de estas reglas ha sido incluida en los textos, leyes o reglamentos y, después de dos mil (2000), en el código de la justicia administrativa, el rol que puede jugar la jurisprudencia en el proceso de racionalización del procedimiento contencioso continúa siendo importante. Es en particular por la jurisprudencia del Consejo de Estado que las adaptaciones han sido recientemente aportadas en cuanto concierne al recurso por exceso de poder, para permitir al juez ir mucho más allá del simple control de legalidad, para hacer de él un instrumento más apto para el juzgamiento sobre el fondo de las pretensiones de las partes. El solo límite se encontraba en el principio de separación de los poderes que impedía al juez sustituir a la administración dándole órdenes de hacer. En ello han faltado las intervenciones del legislador para conferirle tales poderes: suspensión de actos, órdenes, conminaciones...

Este rol preponderante de la jurisprudencia, ligado a la historia, es una característica que Colombia conoce en menor medida, pues los textos estuvieron presentes en el origen de la jurisdicción y del procedimiento.

En cuanto alude al marco jurídico francés, es remarcable que el texto de la Constitución, si bien menciona al Consejo de Estado como órgano consultivo, no contiene ninguna disposición concerniente a las jurisdicciones administrativas y a las reglas de procedimiento que en ellas se aplican. En la cima de la jerarquía de normas relativas a esta materia no hay sino grandes principios con valor constitucional (separación de las autoridades, independencia de la justicia, derechos de defensa), así como estipulaciones de las convenciones internacionales ratificadas por Francia, especialmente aquellas de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, cuyos algunos famosos artículos han sido invocados por los abogados y que obligan a ofrecer a los ciudadanos un recurso efectivo ante un tribunal independiente e imparcial que decida en un término razonable. Estas estipulaciones no se aplican expresamente sino a las demandas en materia de derechos civiles pero la jurisprudencia de la Corte Europea, seguida bien o mal por el Consejo de Estado, ha hecho entrar en esta categoría numerosos litigios de competencia de las jurisdicciones administrativas.

La necesidad de respetar estas exigencias constitucionales o convencionales ha obligado en estos últimos años a modificar los textos que prevén la composición de varias jurisdicciones administrativas especializadas y el procedimiento seguido delante de ellas para volverlos compatibles con estas normas superiores. La convención de la ONU sobre los derechos civiles y políticos contiene estipulaciones análogas que probablemente han dado lugar a problemas semejantes en Colombia.

En el nivel inmediatamente inferior hay textos legales, incluidos actualmente en la parte legislativa del código de justicia administrativa. Muchos concernientes a la organización de las jurisdicciones, y las garantías esenciales del estatuto de



sus miembros destinados a asegurar su independencia. Poco numerosas son las disposiciones de naturaleza legislativa que se refieren al procedimiento. Los miembros de la Comisión de Reforma colombiana interesados por el tema número uno (1) que figuran en los “elementos” constataron que en Francia los grandes principios directivos del procedimiento han sido incluidos en un título preliminar (nosotros lo llamamos el “decálogo” porque hay diez (10) artículos muy cortos), bajo una forma puramente “enunciativa” y no “taxativa”, para usar el vocabulario que ustedes utilizan, es decir, sin analizar su alcance: decisión adoptada en nombre del pueblo francés, juzgamiento en forma colegiada, carácter ejecutorio de las providencias. En relación con varios de estos principios se encuentran algunas excepciones. Se trata en realidad de normas que preexistían bajo la forma de principios generales reconocidos por la jurisprudencia desde hace mucho tiempo. En los siguientes libros del código se detallan las reglas de procedimiento; hay muy pocas disposiciones legislativas, ninguna por ejemplo en el libro IV intitulado “introducción de la instancia” o en el libro VI intitulado “instrucción”.

La parte reglamentaria del código de justicia administrativa está mucho más desarrollada. Se encuentran allí precisiones sobre la organización, el estatuto de los magistrados administrativos y, obviamente, el procedimiento. Esto es el reflejo del hecho consistente en que en nuestra Constitución las reglas de organización de las jurisdicciones y del procedimiento contencioso (salvo el procedimiento penal) no forma parte del dominio de la ley, sino que pertenecen al del poder reglamentario.

La consecuencia de este estado del sistema normativo es la de una inmensa facilidad para modificar las reglas cuando se hace necesario. Generalmente es suficiente adoptar un decreto en Consejo de Estado (que, por otra parte, el Consejo de Estado prepara él mismo, así como también es juez supremo, y su Vicepresidente tiene, por delegación permanente del Gobierno, la tarea de administrar los tribunales administrativos y las cortes administrativas de apelación así como los cuerpos de los magistrados!). Todo esto hace que el sistema sea más flexible. Es necesario agregar que ciertas reglas procedimentales pueden ser adoptadas por modificaciones de la jurisprudencia (aunque esto no ocurre muy frecuentemente porque lo propio de la jurisprudencia es permanecer más bien estable), y que una parte importante de los métodos de trabajo de los jueces no dependen de las reglas de procedimiento sino de simples prácticas o de hábitos que se puede tratar de modificar a través de una pedagogía perseverante.

Me parece que, tratándose del contexto normativo, la situación que ustedes tienen en Colombia es bien diferente. Hay sin duda factores de rigidez, lo que implica que las reglas de procedimiento se encuentren a veces inscritas en las normas más elevadas en jerarquía, e incluso en la propia Constitución. La historia tal vez no ha hecho del Consejo de Estado colombiano el órgano tradicionalmente reconocido como creador esencial de la organización administrativa, como sucede con el Consejo de Estado francés.



Igualmente, he encontrado que el Código Contencioso Administrativo colombiano trata temas que en Francia han sido del ámbito de la jurisprudencia, como por ejemplo las causales jurídicas o los medios de anulación de los actos administrativos (“causales de nulidad”).

II. Medidas de racionalización en el campo del procedimiento

Solo mencionaré las innovaciones más interesantes, sea por sus alcances o porque ellas corresponden a vuestros temas de reflexión.

1. La introducción de los recursos

Tratándose de la gratuidad de la justicia (su tema numero dos), prácticamente no existe debate en Francia donde la justicia administrativa es gratuita en el sentido de que no hay costas (salvo los costos de expertos, en algunos casos). Los principios generales no impiden establecer un impuesto, y una ley de 1993 (mil novecientos noventa y tres) impuso un derecho de timbre, es decir, un impuesto, para toda demanda, de un monto de 100 (cien) francos (quince euros, unos cincuenta mil pesos). La idea era desanimar a quienes requerían el juez con demandas fantasiosas o sin alcance significativo. La sanción era el rechazo de la demanda presentada sin timbre fiscal. Pero, como fue necesario prever unas exenciones para los demandantes sin recursos (demandantes del estatus de refugiado o con derecho a la ayuda jurisdiccional) la medida traía un aumento de la carga de trabajo para los auxiliares y los magistrados, sin un alto beneficio para el tesoro público, por lo que ese derecho de timbre fue suprimido en 2003.

Por el contrario, se ha revelado una cierta eficacia de la posibilidad, ampliamente aplicada por el juez administrativo desde una ley de 1991, de poner a cargo de la parte que pierde o desiste sin obtener satisfacción, lo que llamamos “gastos irrepetibles”, es decir, una suma correspondiente a los gastos de la otra parte. Se trata en la práctica de los gastos del abogado (las agencias en derecho). Es el mecanismo más común de prevención que puede llevar a los demandantes a cuestionarse antes de acudir a la jurisdicción. Señalo igualmente la tendencia del juez de aplicar más a menudo una disposición que le permite, a título de sanción, castigar a quienes cometan un abuso de su derecho de demandar ante el juez con una “multa por recurso abusivo” que puede tener un cierto efecto disuasivo, salvo para los demandantes que sufren ese mal mental llamado “querulence”².

Otra categoría de medidas destinadas a racionalizar el procedimiento ante el crecimiento no siempre justificado del número de demandas refiere a la obligación de recurrir a un abogado. Esa obligación no se considera contraria a los principios constitucionales o convencionales siempre y cuando

² N. del t.: Tendencia mórbida a buscar querellas y a reivindicar derechos imaginarios, propia de ciertas psicosis. Ver definición del diccionario Petit Robert.



exista un derecho a la ayuda jurisdiccional para los demandantes con escasos recursos. Aquella medida fue generalizada por un decreto de 2003 para las apelaciones formuladas ante las cortes administrativas de apelación, que logró una significativa incidencia sobre el número de apelaciones formuladas en los años siguientes. La misma obligación existe para los recursos de casación ante el Consejo de Estado, que es el medio más comúnmente utilizado para acudir ante esa jurisdicción.

Tratándose de otros factores que afectan la introducción de los recursos, las evoluciones se dieron más bien en sentido inverso. La jurisprudencia sigue extendiendo los poderes del juez a todo tipo de actos administrativos que escapaban anteriormente a su control. La categoría de actos llamados “de gobierno” es siempre más restringida, así como la categoría de los actos que, por el contrario, son calificados de “medidas de orden interior”, referentes al adagio “de minimis non curat praetor”. Por ejemplo, la jurisprudencia abrió la posibilidad del recurso a todo tipo de medidas tomadas por la administración penitenciaria en contra de los detenidos. Las reglas de representación (con la reserva de lo anteriormente dicho en cuanto al abogado de apelación) permanecieron muy flexibles y las exigencias formales no fueron reforzadas. Las reglas relativas a los plazos de los recursos no conocieron tampoco una evolución sensible.

Dos innovaciones, sin embargo, deben ser resaltadas.

En primer lugar, una reflexión, provocada por la congestión en las cortes administrativas de apelación, se centró sobre la oportunidad de mantener el doble grado de jurisdicción para los litigios sin gran alcance, que el código permitía resolver en los tribunales administrativos por un juez que decide el caso solo después de oír a un comisario del gobierno. Esta reflexión se acogió por el decreto del 24 (veinticuatro) de junio de 2003 (dos mil tres) que suprimió la apelación para lo que se puede llamar “los pequeños litigios”, por ejemplo los recursos de indemnización de un monto inferior a 1.000 euros. La decisión tomada en esas materias solo puede ser discutida por la vía de la casación, ante el Consejo de Estado (cuyos miembros no están muy contentos por el aumento de recursos de casación).

En segundo lugar, las exigencias de forma en cuanto a la presentación de las demandas fueron reforzadas desde que el juez tiene la obligación legal de resolver el asunto en un tiempo corto, como es el caso tradicional en temas del contencioso electoral (nuevos medios no pueden ser presentados después de la expiración del plazo de recurso, que es de cinco días). Un decreto del 23 (veintitrés) de diciembre de 2006 (dos mil seis), por ejemplo, obliga a los extranjeros que denuncian la negación de un permiso de residencia junto con la obligación de salir del territorio, a presentar su memoria complementaria eventual dentro de un plazo de quince días, so pena de reputarse el desistimiento.

2. El lugar que la oralidad ocupa en la instrucción o en la audiencia

El carácter general del procedimiento contencioso-administrativo en Francia continúa siendo esencialmente escrito (e inquisitivo en principio).



Después de una instrucción que consiste esencialmente en un intercambio más o menos largo de memoriales entre las partes, por intermedio del juez, la instrucción se cierra y no puede presentarse ningún nuevo medio, salvo la reapertura de la instrucción. La audiencia, en el curso de la cual las partes o sus abogados generalmente no alegan nada más, consiste principalmente en escuchar las conclusiones del comisario del gobierno, lo que les permite a las partes tener una idea del análisis que hace el juez, y que queda sobre el expediente. De otra parte, en la tradición y la cultura del juez administrativo francés en cuanto a la manera como se trabaja un asunto, yo no creo que esté revelando un secreto diciendo que el día de la audiencia ya existe un proyecto de fallo. Estos métodos tradicionales presentan un avance considerable desde el punto de vista de la seguridad jurídica (raramente se presenta improvisación), y el fallo que será proferido podrá ser notificado rápidamente a las partes.

Pero la cuestión del desarrollo de la oralidad apenas se presenta ahora, después de muchos años, por dos razones principales.

La primera es que el procedimiento escrito no es apto para los procedimientos con términos muy breves, como es el caso, entre otros, del contencioso de medidas de reconducción de extranjeros a la frontera o los procedimientos de *référés*. El juez de la reconducción a la frontera debe pronunciarse en cuarenta y ocho (48) horas, plazo suficiente para un intercambio de alegaciones que aseguren una contradicción satisfactoria. Así pues, el legislador ha previsto un dispositivo en el cual la discusión, incluyendo la invocación de nuevos medios, se hace en audiencia y el juez debe hacer conocer su decisión al finalizar esta audiencia.

Igualmente, el éxito que han tenido los nuevos *référés* instituidos por la ley del treinta (30) de junio de dos mil (2000), en particular el *référé-injonction* (*référé-orden*) aún llamado *référé-libertés* (*référé-libertades*), que se refiere a los atentados graves y manifiestamente ilegales a una libertad fundamental y deben ser decididos en cuarenta y ocho (48) horas, y el *référé-suspension*, que es el más comúnmente utilizado en el cual la orden del juez se da en un término promedio de quince días, y dependiendo de la importancia de la audiencia, en el curso de la cual la instrucción puede proseguir, el juez plantear preguntas y examinar con las partes los documentos presentados.

Estos son los campos en los que la oralidad se ha desarrollado más y continuará desarrollándose porque el legislador está continuamente tentado a instituir procedimientos análogos, caracterizados por la intervención de un juez único que debe decidir en un plazo muy breve. Estos procedimientos entrañan para los magistrados importantes cargas, con las correspondientes obligaciones de vigilancia y de permanencia. Se trata de una ruptura considerable de la cultura y de las prácticas tradicionales del juez administrativo. Pero ya de hecho funciona así: ¡esta nueva cultura ingresa en las costumbres y los magistrados que la practican en verdad la aprecian!

La segunda razón que conduce a aumentar la dosis de oralidad alude a la necesidad, para los procedimientos normales, de adaptar la instrucción y la audiencia a ciertas exigencias de la comunicación o de las relaciones profesionales



modernas. En cuanto a la instrucción, la experiencia de los procedimientos de urgencia ha mostrado algunas ventajas del intercambio oral, sobre todo cuando la discusión se centra sobre hechos muy embrollados. Y en cuanto a la audiencia, algunos sostienen que es necesario corregir la impresión dejada por una sesión pública en la cual los abogados alegan poco o nada, y donde lo esencial se dirige a oír la “lección de derecho” del comisario de gobierno, sin que las partes puedan responder de ninguna forma. Es verdad que nuestros contactos con los abogados muestran de su parte una insatisfacción muy grande, una cierta frustración. Hay reflexiones en curso sobre este punto y es muy probable que se orientaran sobre el desarrollo de la oralidad, sin duda con una posibilidad para las partes de decir algunas palabras después de la intervención del comisario de gobierno.

3. Los poderes del juez

Ubicaré en este punto diversas innovaciones recientes que testimonian la voluntad de racionalizar el procedimiento para hacer más efectivas la intervención del juez y la protección de los derechos. Ellas corresponden en parte a los temas de reflexión transversales de su documento de Paipa (páginas 4, 7, 8 y 12). Solo me referiré a dos grandes series de innovaciones que buscan todas ellas hacer más efectivos los recursos.

Las primeras conciernen evidentemente a los poderes confiados por el legislador al juez administrativo frente a la administración, bajo la forma de conminación. Si en el marco de la separación de poderes el juez administrativo siempre tuvo el poder de pronunciar condenas pecuniarias contra personas públicas (la orden de pagar ciertas sumas), le estaba tradicionalmente prohibido imponer la orden de condenar a hacer. Ha sido en esto necesaria la intervención de una ley para dotar al juez de poderes que le permitan, si es necesario, crear situaciones protectoras de derechos subjetivos, en varios casos. La orden puede estar acompañada de una multa.

El primero de estos casos es cuando, en el contencioso de exceso de poder, la anulación de sus decisiones debe conducir legalmente a la administración a tomar una nueva decisión en un sentido determinado. Si la administración ha negado un derecho o una autorización, en razón a que el interesado no cumplía con la única condición legal, y el juez estima lo contrario, él puede si ha sido promovida una demanda en ese sentido, y luego de haber anulado el acto, ordenar a la administración reconocer el derecho u otorgar la autorización. Mediante ese procedimiento, el tiempo durante el cual el derecho es desconocido se encuentra limitado.

El segundo caso es aquel cuando el demandante, habiendo obtenido una decisión favorable del juez, se enfrenta a dificultades para obtener el **cumplimiento** de esta decisión por parte de la administración. Contrario a lo que sucede en Colombia, no es el juez ordinario quien es el juez de ejecución de las decisiones del juez administrativo, sino que este último puede, mediante la demanda del interesado, intervenir frente a la administración para facilitar el buen cumplimiento de la decisión judicial, y en caso de fracaso de esta tentativa,



impartir órdenes a la administración acompañadas de multas. Este mecanismo abierto, actualmente, tanto ante el Consejo de Estado como ante los jueces de primera instancia y de apelación, es muy eficaz, y las críticas de la doctrina en cuanto a los problemas planteados por los retardos en la ejecución han cesado.

El tercer caso, el más espectacular, es el de la intervención preventiva del juez en *Référé*, en caso de urgencia. La ley de 2000 modernizó profundamente los diferentes *référés*. La urgencia es definida por la jurisdicción como una situación de amenaza suficientemente grave e inmediata a los intereses del demandante, con diversos grados según el procedimiento. El atentado a los intereses del demandante debe ser particularmente grave e inmediato para justificar el *référé-liberté*, procedimiento muy rápido en el cual la orden del juez debe intervenir en 48 horas en caso de un atentado grave y manifiestamente ilegal contra una libertad fundamental.

Ella debe ser suficientemente consistente (es una cuestión de especie) para el *référé-suspension*, que interviene cuando el juez conoce una demanda contra una decisión que él considera necesario suspender porque la urgencia es tal que resultaría injusto esperar a que el juez se pronunciara de fondo, y la anulación de esta decisión debe tener una posibilidad a partir de un elemento aportado en la instrucción y que le genere al juez del *référé* una duda seria sobre la legalidad de esta decisión. Este *référé-suspension* reemplazó el anterior procedimiento de “prórroga de la ejecución” (suspensión provisional) que se presentaba globalmente como un medio ineficaz. Es una de las grandes innovaciones de estos últimos años, reconocida por la doctrina y por los abogados, y muy bien aceptada por la administración.

Es necesario señalar igualmente que el *référé-mesure utile*, le *référé précontractuel*, que permite suspender la conclusión del contrato en caso de ilegalidad en curso o del procedimiento de atribuciones de los contratos públicos, así como los procedimientos recientemente imaginados por el legislador en las diversas situaciones (demandantes de asilo político retenidos a la entrada del territorio, reconocimiento de un derecho de atribución de vivienda oponible a la administración...) en el conjunto de esas situaciones, todas caracterizadas por la urgencia, el juez pronuncia solo al final de un procedimiento acelerado, su decisión. Si bien ella es solo provisional, puede acompañarse de órdenes complementarias y multas.

Otras evoluciones conciernen al examen del juez de fondo, con la idea directriz de que los procedimientos terminen con una **decisión judicial que defina de una forma más completa el litigio**. Para comprenderlo, es necesario recordar que el recurso por exceso de poder fue, históricamente, un maravilloso medio para asegurar el respeto del principio general que somete la administración a la legalidad y a la teoría del derecho de los actos de la administración. En este procedimiento, el juez estaba en una situación tanto audaz como prudente. Audaz, ya que ella permitía al juez dar “lecciones de derecho” hasta llegar justo a anular los actos de la administración más importantes. Pero igualmente prudente, puesto que el juez no se inmiscuía en



las responsabilidades administrativas: luego de la anulación, la administración retomaba todo su poder para tomar una nueva decisión, eventualmente en el mismo sentido, por otro motivo.

Este tipo de control pone en evidencia hasta nuestros días su insuficiencia, tanto que la gran mayoría de recursos toma aun la forma de recurso por exceso de poder. Ha habido entonces un doble movimiento. El primero viene del legislador, el cual reexamina el derecho aplicable en ciertos dominios, con tendencia a precisar que las decisiones de la administración pudieren ser llevadas delante del juez administrativo por un recurso de plena jurisdicción, recurso que, ustedes lo saben, confiere al juez más poderes en cuanto se refiere al grado de control que él ejerce, que puede ir hasta los poderes de sustitución y que, sobre todo, trata sobre el derecho invocado y no sobre la legalidad de la decisión administrativa en el momento en el que ella fue adoptada. Solo daré un ejemplo, pero es espectacular: aquel de una ley de 2006 que calificó de recurso de plena jurisdicción el presentado ante el Consejo de Estado contra los decretos que autorizaban la creación de infraestructuras tan importantes como las instalaciones nucleares.

El segundo movimiento provino de la jurisprudencia del Consejo de Estado que, por recientes e importantes sentencias comentadas por la doctrina, buscó evaluar (racionalizar) el recurso por exceso de poder. Así, fue decidido por una sentencia, actuar para el cambio, en nombre del ideal de la seguridad jurídica, que la anulación por parte del juez de un reglamento (que en teoría tiene un efecto directo, y a la vez inmediato y retroactivo) puede, si el juez lo decide, tener efectos diferentes. El Consejo de Estado igualmente juzgó que la administración puede solicitar al juez, en presencia de una decisión que no se basa sino en un solo motivo de ilegalidad, que sea sustituido por otro motivo que le parezca más sólido; este nuevo motivo es evidentemente comunicado al demandante para garantizar el respeto al derecho de contradicción. Muy recientemente el Consejo de Estado admitió que, en ciertas hipótesis, un tercero en relación con un contrato pudiera demandar al juez la anulación de ese contrato, aun cuando por esencia un contrato no tiene sino efectos entre las partes que están comprometidas.

¡Esos son los ejemplos de innovación que hace poco hubieran sido considerados como herejías! Ellos han sido justificados para permitir al juez asegurar plenamente su oficio, más allá de la simple apreciación de la legalidad de los actos.

III. Medidas de racionalización en el ámbito de la organización y de los métodos de trabajo

Las presentaré en tres puntos: la organización general de la justicia administrativa; la organización interna de las jurisdicciones; los métodos de trabajo del juez.



1. La organización general

En ese ámbito (correspondiente a los temas 4 y 5 de sus reflexiones) hay pocas innovaciones por señalar.

Por una parte, “el objeto” de la jurisdicción administrativa globalmente no cambió, la distribución de las competencias entre los dos órdenes ha permanecido estable. Como tuve el honor de exponerlo el lunes pasado, el tribunal de conflictos que decide las dificultades surgidas en ese punto solo es convocado cincuenta veces por año, de las cuales hay una decena de casos espinosos sobre cuestiones en la frontera de los dos órdenes, a menudo después de avances del derecho en algunos ámbitos, por ejemplo el derecho de la competencia... Últimamente las autoridades políticas han evocado las ventajas prácticas que tendría la vinculación de la casi totalidad del contencioso de la estadia de los extranjeros a un solo orden, pero tal reagrupación se enfrenta con obstáculos mayores de orden constitucional.

Por otra parte, la repartición de las competencias dentro del orden administrativo no fue sensiblemente modificada desde la ley de 1987. Los tribunales administrativos son jueces de derecho común (también existen jurisdicciones administrativas especializadas que fueron solamente un poco modernizadas). Las apelaciones se presentan ante cortes administrativas de apelación (8 hoy día), salvo para el contencioso electoral local y el examen de las cuestiones prejudiciales reenviadas por el juez judicial, el Consejo de Estado permanece juez de apelación únicamente en esas dos materias. Finalmente, el Consejo de Estado se queda con algunas competencias en primera y última instancia para los actos reputados como los más importantes, algunas apelaciones, y es en la mayoría de los casos convocado como juez de casación. Es hoy esencialmente con la ocasión de recursos de casación que puede asegurar la unidad de la jurisprudencia. La situación es comparable a la del Consejo de Estado colombiano. La innovación principal relativa a esta organización es la que consistió en 2003 en cerrar la vía de la apelación, pero obviamente no de la casación, para los fallos proferidos por los tribunales administrativos, los cuales representan alrededor del 10% de sus decisiones. Se hace actualmente una reflexión sobre la posibilidad de reducir el número de casos que conoce el Consejo de Estado en primera y última instancia.

Debo señalar, sin embargo, que si bien la arquitectura es estable, el número de tribunales y de cortes de apelación tuvo que ser aumentado, ante el fuerte crecimiento del volumen del contencioso-administrativo (aproximadamente 9% por año en los últimos 10 años).

2. La organización interna de las jurisdicciones

Es sobre ese punto que se realizaron los cambios más destacados. La evolución del marco jurídico, siempre más complejo en algunos ámbitos, y las exigencias cada vez más fuertes de garantía de los derechos llevaron a una explosión del contencioso-administrativo. Mientras se presentaban hace veinte años muchos casos de mediana dificultad, en ámbitos variados del derecho,



que justificaban una organización estándar, con examen por una formación de juzgamiento colegiado después de oír las conclusiones de un comisario de gobierno, hasta para los casos los más simples. Existe hoy un volumen global del contencioso muy superior que incluye más casos difíciles, incluso muy difíciles, muchos más casos simples o repetitivos, y, finalmente una proporción mucho más baja de litigios de dificultad mediana.

Las autoridades responsables de la organización de la justicia administrativa finalmente tomaron conciencia de eso estableciendo progresivamente desde hace quince años toda una gama de modos de tratamiento jurisdiccional. La proporción de colegialidad disminuyó singularmente hasta el punto que hoy día, en los tribunales administrativos, la mayoría de las decisiones (mandamientos o juzgamientos) es adoptada por un juez que resuelve el caso solo (presidente de la jurisdicción, presidente de la formación de juzgamiento, juez delegado). A veces él resuelve el caso sin instrucción contradictoria, sin audiencia y sin conclusiones del comisario de gobierno (autos de rechazo, desistimientos, inadmisiones diversas...), a veces tras la instrucción y audiencia pero sin comisario de gobierno (contencioso de la reconducción a la frontera, recurso de urgencia), a veces con esos tres tipos de garantías para el actor (lista de “pequeños litigios” definidos por el código, los mismos por los que fue suprimida la apelación). En el Consejo de Estado, igualmente, la gama de modos de tratamiento fue extendida para tomar en cuenta la complejidad variable de los casos y, actualmente, el número de demandas examinadas en la formación de juzgamiento ordinario por parte de siete jueces se volvió claramente minoritario; la mayoría de las decisiones se profirió por un solo juez o bien por una formación de juzgamiento restringida a tres jueces. Ante el desarrollo de lo que se llama a veces el “contencioso de masa”, la decisión colegiada y el segundo examen que constituye la intervención del comisario de gobierno van cada vez más en retroceso.

No se sorprenderán al saber que esa evolución enfrentó numerosos reparos de algunos magistrados, en particular los más impregnados de la cultura tradicional, y de sus organizaciones sindicales. Les dejo imaginar las críticas: “No existen pequeños litigios”; “justicia por lo bajo”; “justicia a dos velocidades”... Pero la idea central es simple: la buena administración de la justicia exige repartir el recurso humano, que es escaso, en función de la complejidad del trabajo de análisis y de reflexión que supone la demanda, porque de lo contrario los retardos se acumulan, los magistrados se desaniman y en nombre de una idea irrealizable, la prestación de justicia resulta siendo mediocre. Por otra parte, importantes garantías existen, puesto que si el asunto inicialmente considerado como simple luego de su examen plantea una cuestión nueva o compleja, ella puede ser siempre confiada a una formación de juzgamiento colegiado. Lo anterior sin olvidar que el actor dispone de diferentes recursos.

Otros quisieran ir más lejos autorizando en cierta medida a las jurisdicciones a escoger en caso por caso el modo de tratamiento que justifica individualmente cada asunto, decidiendo por ejemplo, luego de un examen, eximir al comisario



del gobierno del análisis del expediente, o de sus conclusiones, aunque hasta el momento es el código el que define la naturaleza del negocio o de las cuestiones que competen a cada formación de juzgamiento. Es probable que, si nos encaminamos en esta vía, seamos muy prudentes.

3. Innovaciones en los métodos de trabajo

Este tema puede parecerles anexo en relación con el procedimiento, y seré breve aunque ustedes invitaron a la persona que fue responsable durante más de cuatro años de la misión de inspección que ejerce el Consejo de Estado Francés sobre las jurisdicciones administrativas, y me siento en el deber de indicarles la importancia de este punto con algunos ejemplos.

La comisión de reforma del código colombiano se cuestiona sobre la informatización de ciertos aspectos del procedimiento. La experiencia francesa muestra los progresos que resultan de la telemática y de la informática. Hace ya mucho tiempo que nosotros admitimos que se demande ante el juez por fax o por correo electrónico, el libelo luego debe ser confirmado por un escrito firmado. El trabajo de investigación documentaria de los jueces reposa hoy día, mucho más, sobre la explotación de las bases de datos informáticas (textos, jurisprudencia, doctrina) que sobre el documento escrito. Yo mismo supervisé los grupos de trabajo encargados de construir y poner al día las bases de datos de los modelos de redacción de sentencias utilizada para toda suerte de asuntos y de regímenes legales. La generalización del tratamiento del texto facilita los intercambios entre los jueces colegiados, permite la redacción de las sentencias por los magistrados directamente, y no por sus auxiliares. Estos métodos, desde el comienzo adoptados por los magistrados más jóvenes, son ahora de uso general. Llamo la atención sobre el hecho de que el seguimiento de las investigaciones está totalmente informatizado según un sistema que permite al secretario, a los magistrados e igualmente a las partes estar en línea, seguir en tiempo real la instrucción. En fin, los sistemas de información aseguran la producción regular de estadísticas y facilitan una mejor gestión de flujos.

El Consejo de Estado quiere ir más lejos y favorecer los **teleprocedimientos**, sistemas en los cuales están todas las actuaciones de las partes, que son informatizadas y transmitidas a las partes por correo electrónico, utilizado a modo experimental por el contencioso fiscal en el Consejo de Estado, en una corte de apelaciones y en un tribunal administrativo. Otra innovación es la **videoaudiencia**, muy económica en ultramar donde las residencias de los magistrados están a miles de kilómetros del tribunal donde prestan el servicio. La audiencia puede llevarse a cabo cuando los jueces están, por ejemplo, en el tribunal de residencia de Nueva Caledonia, pero el demandante, el abogado, el defensor, están presentes en el tribunal de Mata-Utu a más de 2.000 kilómetros en el océano Pacífico. Antes, los magistrados debían desplazarse en muchas ocasiones y las líneas aéreas solo viajan cada tres días.

Es necesario igualmente evocar la formación inicial y continua de los magistrados y de sus auxiliares. Pero quiero terminar insistiendo sobre todos



los progresos que se pueden esperar de eso que llamamos la **ayuda a la decisión**, concepto que comprende una agrupación de recursos humanos de los que, bajo formas variadas, pueden disponer los magistrados para facilitarles su trabajo. Auxiliares, sustanciadores de tiempo completo o de medio tiempo, estudiantes y abogados en prácticas de larga duración aseguran hoy día una parte del trabajo que el juez administrativo francés debía asumir solo hace algunos años, y ello tanto para analizar el conjunto de procesos por resolver y facilitar el reagrupamiento de los que tratan problemas similares, para hacer investigación documentaria, así como para redactar antecedentes o incluso para redactar íntegramente las sentencias más simples a partir de instrucciones del magistrado. Igualmente para asegurar el conjunto del trabajo del ponente cuando se trate de asuntos muy repetitivos con numerosos precedentes, aunque, claro está, el magistrado supervisa el trabajo y solo este es quien asume la función de juzgar.

Estas prácticas no han ingresado fácilmente en las costumbres, pues la tradición como los hábitos iban en sentido contrario; el juez trabajaba solo, y eso comprendía el más humilde trabajo de pluma, a pesar de que en ciertos países y jurisdicciones internacionales los jueces tienen colaboradores y asistentes. Han sido, en primer lugar, los jefes de jurisdicción y los presidentes de formación de juzgamiento quienes lanzaron el movimiento y experimentaron la buena metodología. Ahora muchos están convencidos de que la necesaria inversión en un primer tiempo para formar a sus colaboradores rendirá sus frutos, siempre y cuando estos permanezcan en el servicio durante un tiempo prolongado.

En conclusión, solo me resta desear que esta exposición haya dejado en ustedes la idea de una jurisdicción administrativa francesa que, por antigua que sea, no es incapaz de transformar sus procedimientos, su organización y sus métodos de trabajo, frente a las crecientes demandas que le hacen los administrados y las partes, obligándola frecuentemente a autocuestionarse y a desear hacer igualmente ciertas innovaciones que pueden ser fuente de reflexión e inspiración para la justicia administrativa colombiana.



Criterios para la racionalización del proceso contencioso

Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta

CONSEJERO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA,
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Planteamiento

En desarrollo de este importante encuentro organizado por el Consejo de Estado colombiano, con el apoyo del Consejo Superior de la Judicatura y la Embajada de Francia en nuestro país, ha sido supremamente útil la participación de los señores Consejeros de Estado franceses Marcel Pochard y Marc Durand-Viel, la del profesor Gerard Marcou de la Universidad de París I Panteón - Sorbona, y la de los representantes de nuestro país, que han enriquecido en grado sumo el análisis que la Comisión Redactora viene realizando de un nuevo Código Contencioso Administrativo para Colombia.

Uno de los temas que han ocupado la atención de quienes participamos en el evento es el de los “Mecanismos de racionalización del proceso contencioso-administrativo”, expuesto a manera de ponencia por el señor Consejero francés Marc Durand-Viel con el fin de ilustrarnos sobre la experiencia de su país en la aplicación de tal institución, actividad complementada con el desarrollo de un panel en el que intervenimos un Consejero de Estado colombiano por cada una de las Secciones que componen la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado colombiano.

En lo que concierne a la exposición que me corresponde, el tema será desarrollado en una primera parte referida a unos aspectos generales atinentes a los fundamentos del Debido Proceso en el Estado Social de Derecho, una segunda parte aludirá a una valoración de las implicaciones que ha generado la aplicación del Código Contencioso Administrativo de 1984 con respecto a la Constitución de 1991, y una tercera parte se referirá a la propuesta que la Subcomisión Tercera de la Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo viene trabajando, para finalmente formular algunas conclusiones sobre el particular.



I. Estado Social de Derecho y Debido Proceso

Una de las connotaciones determinantes del modelo Estado Social de Derecho apunta a la amplificación de su responsabilidad, entre otros, particularmente en cuanto a la consagración de la llamada Carta de Derechos en sus distintas modalidades, a saber: Derechos Fundamentales, Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y los Derechos e Intereses Colectivos y del Ambiente.

Correlativamente, la concepción expuesta impone igualmente un posicionamiento del Constituyente sobre la garantía y protección de los mencionados derechos, en tanto que con ello se cumple con otro de los grandes propósitos de un Estado Democrático, cual es el de propiciar la utilización de efectivos instrumentos que les permitan a los asociados obtener una rápida dispensa de justicia y dignas condiciones de vida.

Son diversas las expresiones garantistas del Estado Democrático al que se hace mención y cada una de ellas tiene el incontrovertible objetivo de concurrir al logro de los fines esenciales de aquel. En lo que corresponde al tema que nos ocupa, es evidente la trascendencia que tienen la regulación y correcta aplicación del Debido Proceso y uno de sus componentes más importantes, el proceso, alrededor del cual se articulan los demás supuestos de tal garantía, especialmente en el contexto de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, dada la alta sensibilidad que ella genera en la atención de los conflictos que suelen presentarse entre el Estado-administrador y los administrados.

Ahora bien, la garantía del Debido Proceso como un derecho fundamental de los asociados tiene una dimensión universal y por ello desde hace mucho tiempo ocupa especial atención en diversos tratados internacionales, muchos de ellos suscritos por Colombia y algunos de los cuales se enuncian:

Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Convención sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convenios I, II, III y IV de Ginebra, y los Protocolos I y II de tales Convenios.

Esta perspectiva internacional ha permitido observar el Debido Proceso con la idea de estimular su protección como una razón de Estado y como un derecho que requiere una permanente atención y respeto por parte de las autoridades, consolidándose con ello lo que doctrinariamente se ha denominado “El derecho a la jurisdicción” y que de alguna manera se explica en los siguientes términos:

“La sustitución de la autodefensa privada por la actividad jurisdiccional estatal constituyó —y sigue constituyendo— el punto de partida para que haya podido surgir y desenvolverse un “derecho al proceso”, tal como hoy pretendemos determinarlo.

“Bien que, una noción por lo pronto descriptiva del referido “derecho” debería tener en cuenta, desde el principio, su posible distinción con el derecho a la jurisdicción. O, mejor quizá, con el “derecho a la tutela jurisdiccional”, según la terminología doctrinaria elaborada a partir del artículo 24 de la actual Constitución española.



“Desde luego —y esto queremos poner aquí de relieve— que la distinción antedicha, siquiera por la semejanza de materia, supone una relación: la protección que da la jurisdicción en cualquier caso requiere ser realizada mediante un proceso (judicial jurisdiccional).

(...)

“En esencia, pues, y siguiendo pautas dadas por Germán J. Bidart Campos, nos hallamos de cara a una prestación positiva de dar algo. Es decir, ni más ni menos que *dar un proceso* aunque complementariamente nos encontramos también frente a una prestación positiva de hacer: tramitarlo según pautas normativas prefijadas (en sentido amplio, según la cultura jurídica del área, mediante “códigos procesales”).¹

Colombia no ha sido ajena a los movimientos doctrinarios y normativos referenciados y es así como después de un largo y progresivo camino recorrido hemos logrado decantar diversas regulaciones hasta estructurar y consagrar constitucionalmente claros preceptos atinentes al Debido Proceso, cuyo eje central descansa en el artículo 29 de la Carta superior, cuyo texto reza así:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento: a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Esta disposición, como es sabido, debe ser entendida en armonía con otros preceptos constitucionales, entre los cuales podemos citar el artículo 30 sobre la garantía del Hábeas Corpus, el 31 sobre la regla general de la apelación o consulta y la prohibición de la *reformatio in pejus*, el 32 sobre la *flagrancia*, el 33 sobre la *autoincriminación*, y el 34 sobre la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, y la consagración de la extinción de dominio por sentencia judicial sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito.

Tal como quedó expuesto, se observa que el “derecho al proceso” obviamente forma parte del derecho fundamental al debido proceso, y que todo este componente tiene como propósito fundamental la búsqueda de la efectivización de los derechos sustanciales. “El derecho al proceso es presupuesto del derecho en el proceso, porque como dice Gelsi Bidart con insuperable elocuencia, ‘la lucha por el derecho, con el derecho de que se dispone y ejercita (en este caso, la lucha por el derecho sustantivo

¹ Bertolino, Pedro J. “El derecho al proceso judicial”, Temis, Bogotá, D. C., 2003, págs. 5 y 6.



que se lleva a cabo en el ejercicio del derecho al proceso) ha de llevarse a cabo por medio de un modo ‘culto’ de luchar o de promover la actuación del derecho, en el cual, por ende, no todo medio vale”.²

Este Derecho al Proceso, entendido en el sentido del “juicio previo” según el cual nadie puede ser sorprendido por un acto emanado del poder del Estado que lo perjudique y lo afecte en sus derechos sustanciales, conduce a la garantía del “Derecho en el Proceso” que persigue bajo regulaciones concretas “... asegurar el debido cumplimiento de estadios procesales intercalados racionalmente para permitir su desemboque en una resolución definitivamente justa”.³

Desde el punto de vista jurídico el proceso ha sido definido de diversas maneras. Para algunos es un contrato, para otros es una situación jurídica y hay quienes lo califican como una relación jurídica. Coincidiendo con esta última conceptualización, el proceso aparece como una serie de actuaciones y actividades establecidas por el legislador que, en forma concatenada y mediante el desarrollo de diversas etapas, les garantiza a los sujetos intervinientes invocar del juez competente la definición de los asuntos que los convocan.

“Si tenemos en cuenta que las interrelaciones entre los sujetos del derecho constituyen relaciones jurídicas, no existe, en nuestro concepto, duda alguna acerca de que el proceso es una relación de tal índole, puesto que establece relaciones directas entre las partes y el juez, e indirectas entre las partes mismas, al paso de que el juez sirve de intermediario de ellas.

“Por lo expuesto, aceptamos la tesis de que el proceso consiste en una relación jurídica que se propone, mediante una serie de actos preordenados por el legislador, resolver las pretensiones que los sujetos de derecho, en ejercicio del derecho de acción, someten a la decisión de la rama jurisdiccional del Estado”.⁴

Estos criterios igualmente sustentan dos de los elementos determinantes de un proceso debido, es decir, del derecho en el proceso, como lo son: i) La observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, y ii) Su publicidad y celeridad. Ambos elementos forman parte de lo que en este tema se ha denominado “La racionalización del proceso”, en el entendido de que el juicio debe ser concebido de manera que en él se integren estrictamente las etapas y actuaciones que sean indispensables para un correcto y justo juzgamiento, exigencias que deberán ser respetadas rigurosamente en cada caso. Asimismo, el juzgador como director del juicio debe propiciar que este se cumpla dentro de las oportunidades que legalmente se señalen para su desarrollo, adoptando medidas que impidan que las partes intervinientes asuman comportamientos que alteren la normalidad de la actuación, a todo lo cual contribuye notablemente la publicidad del proceso, como garantía de transparencia y permisión de conocimiento por parte de la comunidad.

2 Rosatti Horacio D., “El derecho a la jurisdicción antes del proceso” Depalma, Buenos Aires, 1984, págs. 31 y 32.

3 *Ibidem*, pág. 33.

4 López Blanco Hernán Fabio. “Instituciones de derecho procesal civil colombiano” –Parte General–. Temis, Bogotá, 1985, pág. 133.



II. El Código Contencioso Administrativo de 1984 y los fundamentos de la Constitución de 1991

No es nada complejo observar que el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante Decreto Extraordinario No. 01 de 1984 fue concebido bajo una concepción de Estado de carácter individualista y restringido en cuanto a la cobertura de los derechos de las personas, caracterizado, además, por una jurisdicción contenciosa que sin perjuicio de su especialidad solo propendía a ejercer un control de legalidad sobre las actuaciones del Estado-Administrador.

Esta circunstancia denota claramente que al entrar en vigencia la Constitución de 1991 aparezca una serie de instituciones cuyo control judicial escapa al Código Contencioso de 1984, de tal manera que se produce una especie de “disfunción” en cuanto a la aplicación de las normas de dicho código para efectos de resolver situaciones generadas como consecuencia del nuevo contexto constitucional. La desactualización del código es evidente, sin perjuicio de las distintas reformas parciales que se le han introducido.

El tema del proceso no es ajeno a la desarticulación institucional referenciada y ello se refleja en la situación que sobre el particular se presenta en la actualidad:

De un lado, en lo típicamente contencioso el código regula un proceso ordinario de carácter escrito y aplicable para la mayoría de las actuaciones (Nulidad, Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Reparación Directa y Solución de Controversias Contractuales), que básicamente se conforma con las etapas de presentación de la demanda, la fijación en lista del asunto, la contestación de la demanda, la apertura a pruebas, las alegaciones y la sentencia. Además, existen reglas especiales para ciertos procedimientos, como es el caso de las controversias referidas a las Cartas de Naturaleza y a los Actos Administrativos Electorales, entre los cuales quedan comprendidos en nuestra legislación los actos mediante los cuales se declara una elección popular o corporativa, y los llamados Actos de Nombramiento.

Por fuera del Código Contencioso existen diversas regulaciones que contemplan la definición de ciertos asuntos de carácter administrativo mediante el seguimiento de procedimientos diferentes de los consagrados en aquel, pero con elementos comunes, tales como la acción de cumplimiento a que se refiere la Ley 393 de 1997 y la acción de repetición a que se refiere la Ley 678 de 2001. Estas dos últimas disposiciones, en la forma en que aparecen reguladas, son producto de las formulaciones que sobre el particular se recogen en los preceptos de la Constitución de 1991.

Igualmente, son producto de las preceptivas constitucionales otros procesos que si bien han sido concebidos para definir asuntos no propiamente administrativos, se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es el caso de la acción de Tutela, regulada por el Decreto-ley 2591 de 1991, las acciones Populares y de Grupo, reguladas por la Ley 472 de 1998, la acción de Pérdida de la Inversión de Congresistas, regulada por la Ley 144 de 1994 y la de Diputados, Concejales y Ediles, regulada por las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, y el Hábeas Corpus, regulado por la Ley 1095 de 2006.



En este orden, la “disfunción” a la que se hizo alusión anteriormente genera, en cuanto al proceso, diversas situaciones problemáticas que pueden identificarse de la siguiente manera:

La diversidad de procesos susceptibles de ser adelantados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, atenta directamente contra la celeridad y, por ende, contra la calidad de la justicia administrativa.

El rigor procesal de los procesos típicamente administrativos, frente a la flexibilidad procesal de los nuevos procesos originados en la Constitución de 1991, genera un evidente desequilibrio en el trámite de los asuntos, con la consecuente pérdida de credibilidad ciudadana frente a los primeros con respecto a los segundos.

Igual situación se presenta con respecto a los poderes del juez, debido a que cuando actúa en el ámbito administrativo son notorias sus limitaciones en la conducción y definición del proceso, en tanto que cuando lo hace en la órbita de las llamadas acciones y procesos constitucionales sus poderes se amplifican notoriamente, circunstancia que también se traduce en un desequilibrio funcional.

Todo lo anterior termina estimulando la subcultura del litigio, incrementando en forma desmesurada los procesos ante la jurisdicción contenciosa y comprometiendo su índice productivo, al tiempo que se propicia un lamentable abuso de las acciones y procesos constitucionales.

A lo expuesto se agrega la poca operatividad que ha tenido en la jurisdicción contenciosa la aplicación de la regulación existente en materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, particularmente debido a la precaria confiabilidad de los servidores públicos con respecto a dichos instrumentos ante la incertidumbre de los riesgos que surgen en materia de responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal.

III. Propuestas sobre un nuevo proceso contencioso administrativo

Bajo el diagnóstico descrito, la Subcomisión Tercera⁵ considera que uno de los supuestos para propiciar la dispensa de una efectiva y pronta administración de justicia contenciosa, debe concretarse en la adopción de medidas tendientes a la racionalización del proceso ante esta jurisdicción, lo cual debe contemplar los llamados “Derecho al Proceso” y “Derecho en el Proceso”.

En esta perspectiva, la versión de un nuevo proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe tener en cuenta:

- a) LA REAL DIMENSIÓN DEL PRINCIPIO DE ORALIDAD. No obstante las diversas posiciones conceptuales que se hayan expuesto sobre el alcance del principio de oralidad, lo cierto es que el proyecto de reforma a la Ley Estatutaria

⁵ La Comisión Redactora del nuevo Código se encuentra organizada en cuatro Subcomisiones, y la tercera de ellas se ocupa del tema objeto de análisis.



de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, que a la fecha de este evento se encuentra en revisión por parte de la honorable Corte Constitucional, lo contempla como uno de los postulados del Derecho Procesal Colombiano, incluido obviamente el Derecho Procesal Administrativo, bajo las condiciones que legalmente se determinen.

Al respecto, se ha coincidido en que mirada la experiencia que ha vivido el país en materia penal y la que ha empezado en materia laboral y de familia, en el ámbito administrativo debe adoptarse un criterio mixto que permita hacer compatible lo necesariamente escrito del proceso con lo efectivamente oral, con el fin de atribuirle una dinámica rápida al mismo sin sacrificar los derechos de las partes.

- b) **LOS PODERES DEL JUEZ.** Es evidente que una nueva versión del proceso debe propender a otorgarle al juez un papel diferente, mediante el cual este asuma importantes poderes de dirección, de saneamiento y de definición del litigio. En ese orden, resulta determinante que el juez contencioso sea revestido de los mismos poderes que tiene cuando actúa como juez en las llamadas acciones constitucionales, particularmente en cuanto a la adopción de medidas cautelares, para efectos de superar la “disfunción” a que se ha hecho referencia en esta intervención, con lo cual seguramente se mejorará la calidad de la justicia administrativa y se racionalizará el uso de aquellas acciones.

Especial consideración debe merecer la posibilidad de consagrar la declaratoria de nulidad de oficio de Actos Administrativos no demandados expresamente pero cuya existencia se derive del acervo probatorio existente en el proceso, particularmente cuando se trate de proteger los derechos de los administrados, atendiendo a que dicha facultad se encuentra atribuida en materia contractual al juez contencioso con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 50 de 1936.

- c) **LA UNIFICACIÓN DE LAS ACCIONES CONTENCIOSAS.** Después de un detenido y serio análisis sobre el criterio tradicional de la regulación plural de las acciones contenciosas, se ha convenido que el llamado derecho a accionar es único como una de las manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia, razón por la cual expresarlo normativamente de esa manera debe contribuir a la eliminación de numerosas consecuencias negativas para el demandante por el hecho de haber escogido “la acción equivocada”.

Correlativamente, entonces, se impone entrar a regular detalladamente las diversas pretensiones que pueden ser formuladas en el proceso, observando un explicable rigor en la consideración de sus posibles acumulaciones mediante el establecimiento de reglas propias para el contencioso. A ello debe sumarse, en lo posible, la unificación de los términos de caducidad para la formulación de las pretensiones aludidas, distinguiendo aquellas relativas al solo control de legalidad de las actuaciones del Estado-administrador, de aquellas que comporten controversias de tipo económico.

A lo anterior se agrega la necesidad de precisar en cada caso cuáles son los efectos de la sentencia, según las pretensiones que se hayan formulado en forma



individualizada o acumulada, para propiciar la debida congruencia que debe existir con respecto a cada uno de los temas anteriormente planteados.

- d) **LA REGULACIÓN PROBATORIA.** Sobre la base de mantener como regla general el principio según el cual a cada parte le corresponde la carga de la prueba de lo que pretende en el proceso y dentro del concepto de la racionalidad a que nos hemos referido en este análisis, se propone regular en una forma mucho más determinante lo concerniente a la prueba anticipada con citación de la otra parte, para efectos de tornar obligante el concepto de prueba aportada al proceso, de tal manera que en forma preponderante el juez falle con las pruebas existentes y suministradas por las partes.

Tal criterio implica el que al juez solo se le permita excepcionalmente decretar pruebas solicitadas por las partes, u ordenarlas de oficio en el único y motivado caso en el que ello sea absolutamente indispensable para decidir, con lo cual se garantiza mucho más su neutralidad como director del proceso.

- e) **LA REDISTRIBUCIÓN INTERNA DE FUNCIONES JUDICIALES.** Tal como quedó expuesto en apartes anteriores de esta intervención, el rigor procesal hoy existente impone que el juez deba intervenir en casi la totalidad de las actuaciones susceptibles de presentarse en un proceso, con un notorio desgaste de su actividad y con un alto grado de afectación de la celeridad de la justicia contenciosa. Por ello, al realizar un inventario de tales actuaciones, predominantemente de carácter operativo del proceso, se concluye que es necesario e indispensable utilizar los mecanismos constitucionales y legales existentes para establecer que aquellas mismas sean realizadas por los funcionarios del Despacho y, en lo pertinente, por el Secretario General de la Sección, Sala o Corporación.

De la manera expuesta, el desarrollo del proceso será dinámicamente más fructífero y el juez gozará de una mayor disponibilidad para estudiar el conflicto y adoptar la decisión que corresponda.

- f) **LA ARTICULACIÓN DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.** Es indiscutible que, aun cuando no haya sido lo suficientemente efectiva su aplicación en nuestro país, la experiencia que se ha tenido con los distintos mecanismos alternativos de solución de conflictos en lo administrativo debe evaluarse con el propósito de articular su regulación con la del nuevo Código Contencioso Administrativo.

Para ello, es igualmente necesario considerar que en la definición de los conflictos el juzgador no solo es un controlador de la legalidad de las actuaciones del Estado-administrador, sino que también es un garante de la protección efectiva de los derechos de los administrados.

Ahora, como consecuencia de los planteamientos precedentemente expuestos se proponen el establecimiento y regulación de tres clases de procesos:

- Un proceso **ORDINARIO** como regla general, cuya demanda y su contestación se presentarían por escrito; una primera audiencia que tendría por objeto precisar el litigio, su saneamiento frente a eventuales vicios procesales, la determinación de las pruebas aportadas y las excepcionales



pruebas solicitadas o de oficio; y una segunda audiencia para escuchar a las partes y si es del caso anunciar el sentido de la decisión. En el evento de que esto último no fuere posible, dada la complejidad del asunto, se suspenderá la audiencia por un término razonablemente inmediato para únicamente dictar el fallo, del cual quedará una constancia escrita en la que predomine el concepto del juzgador sobre la decisión adoptada.

- Un proceso SUMARIO, para dirimir conflictos en los que solo se controvierta la legalidad de las actuaciones del Estado-administrador, sin otra pretensión, tales como la nulidad de Actos Administrativos y de Contratos Estatales, y aquellas referidas al cumplimiento de la ley o de un acto administrativo. En este proceso la demanda y su contestación se presentarán por escrito, solo existirá una audiencia, cuya realización dependerá de lo que el juez determine, para efectos de escuchar a las partes en asuntos objeto del conflicto que motivadamente lo requieran. Especial consideración normativa requiere este proceso cuando se trate de controversias electorales.
- Un proceso EJECUTIVO, que tiene por objeto hacer efectivas las acreencias a favor o en contra del Estado, manteniéndose con ello el principio general de Derecho Procesal según el cual el juez que condena debe ejecutar. Al respecto, debe tenerse presente que cuando el título ejecutivo es una sentencia, no debe existir un proceso ejecutivo distinto y por separado, sino que deben adoptarse regulaciones que permitan continuar el proceso condenatorio con el fin de que la decisión se cumpla prontamente, sin dilaciones y con el respeto de las garantías debidas al ejecutado.

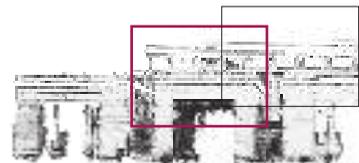
En los demás casos, solo es admisible el proceso ejecutivo que tenga como título el contrato estatal, en la forma que hasta el presente ha sido contemplada legalmente, observando que es necesario diseñar unas reglas propias para la ejecución contenciosa, incluido el sistema de audiencias, que permitan preservar el carácter especializado de la jurisdicción y dirimir el asunto de una forma mucho más ágil.

Conclusiones:

Las consideraciones anteriormente formuladas nos permiten concluir que:

La experiencia demuestra que una revisión del Código Contencioso Administrativo necesariamente implica su adaptación a las previsiones adoptadas por la Constitución de 1991, especialmente para observar que el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no solo comprende el control de legalidad de las actuaciones administrativas, sino también la protección efectiva de los derechos de los administrados.

Uno de los postulados orientadores del Derecho Procesal Administrativo a tiempo presente lo constituye el principio de oralidad, en el entendido de que esta no constituye en manera alguna ausencia de escrito y que, por el contrario, en una



concepción jurídica como la nuestra se impone un sistema mixto que se es mucho más cercano a lo que en este evento se ha denominado “Mecanismos de racionalización del proceso”.

A su vez, la dimensión real de la oralidad en el proceso contencioso debe articularse con otras conceptualizaciones integradoras de la actividad judicial, tales como las vías de acceso a la justicia, los poderes del juez, el debate probatorio, la eliminación de las barreras procesales y la congruencia de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

En fin, la adecuada estructuración del proceso definitivamente deberá incidir en el logro de una efectiva y pronta justicia contencioso-administrativa.



La perspectiva de la Sección Segunda del Consejo de Estado Jaime Moreno García

VICEPRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Oyendo al profesor Marc Durand se llega a la conclusión de que existen diferencias enormes entre el derecho administrativo francés y el derecho administrativo colombiano.

Sin embargo, es nuestro derecho administrativo una normativa iniciada hace más de cien años y la tradición judicial y jurisprudencial del Consejo de Estado es reconocida a escala nacional e internacional.

Desde hace década y media, el volumen de procesos de este tribunal se ha triplicado. Es más, casi desde la cruenta y violenta toma del Palacio de Justicia, la Corporación se vio abocada, en primer lugar, a reconstruir un sinnúmero de procesos incinerados en los aciagos hechos del noviembre negro de 1985.

A partir de la década del noventa del siglo pasado se le impuso al mundo el proceso económico de la **globalización**, es decir, el sistema de la apertura económica, la instauración de regímenes neoliberales que les permitieran a las grandes compañías multinacionales las inversiones de capital en la gran mayoría de los países del mundo.

Este sistema económico obligaba a los países que se acogieron a su égida a abrir, sin control alguno, sus fronteras y supuestamente a exportar también sus mercancías. Pero la experiencia ha demostrado un enorme desbalance en los regímenes arancelarios y exportadores.

El sistema económico bombardeó al mundo con las panaceas del desarrollo de la producción y el crecimiento económico, y los trabajadores empezaron a escuchar el lenguaje de la desregularización, de la flexibilización, de la deslaboralización. Los gurús del nuevo sistema presionaron a los gobernantes a **reducir el tamaño del Estado**, a reducir los gastos de funcionamiento y a que desapareciera la mayoría de las entidades estatales y sobre todo aquellas instituciones que ofrecieran bienes y servicios, para evitar la competitividad con los particulares.

En Colombia, como en otros países del continente, el Estado es el mayor empleador. Esto se debe a que la producción y el crecimiento capitalista es incipiente y la mano de obra consigue con relativa facilidad el empleo en las instituciones estatales.

Al reducir el tamaño del Estado, cerrar empresas estatales, suprimir entidades oficiales y permitirles a los particulares que todas las obligaciones del Estado pasan a sus manos, no mediante contratos de trabajo, sino por órdenes de servicios, contrato de prestación de servicios profesionales, o a través de la intermediación



de las agencias temporales de empleo o de cooperativas y empresas asociativas del trabajo, los otrora empleados públicos o trabajadores oficiales fueron asaltados en sus carreras y remuneraciones en beneficio de los intermediarios o simplemente dejaron de ser trabajadores para convertirse en socios de las cooperativas o asociaciones empresariales. De esta manera, de tajo perdieron sus prestaciones sociales, sus pensiones y hasta la seguridad social.

Toda esta política económica obligó a los despedidos de sus empleos a que acudieran a la justicia contencioso-administrativa (los empleados públicos) o a la justicia ordinaria laboral (los trabajadores oficiales) en procura de un reconocimiento judicial de sus derechos laborales.

El enorme ejército de desempleados lo perdió todo. Un porcentaje grande era de carrera administrativa y tuvo que someterse a que su tiempo de servicio fuere pagado con irrisorias indemnizaciones y perder sus cotizaciones para pensiones.

Lo anterior condujo, de paso, a la aparición de las organizaciones sindicales de más arraigo y fortaleza en el ámbito gremial. Perdieron sus fueros sindicales, sus permisos, el ejercicio de la libertad sindical y fue un golpe mortal al derecho de asociación.

Todas las anteriores tragedias hicieron que múltiples abogados acudieran a la justicia en defensa de sus clientes. Y ahí fue Troya. La justicia contencioso-administrativa se congestionó en la sección que a mí respecta.

Como ejemplo, puedo reseñar que en el año 2005 nos repartieron a los seis magistrados de la sala Laboral 10.500 expedientes y en 2006 ese número ascendió a más de nueve mil. Solo a partir del 1° de agosto de 2006, con la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, la congestión se trasladó a estos 250 jueces.

Es que a partir de 1991 se nos asignaron otras competencias: las acciones constitucionales como la tutela, las pérdidas de investidura, las acciones populares y de grupo.

La racionalización hay que afrontarla desde distintos ángulos: hay que seguir permitiendo el fácil acceso a la justicia. ¿Por qué? Porque tratándose de acciones de carácter laboral, los trabajadores consideran que su único patrimonio es la fuerza de trabajo y por mínimas que sean las pretensiones de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, es el pleito de su vida. Y es que en este aspecto el ex trabajador que acude a la justicia, de por sí, por el solo hecho de tener que hacerlo por intermedio de apoderado, está perdiendo un porcentaje grande de los dineros de sus aspiraciones, si sale avante en el litigio y, si no, de todas maneras tuvo que darle al abogado una cuota inicial que afectó sus últimos ingresos en el trabajo donde fue desvinculado. Por ello, los aranceles que la reciente ley de la reforma de la justicia que está sometida al concepto previo de la Corte Constitucional, acarrear un perjuicio mayor a los pretendientes laborales. En lo laboral, el principio general es que esta justicia, por lo menos, debe ser gratuita y tiene que seguir siendo un servicio público a cargo del Estado. No es posible que los usuarios permitan la privatización de la justicia.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

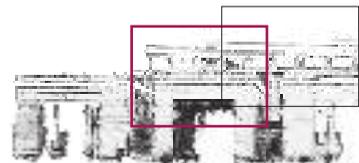
En el Consejo de Estado se trabaja con demasiado hacinamiento. Es una de las cuatro altas cortes con una población laboral de más de 400 empleados, y estamos congestionados en un espacio físico casi igual al de las demás corporaciones. Esto hace que la congestión y el hacinamiento permanezcan en los despachos, pasillos y corredores, como una demostración más de la incuria administrativa.

La sección segunda ha adoptado, para los procesos iguales, el método del proceso testigo, con ayuda de la **GTZ**, fundación alemana que ha sido de gran ayuda. Esto nos ha permitido fallar casi todos los procesos que nos apabullaron en 2005 y 2006. Pero qué bueno fuera que eliminando la congestión, los jueces pudiéramos dedicarnos a producir providencias de alta calidad jurisprudencial.

Y ya lo decíamos, los jueces administrativos somos instructores y falladores.

Y por si fuera poco, la justicia administrativa **es rogada** y los poderes del juez se encasillan a lo eminentemente pedido por el demandante. No existen facultades ultra y extra petitas. Ante una verdad de a puño, de un derecho que titila desde la carátula del expediente, pero que no fue pretendido por el demandante, nos toca ser creativos para garantizar los derechos laborales que, además, son de orden público. Aquí les podría narrar un caso, pero entiendo que el tiempo es muy precario.

En fin, el Nuevo Código Contencioso deberá contener unos métodos más efectivos para extirpar de raíz la congestión de las secciones Primera y Tercera. Estas demoras de tantos años hacen suponer que el Consejo de Estado no imparte justicia. Hay que conjurar todo vestigio de inactividad, congestión, y buscar el galantismo constitucional en todas las acciones, porque solo las tutelas y las acciones populares buscan rescatar derechos individuales o colectivos, los procesos ordinarios y de nulidad también lo pretenden. Mil gracias.



Algunas reflexiones acerca de la racionalización del Proceso Contencioso-Administrativo

Mauricio Fajardo Gómez

CONSEJERO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA,
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



Sea lo primero agradecer, de la manera más especial, a los organizadores de este importante seminario de reflexión binacional (colombo-francés o franco-colombiano, como se prefiera) por la oportunidad que me han brindado de compartir algunas reflexiones acerca de aspectos que podrían contribuir a ‘racionalizar’ el diseño y particularmente la ejecución de los procesos con los cuales deben lidiar a diario los usuarios de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y los jueces que la integran.

Sin duda, la riqueza de los planteamientos y de las exposiciones que se han realizado a lo largo de este evento de tanta altura académica ha de redundar en beneficio de la labor que con tanta dedicación y esmero se viene adelantando desde hace varios meses en nuestro país, bajo el liderazgo del Consejo de Estado, en orden a procurar la mejor reforma posible para la regulación legal de los asuntos y materias de los cuales se ocupa y debería ocuparse el Código Contencioso Administrativo.

1. Advertencias preliminares

Al acudir gustoso a participar en el tema de “*racionalización del proceso contencioso-administrativo*” que nos ha sido propuesto para el día de hoy, estimo pertinente realizar dos advertencias previas, a saber:

De un lado, debo poner de presente que las opiniones y las sugerencias que a continuación me permitiré someter a consideración de la comunidad jurídica nacional y, en especial, de quienes se encuentran comprometidos con la tarea de diseñar una reforma al Código Contencioso Administrativo, de ninguna manera comprometen a la Corporación de la cual tengo el inmenso honor de formar parte gracias a la democracia colombiana, como tampoco a la Sección Tercera del Consejo de Estado cuyos integrantes, en un acto de enorme generosidad, me designaron para participar en este encuentro.

De otro lado, considero indispensable subrayar que intervengo en esta temática en cuanto entiendo que con la expresión “*racionalizar*” en realidad lo que se



pretende, en cuanto ello pudiere ser posible, es ‘mejorar’ –en términos de agilidad, de eficiencia y de seguridad– los procesos judiciales que, de acuerdo con la normativa vigente, cursan hoy ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, sin que, en modo alguno, aquí la “*racionalización*” pueda tener la pretensión de tornar en “*racional*” el proceso judicial, puesto que ello supondría partir de la premisa de que las normas procesales que venimos aplicando carecen de “*racionalidad*” o, lo que es lo mismo, que la regulación de los procesos judiciales es “*irracional*”, planteamiento que de ninguna manera podría compartir y ni siquiera sugerir, porque además de estar teñido de una dosis excesiva de arrogancia, también estaría desconociendo por completo el invaluable esfuerzo tanto de quienes en su debido momento concibieron y adoptaron las leyes correspondientes como de quienes a partir de ellas han construido la jurisprudencia que ha contribuido, de manera decidida, a la formación de instituciones en verdad progresistas y admirables, labor silenciosa y magnífica por cuya ejecución –respetuoso y sobrecogido– rindo sincero homenaje de gratitud a todos esos valiosos compatriotas cuyos frutos nos permiten exhibir hoy con enorme orgullo, ante el país y ante el mundo entero, los muy importantes y, a mi juicio, espectaculares desarrollos que se han alcanzado a lo largo de casi cien (100) años de funcionamiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y que hoy caracterizan al Derecho Administrativo en Colombia.

2. La exagerada congestión que hoy asfixia a la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo en Colombia y sus devastadores efectos: la pérdida de legitimidad de las instituciones democráticas

Al abordar la materia relacionada con la búsqueda de medidas encaminadas a ‘racionalizar’, esto es, a ‘mejorar’ los procesos judiciales que cursan ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, resulta indispensable llamar la atención acerca del que probablemente constituye el problema más serio y grave que la aqueja y que trastorna por completo su funcionamiento cual es la exagerada congestión que, hoy por hoy, mantiene prisionera a dicha jurisdicción.

El exagerado volumen de todos aquellos procesos judiciales que desde hace varios lustros esperan una definición por parte de los jueces competentes infortunadamente aleja cada vez más de la realidad nacional el ideal de alcanzar una ‘*pronta y cumplida justicia*’, al tiempo que nos enfrenta de manera dramática con aquel fantasma, cada día más real y palpable, que sintetiza el aforisma popular según el cual ‘*una justicia tardía no es justicia*’.

Y es que no basta con saber acerca de ese problema, sino que resulta importante hacer conciencia acerca de la amenaza tan grave que representa para la existencia misma del Estado, de su funcionamiento y de sus instituciones, de manera tal que toda la nación y sus diversas autoridades emprendan sin demora tareas encaminadas a combatir ese flagelo para evitar que esa justicia tardía, que infortunadamente se



traduce en una modalidad de denegación de justicia, genere los efectos devastadores que potencialmente conlleva.

Ciertamente, la inoperancia o el mal funcionamiento del aparato judicial determina la pérdida de credibilidad de los ciudadanos en sus autoridades y, consiguientemente, ello mina inexorablemente la legitimidad del Estado y de sus diversas instituciones.

No hace falta esfuerzo alguno para adivinar que la falta de respuesta oportuna y eficiente del Estado y en particular de sus jueces, en relación con los conflictos que los ciudadanos le someten a su conocimiento, empuja a la comunidad a que prefiera entonces solucionar sus diferencias por vías de hecho y tomarse la justicia por su propia mano, camino que además de contribuir a la desinstitucionalización y pérdida de legitimidad del propio Estado, constituye una fuente adicional de violencia que, como bola de nieve, tiene a su vez la particularidad de ir multiplicando y produciendo más violencia.

En un país como Colombia, que por décadas ha sufrido el flagelo de la violencia en múltiples formas, lo que menos se requiere es fuentes adicionales que puedan producirla; por ello, además de combatirlas y eliminarlas, resulta claro que para aclimatar la paz que tanto anhelamos los colombianos es indispensable fortalecer el aparato judicial de tal manera que los ciudadanos puedan estar seguros de que en el evento de tener que exigir un derecho o afrontar un conflicto –de aquellos que de manera casi inevitable y a diario surgen como resultado casi espontáneo de vivir en sociedad– obtendrán una respuesta rápida y eficiente de parte de sus jueces, cuestión que a la vez les brindará la tranquilidad de que las demás autoridades igualmente sabrán respetar, acatar y cumplir esas determinaciones judiciales porque el respeto de la Rama tendrá asegurado su espacio por razón tan solo de su eficiencia, círculo virtuoso que, al mismo tiempo, dará lugar a que los miembros de cualquier comunidad recuperen la credibilidad en el Estado y en sus instituciones y desechen, por inútil e innecesaria, cualquier vía distinta de la de acudir a los cauces establecidos en las normas vigentes.

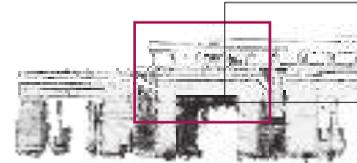
Además, la mora en la administración de Justicia constituye campo fértil para el florecimiento de la corrupción, mal endémico que por igual afecta y corroe la legitimidad de las instituciones democráticas; ciertamente, el empresario honesto que una vez acudió a la jurisdicción para demandar la nulidad del acto administrativo por medio del cual, de manera abusiva e ilegal, una entidad estatal le violó el derecho que le asistía para obtener la adjudicación de una importante licitación, pero que lleva más de 12 años esperando la culminación del proceso, de seguro no acudirá en una segunda oportunidad ante los jueces para ventilar un caso similar, sino que, dejando de lado entonces su honestidad, preferirá acudir a prácticas corruptas para negociar directamente con el encargado de adjudicar la nueva licitación con el fin de asegurar la obtención del respectivo contrato. Por su parte, las autoridades que deciden actuar de manera indebida e ilegal se sentirán amparadas por el escudo que les brinda la demora en el trámite de los procesos judiciales, puesto que la nulidad de sus decisiones únicamente podría sobrevenir después de varios lustros, si algún ciudadano valiente y en extremo paciente se decidiera a demandarlas, por manera que para esa época ya



no estará al frente del cargo público que entonces ostentaba –muy probablemente ocupará para el momento del fallo posiciones mucho más importantes y hasta dotadas de cierto fuero–, amén de que para ese momento ya habrán prescrito, con seguridad, las acciones disciplinarias, de responsabilidad fiscal e incluso las penales, al tiempo que bien difícil será, después de tantos años, acopiar las pruebas necesarias para iniciar un proceso de repetición que igual estará llamado a durar muchísimo tiempo en cuanto corresponde a sus dos instancias ordinarias. Ello sin contar las acciones de tutela, respectivas que, infortunadamente, ya empiezan a formar parte del curso normal de todo litigio, como si fueren instancias adicionales, a lo cual deben sumarse los recursos extraordinarios que en su momento podrán intentarse.

La mora en la definición de los litigios también afecta de manera grave la que podría identificarse como la ‘soberanía judicial de la Nación’, puesto que en los círculos internacionales, como resulta apenas natural, se ha ido consolidando la ‘teoría del plazo razonable’ en virtud de la cual se concluye que si a su vencimiento (5 o a lo sumo 8 años) el Estado respectivo no ha dictado sentencia definitiva, se habría configurado entonces una evidente denegación de justicia que, además de resultar violatoria de los derechos de las partes afectadas y de los tratados en los cuales se consagran esos derechos a favor de los ciudadanos de los países firmantes, estaría habilitando a ciertos tribunales internacionales para asumir competencia en relación con esos casos e incluso para adelantar el juzgamiento del correspondiente Estado, con todo lo que implica, en el concierto de las naciones, que un país resulte condenado por un tribunal de esa naturaleza por la violación de los derechos de sus nacionales a obtener administración de justicia, cuestión que, además, comporta un costo muy grande para el erario colombiano –no solo por las erogaciones que demandan la atención de esos procesos y el pago de condenas que son impuestas en monedas extranjeras y con arreglo a criterios, procedimientos y valoraciones bien diferentes o los que ya ha consolidado nuestro propio sistema–, sino porque se brinda al mundo la idea errada de que en el país no existe una rama judicial seria e independiente con capacidad e idoneidad para juzgar los asuntos que se le someten a su estudio; se desperdicia la existencia de ese aparato judicial –bien costoso, por lo demás– que existe en el territorio patrio y trabaja con esmero y gran consagración, al tiempo que se desperdician también los esfuerzos de tantos años de estudio y análisis para la consolidación de una jurisprudencia que, como la construida por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, si bien constituye motivo de orgullo obviamente no es tenida en cuenta y menos aplicada por tales tribunales internacionales.

Como si todo lo anterior fuese poco –que en realidad no lo es– cabe añadir que el solo transcurso del tiempo entre la ocurrencia de los hechos y la ejecución del fallo con el cual se hubiere puesto fin a un determinado litigio encarece enormemente cualquier condena que finalmente pudiese imponerse en contra de una entidad estatal por razón de la actualización del dinero y más aun si en ese evento específico hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios. Es por ello que, a la postre, resulta nefasta para las finanzas públicas la política de dilación de los litigios que infortunadamente adoptan algunos administradores públicos en forma deliberada,



movidos por el fin, censurable, de muy corto plazo y que en nada consulta el interés general por cuya satisfacción deben velar, consistente en procurar que las condenas judiciales correspondientes les sean impuestas a las entidades que ellos dirigen cuando ya hubieren culminado sus respectivos períodos gubernamentales, de manera que le corresponda a una nueva administración asumir el cumplimiento de los fallos y afectar con los presupuestos que anualmente les deben ser aprobados para la realización de los planes y programas en los cuales han de invertirse los respectivos recursos públicos.

Agréguese a todo lo anterior que la falta de decisiones judiciales oportunas y eficientes naturalmente conspira contra la efectividad del Derecho Fundamental al acceso a la Administración de Justicia consagrado expresamente como tal en el artículo 229¹ de la Carta Política.

En definitiva, la mora en la Administración de Justicia solo produce efectos nocivos de gravísimo impacto para el cumplimiento del régimen constitucional vigente, para la legitimidad de las instituciones y para la existencia misma del Estado².

¹ Así reza el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia:

“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*”.

² Es por ello que resulta tan difícil de asimilar y de entender –dado que el comunicado de prensa que hasta ahora se conoce ninguna explicación incluye al respecto– que la Corte Constitucional, dándole aparentemente la espalda a una realidad nacional tan tozuda y peligrosa como la que corresponde a la congestión que mantiene atrapada y asfixiada la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, según lo recoge la decisión que ha de corresponder a la Sentencia C-713-2008 (dictada con posterioridad a la fecha de la presente intervención), hubiere declarado inconstitucionales varias decisiones que el legislador estatutario adoptó, precisamente, con el propósito de hacerle frente a esa gravísima situación de congestión.

Es el caso del párrafo primero que se le introducía al artículo 36 de la Ley 270 de 1996, el cual era del siguiente tenor:

“**Parágrafo primero.** Para efectos de descongestión, en cualquier época la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado podrá integrar salas de decisión que asuman el conocimiento de aquellos procesos o asuntos que de manera regular se encuentren atribuidos a las Secciones o Subsecciones que la integran”.

Téngase presente que ya mediante el artículo 3° de la Ley 954 expedida en el año 2005, se había dispuesto la creación y el funcionamiento de Salas Transitorias de Decisión en orden a estudiar los recursos extraordinarios de súplica que para ese año se acumulaban en más de 2.000, mecanismo que ha facilitado y permitido su decisión en número extraordinariamente considerable y que al examinar la constitucionalidad de una parte de dicha disposición legal, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1233 de 2005, al declararla exequible, se refirió con total naturalidad a la creación que el legislador ordinario dispuso respecto de tales Salas Transitorias y de la competencia que en tal sentido les fue asignada.

Por ello no puede menos que sorprender que ahora se le hubiere prohibido al Consejo de Estado, expulsando del mundo jurídico la norma legal que fue objeto de declaratoria de inconstitucionalidad, la opción de integrar, de entre sus propios magistrados, salas de decisión que podrían haber asumido los asuntos atribuidos regularmente a las diversas Secciones, todo con el único y exclusivo propósito de lograr la “descongestión” de la Corporación.

Si lo que se alega es que la amplitud de la norma transcrita no indicó con precisión cómo habrían de integrarse dichas Salas, cuestión que por mandato constitucional consagrado en el numeral 6 del artículo 237 de la Constitución Política corresponde definir al reglamento constitucional autónomo del propio Consejo de Estado, al menos habría podido condicionarse el entendimiento de la norma legal en cita al hecho de que tales Salas estén conformadas por los propios Consejeros de Estado o, en el peor de los casos, a la definición que sobre el particular debiere efectuar la ley.



Es por ello que el país no puede darse el lujo de escatimar esfuerzo o espacio alguno para buscar soluciones de diversa índole a la congestión que hoy asfixia a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y que le impide responder de manera adecuada a las necesidades y expectativas de sus usuarios.

En esa línea y aprovechando el reducido espacio de que disponemos para ocuparnos de esas materias, a continuación me permitiré presentar, de manera muy condensada, tres (3) mecanismos u opciones que, aunque paradójicamente y en estricto rigor se encuentran por fuera del diseño mismo de los procesos contencioso-administrativos, bien podrían ayudar a aliviar, en alguna medida, la abultada carga que tales procesos y su exagerada represión representan hoy para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por manera que podrían aportar en términos efectivos al ‘mejoramiento’ a la ‘racionalización’ de tales procesos judiciales.

3. El fortalecimiento de la conciliación, judicial y extrajudicial, como mecanismo de solución de conflictos

Algunas cifras muy concretas pero muy dicientes en cuanto al número de procesos judiciales que culminaron de manera definitiva durante el curso de los dos años inmediatamente anteriores, en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Colombia:

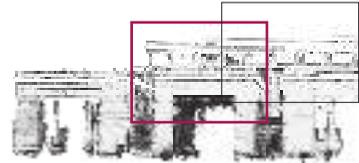
En 2006 finalizaron 2.141 procesos judiciales; durante ese mismo período se programaron y llevaron a cabo 554 audiencias de conciliación, lo cual equivale a la cuarta parte (25,8%) de los procesos culminados; de ese universo de audiencias de conciliación se logró acuerdo entre las partes en 169 casos que configuran el 30,5% y de ellos se aprobaron 140 que equivalen al 83% de las conciliaciones obtenidas.

En 2007 culminaron 1.712 procesos judiciales; en ese mismo año se programaron y llevaron a cabo 315 audiencias de conciliación que corresponden a cerca de la quinta parte (18,4%) de los procesos finalizados; en 79 casos, que equivalen a la cuarta parte (25%) de las audiencias realizadas, se logró conciliación entre las partes y de ellos 52 fueron aprobados, esto es, el 65%.

Nótese que las cifras anteriores no corresponden a la totalidad de los resultados que en materia de conciliación judicial seguramente podría exhibir la totalidad de la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo y ni siquiera al volumen que pudieren reflejar los resultados obtenidos en todo el Consejo de Estado; apenas si muestran lo acaecido en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

En cualquier caso, y a pesar de la forma un tanto rudimentaria y carente de los apoyos logísticos y tecnológicos más elementales que pudieren requerirse para la realización exitosa de programas permanentes de conciliación, lo cierto es que la labor que en esa materia ha emprendido, de manera institucional y sistemática,

De la misma manera resulta difícil de comprender, como se anotará más adelante en una próxima cita a pie de página incluida dentro de este mismo documento, que la Corte Constitucional hubiere declarado inexecutable las disposiciones legales que tenían como único fin fortalecer la conciliación como mecanismo alternativo para la solución de conflictos y facilitar su funcionamiento.



la Sección Tercera con el valioso apoyo y la iniciativa del ministerio público, para efectos de impulsar la conciliación como mecanismo que, con estricto apego a las disposiciones constitucionales y legales que la regulan, permita ponerle fin en forma rápida, adecuada y justa a múltiples controversias judiciales que han sido sometidas a conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, es una labor –valga la redundancia– que ha venido produciendo importantes frutos, tal como lo reflejan las cifras comentadas y que bien podría mejorar significativamente tales resultados si, como aquí lo proponemos, se fortaleciera esa figura.

Téngase presente que el éxito de la conciliación, en buena medida, depende de la voluntad de las partes que intervienen en ella y, por tanto, unos programas serios y decididos, que sin necesidad de reforma legal alguna pudieran emprender como parte de sus políticas públicas las diversas entidades del Estado en sus diferentes niveles –nacional, departamental, distrital y municipal– acerca de los alcances, las posibilidades y las limitaciones que les ofrece la conciliación, sin duda revertiría en inmensos beneficios para la solución de una parte importante de esa litigiosidad que, en forma creciente, mantiene abrumado al país, tensa las relaciones entre los ciudadanos y sus autoridades y, como ya quedó señalado, agobia al aparato judicial y entorpece su funcionamiento, con todos los costos y graves efectos que ello conlleva para la vida de la Nación.

A diferencia de lo que ocurre en muchos otros países, Colombia afortunadamente cuenta desde hace muchos años, sin que ello nos sorprenda en modo alguno, con un marco legal suficientemente claro y permisivo para que la conciliación pueda llevarse a cabo tanto en forma extrajudicial, esto es, antes de que se inicie un proceso, como incluso de manera judicial, es decir, durante el curso del respectivo litigio para cuyo efecto la ley ha dispuesto o previsto diversas etapas procesales que las partes tienen a su disposición para solucionar su conflicto por esa vía.

Ahora bien: la conciliación, tal como hoy se encuentra legalmente diseñada, infortunadamente también puede identificarse como una fuente adicional de la congestión que afecta la marcha de los despachos judiciales, en la medida en que la misma debe someterse, en todos los casos en los cuales interviene una entidad pública, a la aprobación del juez de lo contencioso-administrativo, independientemente de que se realice en forma previa o posterior al inicio del correspondiente proceso judicial, ello por cuanto el trámite de tales conciliaciones perfectamente puede dar lugar –como en la práctica suele ocurrir– a la formulación de recursos, incidentes, intervenciones y demás actuaciones que en muchos eventos la desnaturalizan, la extienden de manera innecesaria, le eliminan la bondad de la celeridad que debe caracterizarla y la convierten en un proceso más con el cual debe lidiar el juez competente.

Lo mismo ocurre con el trámite de la conciliación judicial, puesto que su aprobación por parte del juez competente supone, necesariamente, un examen detallado del expediente con el propósito de determinar: **i)** si existen suficientes pruebas –regular y oportunamente aportadas al proceso durante las etapas previstas en la ley para el efecto–, que sirvan de soporte al acuerdo conciliatorio correspondiente; **ii)** si el acuerdo conciliatorio se ajusta a la ley (en sus aspectos fácticos y jurídicos), y **iii)** que el acuerdo conciliatorio no sea lesivo para el patrimonio público.



Es por ello que, en el fondo, cuando la jurisdicción de lo contencioso-administrativo aprueba una conciliación judicial bien puede sostenerse que en últimas está profiriendo, para el caso específico, una ‘sentencia anticipada’, la cual, en buena medida, solo se distingue de los demás fallos por el orden cronológico en que deba ser proferida, pero en realidad no descarga de trabajo al aparato judicial ni le abre opción para que, **en lugar de** su análisis se aborde el examen de otro expediente que igualmente se encuentre a la espera de una decisión final.

Pues bien, al aproximarse a la institución de la conciliación resulta indispensable entender que los acuerdos respectivos, cuando a ellos hay lugar, en realidad **son celebrados** directamente **por las partes** involucradas, sin que de tales acuerdos forme parte directamente el conciliador, quien, por tanto, se limita a desempeñar un rol propio de un **tercero** que busca facilitar los encuentros, las discusiones e incluso las negociaciones que puedan darse entre las partes respectivas, a tal punto que las partes pueden conciliar sus diferencias aun en contra de las recomendaciones o de las opiniones del respectivo conciliador, lo cual explica con claridad la naturaleza contractual de la figura de la conciliación.

Siendo así las cosas, se impone reflexionar acerca de la importancia y la necesidad de que las partes que convienen o acuerdan los términos de una determinada conciliación deban asumir entonces, de manera directa, la responsabilidad que les corresponde por tales acuerdos, tal como ocurre con los contratos que celebran las entidades estatales, por cuyo contenido y alcance solo deben responder quienes participan en su celebración –en cuanto con la expedición de la Ley 80 en el año 1993 se eliminó del ordenamiento colombiano la revisión de legalidad que de ciertos contratos de las entidades públicas debían realizar diversas corporaciones de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo– o al igual que ocurre también con las transacciones por medio de las cuales pueden darse por terminados los procesos judiciales según los dictados del artículo 218³ del Código Contencioso Administrativo.

Eliminar, como regla general, la revisión que el juez de lo contencioso administrativo deba efectuar respecto de las conciliaciones extra-judiciales o judiciales en las cuales intervengan entidades públicas, además de facilitar y agilizar el funcionamiento de la figura; además de liberar al aparato judicial de la carga de trabajo que significa examinar y revisar los acuerdos celebrados por las partes; además de reconocer la capacidad jurídica y patrimonial con que cuentan las entidades públicas para definir los asuntos que les incumben y además de respetar la competencia que las normas les han atribuido a tales entidades para decidir sobre sus propios asuntos, todo ello sin perjuicio de los controles

³ El siguiente es el texto del artículo 218 del C.C.A.

“Artículo 218. Cuando el demandado sea persona de derecho privado, sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado, podrá allanarse a la demanda en los términos de los artículos 93, 94 del Código de Procedimiento Civil.

“La Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional; las demás entidades públicas solo podrán allanarse previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas.

“En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente la sentencia.

“Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción”.



de orden disciplinario, fiscal y judicial que en determinados eventos pudieren o debieren activarse para evitar que, por vía de la conciliación, se disponga indebidamente de los recursos públicos. Además de todo ello, la propuesta aludida permitiría ubicar con mayor claridad y precisión las responsabilidades de quienes hubieren participado en la celebración de acuerdos conciliatorios, puesto que en la actualidad diversas entidades públicas suelen acudir a la figura escudando su responsabilidad en el pronunciamiento que acerca de tal conciliación –aprobando o improbando– deberá realizar el juez de lo contencioso-administrativo a quien, por tanto, se le traslada o pretende trasladársele una parte importante de la funciones, de la diligencia y del cuidado que en el manejo de sus recursos les compete a las correspondientes entidades públicas, amén de que, desnaturalizan en parte su condición de juez para convertirlo en guardián del patrimonio público y de los intereses cuya defensa y agenciamiento debía corresponder solo a las respectivas autoridades encargadas de la dirección y el manejo de tales entidades.

Al respecto conviene comentar que en el campo del derecho privado, en especial en cuanto corresponde a las conciliaciones que se celebran de manera extrajudicial, principalmente en cumplimiento del requisito de procedibilidad establecido en la ley respecto de múltiples materias litigiosas, la ley parte del principio de reconocer y atribuir plenos efectos al acuerdo que logren las partes sin necesidad de someterlo a revisiones u homologaciones de ninguna índole.

Por ello resulta valiosa la disposición que en esa línea adoptó recientemente el legislador, al incluir en el proyecto de reforma a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia una norma encaminada a eliminar la revisión que la jurisdicción de lo contencioso Administrativo debe efectuar respecto de las conciliaciones, judiciales y extra-judiciales, en cuya celebración participen entidades públicas, sin perjuicio de mantener dicho control para los casos en que ello sea expresamente solicitado por el ministerio público⁴.

Nótese que al ministerio público, por su condición de conciliador, tampoco se le atribuye ni se le traslada la función de aprobar los acuerdos de naturaleza conciliatoria que celebren las partes, como equivocadamente ha querido interpretarse; únicamente se le faculta para que pueda pedirle al juez la homologación de determinados acuerdos conciliatorios, en aquellos eventos en los cuales considere que la respectiva conciliación pudiere ser contraria al ordenamiento vigente o lesiva para el patrimonio público.

De esa manera se busca radicar exclusivamente en las partes la responsabilidad por el contenido y el alcance de las conciliaciones que ellas celebren, con la participación de entidades oficiales.

Quiera entonces la Corte Constitucional, en el examen automático de constitucionalidad que actualmente adelanta respecto de la misma, que pueda finalmente llegar a convertirse en una ley de la República de naturaleza estatutaria⁵.

⁴ A continuación se transcribe el inciso segundo del que pasaría a ser el artículo 42 A de la Ley 270 de 1996:

“Las conciliaciones judiciales y extrajudiciales únicamente requerirán revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando así lo solicite y sustente el ministerio público, dentro de los tres (3) días siguientes a su celebración. Dicha solicitud solo será procedente en los casos en que el ministerio público considere que los términos de la respectiva conciliación resultan contrarios al ordenamiento vigente o lesivos para el patrimonio público”.

⁵ Infortunadamente en julio 15 de 2008, con posterioridad a esta intervención pública, la Corte Constitucional, mediante la que pasará a ser la sentencia C-713/08, según lo informó mediante comunicado de prensa No. 31,



4. La obligatoriedad que para las autoridades administrativas debe representar la observancia, el respeto, la aplicación y el cumplimiento de la jurisprudencia consolidada de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Al indagar acerca de las causas por las cuales durante los últimos años se ha incrementado, en el país, la ‘litigiosidad’ que a su turno ha contribuido a congestionar y a entorpecer el funcionamiento y la marcha de la administración de justicia en lo contencioso-administrativo, se encuentra, con razón, que en buena medida ello obedece a la consagración de múltiples acciones nuevas que a partir, principalmente, de la Constitución Política adoptada en el año 1991 le fueron atribuidas a nuestra jurisdicción (acciones de tutela, de cumplimiento, populares, de grupo, de repetición, de pérdida de investidura, de nulidad por inconstitucionalidad, ejecutivas), sin que tales decisiones se hubieren acompasado con la dotación de los instrumentos, de la infraestructura, de los recursos humanos, tecnológicos y económicos necesarios para atender, de manera eficiente y debida, todas esas tareas que resultaron adicionales al conocimiento de las acciones que ya tradicionalmente y también en importante volumen ascendente venía atendiendo este sector especializado del aparato jurisdiccional colombiano (acciones de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa, contractuales y electorales, entre otras).

De la misma manera se ha establecido que esa creciente ‘litigiosidad’ también encuentra origen, en gran proporción, en la actitud, indolente y si se quiere desafiante o hasta temeraria que, infortunadamente, vienen asumiendo múltiples entidades públicas, las cuales, a pesar de enfrentarse a ciertos asuntos que se encuentran suficientemente averiguados por la que puede calificarse como jurisprudencia consolidada de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, insisten en no resolver en sede administrativa los problemas que en esas mismas áreas o materias les plantean los ciudadanos y prefieren que se promuevan nuevos procesos judiciales

declaró inexecutable el aludido inciso segundo del que pretendía ser el nuevo artículo 42 A de la Ley 270 de 1996.

Hasta la fecha de esta publicación no ha sido posible conocer las razones que sirvieron de fundamento a tal determinación, como quiera que el texto de la sentencia correspondiente no ha sido adoptado todavía.

La Corte Constitucional también declaró inexecutable la facultad que el legislador estatutario pretendió introducir mediante un párrafo del artículo 93 de la Ley 270 de 1996, para efecto de autorizar a los magistrados del Consejo de Estado para que pudieran comisionar a los magistrados auxiliares de esa misma Corporación con el fin de que estos últimos pudieran dirigir –que no aprobar o improbar, potestad que naturalmente radica en la correspondiente Sala de la respectiva Sección o Subsección– “*las diligencias de conciliación que cursan en los respectivos despachos*”, con lo cual se buscaba una ayuda muy valiosa para que en el Consejo de Estado se pudieran atender, con mayor amplitud y dedicación, tales diligencias.

No obstante lo anterior, en forma bastante particular y curiosa, al condicionar el entendimiento del aludido párrafo, la Corte Constitucional autoatribuyó a sus propios magistrados la competencia, no prevista ni discutida siquiera por el legislador estatutario, para que puedan comisionar a sus respectivos magistrados auxiliares para la práctica de pruebas y adopción de decisiones de trámite o sustanciación, con lo cual se modificó en este punto el texto de la ley estatutaria sin que la adición respectiva hubiere contado con las mayorías especiales que la Constitución Política exige de manera expresa y rigurosa en su artículo 153 para “[l]a aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias”.



a sabiendas de que existe una altísima probabilidad de que vuelvan a ser condenadas en términos iguales o más gravosos que aquellos en que ya se han proferido los fallos precedentes.

Esa postura de determinadas autoridades públicas, claramente orientada a desconocer, a inaplicar e incluso a irrespetar la jurisprudencia que en los correspondientes puntos específicos ha construido y decantado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, además de violar los derechos de los ciudadanos afectados y de convertirse en una verdadera afrenta para con los mismos, por ende violatoria del ordenamiento jurídico vigente, resulta en extremo costosa para el Estado, de una parte por razón de las erogaciones que demanda la atención de cada nuevo proceso en términos de abogados, peritos, reproducción de documentos, pago de condenas indexadas, reconocimiento y pago de intereses, etc., y de otra parte por la congestión que con todos esos nuevos litigios se le ocasiona al aparato jurisdiccional. Cuán importante resultaría que los organismos de control fiscal y disciplinario pudieran analizar y cuantificar, mediante estudios serios y completos, los costos que en todos los frentes y órdenes se generan para el erario por razón de la promoción y atención de cada nuevo litigio, máxime si se tiene presente que muchos de ellos habrían podido evitarse de manera fácil y sin mayor discusión.

Es por ello que resulta indispensable que los responsables de la Rama Ejecutiva en todos sus órdenes –nacional, departamental, distrital y municipal–, así como las autoridades de los demás órganos autónomos del Poder Público, dispongan, programen y lideren la realización de planes encaminados a que la totalidad de las entidades públicas, en su correspondiente radio de acción, se comprometan con la observancia, el respeto y la aplicación de la jurisprudencia consolidada de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, con el firme propósito de decidir en sede administrativa la mayor cantidad de asuntos que puedan enfrentarlos, real o potencialmente, a un litigio ante los ciudadanos, siguiendo las pautas y las directrices que ya han sido determinadas en la referida jurisprudencia.

En ese empeño resultaría de la mayor importancia el acompañamiento que a las diversas entidades públicas pudieren brindarles los diferentes organismos de control disciplinario y fiscal, en virtud de las propias funciones preventivas que a los mismos les compete ejecutar y en desarrollo del principio de colaboración armónica que debe existir entre las diversas ramas y órganos del Poder Público, con lo cual se reducirían la predisposición y el temor que en relación con los riesgos de orden jurídico que pudieren concretarse por la adopción de decisiones administrativas suelen constituir las principales razones que llevan a esas autoridades a negar las solicitudes respectivas y a preferir la asunción de un litigio para que sea una sentencia judicial la que ordene la protección de aquellos derechos reclamados y el pago de las indemnizaciones correspondientes, a pesar de que la efectividad de tales derechos bien había podido ser reconocida en sede administrativa.

La puesta en marcha de estas actividades cuenta con la ventaja de que solo requiere la voluntad, el compromiso y la decisión política de los responsables de la marcha de la Administración Pública, puesto que para cumplir con los deberes de



decidir en sede administrativa y de hacerlo siguiendo las pautas y directrices trazadas por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no hace falta trámite alguno o la expedición de nuevas normas; esos planes y programas bien podrían iniciarse de manera inmediata, sin espera alguna.

Lo anterior no excluye la posibilidad de que al respecto se adopten también medidas de orden legislativo, algunas dirigidas a imponerles a las autoridades públicas, de manera imperativa, el deber de respetar la jurisprudencia consolidada sobre los asuntos o materias acerca de los cuales deban adoptar decisiones de índole administrativa y algunas otras encauzadas a tipificar como falta disciplinaria, ora la negativa injustificada a respetar la jurisprudencia consolidada de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en la resolución y el reconocimiento efectivo de los derechos de los ciudadanos, ora por dar lugar, sin justificación válida, a la promoción de litigios en relación con asuntos que ya han sido objeto de reiteración jurisprudencial y que, por tanto, han debido resolverse en ese sentido en sede administrativa.

5. La eliminación del grado jurisdiccional de consulta a favor de las entidades estatales condenadas en primera instancia

Como es bien sabido, el Código Contencioso Administrativo tiene establecido, a la altura de su artículo 184⁶, que en todos aquellos eventos en los cuales se profiera, en primera instancia, un fallo condenatorio en contra de una entidad pública por cuantía que exceda la suma equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales y dicha sentencia no hubiere sido apelada, deberá surtirse entonces su consulta con el superior, trámite que supone el examen de todos los aspectos debatidos en el litigio así como la facultad para que el juez de segunda instancia pueda pronunciarse sin las limitaciones propias de los recursos –como el de apelación– en cuanto corresponde a las decisiones que pudieren afectar a la entidad

⁶ El siguiente es el texto del citado artículo 184 del C.C.A.:

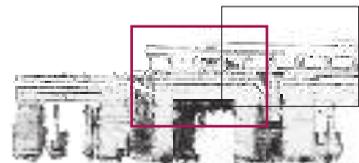
“Artículo 184. CONSULTA. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador *ad litem* deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto solo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador *ad litem*. El agente del ministerio público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectuará una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.”



pública condenada, puesto que al tenor de la norma legal en cita, “[l]a consulta... se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades...”

Si bien resulta indiscutible que el Estado no puede recibir, en todos los casos, el mismo tratamiento que las leyes tienen previsto para los particulares, dadas las evidentes e importantes diferencias que existen entre estos y aquel, no es menos cierto que a estas alturas del siglo XXI, cuando nos encontramos ad portas de culminar su primera década y cuando ya se han cumplido más de diecisiete (17) años de vigencia del Estado Social de Derecho que proclamó e instituyó la actual Carta Política, en el cual el individuo y sus derechos fundamentales cobran preponderancia frente al propio Estado, se impone revisar de nuevo la justificación de los diversos privilegios⁷ que se encuentran consagrados a favor de las entidades públicas dentro de los procesos judiciales.

La existencia de privilegios a favor de una de las partes dentro de un proceso judicial debe obedecer a razones extremadamente importantes y excepcionísimas,

⁷ De conformidad con el régimen legal vigente, múltiples y variados son los privilegios con que cuentan las entidades públicas dentro de los procesos en los cuales están llamadas a ser parte, entre los cuales destacan los siguientes: **a)** Mientras a los particulares demandantes se les sanciona con la perención del proceso cuando el mismo permanece en la secretaría del respectivo juzgado sin impulso alguno por seis (6) meses, en cuanto dicho impulso hubiere correspondido a la parte actora, la misma norma determina que no habrá perención cuando “... sean demandantes la Nación, una entidad territorial o una descentralizada” (artículo 148 C.C.A.); **b)** Al paso que la ley establece, como regla general, que para el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho los particulares únicamente cuentan con un plazo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, so pena de que opere la caducidad, a las entidades de derecho público se les concede un término de dos (2) años para demandar sus propios actos, plazo que se computa a partir de la respectiva expedición (artículo 136, numerales 2 y 7, C.C.A.); **c)** De conformidad con los dictados del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en el ámbito de los procesos contencioso-administrativos por expresa disposición del artículo 267 del C.C.A., no es válida la confesión espontánea de los representantes judiciales de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos, al tiempo que prohíbe provocar la confesión de los representantes de dichas personas jurídicas, privilegio que por igual ha de extenderse a las empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con los mandatos del artículo 87 de la Ley 489 expedida en el año 1998; por el contrario, aquello que los particulares manifiesten, de manera espontánea o provocada, se tendrá como confesión en cuanto se reúnan los requisitos establecidos en la ley para el efecto e incluso se le otorga valor cuando la misma se realice por conducto de apoderado a quien se le hubieren conferido facultades para el efecto, las cuales se presumen para la demanda, su contestación y la formulación de excepciones (artículos 194, 195, 197 y 198 C. de P. C.); **d)** Cuando una entidad pública concurre a celebrar una conciliación, tal como ya quedó dicho anteriormente, el acuerdo respectivo no producirá efecto alguno mientras no haya sido revisado y aprobado por el juez de lo contencioso-administrativo a quien la ley le impone la obligación de improbarlo en caso de que resultare lesivo para el patrimonio público, cuestión que, por el contrario, parecería no tener importancia alguna si el acuerdo llegare a resultar lesivo para los intereses o el patrimonio de los particulares que igualmente hubieren acudido a esa misma conciliación (artículo 73 Ley 446 de 1998, incorporado en el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998); **e)** En los casos en los cuales la Nación, una entidad territorial o una entidad descentralizada resulte judicialmente condenada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la ejecución del respectivo fallo ante la propia administración de justicia únicamente podrá iniciarse después de que hubieren transcurrido 18 meses a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia; por el contrario, cuando el condenado al pago de una suma líquida de dinero sea una persona de derecho privado (natural o jurídica) la ejecución correspondiente podría iniciarse de inmediato, en cuanto el fallo respectivo se encuentre en firme (artículo 177 C.C.A.); **f)** Cuando en un proceso de dos instancias una entidad pública resulte condenada al pago de una suma que exceda la cantidad equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales y el fallo no fuere apelado, necesariamente debe consultarse la sentencia con el superior, trámite que “se entenderá interpuesto a favor de las mencionadas entidades”, mientras que si el condenado es un particular y no apela oportunamente, ha de entenderse que se encuentra conforme con el fallo condenatorio y no se realizará revisión alguna del mismo por parte del superior (artículo 184 C.C.A.).



puesto que de lo contrario se corre el riesgo de romper por completo los principios básicos de independencia, imparcialidad, neutralidad y autonomía que de manera obligatoria deben orientar y caracterizar las actuaciones del juez.

En el terreno del proceso judicial el Principio Constitucional (artículo 209 C.P.) y a la vez Derecho Fundamental (artículo 13 C.P.) a la Igualdad cobra su máxima dimensión y por ello el juez está en el deber inexcusable de garantizar, por todos los medios, su efectividad, de suerte que ninguna de las partes en contienda reciba tratamientos más favorables o más rígidos que los que se dispensan a su contraparte, puesto que ello en cualquier caso daría lugar a una discriminación inaceptable al tiempo que podría afectar, de manera grave, las referidas neutralidad e imparcialidad del juez, valores que constituyen la garantía básica que sirve de fundamento para soportar la confianza y la credibilidad que los asociados depositan en el aparato judicial del Estado y que, a la vez, constituye la fuente principal de su legitimidad.

Así pues, la existencia de privilegios a favor de una de las partes en litigio, aun los consagrados por la propia ley, bien pueden alterar el sensible y en extremo delicado equilibrio que el juez está obligado a mantener entre las partes dentro del proceso.

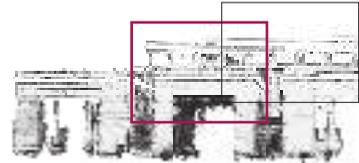
Por ello, si bien en un momento histórico se justificó la instauración del grado jurisdiccional de consulta a favor de las entidades públicas que resultaren condenadas judicialmente, hoy ya no aparece tan nítida esa justificación.

Mientras el particular que resulte condenado en un proceso judicial debe limitarse a acatar y a cumplir el fallo que le hubiere sido adverso, en la medida en que este no hubiere sido apelado, no surgen razones válidas para defender la institución legal que, frente a esas mismas circunstancias, determina que si la condenada fue la entidad pública entonces el fallo deba ser examinado por el superior.

La procedencia de esa consulta, además, supone un premio indebido para aquella entidad pública que por su actuar negligente o descuidado no hubiere interpuesto oportunamente recurso de apelación, así como significa el desconocimiento de la autonomía de aquella otra entidad pública que se muestra e incluso se manifiesta conforme para con los términos de la sentencia, no obstante serle adversa y que, por tanto, de manera voluntaria y deliberada ha decidido no apelarla.

De otra parte, cabe señalar que el trámite del grado jurisdiccional de consulta, además de brindarles a las entidades públicas el tratamiento que merecerían los incapaces, no obstante que está claro que en nuestro sistema jurídico aquellas han alcanzado ya un grado de madurez y de autonomía que determina que deban ser consideradas ‘mayores de edad’ y, por tanto, les corresponde la responsabilidad de asumir, en debida forma, la defensa de sus propios derechos e intereses dentro de los procesos judiciales a los cuales son convocadas, también supone una injustificada desconfianza del legislador en los jueces de primera instancia, al punto de someter a revisión oficiosa sus decisiones cuando resultaren condenatorias para las entidades públicas y no hubieren sido objeto de apelación.

Y como si todo ello no fuere suficiente, además del exagerado volumen de procesos que los tribunales administrativos o el Consejo de Estado, según el caso,



deben conocer y resolver por vía de los recursos de apelación oportunamente impetrados, ocurre que el grado jurisdiccional de consulta constituye entonces una fuente adicional que da lugar al trámite, no querido por las partes del proceso, de una segunda instancia.

Lo aquí expuesto me lleva a proponer, en consecuencia, la eliminación del grado jurisdiccional de consulta.

6. Una reflexión fundamental: el papel del Consejo de Estado en la nueva estructura de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo en Colombia

Por último, estimo oportuno hacer referencia a un asunto que en mi opinión reviste la mayor importancia al momento de abordar la tarea de reformar el Código Contencioso-Administrativo, cual es el relacionado con el papel que está llamado a desempeñar en el futuro el Consejo de Estado.

Como es bien sabido, durante los casi 100 años de existencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo el Consejo de Estado ha cumplido un rol propio, como regla general, de tribunal de segunda instancia, cuestión que encuentra clara y sencilla explicación en el hecho de que durante todo ese lapso la estructura de la jurisdicción únicamente había contado con dos (2) niveles: los tribunales administrativos y el propio Consejo de Estado.

No obstante lo anterior, como también es ampliamente conocido, desde el pasado 1º de agosto de 2006 inició el funcionamiento efectivo de los jueces administrativos unipersonales, por manera que varió sustancialmente la estructura de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la cual, en consecuencia, hoy se encuentra integrada por tres niveles o grados, a saber: los jueces administrativos, los tribunales administrativos y el Consejo de Estado.

Es por ello que resulta fundamental definir, conceptualmente, cuál ha de ser la función principal que, por regla general, deba cumplir esa Alta Corporación dentro de la nueva estructura de la jurisdicción que ella encabeza.

En cuanto a mi opinión se refiere, estimo que el país debería aprovechar la existencia de esa nueva estructura de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y dotar de plena credibilidad a todos sus jueces, debería repartir las competencias funcionales en forma tal que las instancias primera y segunda de la mayoría de los procesos, por regla general, deban surtirse entre los jueces administrativos (primera instancia) y los correspondientes tribunales administrativos (segunda instancia).

Así pues, al Consejo de Estado le debería corresponder, en principio y por regla general, el rol propio de una Alta Corte cuya función principal debiere girar en torno a la unificación de la jurisprudencia, cuestión a la cual habría lugar mediante el trámite de recursos extraordinarios o el mecanismo de revisión eventual de los fallos de segunda instancia, con lo cual se daría pleno y cabal desarrollo al numeral 1 del artículo 237 constitucional por virtud del cual se determina que a esa Corporación



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

le corresponde “desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso-administrativo”⁸.

En ese sentido el Consejo de Estado, por regla general, dejaría de ser un tribunal de segunda instancia, sin perjuicio de las excepciones que llegare a determinar la ley y sin perjuicio, claro está, de conocer en única instancia aquellas acciones que igualmente le sean atribuidas por la Constitución o por la ley, como ocurre con la acción de nulidad por inconstitucionalidad (artículo 237-2 C.P.), las acciones de pérdida de investidura de los congresistas (artículo 237-5 C.P.), las acciones de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional (artículo 128-1 C.C.A.), las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional (artículo 128-2 C.C.A.), de las acciones de nulidad de las elecciones de ciertos dignatarios nacionales como el caso del Presidente de la República, los senadores, los representantes a la Cámara, etc. (artículo 128-3); las acciones de repetición que las entidades estatales promuevan contra altos dignatarios (artículo 128-12 C.C.A.), etc.

Muchas gracias.

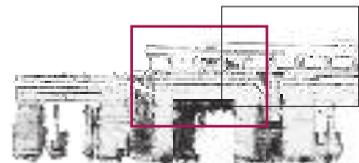
⁸ Mediante la referida sentencia C-713-08, la Corte Constitucional declaró inexecutable la disposición que el legislador estatutario había adoptado en el que, en adelante, será el parágrafo segundo del nuevo artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, en cuyo texto se decía: “*El Consejo de Estado también podrá actuar como Corte de Casación Administrativa*”.

Informalmente se ha conocido, ante la falta de disponibilidad del texto de la sentencia, que la razón que habría servido de fundamento a esa decisión consistiría en haber verificado que a lo largo de la Constitución Política no existe previsión alguna que contemple, autorice o asigne al Consejo de Estado funciones propias de una Corte de Casación, argumento que naturalmente, a mi juicio, desconoce el sentido y el alcance del numeral 1 del artículo 237 constitucional, por medio del cual –según ya se ha destacado– al Consejo de Estado se le atribuye “[d]esempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso-administrativo ...”.

Asimismo, con ese argumento, se desconoce por completo que durante varios años el Consejo de Estado debió conocer de los recursos extraordinarios de súplica impetrados contra sentencias ejecutoriadas que hubieren dictado las Secciones o Subsecciones de esa misma Corporación, modalidad de impugnación que únicamente procedía por la violación directa de normas sustanciales originada en la aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea, cuestión que, en el fondo, corresponde a la causal primera del recurso extraordinario de casación consagrado en el Código de Procedimiento Civil (artículo 368-1).

Aquella razón, a la vez, resulta del todo insuficiente porque también es claro que a lo largo de la Carta Política no se especifica, en aparte alguno, el papel que el Consejo de Estado pudiese desempeñar como Tribunal de Segunda Instancia, no obstante lo cual ese es el papel que ha venido desempeñando por años con estricta sujeción al ordenamiento constitucional y a las normas legales de índole procesal que le han asignado esa competencia.

Por último, cabe destacar la inconsistencia que refleja la decisión de declarar inexecutable el aparte normativo en comento, en comparación con la decisión adoptada mediante la misma sentencia C-713-08 por cuya virtud se declaró executable el resto del mismo parágrafo segundo del artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, mediante el cual se dispone que “[l]a ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios ...”, entre los cuales estará, sin duda, el aludido recurso de casación administrativa, independientemente de que se presente con esa o con otra denominación.



Mecanismos de racionalización en los procesos: Tributario, Económico y Fiscal

Ligia López Díaz

CONSEJERA DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA,
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



El tema seleccionado nos permite compartir distintas ideas, opiniones y experiencias que serán elementos de reflexión para lograr mayor eficacia en la prestación del servicio de justicia partiendo necesariamente de los elementos humano, logístico y normativo con que cuenta nuestra jurisdicción.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado resuelve las acciones de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho y los recursos de revisión que versan sobre actos administrativos relacionados con impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales, excepto las tasas. Asimismo, conoce de los actos expedidos por el Conpes, la Superintendencias Bancaria y de Valores, hoy Financiera, el Banco de la República, el Ministerio de Comercio Exterior y el Fogafin. Ello significa, en general, que tiene competencia para dirimir los temas tributarios, económicos y fiscales del país.

- Está conformada por 4 magistrados.
- Produce en promedio 4.400 providencias en el año. De ellas, 2.000 son de tutela; 2.100 fiscales y económicas.
- El promedio del trámite de los procesos en la Sección es de 1 año y 2 meses.
- La tendencia es a resolver el mismo número de procesos que ingresan en el año.
- El saldo actual es de 894 expedientes para dictar sentencia.
- Tratamos de estar al día.

Normas especiales de racionalización en materia fiscal

Remarcaré algunas figuras que existen en materia tributaria y que facilitan y agilizan los trámites para lograr prontas soluciones:

- Silencio Administrativo Positivo. La Administración Tributaria tiene un año para resolver el recurso de reconsideración que agota la vía gubernativa; si transcurrido dicho término no se ha decidido, se entenderá fallado a favor del recurrente y el Fisco así debe declararlo¹.

¹ Artículos 732 y 734 del Estatuto Tributario.



- Perención del Proceso. El proceso termina por falta de actuación procesal durante más de seis meses, cuando esta corresponda al demandante. No procede en los procesos de simple nulidad².
- Caución para Demandar. En las demandas por impuestos, tasas, contribuciones o multas o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, el juez fija una caución para garantizar el pago con los recargos, si el fallo resulta adverso³. La jurisprudencia de la Sección Cuarta ha señalado que esta carga procesal no vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia, pues no es requisito para la admisión de la demanda, por lo que debe ordenarse después de que esta ha sido admitida o en el auto admisorio⁴.
- Caducidad de la Acción: Tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos particulares de carácter tributario y económico el término de caducidad es de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto⁵.
- Omisión del Recurso de Reconsideración: Cuando se discuten las liquidaciones oficiales de impuestos, existe la opción de no acudir a la vía gubernativa siempre que se haya respondido en debida forma el requerimiento especial⁶. En este caso, se puede llegar directamente a la jurisdicción y presentar la demanda dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la liquidación oficial⁷.
- Suspensión Provisional de los actos: Cuando es evidente su contradicción con el Derecho, el demandante puede solicitar la suspensión provisional de sus efectos⁸.
- Obligación de los Conceptos que emite la DIAN para sus funcionarios y la posibilidad de que los particulares sustenten sus actuaciones con base en ellos, mientras se encuentren vigentes⁹.
- Conciliación, Amnistía y Saneamiento Tributarios. Son medidas excepcionales, que se van agregando en los últimos años a las reformas tributarias y tienen las ventajas de allegar recursos al fisco y de concluir los procesos en vía administrativa o jurisdiccional, pero pueden incentivar la presentación de recursos y demandas en espera de la amnistía o del saneamiento, lo cual desmotiva al buen contribuyente y congestiona los despachos en detrimento de quienes requieren pronta solución a sus argumentadas pretensiones¹⁰.

² Artículo 148 del Código Contencioso Administrativo.

³ Artículo 140 del Código Contencioso Administrativo.

⁴ Sentencia del 15 de julio de 2004, Exp. 14.553, M. P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁵ Artículo 136, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo.

⁶ El requerimiento especial es un acto de trámite obligatorio para garantizar el derecho de defensa del contribuyente, cuyo envío debe ser previo a la expedición de la liquidación oficial de revisión que modifica la declaración tributaria.

⁷ Párrafo del artículo 720 del Estatuto Tributario.

⁸ Artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

⁹ Artículo 264 de la Ley 223 de 1995.

¹⁰ Cfr. Ley 223 de 1995, artículos 245 y 246 (Declarados inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-511 de 1996); Ley 633 de 2000, artículos 101 y 102; Ley 788 de 2002, artículos 98 y 99; Ley 863 de 2003, artículos 38 y 39 y Ley 1111 de 2006, artículos 54 y 55.



- Contrato de Estabilidad Jurídica. Constituye un acuerdo de voluntades entre el Estado y un inversionista en el que se garantiza el mantenimiento de las normas que motivaron su inversión, a cambio de una prima equivalente al 1% de su valor. Es posible incluir dentro de los contratos de estabilidad jurídica aquellas normas que regulan impuestos directos¹¹.

Logros de la jurisprudencia de la Sección Cuarta

- Ha llenado vacíos legales. Por ejemplo, en materia de impuestos territoriales:
 - Exige el principio de identidad de los tributos para la aplicación de los impuestos municipales y departamentales. La ley debe contener los elementos esenciales del impuesto para aplicar los Principios de Equidad y Generalidad.
 - Delimitó el hecho generador en el impuesto de Industria y Comercio para el caso de los industriales, de suerte que no exista doble tributación en los municipios donde se produce y se realiza la comercialización.
- Definió el cálculo de los intereses moratorios en el tiempo y originó una modificación legislativa¹².
- Exige que previamente a la decisión de tener como no presentada una declaración tributaria se notifique un acto de aviso. La jurisprudencia del Consejo de Estado considera imperativo que se expida un acto administrativo contra el cual pueda ejercerse el derecho de defensa. Posteriormente la Corte Constitucional acogió este criterio y la Administración de Impuestos modificó su concepción de que las declaraciones tributarias se tenían como no presentadas de pleno derecho¹³.
- Garantía del derecho de defensa exigiendo aviso previo siempre que se impongan sanciones en materia tributaria o se obligue el pago a los deudores solidarios¹⁴.
- Amparo de pobreza para personas jurídicas. Las personas jurídicas pueden presentar –al igual que las personas naturales– situaciones que les impidan atender los gastos del proceso, lo cual les obstaculizaría el acceso a la administración de justicia, y afectaría de paso a las personas naturales que las conforman¹⁵.
- La notificación no se presume. Debe existir real conocimiento del acto.
- Se evitan sentencias inhibitorias interpretando la demanda o escogiendo una acción cuando se acumulan indebidamente.
- La oportunidad para prestar caución puede ampliarse cuando hay dificultades con las aseguradoras.

La Administración Tributaria muchas veces corrige su actuación y dicta directrices en el sentido de la jurisprudencia, y en otras, presenta un proyecto de Reforma Tributaria.

¹¹ Ley 963 de 2005.

¹² Artículo 634 del Estatuto Tributario.

¹³ Sentencia del 12 de junio de 1998, Exp. 8.735. M. P. Germán Ayala Mantilla.

¹⁴ Sentencia del 2 de agosto de 2006. Exp. 14.922 M. P. Ligia López Díaz.

¹⁵ Sentencia del 5 de julio de 2007. Exp. 16.438 M. P. María Inés Ortiz Barbosa.



El tema de la comunicación y del conocimiento oportuno de la jurisprudencia por parte de la Administración para que pueda tomar las decisiones es importante. Se ha informado a la DIAN la jurisprudencia asentada y constante. Estos documentos les permiten a los funcionarios justificar frente a las entidades de control las decisiones que permitan acatar la jurisprudencia reiterada y descongestionarse para continuar su fiscalización en diversos temas.

Métodos de racionalización que ha desarrollado la Sección

- Acumulación material. Por ejemplo, se acumularon más de 3.000 procesos de reclasificación de contribuyentes del IVA, lo cual evitó un atascamiento innecesario toda vez que, en el fondo, la situación era la misma, fruto del desarrollo de un programa general de la DIAN.
- Alcance al requisito del orden cronológico en que deben fallarse los procesos. La Sección lo aplica, en primer lugar, a partir del conocimiento de la clase y número de procesos que tiene cada Despacho, clasificando las acciones y los temas de los expedientes, aplicando los principios que rigen el procedimiento contencioso-administrativo¹⁶.
- Prioridad a las nulidades de actos generales. Al darles prioridad cronológica a estas acciones se orienta la actividad de la Administración, evitando su desgaste y la consecuente congestión de los despachos.
- Clasificación de expedientes para decidir prioritariamente las reiteraciones. Una vez que ya existe decisión reiterada sobre un tema, deben evacuarse todos los procesos similares.
- Clasificación de los procesos por temas. Algunos despachos preparan los proyectos de fallos clasificándolos por temas, de suerte que al centrarse en cada tema, las decisiones resultan profundas, completas y coherentes.
- Sentencias cortas: el objetivo es decidir. Debe diferenciarse entre la jurisprudencia y la doctrina. Especialmente, tratándose del Consejo de Estado, máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, los argumentos de autoridad sobran. El juez tiene la misión de interpretar la ley para lo cual aplica su conocimiento a la realidad, en el tiempo y en el espacio en que está fallando.
- La tutela: Hay una postura uniforme y reiterada de rechazo a la tutela contra providencias judiciales. No cabe tutela contra estas porque la exigencia constitucional para que esta importante acción proceda es la inexistencia de otro medio de defensa judicial y cuando ya hay una sentencia, debe acatarse y no abusar del derecho, en detrimento del orden jurídico, de la seguridad, de la cosa juzgada del principio de doble y no de “triple” instancia y, además, para dar aplicación al principio constitucional de que el Consejo de Estado es el “tribunal supremo de lo contencioso-administrativo”¹⁷.

¹⁶ Economía, celeridad, eficacia, imparcialidad y demás principios orientadores consagrados en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo.

¹⁷ Artículos 86 y 237 -1 del Código Contencioso Administrativo.



Reflexión

- Debemos apropiarnos de nuestra jurisdicción, desarrollar la cultura contenciosa creada durante más de 190 años y defenderla. El Consejo de Estado tiene historia casi bicentenaria que le permite hacer frente a interpretaciones que bajo la ambición de poder y mando pretenden convertirlo en un tribunal dependiente de la Corte Constitucional, como si no tuviese atribuciones de juez constitucional. Se trata de hacer efectivo su ejercicio como tribunal supremo de lo contencioso, de preservar la jurisprudencia tallada a lo largo de años de reflexión, la cual cumple el objetivo de hacer previsible las decisiones referidas a las relaciones del ejecutivo y los administrados.
- Por lo demás, la atribución constitucional¹⁸ conferida al Consejo de Estado para conformar las ternas para la elegir a la tercera parte de los magistrados de la Corte Constitucional demuestra su lugar en la Constitución y debe comprometer a quienes llegan a respetar la jurisdicción y su competencia.
- Frente a la tutela contra sentencia debe consolidarse una actitud institucional de rechazo. A través de ella se está entregando la jurisdicción a la Corte Constitucional que, so pretexto de decidir sobre derechos fundamentales, resuelve temas que no son de su competencia, olvidando que todos los jueces de la República son jueces de tutela y, por lo tanto, de derechos fundamentales.
- Se debe aprovechar la facultad de iniciativa que tiene el Consejo de Estado en materia legislativa para desreglamentar tantas normas procedimentales y utilizar el Reglamento Interno para adaptarlo a las necesidades cambiantes.
- La jurisprudencia debe generar estabilidad, ser predecible y conferir seguridad jurídica a los asociados. Ello implica prever unos mecanismos para detectar las decisiones contradictorias que puedan presentarse entre las Subsecciones. Los cambios de jurisprudencia deben ser expresamente anunciados y fundamentados. Podrían estructurarse tesis sobre la “confianza legítima”, que fortalezcan el valor de la jurisprudencia.
- No debe fomentarse la cultura del litigio. Es necesario desarrollar los mecanismos y sanciones que castiguen a quienes en nombre del acceso a la administración de justicia, frente a una misma controversia, abusan del derecho, de los recursos y de las acciones.
- Especialidad. En el cambiante mundo de las leyes y frente a la globalización, la especialidad es un imperativo que debe incentivarse destinando recursos para su generalización.
- Comunicación: La información y el intercambio de ideas y opiniones es urgente entre los distintos niveles de nuestra jurisdicción.
 - Boletín. Permite que se conozca la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado.
 - Foros y conferencias vía internet. Cuando haya reformas legislativas o

¹⁸ Artículo 239 de la Constitución Política.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

frente a determinados temas, podrían crearse circuitos cerrados para la rama, que permitan vislumbrar su alcance y tomar las medidas que resulten necesarias.

Propuestas

- Presentar un proyecto de reforma constitucional para eliminar el período de ocho años. La estabilidad de la jurisprudencia y su carácter predecible exigen que los magistrados permanezcan hasta la edad de retiro forzoso o por lo menos durante el doble del periodo actual. Ello implica revisar las edades y requisitos para llegar al cargo de Consejero de Estado.
- Abrir espacio para el diálogo con la Corte Constitucional a efectos de definir el respeto de las competencias en el tema de la tutela contra providencia judicial.
- Crear una escuela de administración contenciosa con intercambio internacional para la formación constante de magistrados, jueces y empleados de la jurisdicción.
- Plazo e interés para presentar demandas de nulidad de actos administrativos generales: 4 meses y modificación de los efectos de los fallos de nulidad. Esto, para tener seguridad jurídica.
- Reparto por temas dentro de cada Sección.
- Nuevos parámetros de calificación de los funcionarios, para tener en cuenta las actuaciones que estimulen la racionalización del proceso.
- Listas por especialidad, para el nombramiento de magistrados y de jueces.
- En materia tributaria: ampliar la opción de llegar directamente a lo contencioso también para sanciones y centrar en las grandes ciudades el conocimiento especializado de los temas económicos y tributarios.

¡Seamos más jueces y tengamos menos reglamentos!



El proceso contencioso electoral colombiano. Perspectivas de reforma

Susana Buitrago Valencia

CONSEJERA DE ESTADO, PRESIDENTA DE LA SECCIÓN QUINTA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



En Colombia los procesos de elección de dignatarios y de miembros de corporaciones públicas de elección popular por voto ciudadano están garantizados en su constitucionalidad y en su legalidad a través de dos clases de control: Uno inicial, de carácter administrativo, a cargo de las comisiones escrutadoras de los distintos niveles de la organización electoral del país, de los delegados del Consejo Nacional Electoral y en última instancia por este, autoridades todas estas que resuelven sobre las reclamaciones que en los términos del artículo 192 del Código Electoral presenten los testigos electorales, los candidatos o sus apoderados en las audiencias de escrutinio celebradas por las distintas comisiones escrutadoras, al igual que de los recursos de apelación contra las decisiones proferidas por aquellas en dichas diligencias; y otra, esta sí de carácter jurisdiccional, en cabeza de la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo que está conformada por Jueces Administrativos, Tribunales Administrativos y por el Consejo de Estado, a través de la Sección Quinta, órgano de cierre.

En este punto es del caso advertir que cuando el reproche o la censura contra el acto de elección popular por voto ciudadano recae no en aspectos atinentes a la calidad de los votos y/o a la manera de su contabilización, irregularidades estas denominadas por la doctrina como causales objetivas, sino que el motivo de tacha está constituido por la carencia de los requisitos de elegibilidad del candidato electo, o en considerársele incurso en inhabilidades o en incompatibilidades, según el ordenamiento jurídico colombiano, el control de constitucionalidad y de legalidad en estos casos compete de manera directa a la jurisdicción contenciosa-administrativa, sin que las autoridades administrativas intervengan en estos casos.

La Constitución Política de Colombia asigna de manera específica en el artículo 264 a la jurisdicción administrativa la competencia para conocer y decidir la acción de nulidad electoral.

El pronunciamiento emanado de autoridad pública que declara una elección o que efectúa un nombramiento es un acto administrativo. Su control judicial de constitucionalidad y de legalidad, que recae sobre el acto mismo que declara la elección o efectúa la designación y no sobre los actos intermedios o de trámite, está



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

a cargo de la jurisdicción administrativa según las reglas de competencia entre sus diferentes integrantes, cuyo máximo organismo es el Consejo de Estado y dentro de este, la Sección Quinta de Asuntos Electorales. La jurisdicción especializada en sus diferentes niveles: juzgados, tribunales y Sección Quinta del Consejo de Estado, tiene competencia no solo para conocer y juzgar los actos administrativos que declaran una elección de carácter popular por voto ciudadano como es el caso del Presidente de la República y de los miembros del Congreso de la República –Senadores y Representantes a la Cámara–, Gobernadores de los departamentos, Alcaldes municipales, Diputados de las Asambleas y Concejales de los Concejos Municipales, esto es, respecto de elecciones de carácter político, sino también de otra clase de elecciones como aquellas mediante las cuales se designa a los magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo Nacional Electoral, de los miembros de la Comisión Nacional de Televisión, de los rectores de las universidades públicas y de los directores de las corporaciones autónomas regionales, entre otros dignatarios.

Este control jurisdiccional de los actos de elección y de nombramiento se lleva a cabo a través de la acción de nulidad electoral, que ostenta la naturaleza de pública, porque cualquier persona directamente puede demandar los actos de las autoridades y de las corporaciones electorales para que se anulen, rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen.

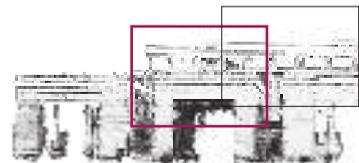
El legislador previó en el C.C.A. un procedimiento especial para esta clase de acción, caracterizado por la brevedad de los términos, a fin de propender a la celeridad de su tramitación y el logro de una rápida decisión, con el propósito de que los actos de elección y de nombramiento adquieran certeza jurídica lo más pronto posible.

El contencioso electoral es, pues, un mecanismo procesal dirigido a defender la legalidad y la transparencia **del sistema democrático**, que tiene como finalidad, en la forma como lo sintetiza la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 1999, esencialmente:

- Que el elegido o nombrado cumpla con los requisitos constitucionales y legales establecidos para desempeñar dicha función;
- Que se haya obtenido el número de votos exigidos por la ley, o se acaten los procedimientos para efectuar una designación;
- Que todas las operaciones electorales hayan sido legalmente efectuadas y que ningún hecho exterior (v. gr. fraude o violencia) haya viciado la legitimidad de la designación que se hace¹.

Las normas que regulan tanto el procedimiento judicial de la acción contenciosa electoral (C.C.A art. 223 y ss.), como el procedimiento administrativo electoral (Código Electoral), fueron expedidas bajo el amparo de la Constitución de 1886 y sus reformas. Por esta situación se necesita adoptar cambios legislativos en esta materia a fin de armonizar la antigua normativa a los preceptos de la Carta Política de 1991 y sus reformas, al igual que a las nuevas realidades sociales.

¹ Sobre la verificación de todos estos elementos, doctrinantes de diferentes épocas han hecho puntuales referencias. En particular, resulta provechosa la consulta del estudio presentado por León Duguit en su Manual de Derecho Constitucional.



En la actualidad, cuando se avanza en el proyecto de reforma al Código Contencioso Administrativo es oportuno reflexionar sobre la permanencia o la modificación de algunos aspectos propios de esta materia, a título de ejemplo, a saber:

- 1 Como ya se dijo, la acción electoral cuenta con un procedimiento propio y especial, cuyo propósito es lograr una rápida tramitación y decisión sobre la legalidad del acto de elección o nombramiento. Frente a ello lo primero que surge es el siguiente interrogante: ¿Se justifica continuar con aquel procedimiento especial en todo su contenido y aspectos para lograr el cometido de una pronta decisión en esos asuntos, sin sacrificar el derecho de acceso a la justicia del impugnador o demandante, pero a la vez, armonizándolo con el derecho del demandado de poder ejercer su defensa y de que se le garantice plenamente el debido proceso?

Variadas son las propuestas para dotar de mayor efectividad a la acción contenciosa electoral. Algunas tendencias modernas promovidas por estudiosos del derecho procesal proponen la unificación de los procedimientos judiciales en una sola regulación mediante la cual se lleve a ritación de todos los procesos, para imprimirle mayor dinamismo al derecho de acceso a la justicia y con el fin de evitar la proliferación de disposiciones regulatorias según sea la pretensión y con el propósito de limitar la diversidad de actuaciones procesales. Esta tesis de avanzada no puede, sin embargo, perder de vista que el contencioso electoral presenta características diferenciales que parten de la propia naturaleza sui-géneris del acto administrativo electoral que amerita, por tanto, normas de procedimiento también especiales.

No parece, sin embargo, que sea radicalmente descartable pensar, con propósito de imprimirle mayor celeridad al trámite y decisión de la acción contenciosa electoral, la posibilidad de poder llegar a la adopción del sistema de oralidad, por ejemplo, respecto de aquellas demandas contra el acto de elección o nombramiento, cuando la controversia versa sobre una causal subjetiva, esto es, en aquellos procesos de nulidad electoral en los cuales la causa o el motivo de nulidad que se le atribuye al acto que declara una elección corresponde a una inhabilidad en la que se considera está incurrido el elegido o nombrado, o en razón a que carece de las calidades o requisitos para desempeñar el cargo.

Pero, no obstante estas opciones de viabilización del trámite procesal, cabe advertir que buena parte de la celeridad del trámite contencioso electoral también dependerá siempre de la conducta procesal que asuman las partes en el trámite, al igual que, por excelencia en este especial proceso, del grado de complejidad que implique el examen de las causales que se propongan. Sobre este último punto, como adelante se tratará, se requiere un decantamiento razonable y lógico de las causales de nulidad electoral de manera tal que muchos reproches que hoy se proponen con este alcance y que tienen que ver por ejemplo con aspectos que en realidad atañen es al diligenciamiento de los formularios electorales, queden subsumidos como causales de reclamación ante las autoridades administrativas electorales.



- 2 Otro aspecto que merece especial atención en una perspectiva de reforma es entonces el referido a las causales de nulidad para impugnar judicialmente la constitucionalidad y/o la legalidad de los actos electorales y acerca de las consecuencias jurídicas que de tal declaratoria de nulidad se deriven.

Nuestra legislación contencioso-administrativa consagra dentro de las causales de nulidad (artículo 233, numeral 1º) una específica referida a que se produce la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados y de toda corporación electoral cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado el material documental electoral por causa de violencia. Este motivo de nulidad del acto electoral amerita una concienzuda reflexión que incluya análisis sobre la necesidad y la conveniencia de perfeccionar y hasta de condicionar su tipificación, ante las profundas implicaciones que contiene su asunción y su alcance, interpretada tal causal como de operancia objetiva.

Todo esto si se tiene en cuenta el estado actual de violencia en Colombia, y en el entendido de que si bien al consagrar tal hecho como motivo que vicia el acto de elección se busca blindar el proceso electoral de presiones externas ejercidas a través de acciones terroristas desestabilizadoras, no lo es menos que concebir con dicho alcance absoluto los actos de violencia abre una compuerta que permite a los violentos o contradictores de determinada candidatura, partido o movimiento político utilizar tal medio como instrumento para impedir arbitrariamente que salga adelante una elección, o que se adelanten elecciones en determinado lugar.

Por ello, subsiste el interrogante acerca de la necesidad de replantearla en su concepción actual, absolutamente objetiva, esto es, si debe contar la consideración acerca de si el Estado estuvo o no en posibilidad razonable de evitar o de repeler los actos terroristas y, asimismo, el condicionamiento consistente en que tratándose del porcentaje potencial de una votación regional de alcance departamental o nacional, tal motivo vicia la elección siempre y cuando, si de una ponderación sobre los votos que presumiblemente se hubieren depositado en el puesto de votación donde no se pudieron celebrar elecciones por causa de los actos violentos, tal situación sea verdaderamente representativa, con relevantísima incidencia, en el resultado electoral obtenido o por obtenerse.

Que por motivo de actos terroristas ejercidos sobre algunas mesas o puestos de votación donde no pudieron entonces adelantarse elecciones se vicie en todos los casos el acto que la declara con base en los votos válidos depositados en los demás lugares, produce graves perjuicios no solo para los participantes en una contienda electoral (movimientos políticos, partidos y candidatos) que resultarían elegidos, dados los esfuerzos de campaña traducidos en inversión de trabajo y de dinero, sino para el mismo Estado que asume los costos de la infraestructura para la celebración de la jornada, que repone gastos de campaña y que padece desistitucionalización. Incluso el propio potencial o real electorado, según el caso, se afecta al no alcanzar la materialización en oportunidad del programa de gobierno al que aspiró apoyando a su partido.



En cuanto a las restantes causales, algunos de sus elementos tipificantes incluyen denominaciones y conceptos hoy revaluados en el ordenamiento jurídico. Tal es el caso de la alusión que se hace de las papeletas de votación o al sistema de cuociente electoral, terminología superada en la nueva normativa.

Asimismo, es importante que se definan legalmente (hasta hoy el esfuerzo en este sentido es de la jurisprudencia) las consecuencias que se derivan de encontrar probada una causal objetiva –referida a la falsedad o apocricidad de los documentos o formularios electorales-- o una causal subjetiva, pues una y otra contienen connotaciones diferentes: en tanto que la primera implica la realización de un nuevo escrutinio, la segunda conlleva la exclusión del elegido y la designación de su reemplazo, que para el caso de cargos de corporaciones públicas de elección popular corresponde a quien le siguió en orden descendente en votación o según el orden de inscripción, dependiendo del modelo por el cual haya optado la lista –lista abierta o con voto preferente o lista cerrada o sin voto preferente –.

- 3 A diferencia de lo que sucede con los demás procesos judiciales contencioso-administrativos donde se controvierte la juridicidad de actos administrativos de otro contenido diferente del electoral, procesos esos donde se tiene como parte demandada a la entidad que lo produjo, en el proceso electoral en cambio las normas que lo rigen permiten entender que la calidad de demandado se le atribuye únicamente a la persona que resultó elegida o nombrada, que es por tanto la primera llamada a defender la legalidad del acto que le concedió la investidura. A esta concepción obedece el hecho de que el artículo 233 del C.C.A. disponga notificar de forma personal el auto admisorio solamente al elegido y, a través de edicto, a los demás interesados, incluida entre ellos la autoridad pública que declaró la elección o efectuó la designación. Se trata sin lugar a dudas de un mecanismo que dinamiza el trámite del proceso, sobre todo en los eventos en los cuales quien declaró la elección es un cuerpo colegiado conformado por un número grande de integrantes. Además, su concepción en tales términos seguramente parte de considerar que en estricto sentido la elección la efectúan en realidad los electores y que el organismo que expide el acto administrativo acusado lo que hace es solo declarar que la elección se produjo.

Ahora bien, la comparecencia al proceso de la autoridad que expide el acto es totalmente admitida con el carácter de interesada en la defensa de la legalidad del acto electoral acusado.

Resulta así de interés preguntarse: ¿Qué calidad ostenta en el proceso contencioso electoral la entidad que declara la elección o que produce la designación demandada? Innumerables han sido los debates que este tema ha propiciado en función de definir si en el proceso electoral se requiere la intervención obligatoria de la entidad u órgano que expide un acto de contenido electoral, acompasada bajo la consideración de establecer si tal intervención exige necesariamente notificarle en forma personal el auto admisorio de la demanda a la autoridad pública.



El criterio jurisprudencial que ha imperado sostiene la tesis según la cual no existe exigencia legal que imponga la intervención obligatoria y necesaria en el contencioso electoral del órgano o entidad que expide el acto. Para zanjar de manera definitiva la discusión, este punto debe quedar dilucidado en la reforma del Código Contencioso Administrativo definiendo con claridad quienes ostentan la calidad de demandados en el proceso, y por ende, cuáles son los comparecientes obligados de ser llamados a través de la notificación personal del auto admisorio de la demanda a participar en el proceso para defender la legalidad del acto electoral. Cuando este acto proviene de una votación mayoritaria obtenida de un colectivo con integración heterogénea, cabría preguntarse si también es indispensable notificar individualmente a cada uno de los entes y sujetos que integran ese cuerpo electoral, y en tal caso, cómo hacer para obviar el tiempo que amerita tal actuación.

De igual manera, es pertinente que la ley se ocupe, en el evento de encontrar procedente y necesaria la exigencia de vincular, mediante notificación personal del auto admisorio de la demanda al contencioso electoral, a la autoridad que expidió el acto de elección, cómo proceder para llevar a cabo ello cuando tal declaración tuvo origen en una Comisión que solo se conformó para tales efectos y por tanto tuvo una existencia efímera, al punto de que, declarada la elección, se desintegró o dejó de existir, v. gr. caso de las comisiones escrutadoras que declaran una elección.

- 4 No menos importante que los anteriores aspectos es el atinente a los límites, diferencias y alcances de las causales de reclamación vía administrativa ante las autoridades electorales, en confrontación con los motivos de nulidad del acto de elección y nombramiento vía contencioso-administrativa. Las competencias y las atribuciones tanto de la autoridad administrativa electoral –Consejo Nacional Electoral–, como del órgano judicial, la jurisdicción especial de lo contencioso Administrativo, encabezada por el - Consejo de Estado - órgano de cierre, deben quedar expresamente delimitadas en el Código Electoral y en el Código Contencioso Administrativo.

A la jurisdicción contenciosa administrativa, por ejemplo, no le debe ser atribuido el conocimiento de censuras contra la legitimidad de elecciones cuyo examen y decisión sobre la realidad de lo acontecido amerite acudir a la revisión de tarjetones o a recuento de votos.

De otra parte, es preciso informar que en Colombia, en época reciente, se llevó a cabo una modificación constitucional (acto Legislativo No. 01 de 2003), enmienda a través de la cual se adoptó la denominada “reforma política”, que introdujo cambios en materia electoral con la pretensión de obtener el fortalecimiento y la modernización de los partidos políticos.

El mecanismo implementado para alcanzar este propósito consistió en el establecimiento del sistema de listas únicas por partidos o movimientos políticos con un número de candidatos que no puede superar el de curules por proveer, a fin de eliminar la fragmentación y el personalismo político que imperaban en las elecciones para corporaciones públicas mediante la propagación de avales



y la denominada “operación avispa” que consistía en la proliferación de listas internas dentro de los partidos.

Además, dicho acto reformativo de la Constitución incorporó un nuevo marco normativo que transformó el sistema electoral existente hasta entonces para la asignación de curules en las corporaciones públicas de elección popular. Así, se varió el sistema del cociente electoral tradicionalmente vigente, para dar paso al de cifra repartidora y se incorporaron como nuevos elementos el umbral y el voto preferente.

Mediante la implementación del umbral se pretende que los partidos o movimientos políticos obtengan un porcentaje mínimo de votos para que sean tenidos en cuenta al momento de la asignación de curules a través del sistema de cifra repartidora. Para el caso de la circunscripción nacional de Senado de la República, el artículo 263 constitucional, con la modificación introducida por el artículo 12 del Acto legislativo, fijó un umbral del 2% del total de los votos emitidos para esa Corporación, lo que significa que los grupos políticos deben alcanzar este mínimo de votación para acceder al reparto de las curules.

Aunado a lo anterior, se instauró el método de la cifra repartidora como un mecanismo técnico que permite la distribución proporcionada de las curules, al propender a que aquellas se asignen con el mismo número de votos, sin importar la lista a la que se aplique. Para calcularla se toma el número de votos válidos obtenidos por cada una de las listas que superaron el umbral y se divide por uno hasta el número máximo de curules por asignar, luego se ordenan los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de escaños por proveer. El resultado menor será la cifra repartidora. El número de asientos que le corresponden a cada partido o movimiento político se determina al dividir el total de votos válidos obtenidos por la cifra repartidora.

La presentación de listas únicas a las corporaciones de elección popular, con un número de integrantes que no puede exceder el de cargos por proveer, incluye la posibilidad de que estos puedan optar por dos sistemas de listas, a saber: i) Lista abierta o con voto preferente. A través de esta modalidad se le da la opción al ciudadano de escoger el candidato de su preferencia dentro de los distintos nombres que conforman la lista de un partido, y se producirá la reordenación de forma descendente de acuerdo con la votación obtenida por cada uno de los candidatos; ii) lista cerrada o sin voto preferente. No permite al elector escoger entre uno u otro candidato de un determinado partido. El elector deposita su voto por la lista integralmente considerada. No hay en esta modalidad reordenación de la lista, y los cargos se asignan conforme al orden de inscripción.

Es indudable que este nuevo sistema electoral, caracterizado por el aspecto técnico-matemático para el cálculo de la asignación de escaños en las corporaciones públicas de elección popular trajo consigo un nuevo marco normativo que tiene incidencia en los procesos electorales que actualmente son objeto de juzgamiento en nuestra Corporación, que ameritan la adopción de

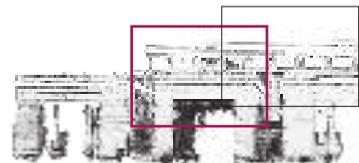


Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

nuevas líneas jurisprudenciales, entre ellas, la más relevante, cuál será la nueva forma de dar aplicación y priorizar el llamado “principio de eficacia del voto” según el cual ante varias interpretaciones probables que permita el entendimiento de una disposición del régimen electoral, en todo caso debe privilegiarse la que favorezca la voluntad mayoritaria que, atendiendo a la pureza y legitimidad del sufragio, ejerció su derecho político de elegir.

LA FUNCIÓN CONSULTIVA





La fonction consultative juridique centrale. Approche de droit comparé Gérard Marcou

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

A la différence de la juridiction administrative, la fonction consultative a donné lieu à très peu d'études en droit comparé, tout au plus quelques développements dans des travaux d'organisations internationales portant sur l'organisation gouvernementale ou l'amélioration de la qualité de la législation. Son importance ne cesse cependant de croître, avec les besoins en expertise qui accompagnent aujourd'hui toutes les politiques publiques.

La fonction consultative a cependant donné lieu en France à un certain nombre de réflexions doctrinales, et sans doute ne faut-il pas s'en étonner, si l'on veut bien se rappeler la conception napoléonienne de l'administration qui a durablement marqué la France, selon laquelle, si délibérer est le fait de plusieurs, agir est le fait d'un seul, et qui est à l'origine de la double fonction contentieuse et consultative du Conseil d'Etat moderne.

Maurice Hauriou est, semble-t-il, le premier à avoir introduit l'expression «administration consultative», pour l'opposer à l'«administration active» et désigner les nombreux conseils ou commissions entourant le gouvernement¹. Yves Weber a tenté d'en faire la théorie au moment où elle était en train de changer. Selon la définition qu'il en donne, «l'administration consultative peut s'entendre comme l'expression juridique d'opinions émises individuellement ou collégalement à l'égard d'une autorité administrative, seule habilitée à prendre l'acte de décision à propos duquel intervient la consultation»; cela suppose une institution dont la mission est d'être consultée, l'autorité consultante peut être le gouvernement². Selon l'auteur, la consultation répond à trois exigences: l'efficacité, en éclairant l'administration; la représentation des intérêts; la garantie des droits individuels³. La seconde, la plus récente, qui s'est développée avec l'administration économique et sociale, en change en fait la nature: avec la représentation des intérêts, la fonction consultative tend à absorber le pouvoir reconnu à l'autorité consultante⁴. Mais en ce qui concerne

¹ *Précis de droit administratif*. Paris, Sirey, 9ème éd., 1927.

² Y. Weber. *L'administration consultative*. Paris, LGDJ, 1968, Bibl. de Droit Public n° 82, pp.1 et 2.

³ Ibid. notamment pp.16-43.

⁴ Ibid. pp. 305-306.



la première, Y. Weber distingue nettement la fonction consultative juridique, essentiellement exercée par le Conseil d'Etat, et la fonction consultative associée aux différents domaines « techniques » de l'action administrative⁵. L'importance de cette distinction avait été soulignée avant lui par Gilbert Dauphin, qui distinguait simplement, au sein de l'administration consultative centrale, entre le Conseil d'Etat et « le reste »⁶. Mais cet auteur livrait une observation de plus grande portée en remarquant que le Conseil d'Etat avait assuré la pérennité de sa prééminence en évitant la pénétration en son sein des « techniciens » dont le concours était sans cesse plus indispensable aux pouvoirs publics, et en se restreignant aux plus hautes sphères de la vie juridique⁷.

Cette fonction consultative juridique doit en effet être nettement distinguée des innombrables instances consultatives instituées au niveau du gouvernement central comme au niveau local. Plus que jamais, on voit s'affirmer l'existence d'une fonction consultative juridique centrale au sein de l'Etat. Elle s'oppose par la généralité de sa vocation, qui s'applique au moment juridique de l'expression de toutes les politiques publiques, aux divers organes de consultation technique dont la nature de l'expertise limite l'intervention à des secteurs d'activité plus ou moins étroitement définis. Elle s'impose par la complexité croissante du droit et des rapports entre les ordres juridiques.

Cette distinction ne diminue par l'importance qu'il convient également de reconnaître aux différentes procédures et instances consultatives qui mobilisent des expertises techniques ou permettent de prendre en compte les attentes ou les comportements anticipés des destinataires des normes. Au contraire, elle a été consacrée par de nombreux travaux sur l'amélioration de la qualité réglementaire ou la « réforme de la réglementation » (regulatory reform), dont l'attention sur porte sur la simplification, la mesure de l'impact, économique notamment, de la réglementation sous toutes ses formes⁸.

Les deux fonctions ne sont pas concurrentes ni contradictoires. La question de la qualité réglementaire ainsi comprise ne se pose que si la sécurité juridique est garantie, et la fonction consultative juridique centrale doit prendre en compte les objectifs de qualité réglementaire. Mais la fonction consultative juridique centrale a un sens spécifique : elle désigne l'organisation par l'Etat d'une capacité d'expertise juridique indépendante pour assister le gouvernement (et plus généralement le pouvoir exécutif) dans sa mission d'élaboration de projets de loi et de règlements, tout en préservant l'autonomie de la capacité de décision du politique, ce qui signifie qu'elle ne doit dépendre d'aucun corps ou groupe extérieur.

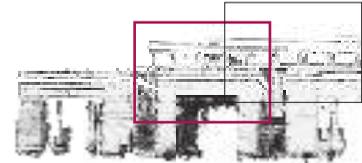
Ainsi définie, la fonction consultative juridique centrale existe sous les formes les plus diverses sans doute dans la plupart des pays, mais les institutions que l'on peut

⁵ Ibid. pp.16 et 19.

⁶ G. Dauphin. *L'administration consultative centrale*. Paris, Marcel Rivière, 1932, p. 7.

⁷ Ibid. p.70.

⁸ Voir pour la France: D. Mandelkern. *Rapport du Groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, Paris. La Documentation Française, Ministère de la Fonction Publique, 2002, 139 pages. Sur le plan international, voir: The OECD Report on Regulatory Reform, 1997, qui a été suivi par un programme continu d'échanges et la publication de rapports par pays.



identifier comme assumant cette fonction ne répondent pas toutes à tous les éléments de cette définition, et l'ampleur comme la qualité de cette fonction sont extrêmement variables. Les conseils d'Etat, qui réunissent la fonction consultative et la fonction contentieuse, sont certainement la forme la plus typique d'exercice de la fonction consultative juridique centrale. Mais on peut observer que celle-ci peut être confiée à des institutions fort diverses, selon l'histoire administrative de chaque pays.

On peut ainsi en distinguer cinq catégories:

1. La fonction consultative associée à la fonction contentieuse au sein du conseil d'Etat;
2. La fonction consultative attribuée à un organe collégial placé auprès du gouvernement;
3. La fonction consultative associée au pouvoir d'action en justice du pouvoir exécutif;
4. La fonction consultative intégrée à l'organisation ministérielle;
5. L'institut spécialisé rattaché au gouvernement et chargé de lui apporter l'expertise juridique dont il a besoin.

Sauf dans la deuxième catégorie, on verra que la fonction consultative juridique centrale n'est jamais l'unique fonction des institutions qui l'exercent, et celles-ci n'ont pas davantage l'exclusivité de la fonction de conseil juridique du gouvernement, lequel peut toujours faire appel aux conseils de son choix.

I. La fonction consultative associée à la fonction contentieuse au sein du Conseil d'Etat

Ce type d'institution tire son origine de l'ancien conseil du roi qui a existé dans divers pays européens, et qui a trouvé sa forme classique avec le Conseil d'Etat napoléonien. Le système dit de la «justice retenue» fut durablement une caractéristique distinctive de sa fonction contentieuse. Cette dernière a aujourd'hui disparu des pays qui ont un conseil d'Etat, le dernier pays l'ayant abandonnée étant les Pays-Bas.

Aujourd'hui, le conseil d'Etat est un type d'institution dont la loi garantit l'indépendance et celle de ses membres vis-à-vis du pouvoir exécutif, et qui remplit à la fois des fonctions consultatives pour le gouvernement, et la fonction de juridiction administrative suprême. C'est ce statut d'indépendance qui a permis, dans les Etats modernes, de maintenir au sein de la même institution la fonction consultative et la fonction de juger l'administration. Les membres du conseil d'Etat ne sont pas toujours des magistrats, mais l'indépendance que leur confère leur statut les en rapproche.

Les pays européens qui ont un conseil d'Etat au sens que l'on vient de définir sont aujourd'hui, outre la France: la Belgique, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas. Mais on rencontre aussi ce type d'institution en Turquie et au Liban, en Egypte et, depuis 1998, en Algérie. Certains pays d'Afrique ont également un conseil d'Etat: le Burkina Faso, le Gabon, le Sénégal, la République Centrafricaine. Cette voie a également été



suivie par la Thaïlande à partir de 1979, avant d'être abandonnée en 1999 avec la création d'une cour administrative suprême. En Amérique Latine, la Colombie est le seul pays qui ait adopté un Conseil d'Etat au sens que l'on a défini⁹.

Dans tous ces pays, ce sont la juridictionnalisation de la fonction contentieuse et l'indépendance acquise envers le pouvoir exécutif qui ont assuré à la fois la pérennité et l'exemplarité du conseil d'Etat.

La question de la compatibilité de la réunion au sein de la même institution de la fonction contentieuse et de la fonction de conseil du pouvoir exécutif avec le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial garanti par l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales a été soumise à plusieurs reprises à la Cour européenne des Droits de l'Homme. Dans l'arrêt Procola du 28 septembre 1995 à propos du Conseil d'Etat luxembourgeois¹⁰, la Cour a jugé à propos d'un arrêt du Conseil d'Etat du Luxembourg que celui-ci n'avait pas respecté ce droit, dès lors que certains membres de la section de jugement avait fait partie de la section consultative qui avait émis un avis pour le gouvernement sur les arrêtés réglementaires qui avaient fait l'objet du recours.

Dans deux arrêts ultérieurs, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a cependant précisé que cette jurisprudence ne mettait pas en cause le modèle institutionnel du conseil d'Etat en tant que tel et les conditions auxquelles sa compatibilité avec l'article 6 de la Convention pouvait être assurée. L'arrêt Kleyn de 2003 mettait en cause le Conseil d'Etat des Pays-Bas¹¹ et l'arrêt Sacilor-Lormines de 2006 le Conseil d'Etat français¹². Sur la base de ces deux arrêts, la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme peut être résumée de la façon suivante.

La Cour admet ainsi la compatibilité du modèle institutionnel du Conseil d'Etat avec l'article 6 de la Convention, mais sous certaines conditions: 1. que l'indépendance institutionnelle des membres du conseil d'Etat soit assurée, ce qu'elle reconnaît explicitement comme établi dans le cas du Conseil d'Etat français ; 2. que l'exercice successif d'une fonction consultative et d'une fonction juridictionnelle ne comporte pas dans la première une implication de nature à porter atteinte à l'impartialité de l'intéressé dans la formation de jugement; 3. que la consultation et le jugement ne portent pas sur la « même affaire » ou « des questions analogues »; 4) que l'avis ait abordé la question de façon « générale et abstraite » s'il existe un lien entre les questions juridiques¹³.

⁹ G. Marcou. «Une cour administrative suprême: particularité française ou modèle en expansion?», *Pouvoirs* n°123, 2007, pp. 133-154.

¹⁰ CEDH 28 sept. 1995 «Procola c/ Luxembourg», série A, n° 326, RFDA 1996, n° 4, p. 795, comm. J.-L. Autin / F. Sudre, «La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme», p. 777.

¹¹ CEDH Gde Ch. 6 mai 2003 «Kleyn c/Pays-Bas», RTDH 2004, p. 365, note González.

¹² CEDH 9 novembre 2006 «Soc. Sacilor-Lormines c/ France», RFDA 2007, n° 2, p. 352, comm. J.-L. Autin / F. Sudre. «L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause?», p. 342.

¹³ Cf. G. Marcou, op. cit. Mais pour un commentateur néerlandais, B.W.N. de Waard, même dans ce cas, l'avis peut présenter un caractère préjudiciel: note sous l'arrêt Sacilor-Lormines. *Administratiefrechtelijke Beslissingen*, 2007, Afl.34, 22 septembre, pp. 1484-1487.



L'arrêt Procola a conduit à une réforme fondamentale du Conseil d'Etat du Luxembourg. La constitution du 17 octobre 1868 a été révisée (12 juillet 1996). Une Cour administrative a été instituée par le nouvel article 95bis dans le chapitre VI («De la Justice»); l'ensemble du contentieux administratif jusqu'alors de la compétence du Conseil d'Etat lui a été transféré. Ce dernier est maintenu mais avec ses seules attributions consultatives (art.83bis). La loi du 7 novembre 1996 a réorganisé la justice administrative sur cette base.

En Belgique, en France et aux Pays-Bas, des réformes de l'organisation interne du Conseil d'Etat ont été adoptées dans le but de prévenir tout risque de mise en cause de l'institution sur la base de l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

Le Conseil d'Etat de Belgique est régi par une sorte de code connu sous le nom de «lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973». Il se compose d'une section de législation et d'une section du contentieux administratif, ainsi nommée depuis la loi du 15 septembre 2006. C'est la section de législation qui exerce la fonction consultative, pour le gouvernement fédéral comme pour les gouvernements des communautés et des régions qui composent la Belgique. La loi du 15 mai 1999 a prévu que les auditeurs affectés par priorité à la section de Législation (lois coordonnées: art. 76) ne peuvent connaître des recours dirigés contre les actes sur lesquels ils ont été amenés à donner un avis dans la section de Législation (art. 29); enfin, il existe une procédure de récusation des membres de la section d'Administration (art. 29). En outre, la section du contentieux administratif se compose des présidents et des conseillers d'Etat qui ne font pas partie de la section de législation (art. 89).

En France, le décret du 6 mars 2008 a modifié assez profondément l'organisation interne du Conseil d'Etat. Outre la création d'une section administrative (consultative) supplémentaire, la section de l'Administration, qui sera chargée des questions de fonction publique, de contrats, de propriétés publiques et des relations avec les usagers, le décret introduit deux règles nouvelles importantes au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (code de justice administrative: art. R.122-21 et 122-21-1 et 2). D'une part, le président de la section administrative qui a eu à délibérer d'un avis relatif à un acte faisant l'objet d'un recours venant en assemblée du contentieux ne peut plus y siéger et sera suppléé par un président adjoint d'une autre section. D'autre part, les membres du Conseil d'Etat ayant participé à la délibération de cet avis ne peuvent plus participer à une formation contentieuse, quelle qu'elle soit, devant statuer sur un recours contre cet acte, et la liste en est communiquée au requérant qui en fait la demande¹⁴.

Aux Pays-Bas, les arrêts Kleyn et Sacilor-Lormines ont mis fin aux débats sur une réforme fondamentale et le projet de loi (n° 30 385)¹⁵, déposé en septembre 2006, toujours au stade de la discussion parlementaire, prévoit une réforme de

¹⁴ F. Moderne et P. Delvolvé, «La réforme du Conseil d'Etat». RFDA 2008, n° 2, p. 213, suivi d'un entretien avec Bernard Stirn, président de la section du contentieux, et des nouvelles dispositions du code de justice administrative.

¹⁵ Kamerstukken II 2005/2006. 30 585, n° 1-4, 27 septembre 2006.



l'organisation interne du Conseil d'Etat pour assurer le respect de l'article 6. Alors que, selon l'organisation actuelle, les avis sont adoptés par l'assemblée plénière sur rapport des sections administratives, le Conseil d'Etat serait organisé à l'avenir en deux sections distinctes: la section consultative et la section juridictionnelle. Le principe est maintenu que certains membres du Conseil d'Etat participent aux deux sections, mais leur nombre serait plus limité, et surtout un membre du Conseil ne pourrait statuer au contentieux dans une «affaire» à laquelle se rapporterait un avis auquel il aurait participé dans la section consultative.

En Italie, l'organisation du Conseil d'Etat évite depuis longtemps la participation à la fonction juridictionnelle de membres des sections administratives. Beaucoup de pays qui ont introduit un conseil d'Etat ont rattaché celui-ci au pouvoir judiciaire, et attribuent à ses membres le statut de magistrats ; ils sont alors recrutés de la même manière que les juges ordinaires (Grèce, Turquie, Egypte, Liban).

II. La fonction consultative attribuée à un organe collégial placé auprès du gouvernement

Cette conception connaît deux variantes assez différentes par leur origine, mais qui ne sont pas sans points communs, du point de vue fonctionnel. La première correspond aux conseils d'Etat maintenus ayant perdu leur fonction contentieuse initiale; la seconde à l'introduction d'une organe spécialisé de conseil juridique au gouvernement, essentiellement en matière de législation, introduit dans des pays connaissant un système de dualité de juridiction avec une cour administrative suprême n'exerçant aucune fonction consultative.

A) Le Conseil d'Etat comme organe seulement consultatif du gouvernement

Il existe trois cas: l'Espagne, depuis la loi Maura de 1904, qui a décidé de transféré la juridiction contentieuse administrative aux juridictions ordinaires, le Luxembourg, depuis la révision constitutionnelle de 1996, et la Thaïlande depuis la constitution de 1997. Dans les trois cas, c'est l'insuffisante indépendance avec laquelle la fonction contentieuse était exercée par rapport au pouvoir exécutif qui explique que celle-ci ait été finalement retirée au conseil d'Etat pour être confiée à une juridiction spécifique en matière administrative, et jouissant des mêmes garanties d'indépendance que les juridictions ordinaires¹⁶.

On ne s'arrêtera ici que sur le cas de l'Espagne. Le système résultant de la réforme de 1904 a traversé les régimes politiques en conservant ses traits essentiels. Selon la constitution de 1978, le Conseil d'Etat est «l'organe consultatif suprême du gouvernement» (art. 107). Il est organisé aujourd'hui par une loi organique

¹⁶ G. Marcou. «Une cour administrative suprême...», op. cit.



de 1980, révisé en 2004, et qui a remplacé l'ancienne loi de 1944 sur le Conseil d'Etat¹⁷.

Selon la loi organique de 1980, le Conseil d'Etat «exerce la fonction consultative avec l'autonomie organique et fonctionnelle qui garantit son objectivité et son indépendance conformément à la Constitution et à la loi» (art. 1er, par. 2). Son rôle consultatif peut cependant aller au-delà d'un avis sur la stricte légalité ou constitutionnalité du texte présenté. Selon l'article 2 (par. 1er), le Conseil d'Etat, dans l'exercice de ses fonctions, «veille au respect de la Constitution et de l'ensemble de l'ordre juridique», mais il «évaluera aussi les aspects d'opportunité et d'adéquation si la nature de l'affaire l'exige ou si il est expressément sollicité de le faire par l'autorité consultante».

Le Conseil d'Etat émet ses avis sur les questions qui lui sont soumises par le gouvernement ou ses membres (art. 2, par. 2, al. 1er). Il ne peut donc prendre l'initiative lui-même d'émettre un avis. Cependant, selon la loi organique de 2004, il peut aussi réaliser les études, rapports, mémoires et formuler les propositions (texte consolidé de la loi organique: art. 20, par. 1er) qui lui paraissent opportuns pour assurer au mieux ses fonctions (art. 2, par. 3), et la commission des études est créée à cet effet (art. 23). La loi organique de 2004 a également prévu la publication d'un rapport annuel d'activité adopté par l'assemblée plénière du Conseil d'Etat (art. 20). Dans l'élaboration des propositions constitutionnelles et législatives que lui commande le gouvernement, le Conseil d'Etat suit les objectifs, les critères et les limites fixés par le gouvernement, mais il peut formuler à leur sujet les observations qu'il estime pertinentes (art. 2, par. 3, al. 2).

La loi organique établit donc une différence de régime de régime entre les avis (dictamen) et les autres documents adoptés par le Conseil d'Etat au titre de sa fonction consultative.

En effet, la loi organique précise que la consultation du Conseil d'Etat est obligatoire dans les cas où la loi le prévoit, et facultative dans les autres cas. Les avis, en revanche, ne lient pas l'autorité consultante, à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 2, par. 2, al. 2). La loi organique donne cependant une certaine portée aux avis. Tenant compte du fait que les avis peuvent être adoptés par des formations différentes, notamment par l'assemblée plénière (pleno) ou par la commission permanente, il est précisé que les affaires ayant donné lieu à un avis adopté en assemblée plénière ne peuvent être soumises au rapport d'aucun autre corps ou organes de l'administration d'Etat; les avis adoptés par la commission permanente, ne peuvent être reconsidérés que par l'assemblée plénière. C'est au conseil des ministres de décider, dans les cas où la consultation est obligatoire, sur les affaires dans lesquelles le ministre est en désaccord avec l'avis du Conseil d'Etat (art. 2, par. 2, al. 3). Enfin, les dispositions ayant fait l'objet d'un avis du Conseil d'Etat doivent préciser si elles sont conformes à cet avis ou si elles s'en écartent (art. 2, par. 2, al. 4).

En fait les amendements adoptés par la loi organique 3/2004 ont quelque peu étendu la compétence et renforcé l'autorité des avis du Conseil d'Etat. La consultation

¹⁷ Miguel Sánchez Morón (2006). *Derecho administrativo*. Parte general, Madrid, Tecnos, 2ème éd., pp. 287s.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

préalable du Conseil d'Etat en assemblée plénière est désormais obligatoire pour tout projet de loi constitutionnelle et sur les projets de loi se rapportant à la mise en œuvre ou au développement de normes issus d'engagements internationaux ou du droit communautaire; la consultation est également obligatoire notamment sur les projets de décrets législatifs, sur les problèmes d'interprétation d'engagements internationaux, sur les transactions judiciaires ou extrajudiciaires intéressant les droits du Trésor public ou les compromis ou arbitrages qui s'y rapportent, ou encore sur toute question à laquelle le gouvernement reconnaît une importance ou des répercussions particulières (art. 21). En outre, la consultation de la commission permanente du Conseil d'Etat est obligatoire notamment sur la nécessité d'une autorisation parlementaire préalable à la ratification des traités et accords internationaux, sur les dispositions réglementaires nécessaires à la mise en œuvre ou au développement d'engagements internationaux ou du droit communautaire, sur toutes les mesures réglementaires nécessaires à l'exécution des lois, sur les projets de loi organique relatifs au transfert ou à la délégation aux communautés autonomes de compétences de l'Etat ainsi que sur le contrôle de l'exercice des compétences déléguées, ou encore sur la concession de monopoles ou de services publics en monopole, une compétence dont le droit communautaire réduit sans cesse le champ. La commission permanente conserve également un rôle consultatif en matière contentieuse dans certains cas, que la loi organique de 2004 a un peu élargi: ainsi sur les recours gracieux ou en appel qui sont portés, en vertu d'une disposition législative, devant le conseil des ministres, des commissions déléguées du gouvernement ou la présidence du gouvernement; sur les recours administratifs en révision (selon sur la loi sur la procédure administrative; sur la révision d'office d'actes administratifs dans les cas prévus par la loi; sur la nullité, l'interprétation ou la résolution de contrats administratifs, ou encore la modification ou l'extinction de contrats de concession, en cas d'opposition du cocontractant ou dans des cas prévus par la loi; enfin, et ceci a été ajouté par la loi organique de 2004, en cas de réclamations pécuniaires d'un montant supérieur à 6.000 euros consécutives à un dommage ou préjudice imputé à l'administration d'Etat.

La composition du Conseil d'Etat espagnol est assez complexe. En résumé, on peut dire qu'elle fait appel à de hautes personnalités, dont le statut et l'expérience assurent l'indépendance de jugement et l'autorité morale, mais qui n'assurent pas directement, pour la plupart d'entre elles, l'expertise juridique du Conseil d'Etat, bien que, selon la loi organique, «la composition du Conseil d'Etat vise à garantir la diversité de son expertise et son indépendance» (art. 2, par.3, al.3). La loi organique de 2004 a introduit les anciens chefs de gouvernement parmi les membres de droit et à vie du Conseil d'Etat, sous réserve qu'ils manifestent la volonté d'exercer cette charge.

La loi organique distingue trois catégories de membres du Conseil d'Etat (art. 7 à 9): les conseillers permanents, les conseillers de droit, les conseillers électifs. Les conseillers permanents, en nombre égal à celui des sections qui composent le Conseil d'Etat, sont nommés à vie par décret royal parmi les ministres, présidents ou membres des conseils exécutifs des communautés autonomes, les autres membres du Conseil d'Etat, les membres des conseils consultatifs des communautés autonomes, les



référéndaires supérieurs du Conseil d'Etat, les professeurs d'université des spécialités juridiques, économiques et sociales ayant au moins quinze ans d'exercice, certains hauts fonctionnaires, notamment. Les conseillers électifs sont au nombre de dix, nommés pour quatre ans, notamment parmi les catégories suivantes : parlementaires, deux au moins des conseillers électifs doivent avoir exercé les fonctions de président ou de membre de conseil exécutif d'une communauté autonome, membre du Tribunal constitutionnel ou de la Cour de Justice de la Communauté européenne, ministre ou secrétaire d'Etat, Défenseur du Peuple, ambassadeur, maire d'un chef-lieu de province, président de députation provinciale ou l'équivalent. Enfin, les membres de droit, outre les anciens chefs de gouvernement comptent: les présidents ou directeurs d'académie, le président du conseil économique et social, le procureur général de l'Etat, le chef d'état-major de la défense, l'avocat général de l'Etat – directeur du service juridique de l'Etat, le président de la commission générale de codification, le président du conseil général du barreau, le gouverneur de la banque centrale. Le président du Conseil d'Etat est nommé par décret royal délibéré en conseil des ministres parmi les juristes « dont le prestige est reconnu » et qui ont « l'expérience des affaires de l'Etat » (art. 6).

On peut se demander si cette composition assure au Conseil d'Etat une capacité d'expertise, sur les questions juridiques, et une disponibilité à la hauteur des fonctions qui lui sont confiées. L'une et l'autre dépendent en réalité de la capacité représentée par les référéndaires chargés de préparer les délibérations, lesquels forment toutefois un corps de juristes très réputés.

Enfin, la plupart des communautés autonomes ont mis en place un conseil consultatif qui remplit à l'égard du gouvernement régional les fonctions que remplit le Conseil d'Etat au niveau national. Celles qui ne l'ont pas fait peuvent se tourner vers le Conseil d'Etat.

Bien que la loi organique de 2004 ait entendu renforcé la fonction consultative du Conseil d'Etat, on ne doit pas oublier qu'il existe une autre instance d'expertise juridique au niveau central, l'Avocature générale de l'Etat (*Abogacía general del Estado*), ayant le rang d'un sous-secrétariat au sein du ministère de la justice. L'Avocature générale est formée du corps des avocats de l'Etat (*abogados del Estado*). Elle est chargée d'une part de la défense en justice des intérêts de l'Etat, et en particulier dans les procédures devant les juridictions européennes (Cour de Justice de la Communauté européenne et Tribunal de Première Instance, Cour européenne des Droits de l'Homme), et d'autre part d'apporter une assistance juridique consultative à toutes les administrations publiques. Son origine remonte à un décret royal du 28 décembre 1849 créant la direction générale du contentieux. Le corps des avocats de l'Etat a été créé par un décret royal du 16 mars 1886, qui réorganisait la direction générale du contentieux. C'est aujourd'hui un corps supérieur de l'administration de l'Etat, très prestigieux, formé de juristes recruté par un concours réputé particulièrement difficile. L'organisation actuelle de l'Avocature générale de l'Etat et ses deux fonctions essentielles sont définies par la loi 52/1997 du 27 novembre 1997 sur l'assistance juridique à l'Etat et aux autres institutions publiques et par le décret royal 1474/2000 du 4 août 2000 qui fixe l'organisation



du ministère de la justice, sans préjudice, est-il précisé, des attributions du Conseil d'Etat. Toutefois, les textes n'indiquent pas comment la répartition des tâches entre le Conseil d'Etat et les avocats de l'Etat. En pratique, il semble que les avocats de l'Etat se concentrent, dans leur fonction consultative, sur les questions relatives aux droits de l'homme.

b) La création d'un organe spécialisé de conseil juridique au gouvernement

C'est principalement dans le but d'améliorer la qualité de la législation qu'un certain nombre de pays se sont dotés d'un conseil de législation (son nom précis peut varier d'un pays à l'autre) placé auprès du gouvernement, et chargé d'expertiser tous les projets de loi préparés par le gouvernement avant leur transmission au parlement. Il s'agit essentiellement de pays d'Europe de l'est confrontés à la nécessité d'adapter rapidement l'ensemble de leur législation au cadre communautaire dans la perspective puis en raison de leur adhésion à l'Union européenne. Mais il s'agit aussi de pays de droit administratif dans lesquels l'organisation de la juridiction administrative suit le modèle austro-allemand de la cour administrative suprême, laquelle est rattachée au pouvoir judiciaire, séparée du pouvoir exécutif et dépourvue traditionnellement d'attributions consultatives pour le gouvernement. Toutefois, un tel conseil de législation n'existe ni en Allemagne ni en Autriche (cf infra).

Actuellement, on peut relever l'existence d'un conseil de législation auprès du gouvernement en Pologne, République Tchèque, Slovaquie et Slovénie. Sa composition fait habituellement appel à des professeurs de droit, de hauts magistrats et des experts de la haute fonction publique. Ces conseils de législation sont saisis de tous les projets de loi et les examine du point de vue de leur conformité à la constitution, au droit communautaire ou d'autres engagements internationaux, aux principes généraux du droit ; ils veillent aussi à la qualité du style législatif, qui doit être clair et compréhensible. La compétence des conseils de législation s'étend aux actes réglementaires de la compétence du gouvernement¹⁸.

On s'arrêtera sur l'exemple de la Pologne¹⁹. Le conseil législatif (Rada Legislacyjna) est prévu par l'article 14 de la loi du 8 août 1996 sur le conseil des ministres. Selon ce texte, le conseil législatif est créé auprès du président du conseil des ministres (c'est le chef du gouvernement) qui en nomme les membres et en fixe par décret les tâches et le mode de fonctionnement. Le président du conseil des ministres arrête après avis du conseil législatif les principes de rédaction des textes normatifs auxquels doivent se conformer les différentes administrations. Le décret du président du conseil des ministres du 23 juillet 1998 définit les missions du conseil législatif et ses règles de fonctionnement. Le conseil législatif se compose

¹⁸ SIGMA. *Regulatory management capacities of member States of the EU that joined the Union on 1st May 2004*, SIGMA. Paper n° 42, GOV/SIGMA(2007)6, juin 2007, notamment pp. 37 et suiv.

¹⁹ On se fonde sur les textes de base en langue polonaise et sur un entretien au conseil législatif le 10 novembre 2004.



de 20 membres au plus nommés par le président du conseil des ministres parmi des représentants éminents de la science juridique et des praticiens expérimentés. Leur mandat est de quatre ans ; le président et le vice-président ainsi que le secrétaire (ces deux derniers sur proposition du président) sont nommés parmi les membres par le président du conseil des ministres, qui peut également les révoquer. En revanche, le président du conseil des ministres ne peut mettre fin au mandat des membres avant le terme du mandat que dans des cas limitativement énumérés par le décret sur le conseil législatif (§5, par. 1er). Tous les membres du conseil législatif sont des professeurs de droit, des diverses disciplines juridiques, quelques anciens juges des plus hautes juridictions.

Le conseil législatif est consulté sur tous les projets de loi du gouvernementaux ; il ne l'est cependant pas sur les textes proposés par les autres autorités investies du droit d'initiative législative. Toutefois, le conseil législatif peut donner un avis sur une initiative parlementaire ou du président si l'auteur de l'initiative le demande. Le conseil législatif est saisi des projets de décret les plus importants. Il arrive pourtant que des projets de loi ne soient pas soumis au conseil législatif, et davantage encore les projets de décret réglementaire du gouvernement. Le président et le vice-président du conseil législatif sont invités aux réunions du conseil des ministres. En outre, le conseil législatif est consulté quotidiennement par les services du Premier ministre de manière informelle.

Le conseil législatif se réunit environ toutes les deux semaines et examine 10 à 12 projets de loi par séance, sur la base de rapports présentés par certains de ses membres. Le conseil législatif forme des groupes de travail pour étudier les projets. Le président du conseil législatif peut demander des informations et des documents complémentaires aux services qui les ont préparés, il peut inviter à la réunion du conseil législatif comme aux réunions préparatoires des groupes de travail les fonctionnaires en charge du projet ou des représentants d'organisations intéressées (organisations sociales, collectivités locales, etc...) (décret du 23 juillet 1998, §§10 et 11). En pratique, l'examen d'un projet de loi est toujours précédé de réunions de travail avec les services qui les ont préparés. Les présidents des plus hautes juridictions ou leur vice-président ont invités aux réunions du conseil législatif. Les avis sont transmis au conseil des ministres immédiatement après leur adoption (§12), mais aucune disposition n'impose la confidentialité de ces avis. Bien entendu, ils ne lient pas le gouvernement.

Il est précisé que le directeur du Centre de législation du gouvernement ou son délégué participent aux travaux du conseil législatif (§9, par. 3). Le Centre de législation du gouvernement, prévu par la loi du 8 août 1996 sur le conseil des ministres (art. 14a à 14i) est un établissement placé sous l'autorité directe du président du conseil des ministres, qui en nomme et révoque le président et le vice-président. Il est chargé de coordonner l'activité législative. Il s'agit d'un organisme de gestion, mais aussi de suivi et d'étude, dont l'appui au conseil législatif peut être important. Outre, l'édition du journal officiel polonais, le Centre de législation du gouvernement prépare un avis juridique sur les projets d'actes juridiques du gouvernement, coordonne les évaluations des effets socio-économiques des actes juridiques en préparation, collabore aux avis juridiques du conseil législatif sur les projets qui lui sont soumis, contrôle l'adoption par les organes administratifs



compétents des mesures nécessaires à l'application des lois (art. 14c). Le centre coopère avec les institutions scientifiques pour l'exécution de ses missions (art. 14d).

Le gouvernement suit en général les avis du conseil législatif; environ 20% des avis sont négatifs. Sur l'exemple d'une année (octobre 2003 – octobre 2004), sur l'ensemble des projets de loi: 35% ont été transmis au parlement avec l'avis du conseil législatif, 35% n'ont pas été transmis au parlement, 7% ont été transmis au parlement sans avoir été soumis au conseil législatif, et 23% étaient des projets de loi relatifs à des accords internationaux non soumis au conseil législatif²⁰. Selon des données plus récentes, toutefois, seulement 60% des projets de loi seraient soumis au conseil législatif²¹.

En Pologne, le fonctionnement et le rôle du conseil législatif semblent donner satisfaction. Toutefois, ce type d'institution peut donner lieu aussi à des évaluations plus critiques. Ainsi, en Slovaquie, on a relevé que le délai d'examen des projets de loi est excessif, pouvant atteindre huit mois, et que les conditions de l'inscription d'un projet à l'ordre du jour du conseil législatif ne sont pas claires, ce qui laisse place au marchandage politique²². En outre, mais cela ressort aussi de l'ampleur des auditions auxquelles le conseil peut procéder, les limites du rôle du conseil législatif ne sont pas très claires : en principe l'avis porte sur les questions de droit et sur la qualité technique du texte, mais en pratique l'avis peut porter aussi sur des questions de contenu.

II. La fonction consultative associée au pouvoir d'action en justice du pouvoir exécutif

Un modèle très différent de ceux que l'on vient d'évoquer est celui qui s'est développé en Angleterre: les *Law Officers of the Crown* ce que l'on pourrait traduire par: les « légistes de la Couronne », une traduction qui restitué l'origine médiévale de l'institution, mais à raison de son actualité on préférera « Avocats généraux de la Couronne ». Produit d'une expérience historique particulière également, cette institution a été transposée aux États-Unis et dans de nombreux autres pays qui ont système juridique fondé sur la *common law*.

Il convient de présenter le système britannique avant d'examiner rapidement quelles variations il a connues dans les pays qui s'en sont inspirés.

a) *Les avocats généraux de la Couronne*

Il existe deux avocats généraux de la Couronne pour l'Angleterre et le Pays de Galles: *l'Attorney general* et le *Solicitor general*, qui est son adjoint²³. Ce dernier peut

²⁰ Entretien précité.

²¹ SIGMA, op. cit, p. 38.

²² Katarina Staronova / Katarina Mathernova. *Recommendations for the improvement of the legislative drafting process in Slovakia*. OSI IPF Fellowship, Budapest, mars 2003, p. 8.

²³ Ils ont un homologue pour l'Ecosse: the Advocate General for Scotland.



suppléer *l'Attorney general* dans toutes ses fonctions, et il en a toutes les attributions en dehors de celles que *l'Attorney general* se réserve.

Il s'agit d'une institution singulière qui puise sa source dans la longue histoire du droit anglais, et qui n'est pas dépourvue de contradictions. *L'Attorney general* est apparu en 1315 pour exercer les poursuites au nom de la Couronne, il reçut ce titre en 1452. Le *Solicitor general* est apparu en 1461 pour la défense de la Couronne en justice. Mais c'est seulement au 17^{ème} siècle que l'institution a acquis ses caractéristiques modernes en devenant les conseillers juridiques de la Couronne et fournissant des avis que les questions de droit à tous les départements du gouvernement²⁴.

Aujourd'hui encore, l'un et l'autre sont avocats (barristers, plus précisément), membres de l'une ou l'autre chambre du Parlement, et membres du gouvernement, à ce titre nommés par le Premier ministre. Comme ministres, les avocats généraux de la Couronne sont responsables devant le Parlement, comme tous les membres du gouvernement. *L'Attorney general* est, ès qualité, le chef du barreau, bien que membre du gouvernement et qu'il entre dans sa fonction de représenter les intérêts de la Couronne en justice.

L'office des avocats généraux de la Couronne est régi aujourd'hui par la *Law Officers Act* de 1997, mais aussi comme on le verra par certaines conventions de la constitution. Cette loi établit clairement la suppléance de *l'Attorney general* par le *Solicitor general*, mais le véritable titulaire de la charge reste *l'Attorney general*. C'est pourquoi, dans ce qui suit on emploiera simplement l'expression: l'Avocat général.

Selon la loi, l'Avocat général remplit trois grandes fonctions:

- conseiller juridique du gouvernement;
- ministre chargé des poursuites au nom du gouvernement (*superintending minister*);
- gardien de l'intérêt public.

Il en outre charge de diverses fonctions en relation avec le Parlement ou les professions juridiques.

En tant que «gardien de l'intérêt public» (*guardian of the public interest*), il est censé agir en toute indépendance. Cette fonction fait de lui l'autorité la plus haute du royaume en matière criminelle : certaines poursuites sont soumises à son accord, il détient à l'inverse le pouvoir de décider de ne pas poursuivre, il peut faire appel des jugements trop cléments, il peut engager les poursuites pour outrage à la cour (*contempt of court*) (un délit qui garantit notamment l'exécution des décisions de justice, notamment. Cette indépendance est considérée par la jurisprudence comme une règle constitutionnelle: «Selon notre droit constitutionnel, dans les matières qui concernent le public en général, l'Avocat général est le gardien de l'intérêt public. Bien que membre du gouvernement en exercice, il est de son devoir de représenter l'intérêt public avec une objectivité et un détachement complets. Il doit agir en

²⁴ J. Ll. J. Edwards, *The law officers of the Crown. A study of the offices of the Attorney general and of the Solicitor general of England*, Londres, Sweet & Maxwell, 1964, v. chapitre 1er.



toute indépendance à l'égard de toute pression extérieure d'où quelle vienne»²⁵. Ce principe a été réaffirmé par l'Avocat général devant la Commission de la constitution de la Chambre des Lords²⁶. Toutefois, cette indépendance n'est pas invoquée dans les autres fonctions que remplit l'Avocat général.

En ce qui concerne l'exercice la fonction de conseil juridique pour le pouvoir exécutif, il est nécessaire de distinguer deux aspects: 1) les avis juridiques que l'Avocat général doit donner au gouvernement, dont il fait partie; 2) le rôle du département de l'avocat du Trésor (*Treasury Solicitor's Department*), qui est placé sous son autorité.

Le département de l'avocat du Trésor est l'une des six administrations placées sous l'autorité de l'Avocat général, et qui sont les suivantes :

- le *Serious Fraud Office* (SFO), chargé de la recherche et de la poursuite des fraudes les plus graves ;
- le *Crown Prosecution Service* (CPS), qui est placé sous la direction du Directeur de l'Action publique (*Director of Public Prosecution*), et qui remplit une fonction classique du parquet;
- le Département de l'Avocat du Trésor;
- le Département du directeur de l'Action publique pour l'Irlande du Nord;
- l'Inspection du CPS;
- le Revenue and Customs Prosecution Office, qui est chargé des poursuites en matière fiscale et douanière.

Ces administrations sont considérées comme faisant partie du système judiciaire britannique et l'Avocat général nomme le directeur de chacun d'elle.

En outre, l'Avocat général dispose d'un petit département qui lui est directement rattaché, le bureau de l'Avocat général (*Attorney general's Office*), formé d'une cinquantaine de personnes répartis en trois groupes spécialisés en droit civil, en droit pénal et en matière d'administration et de politique publique. C'est ce service qui appuie l'Avocat général dans l'exercice des fonctions qui lui sont propres énumérées précédemment.

Précisons encore que, malgré ces fonctions, l'Avocat général n'est pas un ministre de la justice. Cette fonction, traditionnellement exercée par le Lord Chancellor, qui cumulait les fonctions de président de la Chambre des Lords, de président de sa formation judiciaire et de ministre de la justice, est passée avec la réforme de 2005 à un vrai ministre de la justice, tandis qu'une véritable cour suprême succédait à la formation de jugement (*Appellate Committee*) de la Chambre des Lords.

Membre du gouvernement, l'Avocat général ne fait cependant pas partie du Cabinet, qui constitue le cœur politique du gouvernement. Toutefois, il est souvent invité, avec le *Solicitor general*, aux réunions du Cabinet, à raison de sa fonction de conseil juridique, et il est membre de divers comités ou sous-comités du Cabinet, tels que le comité des affaires intérieures, le comité du programme législatif (l'Avocat général est ainsi conduit à donner un avis sur tous les projets de loi), le comité des questions européennes, par exemple.

²⁵ Jugement prononcé par Lord Denning: «Attorney General v. Independent Broadcasting Authority» [1973] 1 All E. R. p. 689, 697 (trad. par l'auteur).

²⁶ *Constitutional Affairs Committee, Inquiry into constitutional role of the Attorney general, Memorandum from the Attorney general* Attorney General's Office, 6 février 2007, paragraphe 25.



Dans l'exercice de la fonction de conseil juridique pour le pouvoir exécutif, le système britannique distingue ainsi en fait deux niveaux: un niveau plus politique, celui des avis juridiques donnée par l'Avocat général lui-même au gouvernement et en tant que membre du gouvernement, et la fonction d'expertise juridique organisée pour le Premier ministre et l'ensemble du gouvernement au travers du Département de l'Avocat du Trésor.

Les avis juridiques de l'Avocat général concernent les affaires les plus importantes et les plus sensibles. Comme l'a exprimé l'Avocat général, celui-ci se situe «au sommet de l'organisation du conseil juridique composé des juristes des ministères et de l'avocat du Trésor. (...) Je peux être consulté à n'importe quel stade du processus. Mais ce n'est habituellement pas nécessaire (...). Mais dans les domaines présentant une sensibilité ou une difficulté particulières, mon avis est souvent sollicité»²⁷. Selon certaines estimations, cela ne concernerait pas plus de 1% des questions juridiques rencontrées, selon l'exemple des affaires étrangères et du Commonwealth²⁸. Toutefois, les critères restrictifs qui devaient guider la décision d'un ministère de demander un avis juridique à l'Avocat général ont disparu dans la plus récente version du «code ministériel», la circulaire du Premier ministre qui encadre les procédures et le travail des ministères²⁹. Cela devrait conduire à ce que l'avis de l'Avocat général soit plus souvent sollicité, sans que l'on puisse encore en prendre la mesure.

La question de la confidentialité des avis donnés au gouvernement par l'Avocat général a donné lieu à de nombreux débats. En effet, ces avis sont considérés comme des documents du pouvoir exécutif qui ne sont pas communicables au public. Cette règle n'est guère différente de celle qui s'applique aux avis que le Conseil d'Etat français donne au gouvernement sur sa demande, et dont le gouvernement décide d'autoriser ou non la publication. Un certain nombre d'entre eux sont cependant publiés dans le Rapport annuel du Conseil d'Etat. Mais le statut de l'Avocat général crée une difficulté: puisqu'il est un ministre, membre du gouvernement, il est responsable devant le Parlement; comment alors peut-il justifier qu'il ne puisse en rendre compte de ses avis au Parlement?

La confidentialité des avis juridiques de l'Avocat général au gouvernement est une convention de la constitution qui s'est affirmée au 19ème siècle dans de rares cas où le gouvernement a accepté de rendre publics un tel avis en raison de « circonstances particulières et exceptionnelles »³⁰. Le Premier ministre Palmerston avait ainsi déclaré devant le Parlement en 1865 après les émeutes de Belfast que la règle était que ces avis n'étaient pas communiqués au Parlement car les avocats généraux de la Couronne seraient plus prudents dans leurs opinions s'ils savaient qu'elles devraient être rendues publiques, mais il appartenait au gouvernement

²⁷ Cité par K. A. Kyriakides. «The advisory functions of the Attorney-General», *Hertfordshire Law Journal* 2003. 1(1), p. 74.

²⁸ K.A. Kyriakides, op. cit. p.75

²⁹ *Ministerial Code*. Cabinet Office, juillet 2007, par. 2.10 à 2.13, à comparer avec le *Ministerial Code* de 2005, dont le paragraphe 6.22 énonçait encore ces conditions restrictives.

³⁰ J. Ll. J. Edwards, op. cit. p. 257.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

d'apprécier si les circonstances justifiaient qu'il rende public un avis³¹. Cette règle a été depuis constamment réaffirmée, lors d'interpellations parlementaires à la suite de décisions sensibles ou controversées pour lesquelles le gouvernement a parfois tenté de s'abriter derrière l'autorité des avis juridiques de l'Avocat général. Tel fut le cas dans l'affaire Matrix Churchill de vente d'armes à l'Irak en 1992: quatre ministres avaient signé des certificats d'immunité dans l'intérêt public, qui avaient pour effet, selon le droit anglais, de faire obstacle à la communication de documents à la défense devant la justice; cela empêchait aussi l'information complète du parlement sur la réalité de la politique du gouvernement. Le Premier ministre a cependant dû consentir à l'ouverture d'une enquête sous l'autorité de Lord Justice Scott. L'un des points était la portée des avis juridiques donnés par l'*Attorney general* aux ministres, et dans quelle mesure il affecte la responsabilité des ministres: une fois cet avis remis, les ministres n'auraient plus de marge d'appréciation («no discretion left»)³². Toutefois, la déclaration de l'Avocat général devant la commission limite la portée de cette opinion, qui mettrait en cause la possibilité de la responsabilité des ministres ayant sollicité l'avis devant le Parlement. Selon l'Avocat général, l'avis exprimé était que, s'agissant de l'application de la loi sur l'immunité dans l'intérêt public, le ministre avait le devoir de ne pas communiquer un document s'il reconnaissait que ce document entrait dans l'un des catégories de documents couverts par cette loi³³. C'est donc la loi qui liait le ministre et non l'avis qui en rappelait les termes.

Par la suite, la question a été de nouveau soulevée à propos d'autres décisions controversées du gouvernement, et notamment lors de la ratification du traité de Maastricht en 1993 et lors de l'engagement du Royaume-Uni dans la guerre en Irak en 2003. Dans le premier cas, le gouvernement a été conduit à communiquer la substance de l'avis par lequel l'Avocat général exprimait que la non incorporation du protocole dans le droit interne du Royaume-Uni ne ferait pas obstacle à la ratification du traité de Maastricht, mais l'Avocat général a refusé de donner plus de détail lorsqu'il a comparu devant la commission de la chambre des Communes le 22 février 1993. En revanche, en ce qui concerne la guerre en Irak, le gouvernement ayant affirmé préalablement qu'il ne ferait rien de contraire au droit, il a autorisé l'Avocat général à rendre public, sous la forme d'une réponse écrite à une question parlementaire (17 mars 2003), l'avis qui exposait les raisons de droit de la participation du Royaume-Uni à la guerre. L'interprétation que l'on a pu donner de ces décisions reste conforme à la convention de la constitution. Les avis juridiques de l'Avocat général au gouvernement sont confidentiels et ne peuvent pas être rendus publics, sauf en cas de circonstances particulières et exceptionnelles que le gouvernement apprécie³⁴. Les exemples cités montrent que ces cas ne se présentent que rarement.

Cette convention de la constitution a été également exprimée dans d'autres textes. Elle figure d'abord depuis longtemps dans les «codes ministériels» qui, modifiés et

³¹ Ibid.

³² J. McEldowney. *Public Law*. Londres, Sweet & Maxwell, 1994, p. 83.

³³ Voir cette déclaration: <http://www.fas.org/news/uk/scott/atg2.txt>

³⁴ K. A. Kyriakides, op. cit. pp.77-82 et pp.83-84.



republiés régulièrement, fixent les règles de conduite que les ministres doivent respecter dans tous les domaines. Dans l'édition de 2007, on lit ainsi au paragraphe 2.13: «*The fact that the Law Officers have advised or have not advised and the content of their advice must not be disclosed outside of Government without their authority*». Cette formulation intègre la possibilité de rendre publics les avis juridiques tout en maintenant le principe de la confidentialité. En outre, le *Freedom of Information Act 2000*, qui règle les conditions auxquelles des documents officiels peuvent être communiqués au public, exclut expressément de ces documents les avis juridiques de l'Avocat général (s. 35).

Pendant, les avis juridiques de l'Avocat général ne suffisent pas à rendre compte de la fonction consultative juridique centrale telle qu'elle est organisée en Angleterre. Dans le fonctionnement courant du gouvernement, le premier degré, en quelque sorte, de la fonction consultative juridique centrale est constitué par le Département de l'Avocat du Trésor et du réseau de juristes spécialisés en fonction dans les différents ministères. L'importance de ce premier degré s'explique par l'absence de juristes parmi les hauts fonctionnaires impliqués dans la formation des politiques publiques a des conséquences sur le caractère de la fonction publique, une caractéristique de la haute administration britannique dont Wade avait bien souligné l'importance. Le point de vue juridique sur les politiques publiques est très sous-représenté, à la différence de beaucoup d'autres pays. L'influence du droit sur le style et la technique de l'administration est très limitée. Il en résulte un certain antagonisme entre les fonctionnaires et la mentalité juridique³⁵.

La mission du Département de l'Avocat du Trésor est double. D'une part, il assiste le gouvernement et tous les organismes publics dans les procédures judiciaires qui les concernent, que ce soit en demande ou en défense. D'autre part, il fournit au gouvernement et aux organismes publics l'expertise juridique dont ils ont besoin, soit dans l'élaboration des projets de loi ou de règlement, soit en présentant des avis juridiques sur les questions qui lui sont soumises.

Le Département de l'Avocat du Trésor a été transformé en «agence exécutive», au cours de la réforme administrative des années 90 («next step agencies»). Il demeure partie intégrante du gouvernement central, il est placé sous l'autorité de l'Avocat général, mais il constitue une agence dotée de l'autonomie financière, ce qui signifie qu'il doit couvrir ses coûts avec les paiements de ses «clients», c'est-à-dire les ministères et d'autres organismes publics. Son «chiffre d'affaires» serait de 50 millions de livres en 2007. En pratique, il offre ses services à 180 organismes publics d'Angleterre et du Pays de Galles, avec un personnel de 800 personnes, parmi lesquels 400 juristes (*barristers et solicitors*). En outre, le Département, de l'Avocat du Trésor sous-traite certaines consultations à des firmes privées. Enfin, les juristes du Département travaillent avec un réseau de juristes spécialisé des divers ministères, à l'égard desquels il joue souvent un rôle de coordination.

Le Département de l'Avocat du Trésor est organisé en plusieurs divisions ou services spécialisés, ainsi nommés:

- *Litigation and Employment Group*;

³⁵ H. W. R. Wade, *Administrative law*. Clarendon, Oxford, 5^{ème} éd. 1982, p. 57.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Français

- *Cabinet Office and Central Advisory Division*: il s'agit d'un groupe de 20 juristes, chargés de conseiller le Cabinet sur toutes les questions juridiques soulevées par les décisions politiques, sur les projets de loi et de règlement;
- *European Division*: c'est un groupe de 14 juristes chargés d'assister le gouvernement dans les litiges en matière de droit européen et de le conseiller en général sur toute question de droit communautaire et européen;
- *Advisory Teams*: il s'agit d'une centaine de juristes qui se trouvent dans les principaux ministères et leur apportent l'expertise juridique spécialisée dont ils ont besoin;
- *Treasury Legal Advisers*: apportent une expertise juridique en droit financier, notamment en ce qui concerne l'application de la loi sur les services financiers et de marché, ainsi que les organismes publics rattachés au ministère des finances (Treasury);
- *Office of Government Commerce Legal Advisers*: ce groupe de sept juristes est spécialisé en matière de marchés publics (y compris le droit communautaire) et de mesures visant à améliorer l'efficacité du secteur public ;
- *Culture Media and sport Advisory Division* ;
- *Children and School Advisory Division*.

Cette organisation peut, bien sûr, évoluer en fonction des besoins du gouvernement. Mais le plus important est que tous les juristes qui travaillent dans environ 40 départements ministériels forment ce qu'on appelle le Service Juridique du Gouvernement (*Government Legal Service*), lequel est placé sous l'autorité directe de l'Avocat du Trésor, qui est lui-même nommé par l'Avocat général³⁶.

b) Les Etats-Unis et les autres pays de common law

L'institution britannique des Law Officers of the Crown s'est largement diffusée parmi les pays de common law, des Etats-Unis à Chypre en passant par la Nouvelle-Zélande et le Canada. Il n'est pas possible de rendre compte de leurs nombreuses particularités. On s'arrêtera ici seulement sur le cas des Etats-Unis.

L'Attorney general (Avocat général) a été introduit par la loi sur l'organisation judiciaire de 1789 (Judiciary Act 1789); il n'était pas prévu par la Constitution des Etats-Unis. Selon l'article 35 de cette loi, «... *And there shall be appointed a meet person learned in the law to act as an attorney general for the United States, ... whose duty it shall be to prosecute and conduct all suits in the Supreme Court in which the United States shall be concerned, and to give his advise and opinion upon questions of law when required by the President of the United States, or when requested by the heads of any of the departments, touching any matters that may concern their departments, and shall receive such compensation for his services as shall be by law provided*». L'Avocat général fait partie du cabinet; il est nommé et révoqué discrétionnairement par le président (sous réserve de l'accord du Sénat pour la nomination). Mais le Congrès ne peut le destituer que par une procédure d'impeachment, et seulement pour des faits criminels graves.

³⁶ Treasury Solicitor. *Law at the heart of Government*. Londres 2007.



C'est seulement en 1870 que l'Avocat général fut doté d'un département, le ministère de la justice, dont il est le chef. Aujourd'hui, l'Avocat général est le seul membre du cabinet qui ne porte par le titre de «secrétaire».

Selon la législation en vigueur (28 USC § 503), l'Avocat général des Etats-Unis est le chef du département fédéral de la justice, il est membre du cabinet du Président des Etats-Unis, il est le juriste le plus élevé, chargé de toutes les affaires juridiques du gouvernement des Etats-Unis, il est enfin le procureur général des Etats-Unis, responsable à ce titre du respect des lois.

On voit que l'Avocat général présente aux Etats-Unis plusieurs particularités qui le distinguent de son homologue britannique. Premièrement, l'Avocat général fait clairement partie de la «branche» exécutive du gouvernement au sens de la constitution des Etats-Unis, et non du pouvoir judiciaire, alors qu'au Royaume-Uni, l'Avocat général est considéré, bien que faisant partie aussi du gouvernement, comme une institution du système judiciaire. Deuxièmement, aux Etats-Unis, l'Avocat général est le ministre de la Justice, alors qu'au Royaume-Uni cette dernière fonction est confiée à un membre distinct du gouvernement. Du point de vue administratif et budgétaire, le département de la justice est aux Etats-Unis un département ministériel classique avec un financement par des inscriptions budgétaires

En pratique, c'est la fonction de procureur général, chargé de la mise en œuvre de la politique criminelle, qui paraît l'emporter sur toutes les autres. Le Rapport annuel de l'Avocat général³⁷ lui est presque entièrement consacré. Bien que la fonction de conseil juridique de l'exécutif demeure en principe importante, la confidentialité qui s'attache aux avis juridiques émis et le silence du Rapport annuel sur cette fonction rend impossible d'apprécier sa portée réelle aujourd'hui. On doit aussi relever que les commissions réglementaires fédérales disposent, en raison même de leur nature et de leurs fonctions, de leur propre expertise juridique.

IV. La fonction consultative intégrée à l'organisation ministérielle

La fonction consultative juridique centrale du gouvernement peut aussi être exercée par le ministère de la justice dans des pays qui ne se rattachent pas à la tradition juridique anglo-saxonne. On le constate dans divers pays européens qui ne connaissent pas le modèle du conseil d'Etat.

En Allemagne, le ministère fédéral de la justice examine tous les projets de loi et de règlement fédéraux, ainsi que les projets d'accords internationaux, afin de vérifier qu'ils sont conformes à la Loi fondamentale, au droit communautaire et à la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et aux autres engagements internationaux de la République fédérale. Cependant, il s'agit d'une fonction de contrôle plutôt que de conseil ou d'appui. Le ministère fédéral de l'intérieur examine aussi ces projets.

³⁷ U.S. Department of Justice. *Performance and Accountability Report*. Fiscal Year 2007.



Le contrôle s'étend à la technique législative et à la clarté des textes juridiques. Il s'agit d'une sorte de contrôle de qualité. Aucun projet ne peut être soumis à la chancellerie pour son approbation par le gouvernement sans avoir franchi ces étapes avec succès³⁸.

En outre, le ministère fédéral de la justice publie un guide de rédaction des textes juridiques et les divers ministères doivent se conformer aux directives énoncées dans ce guide³⁹.

Le ministère fédéral de la justice est organisé en six sections, parmi lesquelles quatre se partagent la fonction de contrôle juridique:

- droit civil,
- droit pénal,
- droit commercial et de l'économie,
- droit constitutionnel et administratif, droit européen et international.

Cette organisation se retrouve au niveau des Länder, lesquels ont leur propre ministère de la justice.

V. L'institut spécialisé rattaché au gouvernement et chargé de lui apporter l'expertise juridique dont il a besoin

CE dernier type d'organisation de la fonction consultative juridique centrale est le plus nouveau et le moins connu.

Il s'agit de l'établissement d'un institut d'études destiné à répondre aux besoins du gouvernement en matière d'expertise juridique, et dont l'organisation est proche de celles d'instituts de recherche de type académique. On peut en identifier deux cas : l'Institut de Législation et de Droit comparé près le Gouvernement de la Fédération de Russie (IZAK), et l'Institut de Recherche sur la Législation du Gouvernement de la République de Corée (KLRI). Le gouvernement de la Roumanie prépare la création d'un institut de ce type à partir d'une institution existante. C'est une solution qui paraît répondre à la préoccupation d'organiser une capacité permanente d'expertise juridique à la disposition du gouvernement mais dotée d'une certaine autonomie, en se fondant sur le modèle des instituts de recherche, dans des pays qui n'ont pas de conseil d'Etat.

a) L'Institut de Législation et de Droit comparé près le Gouvernement de la Fédération de Russie (IZAK)

Cet institut fait suite à une ancienne institution de l'époque soviétique, apparue en 1925. Aujourd'hui, selon les statuts adoptés par le gouvernement fédéral (arrêté du 29 décembre 2006, n°836, remplaçant les statuts adoptés par l'arrêté du 29 mars

³⁸ Kai Andreas Otto. *The role of ministries in policy development and evaluation. Germany*. SIGMA, OCDE Paris, p. 10.

³⁹ Ibid. p.8.



1994 n° 255, mod. 2 juillet 2003 n° 393 et 7 décembre 2004 n° 745), il s'agit d'un établissement public scientifique, doté de la personnalité morale et directement rattaché au gouvernement fédéral, qui en fixe l'organisation et en nomme le directeur. Il dispose des ressources budgétaires qui lui sont allouées et de ressources propres tirées de son activité commerciale. Il a une double vocation: académique et d'expertise, pour toutes les branches du droit et l'organisation administrative. Son activité a connu un développement important depuis 2000.

Ses missions sont ainsi définies:

réaliser des recherches dans le domaine juridique pour le Gouvernement fédéral, le Président de la Fédération de Russie et l'Assemblée fédérale (Douma d'Etat et Conseil de la Fédération) ;

- élaborer des rapports scientifiques sur l'évolution de la législation;
- réaliser des études scientifiques préparatoires aux projets de loi du gouvernement;
- analyser l'application de la législation;
- réaliser des études comparatives de la législation des sujets de la Fédération, des Etats membres de la Confédération des Etats Indépendants et des autres Etats.

Pour remplir ses missions, l'Institut participe à la préparation du programme législatif du Gouvernement en liaison avec le ministère de la Justice. En outre, il expertise tous les projets de loi fédérale et les règlements les plus importants des organes du pouvoir exécutif. Selon l'arrêté du Gouvernement fédéral du 2 août 2001 (n° 576, mod. 20 août 2004 n° 424), la conception de tous les projets de loi ou ensembles de mesures techniques doit être transmise pour expertise juridique au ministère de la Justice et à l'Institut après que les administrations responsables se soient mises d'accord sur le projet (paragraphe 13)⁴⁰.

Du point de vue de la procédure, un arrêté du Gouvernement fédéral du 15 avril 2000 n°347 avait fixé le rôle du ministère de la Justice dans l'organisation du travail législatif du Gouvernement fédéral; dans ce cadre, l'Institut devait être associé d'une part aux directives méthodologiques que le ministère devait adresser aux autres organes du pouvoir exécutif, et d'autre part à l'expertise juridique des projets de loi devant être soumis au Gouvernement fédéral⁴¹. Selon cet arrêté, c'est le ministère de la Justice qui transmet au Gouvernement le projet de loi au terme des discussions entre les différents départements concernés et en tenant compte des expertises produites par l'Institut⁴². Le règlement actuel du conseil des ministres de la Fédération de Russie (27 mai 2006, n° 322) confirme cette règle (paragraphe 60): le ministre de la Justice présente pour chaque projet de loi, projet d'ordonnance du Président de la Fédération de Russie ou projet d'arrêté du Gouvernement de la Fédération de Russie des conclusions qui formulent une évaluation juridique du projet, du point de vue de sa conformité aux normes supérieures, de l'absence de contradiction avec d'autres normes ou de lacunes juridiques.

⁴⁰ Talia Ya. Khabrieva (ed.). *Pravitel'stvo Rossijskoj Federacii* (Le gouvernement de la Fédération de Russie). Moscou, Norma, 2005, pp. 467-471.

⁴¹ Igor I. Chouvalov. *Pravitel'stvo Rossijskij Federacii v zakonotvortcheskom processe* (Le gouvernement de la Fédération de Russie dans le processus législatif). Moscou, Norma, 2004, pp. 124-127.

⁴² *Ibid.* p. 127.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

Toutefois, la fonction d'expertise juridique est en réalité passée, pour l'essentiel à l'Institut. Ses membres participent régulièrement aux groupes de travail et commission chargés de la préparation des textes, aux conseils consultatifs mis en place par différentes institutions fédérales. Mais surtout, son directeur est régulièrement invité aux réunions du Gouvernement fédéral, sur la base des dispositions du règlement du Gouvernement fédéral permettant que participent à ses réunions, et présentent éventuellement un rapport, des dirigeants d'autres organismes en rapport direct avec une question à l'ordre du jour (paragraphe 31 et 36); des demandes d'avis lui sont parfois directement adressées. Selon les données publiées par l'Institut, celui-ci a reçu en 2004 plus de 2.000 commandes et demandes d'avis, en 2005 plus de 2.200 et en 2006 plus de 2.700. En 2006, l'Institut a examiné plus de 800 projets de loi et rendu plus de 200 analyses à la demande du Gouvernement fédéral, de l'Administration du Président de la Fédération de Russie, du Conseil de la Fédération, de la Douma d'Etat, ou même de la Cour constitutionnelle fédérale, de la Cour suprême et du Tribunal suprême d'arbitrage⁴³.

En tant qu'institut de recherche, l'Institut de Législation et de Droit comparé près le Gouvernement de la Fédération de Russie publie des livres (une trentaine par an), plusieurs revues (Journal Rossijskogo Prava - Revue de Droit russe, Journal zarubejnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedenia - Revue de Législation étrangère et de Droit comparé) et organise des colloques, parfois à la demande de tel ou tel ministère sur un sujet spécialisé. Cette activité n'est pas moins importante et l'Institut souligne que cette activité concerne aussi bien la réflexion fondamentale (cf article 8 des statuts) que les recherches appliquées, la publication d'ouvrages théoriques aussi bien que de manuels d'enseignement et de commentaires des grands codes du droit russe. L'Institut recrute chaque année des doctorants qui réaliseront leur thèse au sein de l'Institut⁴⁴.

En 2007, l'Institut comptait 250 employés, dont 150 ayant au moins le grade de docteur ou de candidat en droit⁴⁵. Il est organisé en 22 sections, dont 16 remplissent des fonctions de recherche et d'expertise couvrant tous les domaines du droit, et 6 des fonctions de soutien. Le directeur est assisté d'un premier adjoint, de trois adjoints, d'un secrétaire scientifique et d'un conseil scientifique de 23 membres.

b) L'Institut de Recherche sur la Législation de la République de Corée

L'Institut de Recherche sur la Législation de Corée est un organisme de réflexion financé par le gouvernement et créé en 1990 ; il est doté de la personnalité morale et son statut est celui d'une institution de recherche. Sa mission initiale était double: d'une part réaliser un inventaire systématique de la législation et des règlements

⁴³ L'Institut de Législation et de Droit comparé auprès du Gouvernement fédéral russe, Moscou. 2007, p. 9.

⁴⁴ Ibid. p. 21.

⁴⁵ Ibid. p. 25.



d'application et exploiter l'information qui s'y rapporte, et d'autre part mener des études et des recherches de niveau professionnel en matière de législation dans le but d'appuyer la politique législative nationale et d'assurer une information rapide et précise sur les nouveaux textes publiés. L'Institut a ainsi pour mission de contribuer plus généralement à l'élévation du niveau de la culture juridique.

L'Institut coréen de Recherche sur la Législation a déjà entrepris plusieurs projets de recherche sur les progrès de l'Etat de droit et sur le développement de la culture juridique. Il a aussi publié le recueil des lois de la République de Corée, ainsi que la traduction en anglais des lois coréennes les plus importantes, une histoire de la législation et il a mis en place une base de données sur la législation.

Mais la mission de l'Institut fait une place de plus en plus importante à l'expertise juridique au service du gouvernement. L'Institut participe à la préparation des réformes de la gestion publique, sous leur aspect juridique. Il répond aux demandes d'expertise des différents ministères et organismes gouvernementaux en matière de législation et de réglementation. Il s'adresse également aux professions juridiques.

Conclusions

Il est évident à l'issue de cet examen que la fonction consultative d'expertise juridique correspond à un besoin des Etats modernes.

Il apparaît également que l'histoire des institutions administratives de chaque pays est un facteur explicatif essentiel des divers modèles qui ont pu être identifiés.

Mais la distinction fondamentale est celle qui en ressort entre les pays qui visent à établir une fonction consultative indépendante et les autres. L'indépendance de la fonction consultative est une garantie pour le gouvernement, qui bénéficie d'avis objectifs, et pour la crédibilité de l'instance consultative. L'indépendance de la fonction consultative résout également le problème de la responsabilité politique : dès lors que ce n'est pas un membre du gouvernement qui assume cette fonction, elle ne peut plus être soumise à la pression pour répondre à des questions parlementaires sur les avis adressés au gouvernement, et on ne peut suspecter que l'avis ait été préparé pour appuyer la position que le gouvernement avait décidé d'adopter.

Au regard de ces préoccupations, le modèle du conseil d'Etat liant la fonction contentieuse juridictionnelle et la fonction consultative continue d'être une réponse valable, car l'indépendance acquise pour la fonction juridictionnelle bénéficie en même temps à l'exercice de la fonction consultative.



La función consultiva jurídica central Aproximación de derecho comparado¹ Gérard Marcou

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE PARÍS I PANTEÓN – SORBONA

A diferencia de la jurisdicción administrativa, la función consultiva ha dado lugar a muy pocos estudios de derecho comparado; si acaso algunos desarrollos en trabajos de organizaciones internacionales referentes a la organización gubernamental o al mejoramiento de la calidad de la legislación. Su importancia, sin embargo, no cesa de crecer, con las necesidades de especialización que hoy acompañan a todas las políticas públicas.

No obstante, la función consultiva ha dado lugar en Francia a un cierto número de reflexiones doctrinarias, y sin duda no hay que asombrarse de ello si se recuerda la concepción napoleónica de la administración que durante un buen tiempo ha marcado a Francia, según la cual, si deliberar es el hecho de varios, actuar es el hecho de uno solo, lo cual se encuentra en el origen de la doble función contenciosa y consultiva del Consejo de Estado moderno.

Maurice Hauriou es, tal vez, el primero en haber utilizado la expresión “administración consultiva”, para oponerla a la “administración activa” y designar los numerosos consejos y comisiones que rodean al gobierno². Yves Weber ha tratado de elaborar la teoría en momentos en que ella estaba cambiando. Según su definición, “la administración consultiva puede entenderse como la expresión jurídica de opiniones emitidas individual o colegiadamente a una autoridad administrativa, la cual es la única habilitada para dictar el acto de decisión a propósito del cual se realiza la consulta”; esto supone una institución cuya misión es la de ser consultada, la autoridad consultante puede ser el gobierno³. Según este autor, la consulta responde a tres exigencias: la eficacia, orientando a la administración; la representación de intereses; la garantía de los derechos individuales⁴. La segunda, la más reciente, que se ha desarrollado con la administración económica y social, le cambia en realidad la

¹ Traducción: Jorge Murgueitio Cabrera, Magistrado Auxiliar, Sala de Consulta y Servicio Civil

² *Précis de droit administratif*. Paris, Sirey, 9ème éd., 1927.

³ Y. Weber. *L'administration consultative*. Paris, LGDJ, 1968, Bibl. de Droit Public No. 82, pp. 1 y 2.

⁴ *Ibid.* principalmente pp. 16-43.



naturaleza: con la representación de intereses, la función consultiva tiene de absorber el poder reconocido a la autoridad consultante⁵. Pero en lo que concierne a la primera, Y. Weber distingue entre la función consultiva jurídica, ejercida esencialmente por el Consejo de Estado, y la función consultiva asociada a los diferentes asuntos “técnicos” de la acción administrativa⁶. La importancia de esta distinción había sido subrayada antes que él por Gilbert Dauphin, quien distinguía sencillamente, en el seno de la administración consultiva, entre el Consejo de Estado y “el resto”⁷. Pero este autor hacía una observación de mayor alcance haciendo notar que el Consejo de Estado había asegurado la perennidad de su preeminencia evitando la penetración en su seno de “técnicos” cuyo concurso se hacía cada vez más necesario en los poderes públicos, y restringiéndose a las más altas esferas de la vida jurídica⁸.

Esta función consultiva jurídica debe en efecto ser distinguida claramente de las innumerables instancias consultivas instituidas tanto en el ámbito del gobierno central como local. Hoy más que nunca se consolida la existencia de una función consultiva jurídica central en el Estado. Ella se opone por la generalidad de su vocación, que se aplica al momento jurídico de expresión de todas las políticas públicas, a los diversos órganos de consulta técnica cuya naturaleza de peritaje limita su intervención a sectores de actividad más o menos estrechamente definidos. Ella se impone por la complejidad creciente del derecho y de las relaciones entre los órdenes jurídicos.

Esta distinción no disminuye por la importancia que conviene reconocer igualmente a los diferentes procedimientos e instancias consultivas que conllevan dictámenes técnicos o permiten tener en cuenta las expectativas o los comportamientos anticipados de los destinatarios de las normas. Al contrario, ha sido destacada en numerosos trabajos sobre el mejoramiento de la calidad reglamentaria o la “reforma de la reglamentación” (*regulatory reform*), que estudia la simplificación, la medida del impacto, económico principalmente, de la reglamentación en todas sus formas⁹.

Las dos funciones no son concurrentes ni contradictorias. La cuestión de la calidad reglamentaria así comprendida se plantea solamente si la seguridad jurídica está garantizada, y la función consultiva jurídica central debe tener en cuenta los objetivos de calidad reglamentaria. Pero la función consultiva jurídica central tiene un sentido específico: implica la organización por parte del Estado de una capacidad de dictamen jurídico independiente para asistir al gobierno (y más ampliamente al poder ejecutivo) en su misión de elaboración de proyectos de ley y de reglamentos, preservando la autonomía de la capacidad de decisión política, lo que significa que no debe depender de ningún organismo o grupo exterior.

⁵ Ibid. pp. 305-306.

⁶ Ibid. pp. 16 y 19.

⁷ G. Dauphin. *L'administration consultative centrale*. Paris, Marcel Rivière, 1932, p. 7.

⁸ Ibid. p. 70.

⁹ Ver para Francia: D. Mandelkern. *Rapport du Groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*. Paris. *La Documentation Française*, Ministère de la Fonction Publique, 2002, 139 páginas. En el plan internacional, ver: The OECD Report on Regulatory Reform, 1997, al cual ha seguido un programa continuo de intercambios y la publicación de informes por países.



Definida así, la función consultiva jurídica central existe bajo las formas más diversas sin duda en la mayoría de países, pero las instituciones que se pueden identificar que asumen esta función no responden todas a todos los elementos de la definición, y tanto la amplitud como la calidad de la función son extremadamente variables. Los consejos de Estado, que reúnen las funciones consultiva y contenciosa, son ciertamente la forma más típica de ejercicio de la función consultiva jurídica central. Pero se puede observar que esta puede atribuirse a instituciones muy diversas, según la historia administrativa de cada país.

Se puede así distinguir cinco categorías:

1. La función consultiva asociada a la función contenciosa en el Consejo de Estado;
2. La función consultiva atribuida a un órgano colegiado situado cerca del gobierno;
3. La función consultiva asociada al poder de acción en justicia del poder ejecutivo;
4. La función consultiva integrada a la organización ministerial;
5. El instituto especializado vinculado al gobierno y encargado de aportarle el dictamen jurídico que necesita.

Salvo en la segunda categoría, se verá que la función consultiva jurídica central nunca ha sido la única función de las instituciones que la ejercen, y estas han dejado de tener la exclusividad de la función de consejo jurídico del gobierno, el cual puede siempre acudir a los consejos de su elección.

I. La función consultiva asociada a la función contenciosa en el Consejo de Estado

Este tipo de institución tiene su origen en el antiguo consejo del rey que existió en diversos países europeos, y que encontró su forma clásica con el Consejo de Estado napoleónico. El sistema llamado de la “justicia retenida” fue durante mucho tiempo una característica distintiva de su función contenciosa. Esta última ha desaparecido hoy de los países que tienen un Consejo de Estado, el último país en abandonarla ha sido Holanda.

Hoy, el Consejo de Estado es un tipo de institución al cual la ley le garantiza la independencia y la de sus miembros ante el poder ejecutivo, y cumple a la vez las funciones consultivas para el gobierno, y la función de jurisdicción administrativa suprema. Es este estatuto de independencia el que ha permitido, en los Estados modernos, mantener en el seno de la misma institución la función consultiva y la función de juzgar a la administración. Los miembros del Consejo de Estado no siempre son magistrados, pero la independencia que les confiere su estatuto los aproxima a tal calidad.

Los países europeos que tienen un Consejo de Estado en el sentido que se acaba de definir son hoy en día, además de Francia: Bélgica, Grecia, Italia, Holanda. Pero se encuentra también este tipo de institución en Turquía y Líbano, en Egipto y, desde 1998, en Argelia. Ciertos países de África tienen también un Consejo de Estado:



Burkina Fasso, Gabón, Senegal, la República Centroafricana. Esta vía ha sido seguida igualmente por Tailandia desde 1979, antes de ser abandonada en 1999 con la creación de una corte administrativa suprema. En América Latina, Colombia es el único país que ha adoptado un Consejo de Estado en el sentido que se ha definido¹⁰.

En todos estos países, son la jurisdiccionalización de la función contenciosa y la independencia adquirida frente al poder ejecutivo las que han asegurado a la vez la perennidad y la ejemplaridad del Consejo de Estado.

La cuestión de la compatibilidad de la reunión en el seno de la misma institución de la función contenciosa y de la función de consejo del poder ejecutivo con el derecho de cualquier persona a que su causa sea atendida por un tribunal independiente e imparcial, garantizado por el artículo 6º de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, ha sido sometida en varias ocasiones a la Corte Europea de Derechos del Hombre. En el fallo *Procola* del 28 de septiembre de 1995 a propósito del Consejo de Estado luxemburgués¹¹, la Corte declaró en relación con una sentencia de este que en ella no se había respetado el mencionado derecho, por cuanto algunos miembros de la sección de juzgamiento habían hecho parte de la sección consultiva que había emitido un concepto para el gobierno sobre los decretos reglamentarios que habían sido recurridos.

Sin embargo, en dos sentencias posteriores, la Corte Europea de Derechos del Hombre ha precisado que esta jurisprudencia no cuestionaba el modelo institucional del Consejo de Estado como tal y las condiciones en las cuales su compatibilidad con el artículo 6º de la Convención podía estar asegurada. La sentencia *Kleyn* de 2003 se refirió al Consejo de Estado de Holanda¹² y la sentencia *Sacilor –Lormines* de 2006 al Consejo de Estado francés¹³. Con base en estas dos sentencias, la jurisprudencia de la Corte europea de Derechos del Hombre puede resumirse de la siguiente manera.

La Corte admite la compatibilidad del modelo institucional del Consejo de Estado con el artículo 6º de la Convención, pero bajo ciertas condiciones: 1. que la independencia institucional de los miembros del Consejo de Estado esté asegurada, lo que reconoce explícitamente como establecido en el caso del Consejo de Estado francés; 2. que el ejercicio sucesivo de una función consultiva y de una función jurisdiccional no conlleve en la primera una implicación de naturaleza a atentar contra la imparcialidad del interesado en la formación del juicio; 3. que la consulta y el juicio no se refieran al “mismo asunto” o a “cuestiones análogas”; 4. que el concepto haya tratado la cuestión de manera “general y abstracta”, si existe una relación entre las cuestiones jurídicas¹⁴.

¹⁰ G. Marcou. “Une cour administrative suprême: particularité française ou modèle en expansion?”. *Pouvoirs* No. 123, 2007, pp. 133-154.

¹¹ CEDH 28 sept. 1995. “*Procola c/ Luxembourg*”, série A, No. 326, RFDA 1996, no. 4, p. 795, comm. J.-L. Autin / F. Sudre. “La dualité fonctionnelle du Conseil d’Etat en question devant la Cour européenne des droits de l’homme”, p. 777.

¹² CEDH G de Ch. 6 mai 2003. “*Kleyn c/Pays-Bas*”, RTDH 2004, p. 365, note González.

¹³ CEDH 9 novembre 2006. “*Soc. Sacilor-Lormines c/France*”, RFDA 2007, no. 2, p. 352, comm. J.-L. Autin / F. Sudre. “L’impartialité structurelle du Conseil d’Etat hors de cause?”, p. 342.

¹⁴ Cf G. Marcou, op. cit. Pero para un comentarista holandés, B. W. N. de Waard, aun en ese caso, el concepto puede tener un carácter prejudicial: nota bajo la sentencia *Sacilor-Lormines Administratiefrechtelijke Beslissingen*. 2007, A. . 34, 22 septembre, pp. 1484-1487.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

La sentencia *Procola* ha conducido a una reforma fundamental del Consejo de Estado de Luxemburgo. La Constitución del 17 de octubre de 1868 fue reformada (12 de julio de 1996). Se instituyó una Corte administrativa por el nuevo artículo 95bis en el capítulo VI (“De la justicia”); el conjunto del contencioso-administrativo hasta entonces de competencia del Consejo de Estado le fue transferido. Este último se mantiene pero solo con sus funciones consultivas (art. 83bis). La ley del 7 de noviembre de 1996 reorganizó la justicia administrativa sobre esta base.

En Bélgica, Francia y Holanda se han adoptado reformas de la organización interna del Consejo de Estado con la finalidad de prevenir cualquier riesgo de cuestionamiento de la institución con base en el artículo 6º de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales.

El Consejo de Estado de Bélgica se rige por una clase de código conocido bajo el nombre de “leyes sobre el Consejo de Estado coordinadas el 12 de enero de 1973”. Se compone de una sección de legislación y una del contencioso-administrativo, así denominada desde la ley del 15 de septiembre de 2006. Es la sección de legislación la que ejerce la función consultiva, tanto para el gobierno federal como para los gobiernos de las comunidades y las regiones de Bélgica. La ley del 15 de mayo de 1999 previó que los auditores asignados prioritariamente a la sección de Legislación (leyes coordinadas: art. 76) no pueden conocer de los recursos dirigidos contra los actos sobre los cuales han dado su concepto en la sección de Legislación (art. 29); en fin, existe un procedimiento de recusación de los miembros de la sección de Administración (art. 29). Además, la sección del contencioso-administrativo se compone de presidentes y consejeros de Estado que no hacen parte de la sección de legislación (art. 89).

En Francia, el decreto del 6 de marzo de 2008 modificó profundamente la organización interna del Consejo de Estado. Además de la creación de una sección administrativa (consultiva) suplementaria, la sección de la Administración, que se encarga de las cuestiones de función pública, contratos, propiedades públicas y relaciones con los usuarios, el decreto introduce dos reglas nuevas importantes teniendo en consideración la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre (Código de Justicia Administrativa: art. R. 122-21 y 122-21-1 y 2). De una parte, el presidente de la sección administrativa que ha deliberado sobre un concepto relativo a un acto que es objeto de un recurso tratado en asamblea del contencioso no puede sesionar en esta y debe ser reemplazado por un presidente adjunto de otra sección. De otra parte, los miembros del Consejo de Estado que intervinieron en la deliberación de dicho concepto deben dejar de participar en una sala contenciosa, cualquiera que ella sea, en la cual se deba decidir sobre un recurso contra ese acto, y la lista respectiva se le comunica al peticionario que haga la solicitud¹⁵.

En Holanda, las sentencias *Kleyn y Sacilor-Lormines* determinaron la necesidad de hacer una reforma fundamental y el proyecto de ley (no. 30 385)¹⁶, radicado en

¹⁵ F. Moderne y P. Devolvé. “La réforme du Conseil d’Etat”, RFDA 2008, no. 2, p. 213, seguido de una entrevista con Bernard Stirn, presidente de la sección del contencioso, y de las nuevas disposiciones del código de justicia administrativa.

¹⁶ Kamerstukken II 2005/2006. 30 585, No. 1-4, 27 septiembre 2006.



septiembre de 2006, aun en la etapa de la discusión parlamentaria, prevé una reforma de la organización interna del Consejo de Estado para garantizar el respeto del artículo 6°. Mientras que, según la organización actual, los conceptos son emitidos por la asamblea plenaria con base en ponencias de las secciones administrativas, el Consejo de Estado estaría conformado en el futuro por dos secciones distintas: la sección consultiva y la sección jurisdiccional. Se mantiene el principio de que algunos miembros del Consejo de Estado participen en las dos secciones, pero su número sería más limitado, y sobre todo un miembro del Consejo no podría decidir en el contencioso sobre un “asunto” al cual se refiriera un concepto respecto del cual hubiera intervenido en la sección consultiva.

En Italia, la organización del Consejo de Estado evita desde hace mucho tiempo la participación en la función jurisdiccional de miembros de las secciones administrativas. Muchos países que han establecido un consejo de Estado lo han vinculado al poder judicial, y confieren a sus miembros el estatuto de magistrados: son incorporados entonces de la misma manera que los jueces ordinarios (Grecia, Turquía, Egipto, Líbano).

II. La función consultiva atribuida a un órgano colegiado situado cerca del gobierno

Esta concepción presenta dos variantes bastante diferentes por su origen, pero que tienen algunos puntos comunes, desde el punto de vista funcional. La primera corresponde a los consejos de Estado que se han conservado a pesar de haber perdido su función contenciosa inicial; la segunda se refiere a la creación de un órgano especializado de consejo jurídico al gobierno, esencialmente en materia de legislación, en países que tienen un sistema de dualidad de jurisdicción con una corte administrativa suprema que no ejerce ninguna función consultiva.

A) El Consejo de Estado como órgano solamente consultivo del gobierno

Existen tres casos: España, desde la ley Maura de 1904, que decidió transferir la jurisdicción contencioso-administrativa a las jurisdicciones ordinarias; Luxemburgo, desde la reforma constitucional de 1996, y Tailandia desde la Constitución de 1997. En los tres casos, es la insuficiente independencia con la cual se ejercía la función contenciosa respecto del poder ejecutivo lo que explica que esta se haya retirado finalmente del Consejo de Estado para ser atribuida a una jurisdicción específica en materia administrativa, y gozando de las mismas garantías de independencia que las jurisdicciones ordinarias¹⁷.

Aquí nos detendremos solamente en el caso de España. El sistema resultante de la reforma de 1904 ha atravesado los regímenes políticos conservando sus

¹⁷ G. Marcou. “Une cour administrative suprême ...”, op. cit.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

características esenciales. Según la Constitución de 1978, el Consejo de Estado es “el órgano consultivo supremo del gobierno” (art. 107). En la actualidad, se encuentra organizado por una ley orgánica de 1980, reformada en 2004, la cual reemplazó la antigua ley de 1944 sobre el Consejo de Estado¹⁸.

De acuerdo con la ley orgánica de 1980, el Consejo de Estado “ejerce la función consultiva con la autonomía orgánica y funcional que garantiza su objetividad y su independencia conforme a la Constitución y la ley” (art. 1º, par. 2). Sin embargo, su papel consultivo puede ir más allá de un concepto sobre la estricta legalidad o constitucionalidad del texto presentado. Según el artículo 2 (par. 1º), el Consejo de Estado, en ejercicio de sus funciones, “vela por el respeto a la Constitución y el conjunto del orden jurídico”, pero “evaluará también los aspectos de oportunidad y adecuación si la naturaleza del asunto lo exige o si se le solicita expresamente hacerlo por la autoridad consultante”.

El Consejo de Estado emite sus conceptos sobre las cuestiones que le someten el gobierno o sus miembros (art. 2, par. 2, inciso 1º). No puede, pues, tomar la iniciativa de emitir un concepto. No obstante, de conformidad con la ley orgánica de 2004, puede realizar también los estudios, informes, trabajos jurídicos y formular las propuestas (texto consolidado de la ley orgánica: art. 20, par. 1º) que considere oportunos para cumplir de la mejor manera sus funciones (art. 2, par. 3), y es por ello que se creó la comisión de estudios (art. 23). La ley orgánica de 2004 previó igualmente la publicación de un informe anual de actividades aprobado por la asamblea plenaria del Consejo de Estado (art. 20). En la elaboración de las proposiciones constitucionales y legislativas que le encarga el gobierno, el Consejo de Estado sigue los objetivos, criterios y límites fijados por el gobierno, pero puede formular sobre el tema las observaciones que estime pertinentes (art. 2, par. 3, inciso 2).

La ley orgánica establece una diferencia de régimen entre los llamados dictámenes y los otros documentos adoptados por el Consejo de Estado a título de su función consultiva.

En efecto, la ley orgánica precisa que la consulta del Consejo de Estado es obligatoria en los casos en que la ley lo prevé, y facultativa en los otros casos. Los dictámenes no obligan a la autoridad consultante, salvo que la ley disponga lo contrario (art. 2, par. 2, inc. 2). Sin embargo, la ley orgánica da cierto alcance a los dictámenes. Teniendo en cuenta que los dictámenes pueden ser emitidos por formaciones diferentes, principalmente por la asamblea plenaria o la comisión permanente, se precisa que los asuntos que hayan dado lugar a un dictamen adoptado por la asamblea plenaria no pueden someterse a ratificación de ningún otro organismo de administración del Estado; los dictámenes adoptados por la comisión permanente, pueden ser reconsiderados solamente por la asamblea plenaria. Corresponde al Consejo de Ministros decidir, en los casos en que la consulta es obligatoria, sobre los asuntos en los cuales el ministro está en desacuerdo con el dictamen del Consejo de Estado (art. 2, par. 2 inc. 3). En fin, las organizaciones que hayan sido objeto de un dictamen del Consejo de Estado deben precisar si están conformes con el mismo o si se apartan de él.

¹⁸ Miguel Sánchez Morón (2006). *Derecho administrativo. Parte general*. Madrid, Tecnos, 2ª ed., pp. 287 s.



En realidad las enmiendas adoptadas por la ley orgánica 3/2004 extendieron un poco la competencia y reforzaron la autoridad de los dictámenes o conceptos del Consejo de Estado. La consulta previa del Consejo de Estado en asamblea plenaria es obligatoria en lo sucesivo para todo proyecto de ley constitucional y sobre los proyectos de ley que se remiten a la puesta en ejecución o al desarrollo de normas nacidas de compromisos internacionales o del derecho comunitario; la consulta es también obligatoria, particularmente sobre los proyectos de decretos legislativos, sobre los problemas de interpretación de compromisos internacionales, sobre las transacciones judiciales o extrajudiciales que interesan a los derechos del Tesoro público o los compromisos o arbitrajes que se relacionan con este, o más aun sobre cualquier cuestión a la cual el gobierno le concede cierta importancia o tiene repercusiones particulares (art. 21). Además, la consulta de la comisión permanente del Consejo de Estado es obligatoria particularmente sobre la necesidad de una autorización parlamentaria previa para la ratificación de los tratados y acuerdos internacionales, sobre las disposiciones reglamentarias necesarias para la puesta en ejecución o el desarrollo de compromisos internacionales o del derecho comunitario, sobre todas las medidas reglamentarias necesarias para la ejecución de las leyes, sobre los proyectos de ley orgánica relativos a la transferencia o a la delegación a las comunidades autónomas de competencias del Estado así como sobre el control del ejercicio de las competencias delegadas, o incluso sobre la concesión de monopolios o de servicios públicos monopolizados, una competencia sobre la cual el derecho comunitario reduce sin cesar su campo. La comisión permanente también conserva un papel consultivo en materia contenciosa en ciertos casos, que la ley orgánica de 2004 extendió un poco: así sobre los recursos gratuitos o en apelación que son llevados, en virtud de una disposición legislativa, ante el Consejo de Ministros, comisiones delegadas del gobierno o la presidencia del gobierno; sobre los recursos administrativos en revisión (según la ley sobre el procedimiento administrativo); sobre la revisión de oficio de actos administrativos en los casos previstos por la ley; sobre la nulidad, la interpretación o la resolución de contratos administrativos, o incluso la modificación o la extinción de contratos de concesión, en caso de oposición del co-contratante o en los casos previstos por la ley; por fin, y esto ha sido añadido por la ley orgánica de 2004, en caso de reclamaciones pecuniarias de un importe superior a 6.000 euros derivados de un daño o perjuicio imputado a la administración de Estado.

La composición de Consejo de Estado español es bastante compleja. En resumen, podemos decir que se integra por altas personalidades, cuyo estatus y experiencia garantizan la independencia de juicio y la autoridad moral, pero las que no aseguran directamente, en su mayoría, el concepto jurídico del Consejo de Estado, aunque, según la ley orgánica, “la composición del Consejo de Estado pretende garantizar la diversidad de sus conceptos y su independencia” (art. 2, par. 3, al. 3). La ley orgánica de 2004 introdujo a los antiguos jefes de gobierno entre los miembros de derecho y vitalicios del Consejo de Estado, si manifiestan la voluntad de ejercer este cargo.

La ley orgánica distingue tres categorías de miembros del Consejo de Estado (arts. 7 a 9): los consejeros permanentes, los consejeros de derecho, los consejeros



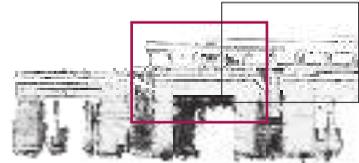
Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

electivos. Los consejeros permanentes, en número igual al de las secciones que componen el Consejo de Estado, son nombrados de manera vitalicia por decreto real entre los ministros, presidentes o miembros de los consejos ejecutivos de las comunidades autónomas, los otros miembros de Consejo de Estado, los miembros de los consejos consultivos de las comunidades autónomas, los “referendarios” superiores del Consejo de Estado, los profesores de universidad de las especialidades jurídicas, económicas y sociales que tengan por lo menos quince años de ejercicio, ciertos altos funcionarios, particularmente. Los consejeros electivos son un número total de diez, nombrados por cuatro años, particularmente entre las siguientes categorías: parlamentarios, por lo menos dos consejeros electivos deben haber desempeñado las funciones de presidente o de miembro de consejo ejecutivo de una comunidad autónoma, miembro del Tribunal Constitucional o de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, ministro o secretario de Estado, Defensor del Pueblo, embajador, alcalde de una capital de provincia, presidente de diputación provincial o su equivalente. Por último, los miembros de derecho, además de los antiguos jefes de Gobierno, participan: los presidentes o directores de academia, el presidente del Consejo Económico y Social, el Procurador General del Estado, el Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el abogado general del Estado - director del servicio jurídico del Estado, el Presidente de la Comisión General de Codificación, el Presidente del Consejo General del Foro de Abogados, el Gerente del Banco Central. El presidente de Consejo de Estado es nombrado por decreto real deliberado en el Consejo de Ministros entre los juristas “cuyo prestigio es reconocido” y quienes tengan “la experiencia en los asuntos del Estado” (art. 6).

Podemos preguntarnos si esta composición le asegura al Consejo de Estado una capacidad de decisión sobre las cuestiones jurídicas, y una disponibilidad a la altura de las funciones que se le asignan. Ambas dependen en realidad de la capacidad representada por los “referendarios” encargados de preparar las deliberaciones, los cuales forman no obstante un cuerpo de juristas muy prestigiosos.

Por último, la mayoría de las comunidades autónomas estableció un consejo consultivo que cumple ante el gobierno regional las funciones que desempeña el Consejo de Estado a escala nacional. Las que no lo hicieron pueden dirigirse al Consejo de Estado.

Aunque la ley orgánica de 2004 buscó reforzar la función consultiva del Consejo de Estado, no debemos olvidar que existe otra instancia de concepto jurídico en el nivel central, la abogacía general del Estado, que tiene el rango de una subsecretaría en el ministerio de justicia. La abogacía general está formada por el grupo de abogados del Estado. De una parte, se encarga de la defensa en justicia de los intereses del Estado, y en particular en los procedimientos ante las jurisdicciones europeas (Corte de Justicia de la Comunidad Europea y Tribunal de Primera Instancia, Corte Europea de los Derechos del Hombre), y por otra parte, se ocupa de brindar una asistencia jurídica consultiva a todas las administraciones públicas. Su origen data de un decreto real del 28 de diciembre de 1849 que crea la dirección general de lo contencioso-administrativo. El grupo de abogados del Estado ha sido creado por un decreto real del 16 de marzo de 1886, que reorganizaba la dirección general de



lo contencioso-administrativo. Hoy es un cuerpo superior de la administración del Estado, muy prestigioso, conformado por juristas escogidos mediante un concurso considerado particularmente difícil. La organización actual de la Abogacía general del Estado y sus dos funciones esenciales están definidas por la ley 52/1997 del 27 de noviembre de 1997 sobre la asistencia jurídica del Estado y otras instituciones públicas y por el decreto real 1474/2000 del 4 de agosto de 2000 que establece la organización del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de las atribuciones del Consejo de Estado. No obstante, los textos no indican cómo efectuar la repartición de las tareas entre el Consejo de Estado y los abogados del Estado. En la práctica, parece que los abogados del Estado se concentran, en cuanto a su función consultiva, sobre los temas relativos a los derechos humanos.

B) La creación de un órgano especializado de consejo jurídico del gobierno

Es principalmente con el fin de mejorar la calidad de la legislación que un cierto número de países ha creado un consejo de legislación (su nombre preciso puede variar de un país al otro) situado cerca del gobierno, y encargado de revisar todos los proyectos de ley preparados por el gobierno antes de su presentación al parlamento. Se trata esencialmente de países de Europa del este confrontados con la necesidad de adaptar rápidamente el conjunto de su legislación al marco comunitario en razón de su adhesión a la Unión Europea. Pero se trata también de países de derecho administrativo en los cuales la organización de la jurisdicción administrativa sigue el modelo austro-alemán de la corte administrativa suprema, la cual está vinculada al poder judicial, separada del poder ejecutivo y desprovista tradicionalmente de atribuciones consultivas frente al gobierno. No obstante, tal consejo de legislación no existe en Alemania ni en Austria (cf. infra).

Actualmente, se puede destacar la existencia de un consejo de legislación cercano al gobierno en Polonia, República Checa, Eslovaquia y Eslovenia. Se compone habitualmente de profesores de derecho, altos magistrados y expertos de alta administración pública. Estos consejos de legislación revisan todos los proyectos de ley y los examinan en cuanto a su conformidad con la Constitución, el derecho comunitario y otros compromisos internacionales, y los principios generales del derecho; velan también por la calidad del estilo legislativo, que debe ser claro y comprensible. La competencia de los consejos de legislación se extiende a los actos reglamentarios de competencia del gobierno¹⁹.

Nos detendremos en el ejemplo de Polonia²⁰. El consejo legislativo (Rada Legislacyjna) está previsto en el artículo 14 de la ley del 8 de agosto de 1996 sobre el consejo de ministros. De acuerdo con este artículo, el consejo legislativo se

¹⁹ SIGMA. Regulatory management capacities of member States of the EU that joined the Union on 1st May 2004. SIGMA Paper No. 42, GOV/SIGMA (2007) 6, juin 2007, principalmente, pp. 37 y ss.

²⁰ Nos basamos en textos polacos y una entrevista al consejo legislativo del 10 de noviembre de 2004.



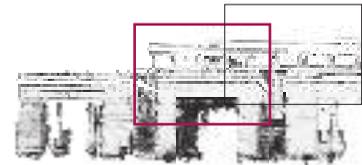
Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

estableció con una proximidad institucional al presidente del consejo de ministros (es el jefe de Gobierno), quien nombra a los miembros y fija mediante decreto las funciones y el modo de funcionamiento. El presidente del consejo de ministros dicta, con base en el concepto del consejo legislativo, los principios de redacción de los textos normativos que las diferentes administraciones deben seguir. El decreto del Presidente del Consejo de Ministros del 23 de julio de 1998 define las funciones del consejo legislativo y sus reglas de funcionamiento. El consejo legislativo se compone de 20 miembros nombrados por el Presidente del Consejo de Ministros entre representantes eminentes de la ciencia jurídica y litigantes con experiencia. Su período es de cuatro años; el presidente y el vicepresidente así como el secretario (estos dos últimos sobre proposición del presidente) son nombrados entre los miembros por el presidente del consejo de ministros, quien también puede removerlos. En cambio, el Presidente del Consejo de Ministros no puede dar por terminado el mandato de los miembros antes del término del período, salvo en los casos taxativamente enumerados en el decreto sobre el consejo legislativo (§5, par. 1º). Todos los miembros del consejo legislativo son profesores de derecho, de disciplinas jurídicas diversas, algunos son antiguos juristas de las altas cortes.

Se consulta al consejo legislativo sobre todos los proyectos de ley del gobierno, pero no sobre los textos propuestos por otras autoridades investidas del derecho de iniciativa legislativa. No obstante, el consejo legislativo puede dar una opinión sobre una iniciativa parlamentaria o presidencial, si el autor de la iniciativa se lo solicita. Se le consulta sobre los proyectos de decreto más importantes. Sucede en ocasiones, sin embargo, que no se le consultan al consejo legislativo algunos proyectos de ley y sobre todo proyectos de decretos reglamentarios del gobierno. El presidente y el vicepresidente del consejo legislativo son invitados a las reuniones del consejo de ministros. Además, el consejo legislativo es consultado cotidianamente por asesores del Primer Ministro de manera informal.

El consejo legislativo se reúne aproximadamente cada dos semanas y examina de 10 a 12 proyectos de ley por sesión, con base en las ponencias presentadas por algunos de sus miembros. El consejo legislativo forma grupos de trabajo para estudiar los proyectos. El presidente del consejo puede solicitar informes y documentos complementarios a las dependencias gubernamentales que los prepararon, puede citar tanto a la reunión del consejo legislativo como a las reuniones preparatorias de los grupos de trabajo a los funcionarios encargados del proyecto o a los representantes de organizaciones interesadas (organizaciones sociales, colectividades locales, etc...). (Decreto del 23 de julio de 1998, §§ 10 y 11). En la práctica, el examen de un proyecto de ley siempre es precedido por reuniones de trabajo con las dependencias que lo prepararon. Los presidentes de las altas cortes o sus vicepresidentes son invitados a las reuniones del consejo legislativo. Los conceptos son transmitidos al consejo de ministros inmediatamente después de su adopción (§12), pero ninguna disposición impone la confidencialidad de estos conceptos, los cuales, desde luego, no obligan al gobierno.

Conviene precisar que el director del Centro de legislación del gobierno o su delegado participan en los trabajos del consejo legislativo (§9, par. 3). El Centro de legislación del gobierno, previsto por la ley del 8 de agosto de 1996 referente al



consejo de ministros (art. 14a a 14i) es un establecimiento situado bajo la autoridad directa del presidente del consejo de ministros, quien nombra y revoca a su presidente y vicepresidente. Se encarga de coordinar la actividad legislativa. Se trata de un organismo de gestión, pero también de seguimiento y estudio, cuyo apoyo al consejo legislativo es importante. Además de realizar la edición del periódico oficial polaco, el Centro de legislación del gobierno emite una opinión jurídica sobre los proyectos de actos jurídicos del gobierno, coordina las evaluaciones de los efectos socioeconómicos de los actos jurídicos en preparación, colabora en los conceptos jurídicos del consejo legislativo sobre los proyectos puestos a su consideración, controla la adopción por los órganos administrativos competentes de las medidas necesarias para la aplicación de las leyes (art. 14c). El Centro coopera con las instituciones científicas para la ejecución de sus misiones (art. 14d).

El gobierno sigue en general los conceptos del consejo legislativo; cerca del 20% de estos son negativos. Por ejemplo en un año, de octubre de 2003 a octubre de 2004, sobre el conjunto de los proyectos de ley: 35% se presentó al parlamento con el concepto del consejo legislativo, otro 35% no se presentó, 7% se presentó sin haber sido sometidos al consejo legislativo, y 23% era proyectos de ley relativos a acuerdos internacionales no sometidos al consejo legislativo²¹. Según los datos más recientes, no obstante, solamente 60% de los proyectos de ley estaría sometido al consejo legislativo²².

En Polonia, el funcionamiento y el papel del consejo legislativo parecen ser satisfactorios. Sin embargo, este tipo de institución puede dar lugar también a evaluaciones más críticas. Así, en Eslovaquia, se observa que el plazo de examen de los proyectos de ley es excesivo, puede alcanzar ocho meses, y que las condiciones de la inscripción de un proyecto en el orden del día del Consejo legislativo no son claras, lo que propicia el regateo político²³. Además, esto se desprende también de la amplitud de eventos en los cuales el consejo puede proceder, los límites del papel del consejo legislativo no son muy precisos: en principio su concepto se refiere a las cuestiones de derecho y la calidad técnica del texto, pero en la práctica puede referirse también a cuestiones de su contenido.

III. La función consultiva asociada al poder de acción en justicia del poder ejecutivo

Un modelo muy diferente de aquellos que se acaban de analizar es el que se desarrolló en Inglaterra: los *Law Officers of the Crown* que se podrían traducir como: los “legistas de la Corona”, una traducción que restituye el origen medieval de la institución, pero que en razón de su actualidad se preferirá llamarlos “Abogados

²¹ Entrevista citada.

²² SIGMA, ob. cit. p. 38.

²³ Katarina Staronova / Katarina Mathernova. *Recommendations for the improvement of the legislative drafting process in Slovakia*. OSI IPF Fellowship, Budapest, marzo 2003, p. 8.



generales de la Corona”. Producto de una experiencia histórica particular igualmente, esta institución pasó a los Estados Unidos y a numerosos países que tienen su sistema jurídico fundado en el *common law*.

Conviene presentar el sistema británico antes de examinar rápidamente las variaciones que ha tenido en los países que se inspiraron en él.

A) Los abogados generales de la Corona

Existen dos abogados generales de la Corona para Inglaterra y el País de Gales: el *Attorney general* y el *Solicitor general*, que es su adjunto²⁴. Este último puede suplir al *Attorney general* en todas sus funciones, y tiene todas las atribuciones diferentes de aquellas que el *Attorney general* se reserva.

Se trata de una institución singular que tiene su fuente en la larga historia del derecho inglés, y que no está exenta de contradicciones. El *Attorney general* apareció en 1315 para ejercer las acciones judiciales en nombre de la Corona, y recibió este título en 1452. El *Solicitor general* apareció en 1461 para la defensa en justicia de la Corona. Pero es solamente en el siglo XVII que la institución adquirió sus características modernas y llegaron a ser los consejeros jurídicos de la Corona quienes emitían conceptos sobre cuestiones de derecho a todos los departamentos del gobierno²⁵.

Aun hoy, ambos son abogados (*barristers*, más precisamente), miembros de una u otra cámara del Parlamento, y miembros del gobierno, a ese título son nombrados por el Primer ministro. Como ministros, los abogados generales de la Corona son responsables ante el Parlamento, como cualquier miembro del gobierno. El *Attorney general*, en tal calidad, el jefe del foro de abogados, aunque es miembro del gobierno y su función comprende la de representar los intereses de la Corona ante la justicia.

El oficio de los abogados generales de la Corona es regulado hoy por el *Law Officers Act* de 1997, pero también como lo veremos por ciertas convenciones de la Constitución. Esta ley establece claramente la suplencia del *Attorney general* por el *Solicitor general*, pero el titular verdadero de las funciones es el *Attorney general*. Por ello a continuación emplearemos siempre la expresión: el Abogado general.

Según la ley, el Abogado general cumple tres grandes funciones:

- consejero jurídico del gobierno;
- ministro encargado de las investigaciones en nombre del gobierno (*superintending minister*);
- guardián del interés público.

Además tiene diversas funciones en relación con el Parlamento y las profesiones jurídicas.

Como “guardián del interés público” (*guardian of the public interest*), puede actuar con total independencia. Esta función le hace la autoridad más alta del reino

²⁴ Tienen un homólogo en Escocia: the Advocate General for Scotland.

²⁵ J. Ll. J. Edwards, *The Law officers of the Crown. A study of the offices of the Attorney general and of the Solicitor general of England*. Londres, Sweet & Maxwell, 1964, v. capítulo 1o.



en materia penal: ciertas investigaciones están sometidas a su conocimiento, tiene además el poder de decidir no investigar hechos criminales, puede apelar decisiones judiciales demasiado indulgentes, puede adelantar procesos por ultraje a la corte (*contempt of court*), un delito que garantiza principalmente la ejecución de las decisiones judiciales. Esta independencia está considerada por la jurisprudencia como una regla constitucional: «Según nuestro derecho constitucional, en las materias que conciernen al público en general, el Abogado General es el guardián del interés público. Aunque miembro del gobierno en ejercicio, es su deber representar el interés público con una objetividad y un desprendimiento total. Debe actuar con plena independencia respecto de cualquier presión exterior»²⁶. Este principio fue reafirmado por el Abogado General ante la Comisión de la Constitución de la Cámara de los Lores²⁷. No obstante, esta independencia no se invoca en las otras funciones que cumple el Abogado General.

En cuanto al ejercicio de la función de consejo jurídico para el poder ejecutivo, es necesario distinguir dos aspectos: 1. los conceptos jurídicos que el Abogado General debe dar al gobierno, del cual forma parte; 2. el papel del departamento del abogado del Tesoro (*Treasury Solicitor's Department*), que está bajo su autoridad.

El departamento del abogado del Tesoro es una de las seis administraciones colocadas bajo la autoridad del Abogado General, las cuales son las siguientes:

- el *Serious Fraud Office* (SFO), encargado de la investigación y de la persecución de los fraudes más graves;
- el *Crown Prosecution Service* (CPS), que está bajo la dirección del Director de la Acción Pública (*Director of Public Prosecution*), y cumple una función clásica de fiscalía;
- el Departamento del Abogado del Tesoro;
- el Departamento del Director de la Acción Pública para Irlanda del Norte;
- la Inspección del CPS;
- el *Revenue and Customs Prosecution Office*, que se encarga de las investigaciones en materia fiscal y aduanera.

Estas administraciones se considera que forman parte del sistema judicial británico y el Abogado General nombra al director de cada una de ellas.

Además, el Abogado General dispone de un pequeño departamento que depende directamente de él, la oficina del Abogado General (*Attorney General's Office*), integrada por unas cincuenta personas repartidas en tres grupos especializados en derecho civil, derecho penal, y administración y política pública. Es el servicio que apoya al Abogado General en el ejercicio de las funciones enumeradas anteriormente.

Precisemos además que, a pesar de estas funciones, el Abogado General no es un ministro de justicia. Esta función, tradicionalmente ejercida por el *Lord Chancellor*, que acumulaba las funciones de presidente de la Cámara de los Lores, presidente de su formación judicial y ministro de justicia, pasó con la reforma de 2005 a un

²⁶ Sentencia dictada por Lord Denning: "Attorney General v. Independent Broadcasting Authority" (1973). 1 All E. R. p. 689, 697 (trad. por el autor).

²⁷ *Constitutional Affairs Committee, Inquiry into constitutional role of the Attorney General, Memorandum from the Attorney General*, Attorney General's Office, 6 febrero 2007, parágrafo 25.



verdadero ministro de justicia, mientras que una verdadera corte suprema sucedió a la formación del juicio (*Appellate Committee*) de la Cámara de los Lores.

Miembro del gobierno, el Abogado General no forma parte del Gabinete, que constituye el corazón político del gobierno. No obstante, a menudo es invitado, con el *Solicitor general*, a las reuniones del Gabinete, en razón de su función de consejo jurídico, y es miembro de diversos comités o subcomités del Gabinete, como por ejemplo, el Comité de Asuntos Interiores, el del programa legislativo (el Abogado General es llevado así a dar una opinión sobre todos los proyectos de ley), y el de los asuntos europeos.

En el ejercicio de la función de consejo jurídico para el poder ejecutivo, el sistema británico distingue en realidad dos niveles: un nivel más político, el de las opiniones jurídicas dadas por el mismo Abogado General al gobierno, como miembro de este, y la función de concepto jurídico establecida ante el Primer ministro y el conjunto del gobierno a través del Departamento del Abogado del Tesoro.

Las opiniones jurídicas del Abogado General conciernen a los asuntos más importantes y sensibles. Como lo expresó el Abogado General, este se sitúa «en la cumbre de la organización del consejo jurídico compuesto por los juristas de los ministerios y el abogado del Tesoro. (...) Puedo ser consultado en cualquier estado del proceso. Aunque habitualmente no es necesario (...). Pero en los temas que presentan una sensibilidad o una dificultad particulares, mi opinión es solicitada a menudo»²⁸. Según ciertos estimativos, este aspecto equivaldría a no más del 1% de las cuestiones jurídicas encontradas, según el ejemplo de los asuntos exteriores y del Commonwealth²⁹. No obstante, los criterios restrictivos que debían guiar la decisión de un ministerio de solicitar un concepto jurídico al Abogado General desaparecieron en la versión más reciente del «código ministerial», la circular del Primer ministro que enmarca los procedimientos y el trabajo de los ministerios³⁰. Esto debería conducir a que el concepto del Abogado General sea solicitado más frecuentemente, sin que todavía se pueda determinar en qué medida.

La cuestión de la confidencialidad de los conceptos dados al gobierno por el Abogado General produjo numerosos debates. En efecto, estos conceptos se consideran documentos del poder ejecutivo que no son comunicables al público. Esta regla no difiere de la que se aplica a los conceptos que el Consejo de Estado francés da al gobierno a petición suya, y respecto de los cuales el gobierno decide si autoriza o no la publicación. Sin embargo, un cierto número de ellos se publica en el Informe Anual del Consejo de Estado. Pero el estatuto del Abogado General plantea una dificultad: ya que es un ministro, miembro del gobierno, es responsable ante el Parlamento; entonces ¿cómo puede justificar que no pueda comunicarle sus conceptos?

La confidencialidad de las opiniones jurídicas del Abogado General al gobierno es una convención de la constitución que se reafirmó en el siglo XIX en contados

²⁸ Citado por K. A. Kyriakides. "The advisory functions of the Attorney-General". *Hertfordshire Law Journal* 2003, 1 (1), p. 74.

²⁹ K. A. Kyriakides, ob. cit. p. 75.

³⁰ *Ministerial Code*. Cabinet Office, julio 2007, par. 2.10 a 2.13, para comparar con el Ministerial Code de 2005, cuyo parágrafo 6.22 enunciaba todavía esas condiciones restrictivas.



casos en los cuales el gobierno aceptó hacer públicas tales opiniones en razón de «circunstancias particulares y excepcionales»³¹. Así, el Primer Ministro Palmerston declaró ante el Parlamento en 1865 después de los motines de Belfast, que la regla era que estas opiniones no se le comunicaban porque los abogados generales de la Corona serían más prudentes si supieran que las mismas serían divulgadas, pero que correspondía al gobierno apreciar si las circunstancias justificaban hacer pública una opinión³². Esta regla después se reafirmó constantemente, frente a interpelaciones parlamentarias suscitadas por decisiones sensibles o controvertidas en las cuales el gobierno intentó algunas veces resguardarse detrás de la autoridad de las opiniones jurídicas del Abogado General. Tal fue el caso en el asunto Matrix Churchill de venta de armas a Iraq en 1992: cuatro ministros habían firmado certificados de inmunidad en interés público, que tenían por resultado, según el derecho inglés, de obstaculizar la comunicación de documentos a la defensa ante la justicia; esto impedía también la información completa del Parlamento sobre la realidad de la política del gobierno. El Primer Ministro debió consentir, sin embargo, en la apertura de una investigación bajo la autoridad de Lord Justice Scott. Uno de los puntos era el alcance de las opiniones jurídicas dadas por el *Attorney general* a los ministros, y en qué medida se afectaba la responsabilidad de estos: una vez entregada esta opinión, los ministros no tendrían más margen de apreciación («no discretion left»)³³. No obstante, la declaración del Abogado General ante la comisión limita el alcance de esta opinión, que abriría la posibilidad de la responsabilidad de los ministros que hayan solicitado la opinión delante del Parlamento. Según el Abogado General, la opinión expresada consistía en que, tratándose de la aplicación de la ley sobre la inmunidad en interés público, el ministro tenía el deber de no comunicar un documento si reconocía que este se encontraba dentro de las categorías de documentos cubiertos por esta ley³⁴. Era pues la ley la que obligaba al ministro y no la opinión que recordaba los términos de la misma.

Luego, la cuestión se presentó de nuevo a propósito de otras decisiones controvertidas del gobierno, particularmente en la ratificación del tratado de Maastricht en 1993 y el compromiso del Reino Unido en la guerra de Iraq en 2003. En el primer caso, el gobierno fue conducido a comunicar el fondo de la opinión mediante la cual el Abogado General expresaba que la no incorporación del protocolo en el derecho interno del Reino Unido no sería un obstáculo para la ratificación del tratado de Maastricht, pero el Abogado General se negó a dar más detalles cuando compareció ante la comisión de la Cámara de los Comunes el 22 de febrero de 1993. En cambio, en relación con la guerra en Iraq, el gobierno que había afirmado previamente que no haría nada contrario a derecho, autorizó al Abogado General a hacer pública, bajo la forma de una respuesta escrita a una pregunta parlamentaria (17 de marzo de 2003), la opinión que exponía las razones de derecho

³¹ J. Ll. J. Edwards, ob. cit. p. 257.

³² Ibid.

³³ J. McEldowney. *Public Law*. Londres, Sweet & Maxwell, 1994, p. 83.

³⁴ Ver esta declaración: <http://www.fas.org/news/uk/scott/atg2.txt>



de la participación del Reino Unido en la guerra. La interpretación que se ha podido dar a estas decisiones permanece conforme a la convención de la Constitución. Las opiniones jurídicas del Abogado General al gobierno son confidenciales y no pueden ser hechas públicas, salvo en caso de circunstancias particulares y excepcionales que el gobierno aprecia³⁵. Los ejemplos citados muestran que estos eventos se presentan muy escasamente.

Esta convención de la constitución también se expresa en otros textos. Primero figura desde hace tiempo en los «códigos ministeriales» que, modificados y vueltos a publicar regularmente, fijan las normas de conducta que los ministros deben respetar en todos los asuntos. En la edición de 2007 se lee lo siguiente en el párrafo 2.13: «*The fact that the Law Officers have advised or have not advised and the content of their advice must not be disclosed outside of Government without their authority*». Esta formulación integra la posibilidad de hacer públicas las opiniones jurídicas manteniendo el principio de la confidencialidad. Además, el *Freedom of Information Act 2000*, que reglamenta las condiciones en las cuales los documentos oficiales pueden ser comunicados al público, excluye expresamente de estos documentos las opiniones jurídicas del Abogado General (s. 35).

Sin embargo, las opiniones jurídicas del Abogado General no agotan el tema de la función consultiva jurídica central tal como está organizada en Inglaterra. En el funcionamiento corriente del gobierno, el primer grado, de alguna manera, de la función consultiva jurídica central está constituido por el Departamento del Abogado del Tesoro y la red de juristas especializados en los diferentes ministerios. La importancia de este primer grado se explica por la ausencia de juristas entre los altos funcionarios involucrados en la determinación de las políticas públicas, lo cual trae consecuencias en el ejercicio de la función pública, una característica de la alta administración británica sobre la cual Wade había subrayado su importancia. El punto de vista jurídico sobre las políticas públicas no es muy valorado a diferencia de muchos otros países. La influencia del derecho sobre el estilo y la técnica de la administración es muy limitada. Por eso existe cierto antagonismo entre los funcionarios y la mentalidad jurídica³⁶.

La misión del Departamento del Abogado del Tesoro es doble. De una parte, asiste al gobierno y todos los organismos públicos en los procedimientos judiciales, sea en demanda o en defensa. De otra parte, suministra al gobierno y los organismos públicos el concepto jurídico que requieren, ya sea mediante la elaboración de proyectos de ley o de reglamento, ya sea dando opiniones jurídicas sobre las cuestiones que le son consultadas.

El Departamento del Abogado del Tesoro se transformó en “agencia ejecutiva” dentro de la reforma administrativa de los años 90 (“*next step agencies*”). Permanece como una parte integrante del gobierno central, está situado bajo la autoridad del Abogado General, pero constituye una agencia dotada de autonomía financiera, lo que significa que debe cubrir sus costos con los pagos de sus “clientes”, es decir, los

³⁵ K. A. Kyriakides, ob. cit. pp.77-82 y pp. 83-84.

³⁶ H. W. R. Wade. *Administrative Law*. Clarendon, Oxford, 5a ed. 1982, p. 57.



ministerios y otros organismos públicos. Su “cifra de negocios” sería de 50 millones de libras en 2007. En la práctica, ofrece sus servicios a 180 organismos públicos de Inglaterra y el País de Gales, con un personal de 800 personas, entre las cuales 400 juristas (*barristers* y *solicitors*). Además, el Departamento del Abogado del Tesoro subcontrata ciertas consultas con firmas privadas. Finalmente, los juristas del Departamento trabajan con una red de juristas especializados de los diversos ministerios, respecto de los cuales cumplen a menudo un papel de coordinación.

El Departamento del Abogado del Tesoro se encuentra organizado en varias divisiones o servicios especializados, denominados así:

- *Litigation and Employment Group*;
- *Cabinet Office and Central Advisory Division*: se trata de un grupo de 20 juristas, encargado de aconsejar al Gabinete sobre todas las cuestiones jurídicas presentadas por las decisiones políticas, y los proyectos de ley y de reglamento;
- *European Division*: Es un grupo de 14 juristas encargados de asistir al gobierno en los litigios en materia de derecho europeo y de aconsejarlo en general sobre cualquier cuestión de derecho comunitario y europeo;
- *Advisory Teams*: se trata de un centenar de juristas que se encuentran en los principales ministerios y les aportan el concepto jurídico que requieren;
- *Treasury Legal Advisers*: aportan un concepto jurídico en derecho financiero, principalmente en lo que concierne a la aplicación de la ley sobre los servicios financieros y de mercado, así como a los organismos públicos vinculados al ministerio de finanzas (*Treasury*);
- *Office of Government Commerce Legal Advisers*: este grupo de siete juristas se especializa en materia de mercados públicos (comprendido el derecho comunitario) y de medidas tendientes a mejorar la eficacia del sector público;
- *Culture Media and Sport Advisory Division*;
- *Children and School Advisory Division*.

Esta organización puede, por supuesto, evolucionar en función de los requerimientos del gobierno. Pero lo más importante es que todos los juristas que trabajan en cerca de 40 departamentos ministeriales forman lo que se llama el Servicio Jurídico del Gobierno (*Government Legal Service*), el cual está situado bajo la autoridad directa del Abogado del Tesoro, quien es nombrado por el Abogado General³⁷.

B) Los Estados Unidos y otros países de *common law*

La institución británica de los Law Officers of the Crown se difundió ampliamente entre los países de *common law*, de los Estados Unidos a Chipre pasando por Nueva Zelandia y Canadá. No es posible aquí exponer sus numerosas particularidades. Nos detendremos únicamente en el caso de los Estados Unidos.

El Attorney General (Abogado General) fue establecido por la ley sobre la organización judicial de 1789 (Judiciary Act 1789); no fue previsto por la

³⁷ Treasury Solicitor. *Law at the Heart of Government*. Londres 2007.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

Constitución de los Estados Unidos. Según el artículo 35 de esta ley, “... And there shall be appointed a meet person learned in law to act as an attorney general for the United States, ... whose duty it shall be to prosecute and conduct all suits in the Supreme Court in which the United States shall be concerned, and to give his advise and opinion upon questions of law when required by the president of the United States, or when requested by the heads of any of the departments, touching any matters that may concern their departments, and shall receive such compensation for his services as shall be by law provided”. El Abogado General hace parte del gabinete; es nombrado y removido discrecionalmente por el presidente (para la nominación se requiere acuerdo del Senado). Pero el Congreso no puede destituirlo sino mediante un procedimiento de “impeachment”, y únicamente por hechos criminales graves.

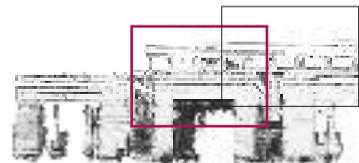
Fue solo hasta 1870 que se dotó al Abogado General de un Departamento, el Ministerio de Justicia, del cual es el jefe. Hoy, el Abogado General es el único miembro del gabinete que no tiene el título de “secretario”.

Según la legislación vigente (28 USC No. 503), el Abogado General de los Estados Unidos es el jefe del Departamento Federal de Justicia, es miembro del gabinete del Presidente, es el jurista más elevado, encargado de todos los asuntos jurídicos del gobierno; es, en fin, el Procurador General de esa Nación, responsable a dicho título del respeto a las leyes.

Se aprecia que el Abogado General presenta en los Estados Unidos varias particularidades que lo distinguen de su homólogo británico. En primer lugar, el Abogado General forma parte claramente de la “rama” ejecutiva del gobierno en el sentido de la constitución de los Estados Unidos, y no del poder judicial, mientras que en el Reino Unido, el Abogado General es considerado, aunque hace parte también del gobierno, como una institución del sistema judicial. En segundo término, en los Estados Unidos, el Abogado General es el ministro de Justicia, mientras que en el Reino Unido esta última función se encuentra asignada a un miembro distinto del gobierno. Desde el punto de vista administrativo y presupuestal, el Departamento de Justicia es en los Estados Unidos un departamento ministerial clásico con un financiamiento por inscripciones presupuestales.

En la práctica, es la función de Procurador General, encargado de la realización de la política criminal, la que parece predominar sobre todas las otras. El Informe Anual del Abogado General³⁸ le es casi enteramente dedicado. Aunque la función de consejo jurídico del ejecutivo permanece importante en principio, la confidencialidad que se da a las opiniones jurídicas emitidas y el silencio del Informe anual sobre esta función hacen imposible precisar su real alcance en la actualidad. Se debe destacar también que las comisiones reglamentarias federales disponen, en razón de su naturaleza y funciones, de su propio concepto jurídico.

³⁸ U.S. Department of Justice. *Performance and Accountability Report, Fiscal Year 2007*.



IV. La función consultiva integrada a la organización ministerial

La función consultiva jurídica central del gobierno puede ejercerse también por el Ministerio de Justicia. Se encuentra así organizada en diversos países europeos que no conocen el modelo del Consejo de Estado.

En Alemania, el Ministerio Federal de Justicia desempeña la función de examinar todos los proyectos de ley, reglamentos federales, acuerdos internacionales para verificar que se conformen a la Ley Básica, al derecho comunitario y de la CEDH, a los otros compromisos internacionales de la República Federal. Sin embargo, se trata de una función de control más que de asistencia. El Ministerio del Interior examina también los mismos proyectos. La supervisión se extiende a la técnica legislativa, a la claridad de los textos jurídicos. Esta supervisión significa una clase de control de calidad. Ningún proyecto puede ser sometido a la Cancillería para su aprobación por el gobierno si no supera estas etapas³⁹.

Además, el Ministerio de Justicia publica una guía de redacción de textos legales y los diversos ministerios deben conformarse a sus directivas⁴⁰.

El Ministerio Federal de Justicia se organiza en seis divisiones, de las cuales cuatro comparten la función de supervisión jurídica:

- derecho civil
- derecho penal
- derecho mercantil y de la economía
- derecho constitucional y administrativo, derecho europeo e internacional.

Esta organización se repite en los Länder (regiones), que tienen su propio ministerio de justicia.

V. El instituto especializado vinculado al gobierno y encargado de aportarle el concepto jurídico que requiere

Este último tipo de organización de la función consultiva jurídica central es el más nuevo y el menos conocido.

Se trata del establecimiento de un instituto de estudios destinado a responder a las necesidades del gobierno en materia de consulta jurídica, y cuya organización se asemeja a la de los institutos de investigación de carácter académico. Podemos identificar dos casos: el Instituto de Legislación y Derecho comparado del Gobierno de la Federación de Rusia (IZAK), y el Instituto de Investigación sobre la Legislación del Gobierno de la República de Corea (KLRI). El gobierno de Rumania prepara la creación de un instituto de este tipo a partir de una institución existente. Es una solución que responde a la preocupación de organizar una entidad de consulta

³⁹ Kai Andreas Otto, *The role of ministries in policy development and evaluation. Germany*. SIGMA, OCDE Paris, p. 10.

⁴⁰ Ibid. p. 8.



jurídica permanente a disposición del gobierno pero dotada de cierta autonomía, basándose en el modelo de los institutos de investigación en países que no tienen un consejo de Estado.

A) El Instituto de Legislación y Derecho comparado del Gobierno de la Federación de Rusia (IZAK)

El Instituto es la continuación de una antigua institución de la época soviética, fundada en 1925. En la actualidad, de acuerdo con los estatutos adoptados por el gobierno federal (decreto del 29 de diciembre de 2006, No. 836, que reemplazó los estatutos establecidos mediante el decreto del 29 de marzo de 1994, No. 255, modificados por el del 2 de julio de 2003 No. 393 y el del 7 de diciembre de 2004 No. 745), se trata de un establecimiento público científico, con personería jurídica y vinculado directamente al gobierno federal, el cual determina su organización y nombra al director. Dispone de recursos presupuestales que le son asignados y de recursos propios provenientes de su actividad comercial. Tiene una doble vocación: académica y conceptual en todas las ramas del derecho y de la organización administrativa. Su actividad tiene un desarrollo importante desde el año 2000.

Sus misiones son las siguientes:

- Realizar investigaciones en el ámbito jurídico para el Gobierno federal, el Presidente de la Federación de Rusia y la Asamblea federal (Duma de Estado y Consejo de la Federación);
- Elaborar informes científicos sobre la evolución de la legislación;
- Efectuar estudios científicos preparatorios de proyectos de ley del gobierno;
- Analizar la aplicación de la legislación;
- Adelantar estudios comparativos de la legislación de temas de la Federación, de los Estados miembros de la Confederación de Estados Independientes y de otros Estados.

En cumplimiento de su misión, el Instituto participa en la preparación del programa legislativo del Gobierno en coordinación con el Ministerio de Justicia. Además, examina todos los proyectos de ley federal y los reglamentos más importantes de los órganos del poder ejecutivo. Según el decreto del Gobierno federal del 2 de agosto de 2001 (No. 576, modificado por el del 20 de agosto de 2004, No. 424), la concepción de todos los proyectos de ley o conjuntos de medidas técnicas debe remitirse para dictamen jurídico al Ministerio de Justicia y al Instituto después de que las administraciones responsables se hayan puesto de acuerdo sobre el proyecto (parágrafo 13)⁴¹.

Desde el punto de vista del procedimiento, un decreto del Gobierno federal del 15 de abril de 2000 No. 347 estableció la función del Ministerio de Justicia en la organización del trabajo legislativo del Gobierno federal; dentro de ese marco, el Instituto debía participar, de una parte, en las directivas metodológicas que el ministro

⁴¹ Talia Ya. Khabrieva (ed). *Pravitel'stvo Rossijskoj Federacii* (El gobierno de la Federación de Rusia). Moscú, Norma, 2005, pp. 467-471.



debía dirigir a los otros órganos del poder ejecutivo, y de otra parte, en el dictamen jurídico sobre los proyectos de ley que deben someterse al Gobierno federal⁴². Conforme a este decreto, es el Ministerio de Justicia el que envía al Gobierno el proyecto de ley al término de las discusiones entre los diferentes departamentos involucrados y teniendo en cuenta los dictámenes o conceptos emitidos por el Instituto⁴³. El reglamento actual del consejo de ministros de la Federación de Rusia (27 de mayo de 2006, No. 322) confirma esta regla (parágrafo 60): el ministro de justicia presenta para cada proyecto de ley, de ordenanza del Presidente de la Federación de Rusia o de decreto del Gobierno de esta las conclusiones de la evaluación jurídica del proyecto, en cuanto se refieren a su conformidad con las normas superiores, la ausencia de contradicción con otras normas o de lagunas jurídicas.

Sin embargo, la función de dictamen jurídico es, en realidad, la esencial del Instituto. Sus miembros participan ordinariamente en los grupos de trabajo y comisiones encargadas de la preparación de textos, en los consejos consultivos existentes en diferentes instituciones federales. Pero sobre todo, su director es invitado normalmente a las reuniones del Gobierno federal, con base en disposiciones del reglamento de este que permiten que participen en sus reuniones y presenten un informe eventualmente, dirigentes de otros organismos relacionados con algún tema del orden del día (parágrafos 31 y 36); en ocasiones se le envían directamente solicitudes de opinión. Según los datos publicados por el Instituto, este recibió en 2004 más de 2.000 solicitudes de opinión, en 2005 más de 2.200 y en 2006 más de 2.700. En 2006, el Instituto examinó más de 800 proyectos de ley y rindió más de 200 análisis a petición del Gobierno federal, de la Administración del Presidente de la Federación de Rusia, del Consejo de la Federación, de la Duma de Estado, o incluso de la Corte Constitucional Federal, la Corte Suprema y el Tribunal Supremo de Arbitramento⁴⁴.

En su carácter de entidad de investigación, el Instituto de Legislación y Derecho Comparado del Gobierno de la Federación de Rusia publica libros (una treintena por año), varias revistas (*Journal Rossijskogo Prava – Revista de Derecho Ruso*, *Journal Zarubejnogo Zakonodatel'stva i Sravnitel'nogo Pravovedenia – Revista de Legislación Extranjera y Derecho Comparado*) y organiza coloquios, a veces a solicitud de algún ministerio sobre un tema especializado. Esta actividad no es menos importante y el Instituto subraya que la misma concierne tanto la reflexión fundamental (cf artículo 8 de los estatutos) como las investigaciones aplicadas, la publicación de obras teóricas así como manuales de enseñanza y comentarios de grandes códigos del derecho ruso. El Instituto recibe cada año a candidatos al doctorado para realizar ahí su tesis de grado⁴⁵.

En 2007, el Instituto contaba con 250 empleados, de los cuales 150 tenían al menos del grado de doctor o de candidato en derecho⁴⁶. Está organizado en 22

⁴² Igor I. Chouvalov. *Pravitel'stvo Rossijskoj Federacii v zakonotvortcheskom processe* (El gobierno de la Federación de Rusia en el proceso legislativo). Moscú, Norma, 2004, pp. 124-127.

⁴³ Ibid. p. 127.

⁴⁴ El Instituto de Legislación y de Derecho comparado del Gobierno federal ruso. Moscú, 2007, p. 9.

⁴⁵ Ibid. p. 21.

⁴⁶ Ibid. p. 25.



secciones, de las cuales 16 cumplen funciones de investigación y de dictamen en todos los ámbitos del derecho, y 6, funciones de apoyo. El director tiene la colaboración de un primer asistente, tres asistentes adicionales, un secretario científico y un consejo científico de 23 miembros.

B) El Instituto de Investigación sobre la Legislación de la República de Corea

El Instituto de Investigación sobre la Legislación de Corea es un organismo de reflexión financiado por el gobierno y creado en 1990; tiene personería jurídica y su naturaleza es la de una institución de investigación. Su misión inicial era doble: de una parte, realizar un inventario sistemático de la legislación y los reglamentos de aplicación y difundir la información pertinente, y de otra llevar a cabo estudios e investigaciones de nivel profesional en materia de legislación con la finalidad de apoyar la política legislativa nacional y garantizar una información rápida y precisa sobre los nuevos textos publicados. El Instituto tiene pues, como misión general, contribuir a elevar el nivel de la cultura jurídica.

El Instituto Coreano de Investigación sobre la Legislación ya ha emprendido varios proyectos de investigación sobre los progresos del Estado de derecho y el desarrollo de la cultura jurídica. Ha publicado también la recopilación de leyes de la República de Corea, así como la traducción en inglés de las leyes coreanas más importantes, una historia de la legislación y ha creado una base de datos sobre la legislación.

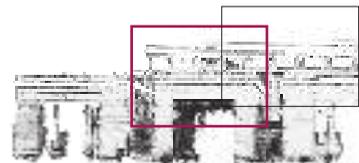
Pero la misión del Instituto se relaciona cada vez más con el servicio de dictámenes o conceptos jurídicos al gobierno. El Instituto participa en la preparación de reformas de la gestión pública, bajo su aspecto jurídico. Responde a las solicitudes de dictamen o concepto de los diferentes ministerios y organismos gubernamentales en materia de legislación y reglamentación. Se dirige igualmente a las profesiones jurídicas.

VI. Conclusiones

Resulta evidente de este examen que la función consultiva de dictamen o concepto jurídico corresponde a una necesidad de los Estados modernos.

Resulta claro también que la historia de las instituciones administrativas de cada país es un factor explicativo esencial de los diversos modelos que se han podido identificar.

Pero la distinción fundamental es la que surge entre los países que procuran establecer una función consultiva independiente y los otros. La independencia de la función consultiva es una garantía para el gobierno, que recibe dictámenes o conceptos objetivos, y para la credibilidad de la instancia consultiva. La independencia de la función consultiva resuelve igualmente el problema de la responsabilidad política:



dado que no es un miembro del gobierno quien asume la función, esta no puede someterse a la presión de contestar a las preguntas del parlamento sobre dictámenes remitidos al gobierno, y no es posible sospechar que el dictamen sea preparado para apoyar la posición que el gobierno había decidido adoptar.

Respecto de estas preocupaciones, el modelo del Consejo de Estado vinculando la función contenciosa jurisdiccional y la función consultiva continúa siendo una respuesta válida, pues la independencia adquirida por la función jurisdiccional beneficia al mismo tiempo el ejercicio de la función consultiva.



L'activité consultative du Conseil d'Etat français

Marcel Pochard

CONSEILLER D'ÉTAT

Le Conseil d'Etat français connaît deux grands types d'activités consultatives:

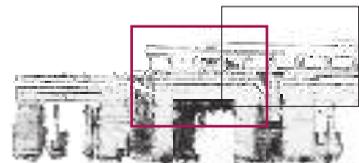
- des activités d'études et de proposition;
- des activités de consultation juridique proprement dite.

I. Les activités d'études et de proposition

Il s'agit pour le Conseil d'Etat d'examiner à fond un thème d'intérêt public et de faire les propositions d'évolution de la réglementation ou de conduite de l'action publique qui lui paraissent nécessaires. Chaque année, 3 ou 4 thèmes sont ainsi traités dans un rapport systématiquement rendu public.

Le plus souvent, le Conseil d'Etat travaille à la demande du gouvernement, mais chaque année il se saisit lui-même d'un sujet qui lui paraît devoir être traité; le rapport correspondant bénéficie d'une publicité particulière car il est rendu public à l'occasion du rapport annuel d'activité, dont il fait partie intégrante, et il fait en conséquence l'objet d'une présentation officielle au Président de la République et aux pouvoirs publics. Le sujet de ce rapport est retenu en raison de l'intérêt qu'y voit le Conseil d'Etat, - soit que la situation du droit y apparaisse complexe et appeler des clarifications, y compris en matière de jurisprudence; cela a été le cas en 2002 avec le thème de la situation des collectivités publiques au regard du droit de la concurrence; il s'agissait en particulier de clarifier le régime de concurrence applicable aux collectivités publiques qui pratiquent des activités économiques; - soit qu'il s'avère nécessaire de tracer des perspectives dans un domaine où l'on n'y voit pas très clair et où les pouvoirs publics doivent dégager une ligne de conduite; cela a été le cas en 2004 avec le rapport consacré à la socialisation du risque; - soit enfin que le Conseil d'Etat estime que des réformes doivent être conduites dans un secteur donné et que les pouvoirs publics hésitent ou paraissent attendre qu'une institution indépendante comme le Conseil d'Etat ouvre la réflexion; cas en 2003 avec le rapport sur la réforme de la fonction publique. Le Gouvernement est informé des travaux du Conseil d'Etat, mais il n'y est pas directement associé.

Hors ce rapport annuel, le Conseil d'Etat travaille sur des thèmes choisis par le gouvernement, et que, le cas échéant, il suggère à celui-ci. Le gouvernement s'adresse au Conseil d'Etat pour des raisons également diverses, de clarification, d'anticipation ou d'amorce d'une réforme.



Les études demandées au conseil d'Etat sont des plus diverses, des plus opérationnelles aux plus générales. Parmi les études opérationnelles, on peut citer celle consacrée au «recours administratif préalable obligatoire», qui vient d'être terminée et que j'ai remise en cours de séminaire à M. Zambrano, ou celle relative au «régime de transcription en droit français des directives européennes», ou encore celle relative aux «établissements publics». Au titre des études à caractère général, on peut citer : l'étude sur «les perspectives du droit continental dans le contexte de compétition entre systèmes juridiques» ou celle consacrée au «droit de l'espace»... Une des études les plus significatives et dont le Conseil d'Etat est spécialement est celle consacrée aux lois bio-éthiques. Ces lois on défini les règles fondamentales d'encadrement des activités et recherches touchant au domaine très sensible de la biologie et du vivant : recherches sur l'embryon, médecine prédictive, procréation médicalement assistée, utilisation ou don des éléments et produits du corps humain, interruption volontaire de grossesse... Ces lois votées en 1996 sont directement le résultat, sinon même la transcription quelquefois, des propositions contenues dans le rapport commandé par le gouvernement au Conseil d'Etat (souvent le Conseil d'Etat accompagne ses propositions des projets de loi susceptibles de les concrétiser). Et le plus remarquable est que ces lois ayant été votées avec demande d'un réexamen au terme de cinq ans, le Conseil d'Etat a été à nouveau consulté cinq ans après sur le bilan susceptible d'en être fait et sur les aménagements à leur apporter.

Le Conseil d'Etat ne travaille évidemment pas en vase clos. Il associe tous les acteurs intéressés dans le cadre de groupes de travail ; ainsi pour ce qui est des lois bioéthiques, la réflexion a été conduite avec tous les courants de pensée, les représentants des différentes religions, les autorités médicales... Des représentants des ministres intéressés participent également aux groupes de travail. Les rapports sont de ce fait généralement bien accueillis; il n'est pas de cas où le rapport ait débouché sur une polémique; des orientations peuvent ne pas être partagées, mais le débat d'idée prévaut sur la polémique. Là est probablement la plus belle réussite de cette activité d'études et de propositions du Conseil d'Etat.

Cette activité du Conseil d'Etat se trouve coordonnée par une des six Sections administratives, «la Section du rapport et des études».

II. Les activités de consultation sur un texte ou sur une question juridique

L'activité consultative du Conseil d'Etat la plus lourde et la plus régulière est celle qui porte sur les textes qui lui sont soumis pour avis, et à moindre degré celle relative à des questions juridiques plus précises qui lui sont posées.



a) Consultation sur des projets de textes législatifs ou réglementaires.

Depuis sa création, par Napoléon Bonaparte, dans la Constitution dite de l'an VIII (1799), le Conseil d'Etat est associé à l'élaboration par le gouvernement des projets de loi et de règlement. Aujourd'hui, le Conseil d'Etat est obligatoirement consulté:

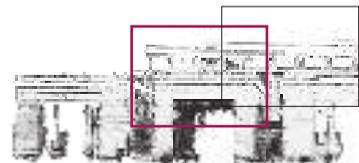
- en vertu de la Constitution elle-même, sur **tous les projets de loi, y compris de loi constitutionnelle** (l'article 39 de la constitution dispose «les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat..»), ainsi que sur les ordonnances (textes de nature législative élaborés par le Gouvernement par habilitation du Parlement). Cette obligation de consultation du Conseil d'Etat est strictement contrôlée par le Conseil Constitutionnel (qui contrôle la constitutionnalité des textes de loi avant leur promulgation); il est déjà arrivé au Conseil Constitutionnel de censurer des dispositions d'une loi votée, du fait que ces dispositions résultaient d'un amendement du Gouvernement, qui dépassait les limites normales d'un amendement pour prendre l'allure d'un véritable projet de loi autonome et qui n'avait pas été soumis au Conseil d'Etat.
- En vertu d'une tradition républicaine et de dispositions législatives spécifiques, **sur l'essentiel des décrets réglementaires les plus importants**; on appelle ces décrets des décrets en Conseil d'Etat, c'est-à-dire pris après consultation du Conseil d'Etat Ils sont nombreux; la plupart des lois prévoient pour leur application de tels décrets en Conseil d'Etat. Sont aussi soumis au Conseil, les projets de décret (comme de loi) qui procèdent à la codification du droit; il s'agit d'un travail particulièrement lourd.

Au total, c'est près de 1200 à 1500 textes qui sont examinés chaque année par le Conseil d'Etat, dont une cinquantaine de lois.

Il est à noter que depuis la révision constitutionnelle intervenue le 21 juillet 2008, le Conseil d'Etat va dorénavant pouvoir être saisi, de façon consultative, de propositions de loi émanant du Parlement L'article 39 de la Constitution, dans sa nouvelle rédaction prévoit que «dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée (parlementaire) peut soumettre pour avis au Conseil d'Etat, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose».

Cette consultation présente les caractéristiques suivantes:

- elle ne se limite pas à quelques observations écrites sur le projet examiné, mais se traduit par l'élaboration d'un texte, que l'on appelle le texte du Conseil d'Etat et qui est transmis au Gouvernement. Celui-ci n'est pas tenu ensuite de retenir ce dernier texte, mais il n'a pas d'autre possibilité que de revenir à son propre texte ou de se rallier à celui du Conseil d'Etat; il ne peut élaborer un nouveau texte. Compte-tenu de l'apport incontestable du Conseil d'Etat, le Gouvernement reprend dans 95% des cas la version du Conseil d'Etat. Il y est d'autant plus incité que la version du Conseil d'Etat présente l'avantage d'une beaucoup plus grande sécurité juridique.



- Elle est réalisée dans l'esprit de parfaire la sécurité juridique, la clarté et l'intelligibilité du texte. Il ne s'agit pas pour le Conseil d'Etat de se prononcer sur le bien fondé des choix du Gouvernement; cela est de la responsabilité du pouvoir politique; le Conseil se préoccupe au contraire de bien comprendre les intentions du Gouvernement pour leur donner la traduction juridique la plus adaptée. Le Conseil s'assure ensuite du respect par le texte de la hiérarchie des normes (Constitution, accords internationaux, dont notamment les normes communautaires, lois organiques...), ainsi que de sa clarté, de sa faisabilité et des conditions de sa mise en œuvre. Quelques fois le conseil peut être amené à des restructurations profondes du texte du Gouvernement s'il apparaît que celui-ci est marqué de nombreuses imperfections; les exemples ne manquent pas; on cite volontiers en ce sens la récente réglementation des marchés publics et le code de la propriété publique, dont une part considérable du contenu résulte d'une écriture du Conseil d'Etat.
- Elle intervient dans des délais relativement brefs ; en général, le Conseil d'Etat se cale sur un délai de trois à quatre semaines; mais ce délai peut être fortement raccourci, si le Gouvernement le demande; c'est assez souvent le cas en matière législative, où il ne manque pas d'exemples pour lesquels le délai est ramené à 10 jours voire une semaine ; le conseil renâcle, mais remplit sa mission.

b) Consultation sur des questions juridiques

Le Gouvernement peut également saisir le Conseil d'Etat sur des questions juridiques, en dehors de tout texte pré-élaboré. Cela peut être des questions d'ordre purement techniques d'interprétation d'un texte donné; par exemple, sur les conditions dans lesquelles les magistrats et officiers de police judiciaire peuvent pénétrer dans une zone protégée par le secret défense pour effectuer une perquisition ou sur ce qu'implique le principe de libre circulation des travailleurs en Europe en matière de recrutement dans la fonction publique. Ce peut être des questions de plus grande ampleur débouchant sur des orientations dans la conduite de l'action publique; ainsi le Conseil d'Etat a-t-il été saisi à un moment où le Gouvernement ne savait comment réagir à une tendance croissante des familles musulmanes implantées en France à envoyer les jeunes filles à l'école publique en portant le foulard islamique; il en résultait de grands doutes sur l'attitude susceptible d'être retenue par le pouvoirs publics locaux (interdiction, tolérance...) et l'opinion publique française était emportée dans un vaste mouvement de polémiques; le Gouvernement s'est alors tourné vers le Conseil d'Etat pour qu'il lui indique, au vu des textes relatifs à la liberté d'opinion et de religion et d'exercice des cultes, tant français qu'internationaux, quelle voie il pouvait retenir en droit. Le Conseil d'Etat a apporté une réponse qui a permis le retour au calme, consistant à n'admettre dans les écoles publiques le port d'insignes religieux que s'ils ne présentent aucun caractère ostentatoire et ne témoignent d'aucun prosélytisme.



Chaque année le Conseil d'Etat est saisi de quinze à vingt demandes d'avis. Ces avis sont destinés au Gouvernement qui peut décider ou non de les rendre publics. Dans la quasi-totalité des cas, cette publication est décidée, souvent après un court délai.

c) L'organisation du Conseil d'Etat pour ses activités consultatives

Le Conseil d'Etat est organisé pour faire face à cette activité consultative particulièrement lourde. Cinq Sections administratives se partagent le travail, correspondant à cinq grands blocs de compétences: section de l'administration, section des finances, section de l'intérieur, section sociale et section des travaux publics; chaque section compte une quinzaine de membres dont cinq à six affectés exclusivement en section administrative.

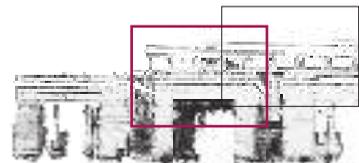
Le travail de préparation de la délibération de la section est confié à un rapporteur, membre de la section, qui peut être un jeune maître des requêtes de 30 ans ou un conseiller d'Etat chevronné. Ce rapporteur réunit les représentants de l'administration pour qu'ils lui présentent le texte et répondent à ses questions. Souvent une seule réunion suffit. Mais sur des textes très lourds, comme le code général des propriétés des personnes publiques, et compte-tenu du travail de restructuration à effectuer, des réunions plus nombreuses peuvent s'avérer nécessaires; sur le code précité, il y en eut plus de quarante. Dans un très grand nombre de cas, les représentants de l'administration donnent leur accord aux modifications de texte proposées par le rapporteur. En séance de section (il ya réunion de chaque section chaque mardi), le rapporteur présente oralement la note d'observations générales qu'il a rédigée pour analyser le texte et faire apparaître les difficultés qu'il soulève; ensuite le texte est examiné article par article, et la section prend position sur chaque article. Les représentants de l'administration sont bien sûr présents lors du débat en section et ont toute liberté de parole pour faire valoir leur point de vue.

S'agissant des projets de loi, les textes sont examinés, après passage en section, par l'assemblée générale du Conseil ; l'assemblée générale est également saisie des projets de décret et d'avis présentant des difficultés particulières; l'assemblée générale se réunit à cet effet toute l'année chaque jeudi; la séance se déroule comme en section.

Tout ceci explique que le Conseil d'Etat ressemble souvent à une ruche, par suite de la présence de nombreuses personnes extérieures venues pour des séances de groupes de travail, des réunions de travail avec des rapporteurs ou la participation aux séances de section ou d'assemblée, sans parler de l'assistance aux audiences publiques des procès contentieux, dans le cadre de l'activité juridictionnelle du Conseil d'Etat.

Conclusions

1. Comme l'a expliqué le Professeur Marcou, il existe plusieurs méthodes pour le Gouvernement pour disposer des consultations et avis dont il a besoin pour



l'élaboration des textes ou pour faciliter sa réflexion. Le système du Conseil d'Etat constitue une de ces méthodes. Elle n'est certainement pas parfaite. Relevons seulement qu'elle donne satisfaction et n'est pas mise en cause. Il vient même d'être décidé de permettre au Parlement de demander lui aussi ses Lumières au Conseil d'Etat.

2. Le grand apport de ce rôle donné au Conseil d'Etat est de renforcer la sécurité juridique des textes et d'éviter ainsi à la fois les désagréments d'annulations contentieuses ou de disjonctions par le Conseil constitutionnel, et d'inutiles polémiques juridiques sur la légalité de telle ou telle disposition voulue par le gouvernement; la caution du Conseil d'Etat ne supprime pas totalement la polémique, mais lui retire son aspect exacerbé. C'est ce qui explique que le Gouvernement ne manifeste pas de réticence à recourir à la consultation du Conseil d'Etat et ne manifeste pas de mauvaise humeur à l'égard d'avis qui ne vont pas dans son sens. On peut penser que le développement d'une activité consultative du Conseil d'Etat colombien pourrait se fonder sur cette analyse de l'intérêt bien compris du Gouvernement de bénéficier du même avantage; si l'exécutif ne voit dans la consultation qu'une contrainte supplémentaire, il sera plus difficile de procéder à ce développement.
3. Il y a une parenté entre la mission consistant à se prononcer sur la qualité des textes que le Gouvernement se propose de prendre et à se prononcer au contentieux sur la légalité des décisions administratives. C'est au même type d'exercice qu'il convient de se livrer. La compatibilité entre les deux missions tient à la parfaite indépendance de l'institution qui est amenée à assumer ces deux missions et aux dispositions prises pour éviter qu'en aucun cas une même personne puisse connaître du même texte aux deux stades. Le Conseil d'Etat est très vigilant à assurer que la fonction contentieuse est assurée en plein respect des règles les plus exigeantes d'impartialité.



La actividad consultiva del Consejo de Estado francés¹

Marcel Pochard

CONSEJERO DE ESTADO

El Consejo de Estado francés conoce dos grandes tipos de actividades consultivas:

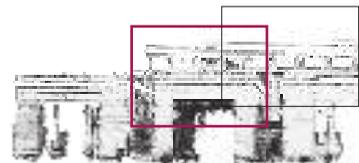
- actividades de estudio y de proposición;
- actividades de consulta jurídica propiamente dicha

I. Las actividades de estudio y de proposición

Se trata para el Consejo de Estado de examinar a fondo un tema de interés público y de hacer las proposiciones de evolución de la reglamentación o de la conducción de la acción pública que le parecen necesarias. Cada año, tres o cuatro temas son tratados así en un informe sistemáticamente dado a conocer al público.

Lo más frecuente es que el Consejo de Estado trabaje a petición del gobierno, pero cada año aquel elige un tema que considera debe ser tratado; el informe correspondiente goza de una especial publicidad porque es dado a conocer en ocasión del informe anual de actividad, de la que él hace parte integrante, y en consecuencia, es objeto de una presentación oficial al Presidente de la República y a los poderes públicos. El tema de este informe es tomado en razón del interés que vea en él el Consejo de Estado -dado que la situación del derecho parece ahí ser compleja y llama a que sea clarificada, comprendido en ello también la jurisprudencia; este ha sido el caso en 2002 de la situación de las colectividades públicas en relación con el derecho de la competencia; se trataba en esa ocasión en particular de clarificar cuál era el régimen de la competencia aplicable a las colectividades públicas que practicaban actividades económicas; -sea porque se haga necesario trazar las perspectivas en un dominio que no se vea muy claro y donde los poderes públicos deben derivar una línea de conducta; este ha sido el caso en 2004 con el informe consagrado a la socialización del riesgo; -sea finalmente que el Consejo de Estado estime que las reformas deber ser conducidas a un determinado sector y que los poderes públicos duden o parezcan esperar que una institución independiente como el Consejo de Estado abra la reflexión; caso en 2003 del informe sobre la reforma de la función pública. El Gobierno es informado de los trabajos del Consejo de Estado, pero aquel no está directamente asociado a ellos.

¹ Traducción de Laura Ospina Mejía.



Fuera de este informe anual, el Consejo de Estado trabaja sobre temas elegidos por el gobierno, y que dado el caso, aquel le sugiere a este. El gobierno se dirige al Consejo de Estado por razones igualmente diversas, de clarificación, de anticipación o de esbozo de una reforma.

Los estudios solicitados al Consejo de Estado son muy diversos, van de los más operacionales a los más generales. Entre los estudios operacionales se puede citar aquel consagrado al “recurso administrativo previo obligatorio”, que acaba de ser terminado, o aquel relativo al “régimen de de transcripción en derecho francés de las directivas europeas”, o aun aquel relativo a los “establecimientos públicos”. Como estudios de carácter general se pueden citar el estudio sobre “las perspectivas del derecho continental en el contexto de la competición entre sistemas jurídicos”, o aquel consagrado al “derecho del espacio”... Uno de los estudios más significativos es aquel que trata de las leyes bioéticas. Estas leyes han definido las reglas fundamentales de encuadramiento de las actividades de investigación referentes al dominio de la biología y del ser vivo: investigaciones sobre el embrión, medicina predictiva, procreación médica asistida, utilización o donación de los elementos y productos del cuerpo humano, interrupción voluntaria del embarazo... Estas leyes aprobadas en 1996 son directamente el resultado, e incluso la transcripción algunas veces, de las proposiciones contenidas en el informe solicitado por el gobierno al Consejo de Estado (frecuentemente el Consejo de Estado acompaña sus proposiciones de proyectos de ley con el fin de concretarlas). Y lo más notable es que estas leyes fueron aprobadas con petición de reexamen al término de cinco años; el Consejo de Estado fue consultado al cabo de este término sobre el balance de lo que se había hecho y sobre sugerencias que pudieran plantearse.

El Consejo de Estado evidentemente no trabaja a puerta cerrada. Él asocia a todos los actores interesados en el marco de grupos de trabajo; así, en relación con las leyes sobre bioética, la reflexión se hizo teniendo en cuenta todas las corrientes de pensamiento, los representantes de las diferentes religiones, las autoridades médicas... Los representantes de los ministros interesados participaron igualmente en los grupos de trabajo. Por ello los informes son generalmente bien acogidos; no se ha dado el caso en que el informe haya desencadenado una polémica; puede ser que las orientaciones no sean compartidas, pero el debate de ideas previene la polémica. En ello se encuentra probablemente el más revelador éxito de esta actividad de estudios y de proposiciones del Consejo de Estado.

Esta actividad del Consejo de Estado se encuentra coordinada por una de las seis Secciones administrativas, “la Sección del informe y de los estudios”.

II. La actividad consultiva sobre un texto normativo o sobre una cuestión jurídica

La actividad consultiva del Consejo de Estado, la más pesada y también la más regular, es aquella que se recae sobre los textos normativos que le son sometidos para su aval, y lo es en un grado medio aquella relativa a cuestiones jurídicas más precisas que le son sometidas a su análisis.



a) Consulta sobre proyectos de textos legislativos o reglamentarios

Después de su creación por Napoleón Bonaparte, en la Constitución llamada del año VIII (1799), el Consejo de Estado se asoció a la elaboración, por el gobierno, de proyectos de ley y de reglamento. Actualmente el Consejo de Estado es consultado obligatoriamente en los siguientes casos:

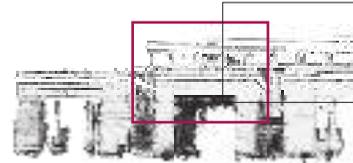
- En virtud de lo dispuesto por la propia Constitución, sobre todos los proyectos de ley, incluso las leyes constitucionales² (el artículo 39 de la Constitución dispone: “los proyectos de ley son deliberados en consejo de ministros después del aval del Consejo de Estado...”), así que para las ordenanzas (textos de naturaleza legislativa elaborados por el Gobierno por habilitación del Parlamento). Esta obligación de consulta al Consejo de Estado es estrictamente controlada por el Consejo Constitucional (el cual controla la constitucionalidad de los textos de ley antes de su promulgación); le está permitido al Consejo Constitucional censurar disposiciones de una ley votada, cuando las disposiciones provienen de una reforma del Gobierno, que sobrepase los límites normales de una reforma para convertirse en un verdadero proyecto de ley autónomo y que no hubiera sido sometido al Consejo de Estado.
- En virtud de una tradición republicana y de disposiciones legislativas específicas, **sobre lo esencial de los decretos reglamentarios más importantes**, se les llama a éstos **decretos en Consejo de Estado**, es decir, expedidos después de consulta al Consejo de Estado. Estos decretos son los más numerosos; la mayor parte de las leyes prevé para su aplicación tales decretos en Consejo de Estado. También son sometidos al Consejo los proyectos de decreto (como de ley) de codificación del derecho; se trata de un trabajo particularmente pesado. En total, entre 1.200 y 1.500 textos son examinados cada año por el Consejo de Estado, de los cuales una cincuentena son leyes.

Es de anotar que después de la revisión constitucional del 21 de julio de 2008, el Consejo de Estado desde ahora va a poder ser consultado sobre proyectos de ley de iniciativa parlamentaria. La nueva redacción del artículo 39 de la Constitución prevé que “en las condiciones previstas por la ley, el presidente de una asamblea (parlamentaria) puede someter al aval del Consejo de Estado, antes de su examen en comisión, un proyecto de ley presentado por uno de los miembros de esta asamblea, salvo si este último se opone a ello”.

Esta consulta presenta las siguientes características:

- Ella no se limita a algunas observaciones escritas sobre el proyecto examinado, sino que se extiende a la elaboración de un texto, que se llama el texto del Consejo de Estado y que se remite al Gobierno. Este no está obligado a acoger este último texto, pero solo tiene la posibilidad de optar por el texto propio o de acoger el del Consejo de Estado; aquel no puede elaborar un nuevo texto. Teniendo en cuenta el aporte indiscutible del Consejo de Estado, el Gobierno prefiere en

² N. del T.: en Colombia corresponderían a los actos legislativos.



un 95% de los casos la versión del Consejo de Estado. Además, la versión del Consejo de Estado presenta la ventaja de una mayor seguridad jurídica.

- Ella se realiza en el espíritu de lograr la seguridad jurídica, la claridad y la comprensión del texto. No se trata de que el Consejo de Estado se pronuncie sobre lo bien fundada que está de la elección del Gobierno; esto es una responsabilidad del poder político; por el contrario, el Consejo se preocupa por comprender las intenciones del Gobierno para darles una expresión jurídica que esté acorde con aquellas. Luego el Consejo asegura que el texto respete la jerarquía de normas (Constitución, acuerdos internacionales, especialmente las normas comunitarias, leyes orgánicas...), se ocupa de su claridad, de su facilidad y de las condiciones de su aplicación. En algunas ocasiones el Consejo puede verse abocado a hacer profundas reestructuraciones al texto del Gobierno si considera que el proyecto sufre de profundas imperfecciones; los ejemplos no faltan; se cita en este sentido la reciente reglamentación de los mercados públicos y el código de la propiedad pública, del que una parte considerable del contenido proviene de la creación del Consejo de Estado.
- Ella se desarrolla en plazos relativamente breves; en general, el Consejo de Estado trata de pronunciarse en un plazo de tres a cuatro semanas, pero este término puede ser ampliamente reducido si el Gobierno lo pide; es el caso muy frecuente en materia legislativa, en el que no faltan los ejemplos en los que el plazo es reducido a diez días o incluso una semana; el Consejo se resiente, pero cumple su misión.

b) Consulta sobre cuestiones jurídicas

El Gobierno puede igualmente consultar al Consejo de Estado sobre cuestiones jurídicas, con independencia de cualquier proyecto de norma. Pueden ser cuestiones puramente técnicas de interpretación de un determinado texto; por ejemplo, sobre las condiciones en las cuales los magistrados y oficiales de policía judicial pueden penetrar en una zona protegida por el secreto de defensa para efectuar una perquisición, o sobre lo que implica el principio de libre circulación de trabajadores en Europa en materia de reclutamiento en la función pública. Estas son cuestiones de más grande amplitud que desembocan en orientaciones para la conducción de la acción pública; así el Consejo de Estado fue consultado en un momento en el que el Gobierno no sabía cómo reaccionar en relación con una tendencia creciente de las familias musulmanas radicadas en Francia, a enviar a sus hijas a la escuela pública utilizando el velo islámico; esto generó grandes dudas sobre la actitud que debían asumir los poderes públicos locales (prohibición, tolerancia...) y condujo a una gran polémica en la opinión pública francesa; el Gobierno se dirigió al Consejo de Estado para que le indicara, teniendo en cuenta los textos relativos a la libertad de opinión y de religión así como de ejercicio de cultos, tanto franceses como internacionales, qué posición podía adoptar en derecho. El Consejo de Estado dio una respuesta que permitió el regreso a la calma, consistente en solo admitir en las escuelas públicas el porte de insignias religiosas que no presenten ningún carácter de ostentación ni de proselitismo.



Cada año al Consejo se le presentan quince o veinte solicitudes de concepto. Estos conceptos están dirigidos al Gobierno, el cual puede decidir volverlos públicos o no. En casi la totalidad de los casos se decide su publicación, frecuentemente después de un breve plazo.

c) La organización del Consejo para sus actividades consultivas

El Consejo de Estado está organizado para asumir esta facultad consultiva particularmente pesada. Cinco Secciones administrativas se dividen el trabajo, que corresponden a cinco grandes bloques de competencias: sección de la administración, sección de finanzas, sección del interior, sección social y sección de trabajos públicos; cada sección cuenta con quince miembros, de los cuales cinco a seis están destinados exclusivamente a la labor consultiva y los demás cumplen funciones tanto consultivas como jurisdiccionales.

El trabajo de preparación de la deliberación de la sección está confiada a un ponente, miembro de la sección, que puede ser un joven magistrado auxiliar de treinta años o a un veterano consejero de Estado. Este ponente convoca a los representantes de la administración para que estos puedan presentar el texto y respondan las inquietudes. Generalmente es suficiente una sola reunión. Pero cuando se trata de textos muy pesados, como el Código General de las Propiedades de las Personas Públicas, y teniendo en cuenta el trabajo de reestructuración que se va a efectuar, pueden ser necesarias varias reuniones; sobre el citado código hubo más de cuarenta. En un gran número de casos, los representantes de la administración manifiestan su desacuerdo con las modificaciones de los textos propuestas por el ponente. En sala de la sección (hay sala cada martes) el ponente verbalmente presenta la nota de observaciones generales que él ha escrito para analizar del texto y las dificultades que se han suscitado; después el texto es analizado artículo por artículo, y la sección toma posición sobre cada uno de ellos. Los representantes de la administración se encuentran obviamente presentes durante el debate en la sección y cuentan con toda libertad de palabra para hacer valer su punto de vista.

Se trata de proyectos de ley, los textos son examinados, después de su paso por la sección va a la asamblea general del Consejo; esta tiene a su cargo el análisis de proyectos de decreto y de conceptos que presentan dificultades particulares; la asamblea general se reúne para este efecto todos los jueves del año, la sesión se desarrolla igual que en la sección.

Todo esto explica por qué el Consejo de Estado se parece a una colmena, y es debido a la presencia de numerosas personas de fuera que vienen a las sesiones de los grupos de trabajo, reuniones de trabajo con los ponentes o la participación en las salas de sección o de asamblea, sin hablar de la asistencia a las audiencias públicas de los procesos contenciosos, en el marco de la actividad jurisdiccional del Consejo de Estado.



Conclusiones

1. Como lo ha explicado el profesor Marcou, para el Gobierno existen muchos métodos para disponer de opiniones y conceptos cuando se requieran para la elaboración de textos o para facilitar su reflexión. El sistema del Consejo de Estado constituye uno de esos métodos. Ciertamente dicho método no es perfecto. Remarcamos solamente que él es satisfactorio y no ha sido puesto en entredicho. Incluso la reciente reforma acaba de permitir también al Parlamento solicitar las luces del Consejo de Estado.
2. El gran aporte de este rol otorgado al Consejo de Estado es el de reforzar la seguridad jurídica de los textos y de evitar a la vez las desagradables anulaciones contenciosas o decisiones de retiro por parte del Consejo Constitucional, o de inútiles polémicas jurídicas sobre la legalidad de tal o cual disposición propuesta por el gobierno; el aval del Consejo de Estado no elimina totalmente la polémica, pero le quita su aspecto exacerbado. Esto es lo que explica que el Gobierno no manifieste reticencia a consultar al Consejo de Estado y no manifieste su malestar en relación con las opiniones que no acogen su criterio. Se puede pensar que el desarrollo de una actividad consultiva del Consejo de Estado colombiano podría fundarse sobre este análisis de interés bien comprendido por el Gobierno de beneficiarse de la misma ventaja; si el ejecutivo solo ve en la consulta una presión u obligación suplementaria, será más difícil proceder a este desarrollo.
3. Hay una semejanza entre la misión consistente en pronunciarse sobre la calidad de los textos que el Gobierno se propone expedir y la de pronunciarse en el contencioso sobre la legalidad de las decisiones administrativas. Es el mismo tipo de ejercicio que conviene efectuar. La compatibilidad entre las dos misiones va dirigida a la perfecta independencia de la institución que está llamada a asumir estas dos misiones y a las disposiciones tomadas para evitar que en ningún caso una misma persona pueda conocer del mismo texto en los dos estadios. El Consejo de Estado siempre está muy atento a asegurar que la función contenciosa se despliegue en el pleno respeto de las más exigentes reglas de imparcialidad.



Los antecedentes de la función consultiva y su evolución institucional hasta la Constitución de 1991

William Zambrano Cetina

CONSEJERO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

El referente napoleónico

Si bien pueden encontrarse claramente antecedentes de funciones consultivas en la legislación colonial, en particular las atribuidas a las Reales Audiencias que “a semejanza de las peninsulares, se concibieron con el objeto de que fueran, no solo órganos de justicia, sino también de control del gobierno y de consulta para las demás autoridades”¹, numerosos autores coinciden en afirmar que la creación del Consejo de Estado y consecuentemente de su función consultiva en nuestro ordenamiento jurídico republicano tuvo su antecedente inmediato más plausible en la institución creada bajo el mandato de Napoleón Bonaparte en 1799.

¹ Al respecto Fernando Mayorga recuerda que: “A semejanza de las peninsulares, las audiencias indianas se concibieron con el objeto de que fueran, no solo órganos de justicia, sino también de control del gobierno y de consulta para las demás autoridades. Eran tribunales colegiados, compuestos por un número variable de oidores y jueces letrados, y tenían además uno o dos fiscales y otros funcionarios menores. Desde su creación hasta la llegada del primer presidente efectivo, Venero de Leiva, la Audiencia estuvo compuesta por cuatro oidores y un fiscal. A partir de entonces, por ser los presidentes letrados, el número de oidores pasó a tres. En 1597 y en 1606 se agregaron, sucesivamente, dos plazas más, y la sexta se creó en 1618. A partir de 1660 se suspendió definitivamente la última plaza y la Recopilación apunta que la Audiencia de Santa fe contará con cinco oidores.

Las funciones atribuidas al Cuerpo pueden clasificarse en tres grupos: consultivas, gubernativas y judiciales. Como órganos de información y de consulta encargados de comunicar al rey o al virrey los problemas importantes que se plantearan en sus distritos y dar su opinión sobre los que le fueran sometidos en consulta. Como órganos de gobierno se reunían en “acuerdo” con el virrey o con el gobernador que las presidía para tomar decisiones en asuntos graves.

Desde el punto de vista propiamente judicial, cumplían con importantes funciones que las convertían en órganos de control político y administrativo. Particulares e instituciones podían apelar ante ellas las resoluciones de los virreyes y de los gobernadores, siempre que se tratara de materias de gobierno. Este recurso no se concedía en asuntos militares, ni en los derivados de la provisión de oficios o encomiendas. En el ejercicio de esta función –que ponía a las audiencias en el mismo plano que las más altas autoridades ejecutivas americanas– dictaban Reales Provisiones en nombre del rey, verdaderas leyes o decretos, según su contenido, revocables únicamente por el propio cuerpo o por el monarca.

Como tribunales de justicia, entendían en primera instancia en los casos de Corte, en las causas criminales ocurridas dentro de las cinco leguas de su sede y en los pleitos sobre encomiendas de indios inferiores a mil ducados. Debían, asimismo, resolver los conflictos de competencia entre otros magistrados y los “recursos de fuerza” intentados contra los jueces eclesiásticos cuando estos excedían sus facultades o no actuaban con arreglo a derecho. Por vía de apelación, conocían en segunda o tercera instancia en las causas civiles y criminales falladas por los gobernadores y las ejecuciones fiscales sentenciadas por los oficiales de real hacienda.” Ver Fernando Mayorga. La Real Audiencia. Órgano colegiado de justicia en el período hispánico. Revista *Credencial historia* Edición 148. Abril de 2002.



Simón Bolívar, sobre quien el impacto de la epopeya napoleónica es bien conocido,² habría así encontrado inspiración para la expedición en Angostura del Decreto del 30 de octubre de 1817 con el que como jefe supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus ejércitos y los de la Nueva Granada justificó la creación de tal organismo basado en el deseo de que *“las providencias importantes, leyes, reglamentos o instrucciones saludables que deben entretanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten”*, fueren *“propuestas, discutidas y acordadas en una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezcan la confianza pública”*. Dicho consejo estaba integrado por los jefes militares, civiles y de justicia, y constaba de tres secciones: la primera, de Estado y Hacienda; la segunda, de Marina y Guerra; la tercera, de Interior y Justicia.

El Consejo provisional de Estado, como exactamente se llamó, tendría solo *“voto consultivo”* y sería convocado por el jefe supremo, cuando le pareciere y *“Si convocado el Consejo de Estado o una de sus secciones, se conformara el jefe supremo con su dictamen el decreto que recaiga sobre él lo expresará por esta fórmula: oído el Consejo... la sección... o las secciones del Consejo de Estado”*.

En la misma línea de la influencia napoleónica cabe recordar que para la época de la independencia se profirió en España en 1808 el estatuto de Bayona que estableció un Consejo de Estado con funciones exclusivamente consultivas³ presidido por el Rey, compuesto *“de treinta individuos a lo menos, y de sesenta cuando más”*, dividido en seis secciones⁴ y que tendría seis diputados de Indias adjuntos a la Sección de Indias, con voz consultiva en todos los negocios tocantes a los reinos y provincias españolas de América y Asia.

La Constitución de Cádiz de 1812 –primera Constitución liberal española– fue más allá y de los cuarenta miembros del Consejo de Estado que ella consagró, *“doce a lo menos”* debían ser *“nacidos en las provincias de Ultramar.”* Los cuales al igual que los demás miembros *“al tomar posesión de sus plazas, harán en manos del Rey juramento de guardar la Constitución, ser fieles al Rey, y aconsejarle lo que entendieren ser conducente al bien de la Nación, sin mira particular ni interés privado”*

² Varios autores aluden a la gran influencia que en el Libertador tuvo la figura de Napoleón. Ver José Manuel Restrepo. Historia de la Revolución de la República de Colombia. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Imprenta Nacional. 1945. Ver igualmente Libardo Rodríguez R. “Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia” en *Historia y perspectivas de la jurisdicción en Francia y América Latina Coloquio Conmemorativo del Bicentenario del Consejo de Estado francés*. Bogotá, Temis. Págs. 44 y ss.

³ Título VIII. Del Consejo de Estado (...)

Artículo 57. Los proyectos de leyes civiles y criminales y los reglamentos generales de administración pública serán examinados y extendidos por el Consejo de Estado.

Artículo 58. Conocerá de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa, de la administración y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública.

Artículo 59. El Consejo de Estado, en los negocios de su dotación, no tendrá sino voto consultivo.

Artículo 60. Los decretos del Rey sobre objetos correspondientes a la decisión de las Cortes tendrán fuerza de ley hasta las primeras que se celebren, siempre que sean ventilados en el Consejo de Estado.

⁴ Sección de Justicia y de Negocios Eclesiásticos. Sección de lo Interior y Policía General. Sección de Hacienda. Sección de Guerra. Sección de Marina y Sección de Indias.



(artículo 241). En concreto éste oíría su dictamen “en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar o negar la sanción a las leyes, declarar la guerra y hacer los tratados” (artículo 236)⁵.

Cabe recordar que casi simultáneamente la Constitución de Cundinamarca de 1811 señaló en su artículo 3 que “A falta del Rey”, entraría en el ejercicio del Poder Ejecutivo “el Presidente de la Representación Nacional” que “para el mejor desempeño de su ejercicio y acierto en sus deliberaciones” estaría asociado de dos Consejeros, que tendrían “voto consultivo y no deliberativo”. Se precisaba que “*El Presidente de la Representación Nacional será responsable a la nación de todas las providencias que dicte en el ejercicio del Poder Ejecutivo, y sus Consejeros no tendrán responsabilidad alguna en las providencias que se dicten contrarias a su dictamen; pero en aquellas que salgan conformes a su opinión responderán in solidum, con el Presidente*”. (Artículo 4.) Igualmente que: “*Si los Consejeros notan que el Presidente quiere tomar o toma providencias directa o indirectamente subversivas de esta Constitución, no cubrirán su responsabilidad únicamente con ser de contraria opinión; sino que estarán obligados bajo la misma responsabilidad a dar inmediatamente parte al Senado, para que este, en uso de sus facultades, tome las medidas que estime oportunas*”. (Artículo 6.). Similar regulación estuvo prevista en la Constitución del Estado de Antioquia de 1812 (artículos 1 a 4).

Los Consejos de Estado y de Gobierno como órganos consultivos integrantes del poder ejecutivo en las Constituciones de 1821, 1830 y 1832 y en el Decreto Orgánico de 1828.

La Constitución de Cúcuta de 1821 no previó un Consejo de Estado sino un *Consejo de Gobierno* compuesto por el Vicepresidente, un ministro de la Alta Corte de Justicia y los secretarios del despacho. El Presidente debía oír al Consejo de Gobierno, aunque sin fuerza vinculante, en los casos de objeción de proyectos de ley, declaratoria de guerra, celebración de tratados, nombramiento y suspensión de altos empleados y militares, conmutación de penas, conmoción interior y demás casos de gravedad que puedan ocurrir. De todo debía informar al Senado salvo en lo que hubiera reserva.

Años más tarde Bolívar expide el decreto orgánico de la dictadura del 27 de agosto de 1828 en el que se crea en su artículo 8° un *Consejo de Estado*, integrado por el Presidente del Consejo de Ministros, los ministros secretarios de Estado y al menos un Consejero por cada uno de los departamentos de la República, con funciones consultivas y asesoras, especialmente para preparar decretos y reglamentos que haya de expedir el jefe supremo y dar dictamen en casos de declaración de guerra, preliminares de paz y ratificación de tratados. Igualmente para conmutar las penas capitales y para conceder amnistías o indultos generales o particulares y disminuir

⁵ Ver Adoración Galera Victoria. *Constitución, función consultiva y Estado autonómico*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007. Págs. 59 y ss.



las penas cuando lo exigieran graves motivos de conveniencia pública. De la misma manera, informar sobre las personas de aptitud y mérito para las más diversas funciones del servicio civil y eclesiástico y rendir consulta sobre la organización del poder judicial y el ministerio público (artículo 16).

En la sección tercera del Título VII “Del Poder Ejecutivo” de la Constitución de 1830 de la República de Colombia y con el fin de “auxiliar al Poder Ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la administración pública”, se creó un Consejo de Estado elegido por el Congreso para periodos de cuatro años renovables por mitades cada dos años, integrado por el Vicepresidente de la República, quien lo presidía, los ministros y secretarios del Despacho, el Procurador General de la Nación y doce ciudadanos sobre quienes “haya buen concepto público”. El Consejo de Estado era “un órgano auxiliar de la administración encargado de preparar, discutir y formar proyectos de ley; dar dictamen para la sanción de leyes y en los negocios graves de administración, hacer consultas para ciertas decisiones del ejecutivo”⁶.

En la sección quinta del Título Sexto sobre el Poder ejecutivo y en coexistencia con un Consejo de Gobierno⁷, la Constitución de 1832 del Estado de la Nueva Granada organizó un *Consejo de Estado* integrado por siete consejeros nombrados por el Congreso, para un periodo de cuatro años renovable por mitad cada dos años, los cuales requerían los mismos requisitos que para ser Senador y les otorgaba las siguientes funciones (artículo 128). i) Dar su dictamen para la sanción de las leyes y en todos los negocios graves y generales de la administración pública; ii) Preparar, discutir y formar los proyectos de ley y los códigos que hayan de presentarse al Congreso; iii) Consultar, dar su dictamen, prestar o no su consentimiento en los casos que diga la Constitución; iv) Presentar a la Cámara de Representantes una terna para ministros de la Corte Suprema de Justicia.

Los Consejos de Estado y de Gobierno así creados merecieron varios estudios sobre su papel de consultores pero también “de freno o contrapeso en ciertas ocasiones” para asegurar el acierto del gobernante y prevenir sus extravíos a condición de mantener su independencia e imparcial criterio. Baste recordar el capítulo del Consejo del poder ejecutivo del tratado de ciencia constitucional de 1839 de Cerbeleón Pinzón donde se señalaba que “*la principal ventaja que en el establecimiento de un consejo de gobierno debe verse es la de que el ejecutivo no pueda*

⁶ Al respecto en la exposición de motivos se decía que: “Esta reforma en la administración demandó igualmente el establecimiento de un Consejo de Estado. El antiguo Consejo de Gobierno, compuesto en su mayor parte de miembros del Departamento Ejecutivo, no podía corresponder cumplidamente a los objetivos de su institución, y el Presidente de la República tenía que limitarse a sus propios recursos o valerse de las luces de algunos ciudadanos, que aunque animados del más puro patriotismo, no estaban debidamente designados para la importante función de aconsejar al Gobierno: por tan poderosos motivos la Constitución que se os presenta establece un Consejo de Estado, compuesto de los hombres de más luces, probidad y patriotismo”. Ver Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra *Constituciones de Colombia. Recopiladas y precedidas de una breve reseña histórica* Tomo III, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, prensas del Ministerio de Educación Nacional 195 Pág. 186-187.

⁷ Artículo 120. El Vicepresidente de la República y los secretarios de Estado forman el Consejo de Gobierno, que debe asistir con su dictamen al Presidente de la República en el despacho de todos los negocios de la administración, de cualquiera naturaleza que sean; pero el Presidente de la República no estará obligado a seguirlo.



obrar el mal, sino hollando el voto de hombres eminentemente respetables; lo cual de una parte le impone un freno útil, y de otra preconstituye la prueba de la perversidad de su intención, pues así no podrá excusar sus extravíos con una afectada ignorancia de las consecuencias de estos”.⁸

La ausencia de Consejo de Estado a escala nacional a partir de 1843. El mantenimiento como parte del poder ejecutivo de consejos de gobierno en 1843 y 1853 y la creación de consejos consultivos en algunos estados en vigencia de las Constituciones de 1858 y 1863

En la Constitución de la República de Nueva Granada de 1843 en el *Título VII* “Del Poder Ejecutivo”, se incluyó una Sección VI que regulaba el Consejo de Gobierno compuesto por el Vicepresidente de la República y de los Secretarios de Estado, el cual debía ser oído en determinados asuntos⁹, o podía serlo en otros a voluntad del ejecutivo¹⁰ sin que en ningún caso su dictamen fuera obligatorio.

A su vez la Constitución de la República de la Nueva Granada de 1853 en el Capítulo V, “Del Poder Ejecutivo”, previó en el artículo 36 que, “El Vicepresidente de la República, los Secretarios de Estado y el Procurador General de la Nación forman el Consejo de Gobierno, que presidirá el Vicepresidente en los casos que deba consultarlo el Presidente”. Al respecto solo se señaló la consulta en caso de convocatoria ordinaria o extraordinaria del Cuerpo Legislativo.

Nada se previó en la Constitución de la Confederación Granadina de 1858 ni en la de los Estados Unidos de Colombia de 1863. Cabe señalar empero que en algunos Estados federados se establecieron bajo la denominación de Consejo de Estado (Cundinamarca, Antioquia y Panamá), Consejo de Gobierno (Cauca), o aun como Consejo Administrativo de Estado (Bolívar), órganos consultivos con mayor o menor ámbito de competencias, pero todos igualmente con la característica de hacer parte del ejecutivo.

⁸ Cerbeleón Pinzón. Tratado de Ciencia Constitucional. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia Colección Clásicos, Bogotá 2006. pág. 193.

⁹ Artículo 117. El que ejerza el Poder Ejecutivo deberá oír el dictamen del Consejo de Gobierno aunque no estará obligado a conformarse con él:

1. Para dar o rehusar su sanción a los proyectos de ley y demás actos legislativos que le pase el Congreso;
2. Para convocar el Congreso a reunión extraordinaria;
3. Para solicitar del Congreso la autorización de declarar la guerra y para hacer la declaratoria estando autorizado;
4. Para nombrar ministros plenipotenciarios, cónsules y demás agentes diplomáticos o comerciales;
5. Para nombrar los Gobernadores de las provincias;
6. Para nombrar los ministros jueces de los tribunales superiores de distrito;
7. Para hacer uso de la facultad de conceder amnistías o indultos generales o particulares;
8. Para conmutar la pena de muerte;
9. Para los demás casos prescritos por esta Constitución o la ley.

¹⁰ Artículo 118. También podrá exigir su dictamen al Consejo en los demás negocios en que crea conveniente oírlo, quedando libre de conformarse o no con él.



Así las Constituciones del Estado de Cundinamarca de 1857 y 1858 señalaron que se organizaba “una corporación denominada Consejo de Estado compuesta del Procurador del Estado, que la presidirá, de los Secretarios del despacho del Poder Ejecutivo y de los Fiscales del Tribunal”. En ella tenían también voz y voto cuando quisieran concurrir, “los designados para ejercer el poder ejecutivo”.

Como funciones y deberes del Consejo de Estado así organizado se señalaban las de:

1. dar su dictamen al Gobernador en todos los negocios en que tiene el deber de consultarlo, a saber: para dar o negar su sanción a un proyecto de ley para conmutar una pena, para convocar extraordinariamente la legislatura, para nombrar y remover los prefectos de los departamentos, para concluir definitivamente los contratos que celebre; y para los demás actos en que las leyes exijan la consulta.
2. dar también su dictamen al gobernador en todos los negocios en que tenga a bien oírlo, aunque no sea obligatorio pedirlo.
3. proponer al Gobernador todo lo que juzgue conveniente para la mejor ejecución de la Constitución y de las leyes, y para promover la prosperidad del Estado o evitar cualquier mal de carácter público.
4. dar su dictamen razonado y escrito sobre los reglamentos que los Secretarios propongan para la ejecución de las leyes, y
5. desempeñar los demás deberes que le impongan las leyes.

La Constitución precisaba que el gobernador no estaba obligado en ningún caso a seguir el dictamen del Consejo, ni seguirlo lo eximía de responsabilidad.

Similares funciones establecieron para el Consejo de Estado las Constituciones del Estado de Antioquia de 1856 y de 1864 en las que se integró dicho consejo por el Procurador del Estado, quien lo presidía, los Secretarios de la Gobernación y de los jefes de las oficinas generales de Hacienda y del Estado; tenían voz y voto, cuando voluntariamente quisieren concurrir los sustitutivos del gobernador. Idéntica integración y funciones se señalaron en la Constitución del Estado Soberano de Antioquia de 1877, donde además se señaló que en receso de la Asamblea Legislativa, los nombramientos que la Constitución le atribuía se harían por el Consejo de Estado, por el tiempo que faltare completar el periodo respectivo, dando cuenta a la Asamblea en su siguiente reunión.

En el caso de la Constitución del Estado Soberano de Panamá de 1865 se estableció un Consejo de Estado compuesto por el Presidente del Estado, del último Presidente de la Asamblea Legislativa, del Presidente del Jurado Supremo, del Presidente de la Corte y del Procurador del Estado; se requería su consulta para declarar que el Estado se encontraba en guerra, o que en él se halla turbado el orden público y para convocar extraordinariamente la Asamblea Legislativa.



La Constitución de 1886 y el establecimiento del Consejo de Estado como órgano por fuera del poder ejecutivo con funciones consultivas y eventualmente jurisdiccionales

En el Título XIII –como título independiente– de la Constitución de 1886 se restablece el *Consejo de Estado* como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración con atribuciones para preparar proyectos de ley y de códigos y para proponer reformas convenientes en todas las ramas de la legislación¹¹. *Debe resaltarse que* en esta Constitución se concibe por primera vez la posibilidad de que el Consejo de Estado opere como órgano de lo contencioso-administrativo en caso que la ley organice esa jurisdicción, lo que sucederá más adelante, como es por todos conocido.

El doctor José María Samper en su célebre obra de comentarios a la Constitución de 1886 hacía la siguiente presentación de las funciones consultivas allí establecidas.

Decía: *“Como cuerpo consultivo del gobierno, no solamente actúa el Consejo de Estado, sino que es supremo cuerpo consultivo; de modo que sus dictámenes son de la más alta respetabilidad posible. Esos dictámenes se refieren a todos los actos que el gobierno consulte, y son de dos clases: unos emitidos a virtud de obligatoria consulta, y otros emitidos porque el gobierno lo solicita libre y espontáneamente. En el común de los casos no está obligado el poder ejecutivo a proceder conforme a los dictámenes del Consejo, porque así lo requieren la libertad y responsabilidad del gobierno; pero en toda circunstancia tienen que ser muy respetables, precisamente por la importancia propia del Consejo”*. El mismo autor recordaba que los casos en que el Presidente tenía el deber de oír el previo dictamen del Consejo de Estado eran los siguientes

*“Para el caso de convocar el congreso a sesiones extraordinarias: El 118 (inciso 2°),
Para conmutar la pena de muerte, y para conceder indultos por delitos políticos y rebajas de penas por los comunes; caso en el cual era obligatorio para el presidente obrar conforme al dictamen del Consejo de Estado, si este era favorable a la conmutación. El 119 (inciso 6°),*

¹¹ Artículo 141. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que determinen la Constitución y las leyes. Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno, excepto cuando vote la conmutación de la pena de muerte
2. Preparar los proyectos de ley y códigos que deban presentarse a las Cámaras, y proponer las reformas que juzgue convenientes en todos los ramos de la legislación;
3. 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;
4. Llevar un registro formal de sus dictámenes y resoluciones, y pasar copia exacta de él, por conducto del Gobierno, al Congreso en los primeros quince días de sesiones ordinarias, exceptuando lo relativo a negocios reservados, mientras haya necesidad de tal reserva;
5. Darse su propio reglamento con la obligación de tener en cada mes cuantas sesiones sean necesarias para el despacho de los asuntos que son de su incumbencia;
Y las demás que le señalen las leyes.



Para aprobar convenios, en receso del congreso—caso en que era indispensable que el dictamen del Consejo de Estado fuera favorable— El 120 (inciso 10:),

Para permitir, en receso del senado, el tránsito de tropas extranjeras, y para permitir también las estaciones de buques extranjeros de guerra en aguas de la nación el mismo art. 120 (incisos 12 y 13),

Para declarar turbado el orden público, y, en consecuencia, asumir facultades extraordinarias, el 121, y

Para que el consejo de ministros pueda abrir créditos suplementales o extraordinarios, en determinadas circunstancias. El 208,

A más de estos casos, las leyes podían imponer al presidente la obligación de oír el dictamen del Consejo de Estado¹²

Cabe advertir, como en el mismo texto se señalaba, que la facultad consultiva del Consejo de Estado no era absoluta, sino limitada a los asuntos de *administración* que le consultara el gobierno; de modo que no debía extenderse a los asuntos legislativos ni a los judiciales ni a dar dictamen a *ninguna entidad distinta del gobierno*, ni a este cuando no se lo solicitara.

El mismo doctor Samper destacaba la importancia y utilidad de la función asignada al Consejo de preparar los proyectos de ley y códigos que debían presentarse a las Cámaras, y proponer las reformas que juzgara convenientes en todos los ramos de la legislación, así como la de llevar un registro formal de sus dictámenes y resoluciones, y pasar copia exacta de él, por conducto del Gobierno, al Congreso en los primeros quince días de sesiones ordinarias, exceptuando lo relativo a negocios reservados, mientras haya necesidad de tal reserva.

Al respecto señalaba que *“la comunicación que el Consejo de Estado hace al congreso, de las decisiones que dicta en cada bienio, sirve para fiscalizar al gobierno, y para apreciar la rectitud y el acierto con que haya procedido en los asuntos en que el Consejo ha dictaminado. De ahí la conveniencia de la 4ª atribución que este artículo le confiere¹³.”*

La supresión del Consejo en 1905 bajo la dictadura del general Reyes y su restablecimiento por el Acto Legislativo 10 de 1914 como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno y Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo

Como uno de los primeros actos de la dictadura, aludiendo al carácter independiente del ejecutivo que señalaba el título XIII de la Constitución del 86 para el Consejo de Estado, visto en ese régimen como problemático, y con el argumento de que el general Reyes debía “gobernar sin trabas” y que se hacía necesario suprimir empleos públicos para hacer las economías “emprendidas en el camino de la reconstrucción nacional por el eminente ciudadano que presidía los destinos de Colombia” y teniendo en

¹² José María Samper. Derecho Público Interno de Colombia, Temis, Bogotá. 1982, págs 523 y ss.

¹³ José María Samper. Op cit. P. 526.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

cuenta que el Consejo de Estado era un “*engranaje inútil en la administración pública*”, mediante el Acto legislativo N° 10 de 1905 se suprime el Consejo de Estado y se deroga el Título XIII de la Constitución. Se dispone que la ley señalará los empleados que deban cumplir las funciones que tenía el Consejo de Estado¹⁴. Terminada la Dictadura el Artículo 42 del Acto Legislativo 3 de 1910 que restableció el orden democrático solamente señaló que “La ley establecerá la jurisdicción contencioso-administrativa”, lo que aconteció mediante la Ley 130 de 1913. Pero será solo mediante el Acto reformativo de la Constitución de 10 de septiembre de 1914¹⁵ que

¹⁴ Al respecto en el texto de Pombo y Guerra se señala lo siguiente:

“Pero el acto reformativo número 10 suprimió al Consejo de Estado con una plumada, derogando, además, todo el título XIII de la Constitución Nacional. Sin trabas ni cortapisas, sin la demora de una consulta, podía, pues, el Presidente de la República gobernar conforme a sus dictados en toda materia; conmutar la pena capital; aprobar tratados públicos; declarar turbado el orden, y así investirse de facultades extraordinarias; decidir toda diferencia entre el Gobierno y los reclamantes, por negocios particulares, abrir créditos extraordinarios, y reformar el Presupuesto de gastos a su arbitrio. ¿Qué razones de conveniencia general se tuvieron para dar golpe de muerte al Consejo de Estado? Uno de los miembros de la comisión encargada de informar sobre el proyecto del Gobierno no pudo dar otras, sino la necesidad de reducir empleos para hacer las economías “emprendidas en el camino de la reconstrucción nacional por el eminente ciudadano que presidía los destinos de Colombia”. Otro consideró que la “tal corporación era un engranaje inútil en la administración pública”. El miembro liberal de aquella comisión se abstuvo de opinar y guardó absoluto silencio cuando se aprobó la supresión por unanimidad de votos. Cierta podía considerarse la inutilidad del Consejo, si no había de imperar otra voluntad que la del jefe del Gobierno sin asesorías ni embarazos; pero en cuanto a la economía, no podemos menos de recordar lo que se ha pagado después a los abogados auxiliares de los ministerios, y lo que ha impedido la consulta de una mínima parte de los asuntos atribuidos al Consejo de Estado. Algunos de ellos se adscribieron entonces a los ministerios del Despacho”. Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerrá Constituciones de Colombia recopiladas y precedidas de una breve reseña histórica, tomo IV. Prensas del Ministerio de Educación Nacional, Bogotá 1951. Pág. 278.

¹⁵ Acto reformativo de la Constitución del 10 de septiembre de 1914, “por el cual se restablece el Consejo de Estado”. El Congreso de Colombia DECRETA:

Artículo 1. Habrá un Consejo de Estado compuesto de siete individuos, a saber: el primer Designado para ejercer el Poder Ejecutivo, que lo preside, y seis Vocales nombrados como lo determine la ley.

Los Ministros del Despacho tienen voz y no voto en el Consejo.

Artículo 2. Para ser Consejero de Estado se requieren las mismas condiciones que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 3. El cargo de Consejero es incompatible con cualquiera otro empleo público efectivo y con el ejercicio de la abogacía.

Artículo 4. Los Consejeros de Estado durarán cuatro años y se renovarán por mitad cada dos.

Artículo 5. La ley determinará el número de suplentes que deben tener los Consejeros y las reglas relativas a su nombramiento, servicio y responsabilidad.

Artículo 6. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Actuar como Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen.

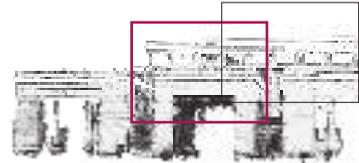
Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno;

2. Preparar los proyectos de ley y de Códigos que deban presentarse a las Cámaras Legislativas, y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación;

3. Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley;

4. Darse su propio Reglamento, con la obligación de celebrar por lo menos tres sesiones en cada semana, y las demás que les señalen las leyes.

Artículo 7. En los casos de que tratan el Artículo 28 de la Constitución y el 33 del Acto Legislativo número 3 de 1910, el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado para dictar las providencias de que tratan dichos artículos.



se restablecerá el Consejo de Estado en el ordenamiento constitucional, esta vez como “Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen”, encargado de “preparar los proyectos de ley y de códigos que deban presentarse a las Cámaras Legislativas, y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación”, así como también de “desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley”.

Específicamente se estableció que el Gobierno Nacional debía obligatoriamente consultar al Consejo en los casos de los artículos 28 de la Constitución Nacional y 33 del Acto Legislativo 3 de 1910 (decisiones relativas a la turbación del orden público y al estado de sitio en toda la república o parte de ella). Además se señaló que para ser Consejero de Estado se requerían las mismas condiciones que para ser Magistrado de la Corte Suprema.

La Ley 60 de 1914 dividió el Consejo de Estado en dos Salas: La Sala de Negocios Generales, integrada por “el Designado y dos individuos nombrados por el congreso” y que tenía a su cargo las consultas y la Sala de lo Contencioso Administrativo, conformada por cuatro Consejeros designados por el Ejecutivo entre los elegidos por el Congreso. De todas maneras “el Consejo se reunirá en pleno cuando tenga que dictaminar sobre los asuntos de que trata el artículo 7° de la reforma constitucional de 1.914 (artículos 28 de la CN y 33 del AL N° 3 de 1910 decisiones relativas a la turbación del orden público y al estado de sitio en toda la república o parte de ella), y sobre otros asuntos graves, que a juicio del gobierno deban ser conocidos por todos los Consejeros”.

La Ley 70 de 1930 eliminó la división del Consejo de Estado en Salas y dejó todos los asuntos de su competencia, incluso los relacionados con consultas para ser resueltos por el Consejo de Estado en Pleno¹⁶.

El Acto Legislativo de 1936 no añade nada al respecto; solo cabe recordar que –como también sucederá en 1945¹⁷ –, en uno de sus artículos transitorios se autorizó al Gobierno para que, previo dictamen del Consejo de Estado, hiciera la codificación de las disposiciones constitucionales vigentes. Función que se establecerá de manera general en el Código del año 1941 como lo recuerda Carlos H. Pareja¹⁸.

El Acto Legislativo 1 de 1945 y la clara identificación de las funciones consultivas y contenciosas

Como lo recordaba el señor ex Consejero Ramón Miranda en su discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia del año 1942, dos temas habían suscitado

¹⁶ Ver Luis Fernando Álvarez Jaramillo. El Consejo de Estado en su función de asesor del Ejecutivo. Presentación Bogotá D. C. julio 2008.

¹⁷ ACTO LEGISLATIVO NÚM. 1 de 1945.

Artículos transitorios

Art. e). Previo dictamen del Consejo de Estado, el gobierno hará la codificación de las disposiciones constitucionales vigentes. La nueva numeración comenzará por la unidad, y los títulos se ordenarán sujetándose a la distribución de materias.

¹⁸ Carlos H. Pareja. Código Administrativo Editorial Gran Colombia., Bogotá, mayo 1942. pág.90.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

particular debate en relación con la organización del Consejo de Estado en esos años, a saber: la separación de las funciones consultivas y contenciosas y la injerencia del gobierno en dicha organización.

En el informe a las Cámaras se dijo así, a propósito del primer tema que: *“Para evitar inconvenientes, el Consejo ha optado por abstenerse de resolver las consultas que le hacen los Ministros cuando versan sobre casos concretos o asuntos que luego puedan ser materia de un juicio contencioso”*.¹⁹

El Acto Legislativo precisó las funciones del Consejo de Estado como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno y como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y ordenó de nuevo la división en Salas o Secciones para separar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de las demás que le asignan la Constitución y la ley. Dijo el artículo 37 del AL 1 de 1945²⁰: *“El*

¹⁹ Ramón Miranda. Reforma Orgánica y Funcional del Consejo de Estado. Pensamiento Jurídico Colombiano. Libro del Centenario. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Pág. 468

²⁰ Título XIII

Artículo 36. El Artículo 132 de la Constitución quedará así:

Artículo 132. Habrá un Consejo de Estado integrado por el número de miembros que determine la ley.

La elección de Consejeros de Estado corresponde hacerla a las Cámaras Legislativas, de ternas formadas por el Presidente de la República. En cada terna será incluido uno de los Consejeros principales en ejercicio del cargo.

Los Consejeros de Estado durarán cuatro años y se renovarán parcialmente cada dos. Cada miembro del Consejo tendrá un suplente, elegido por las Cámaras en la misma forma que los principales. Los suplentes reemplazarán a los principales en los casos de faltas absolutas o temporales.

Corresponde al Gobierno la designación de Consejeros interinos. Los Ministros tienen voz y no voto en el Consejo.

Artículo 37. El Artículo 133 de la Constitución quedará así:

Artículo 133. El Consejo de Estado se dividirá en Salas o Secciones para separar las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

La ley señalará las funciones de cada una de las Salas o Secciones, el número de Consejeros que debe integrarlas y su organización interna.

Corresponde al Gobierno designar los miembros que deben formar las Salas o Secciones.

Artículo 38. Artículo nuevo. El Presidente del Consejo será elegido por la misma corporación y durará un año en el ejercicio de sus funciones, pero podrá ser reelegido indefinidamente.

Artículo 39.

Artículo nuevo. Para ser elegido Consejero de Estado y desempeñar el cargo, se requieren las mismas calidades exigidas a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 40.

Artículo Nuevo.- Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen.

Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno, salvo en el caso del Artículo 207 de esta Constitución;

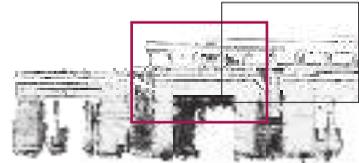
2. Preparar los proyectos de ley y de códigos que deban presentarse en las Cámaras Legislativas, y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación;

3. Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley;

4. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que la ley determine.

Artículo 41.

Artículo nuevo. Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo conocer de las acusaciones por



Consejo se dividirá en Salas o Secciones para separar las funciones que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de las demás que le asignen la Constitución y la ley. La ley señalará las funciones de cada una de las Salas o secciones, el número de Consejeros que deben integrarlas y su organización interna”.

En cuanto al segundo tema el Artículo 38 señaló que “*el Presidente del Consejo será elegido por la misma corporación y durará un año en el ejercicio de sus funciones, pero podrá ser reelegido indefinidamente*”.

El Plebiscito de 1957 impondrá luego la paridad política entre los dos partidos tradicionales, la independencia total de la justicia del poder ejecutivo, la elección de los consejeros por el sistema de cooptación y les dará estabilidad a los cargos haciéndolos vitalicios²¹.

Valga recordar igualmente que la Ley 19 de 1958 creó en el seno del Consejo de Estado una sala consultiva especializada que se denominó “*Sala de Servicio Civil*” y que el Decreto ley 1153 de 1959 señaló que dicha Sala estaría integrada por los consejeros que conformaban la Sala de Negocios Generales del mismo Consejo, es decir, por quienes cumplían la función consultiva.

La función consultiva en el Acto legislativo 1 de 1968 y en la Constitución de 1991

La última etapa de nuestro recorrido.

Recordemos que el artículo 48 del Acto legislativo 1 de 1968 estableció dentro de las atribuciones del Consejo de Estado, regulado en el mismo Título XIII de la Constitución de 1886, nuevamente y en primer lugar la de “actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen”.

Al respecto precisó que en los asuntos de que trataban los artículos 28 –en el denominado caso de retención–, 120-9 –para permitir en caso de receso del Senado el paso de ejércitos extranjeros por el territorio colombiano, 121 –para la declaratoria del Estado de Sitio–, 122 –para la declaratoria del Estado de Emergencia Económica– y

inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del Artículo 69 y el Artículo 117 de esta Constitución.

Artículo 42.

Artículo nuevo. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

Artículo 43.

Artículo nuevo. En cada Departamento habrá un Tribunal Administrativo, cuyas funciones señalará la ley.

El número de Magistrados que integran cada Tribunal, las calidades que deben reunir para desempeñar su cargo y el modo de su elección y separación serán establecidos por la ley.

El período de estos Magistrados será de dos años.

²¹ Ver Jaime Betancur Cuartas. “La función consultiva en el derecho administrativo colombiano” en Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Estudios y Documentos, Imprenta ESAP, Bogotá, 1980. pág. 116 y ss.



212 –para créditos extraordinarios–²², el Gobierno debía oír previamente al Consejo de Estado y que los dictámenes del Consejo de Estado no serían obligatorios para el Gobierno, salvo en el caso del Artículo 212 de la Constitución²³;

Igualmente, se señaló como competencia del Consejo la de “preparar proyectos de ley y de *códigos* que deban presentarse a las Cámaras Legislativas y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación”, sin olvidar la de “desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”.

Recordemos igualmente que la Constitución de 1991 esta vez, y vale la pena destacarlo, en el Título VIII “*De la Rama Judicial*”, en el capítulo 3 “De la jurisdicción contencioso administrativa”, señala en el artículo 236 que el Consejo de Estado “tendrá el número impar de magistrados que determine la ley”. Igualmente que el Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

Asimismo, que corresponde a la ley señalar las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna.

Por su parte, el artículo 237 señala dentro de las atribuciones del Consejo de Estado junto a las de: “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”; “5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley”; “6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley”, dos atribuciones que aluden a nuestro recorrido por la historia institucional de la función consultiva, a saber: “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” y “4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley”.

Respecto de los casos en que el Consejo debe emitir concepto por mandato de la Constitución solamente se señala en el texto superior que en los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

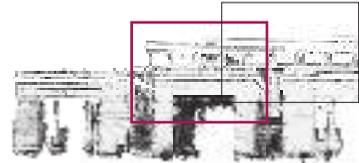
²² Listado al que debe añadirse lo previsto en el artículo 5 en materia de creación de nuevos departamentos, donde se exigía “*declaración previa del Consejo de Estado de que el proyecto satisface las condiciones exigidas en este artículo*”.

²³ Constitución de 1968. Art. 212. Cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del gobierno, estando en receso las cámaras, y no habiendo partida votada o siendo esta insuficiente, podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario.

Estos créditos se abrirán por el Consejo de Ministros, instruyendo para ello expediente y previo dictamen favorable del Consejo de Estado [141, ord. 1º; ley 63 de 1923].

Corresponde al congreso legalizar estos créditos.

El gobierno puede solicitar del congreso créditos adicionales al presupuesto de gastos (art. 91 del acto legislativo número 1 de 1945).



Ante el contraste que dicha regulación evidencia frente al texto más amplio en materia consultiva del Acto Legislativo 1 de 1968, cabe precisar que al revisarse los antecedentes del artículo 237 en las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente la conclusión que surge es que los miembros de la misma consideraron más acertado deferir a la ley los casos en los cuales se debía solicitar la consulta al Consejo de Estado. Opción que en sí misma no debe entenderse como negativa pues deja al Legislador un amplio margen para adecuar la función consultiva a las necesidades de la Administración, sin que ello signifique desmedro de su alcance.

Cabe anotar también que el numeral respectivo fue víctima de aquella situación, común para otros temas durante la Asamblea, en que por ser “un listado demasiado largo”²⁴ o que tocaba “temas de otras comisiones”²⁵ se dejó en manos de la Comisión

²⁴ Antecedentes del artículo 237. Asamblea Nacional Constituyente. 31 de agosto de 1996. Sesión Plenaria de junio 15. Página 6. Folio 84.

“Ha sido aprobado el numeral segundo. Numeral tercero, ¿alguna explicación, doctor Juan Carlos?

- Sí señor Presidente, el numeral tercero contiene aquella atribución que se refiere a la otra vertiente de las funciones esenciales del Consejo de Estado que es la de ser el cuerpo supremo consultivo del Gobierno, esta función la ha venido cumpliendo el Consejo de Estado desde cuando se la atribuyó el Libertador Simón Bolívar en 1821, inclusive antes de la Independencia, y hay unas proposiciones aditivas y unas sustitutivas que plantean la eliminación de esa función consultiva, la comisión accidental propuso que se conservara esa función consultiva en cabeza del Consejo de Estado.

- Los que estén a favor del numeral del numeral tercero levanten la mano.

- Por la afirmativa: uno, dos, tres.... Cincuenta y tres por la afirmativa.

- Votos negativos.

- Por la negativa.

- Todos de acuerdo con Simón Bolívar. (...).

- Siga doctora para un punto de orden sobre votación.

- Señor Presidente es que con relación a la aditiva de la Comisión Cuarta, yo quisiera aclarar que existe un texto similar en el artículo 141 de la Constitución actual, ahí parece un poco larga porque se están describiendo cuáles son las circunstancias en las cuales se requiere el concepto previo del Consejo de Estado, esperando que cuando se tenga la numeración de los respectivos artículos, pues se cambia por el número de los artículos como está hoy en la Constitución, de manera que no se asusten por lo larga que parece la norma”.

²⁵ Antecedentes del artículo 237. Asamblea Nacional Constituyente. 31 de agosto de 1996 Sesión Plenaria de junio 15. Página 6. Folio 86.

“Señor Presidente, usted quiere anotar que votamos la intervención del Consejo de Estado en estados de excepción, cuando no hemos votado los estados de excepción, pero yo me abstuve simplemente para no entorpecer el desarrollo.

- Bien.

- Punto de orden, punto de orden Presidente.

- Siga.

- Es que hay un caso parecido con los créditos extraordinarios, en caso de que... cuando discutamos las normas de presupuesto convergamos que los créditos extraordinarios solamente los puede aprobar el Congreso, entonces habría que quitar esta frase: salvo en los casos de crédito extraordinarios. Entonces para que se tome nota en la comisión codificadora una vez que llegue la votación sobre normas presupuestales. Muchas gracias.

- OK.

- Punto de orden, señor Presidente.

- Siga, doctor Plazas.

- Es para decir que yo voté en contra de la creación de nuevos departamentos, es decir, me abstuve en el sentido de que eso se aplazara cuando se defina lo de la territorialidad o de la zona, por supuesto estoy de acuerdo con que si se mantienen los departamentos o tal, esta función continúe en cabeza del Consejo de Estado.

- Bueno.

- “...” se trataba era del aplazamiento.

- Yo he votado negativamente. Doctor Juan Carlos, numeral quinto.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

codificadora su definición, la que finalmente optó por la versión más simple, sin un verdadero debate de fondo sobre la utilidad o no de las referidas consultas.²⁶

-El numeral quinto señor Presidente...

-Señor Presidente punto de orden.

-Siga doctor.

-Yo estoy de acuerdo con lo que dice el doctor Perry, porque parece que van a desaparecer los créditos adicionales, además créditos extraordinarios no hay, lo que hay es créditos adicionales al presupuesto que son extraordinarios y suplementales, yo le pido que se aplace por lo menos...

-Eso será oficio de la comisión codificadora que nos traerá una observación sobre ese particular sobre la segunda vuelta.²⁶

²⁶ Antecedentes del artículo 237. Asamblea Nacional Constituyentes 31 de agosto de 1996 Sesión Plenaria. Julio 1 Página 5. Folio 106 -107-108-109-110.

²⁶ -Doctor Herrera.

-Gracias señor Presidente, algunos constituyentes hemos impugnado el artículo 247, que fue leído el texto de la comisión codificadora, porque en el primer debate se aprobaron algunas facultades del Consejo de Estado que no están consideradas en el articulado de la comisión codificadora y concretamente hace referencia en primer lugar, en el numeral tercero, donde en la plenaria se aprobó el articulado que dice: 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, el articulado de la comisión codificadora, de la codificadora dice: actuar como cuerpo consultivo del Gobierno en los casos que señale la Constitución y la ley: es decir, en esa parte se suprime lo de, lo que ya estaba establecido en la actual Constitución, de que es un cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración. Entonces, por un lado ese aspecto de mantener esa función consultiva para asuntos de administración, como lo trajo el articulado de la plenaria y por otro lado tampoco se hace ninguna explicación de por qué se eliminan las otras facultades que van desde la petición de un concepto previo, de que se debe oír previamente al Consejo cuando se trate del tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación de tránsito, de buques, o de aeronaves extranjeras de guerra, en aguas o en territorio, o en espacio aéreo de la Nación, el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado. Entonces, simplemente sin perjuicio de que realmente no se trate de otra sustitutiva sino de que en este caso se mantenga como, el numeral tercero como se ha dicho, y como se dice, en los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional de estación o tránsito de buques o de aeronaves extranjeras de guerra en aguas o en territorio, o en espacio aéreo de la nación, el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado porque en lo demás, en estado de excepción, estado de emergencia económica y social, de créditos extraordinarios, y de decretos que desarrollan facultades extraordinarias ya la plenaria tuvo oportunidad de pronunciarse. Es por eso que hemos impugnado el artículo de la comisión codificadora.

-Señor Presidente un segundito.

-Nación, quiere decir que sometemos primero a votación el texto del primer debate.

-De la Plenaria.

-Correcto.

-Sí, quería explicarle al doctor Herrera, realmente yo comparto, totalmente, los planteamientos de él, pero en la codificadora la mayoría estuvo de acuerdo en que era mejor dejar esas atribuciones a la ley, que si la plenaria no se ha pronunciado en los casos específicos de la necesidad de consultar al Consejo de Estado en el estado de sitio, estado de emergencia económica y social y con relación a los créditos extraordinarios, pues que era necesario abolirlo de esta norma. Personalmente creo que es una garantía importante este concepto previo, y ojalá la plenaria decidiera que se conserve este concepto previo en esos casos, además del de tránsito de tropas extranjeras, que sí está en la norma específica del Congreso Nacional y del tránsito de buques y de aviones de guerra por el territorio nacional.

(...)

-Yo le pido concepto a doña María Teresa para ver...

-Si los demás miembros de la Comisión Codificadora...

-Estamos modificando unos textos, suprimiendo textos, lo cual nos crea algún problema reglamentario.

-Señor Presidente, si los miembros de la comisión codificadora están de acuerdo y, pienso que de acuerdo con la discusión que tuvimos si deben estarlo, podemos acoger el texto que propone el doctor Herrera, como numeral tercero del texto de la comisión codificadora y procederlo a votar ahí, para que no se pierdan otros aspectos menores de pura redacción puntual, que creo que son importantes de conservar en el texto de la codificadora.

-Vamos a.... El texto del primer debate, con dos supresiones que después las escribiríamos como, escribimos el texto con las, con la comisión de las dos supresiones, los que se refieran a los estados de emergencia y los dictámenes del Consejo de Estado, que no son obligatorios para el Gobierno, para poder proceder sin necesidad de la demora consistente en copiar esa sustitutiva.



Cabe recordar que en la ponencia sobre la administración de justicia de la constituyente María Teresa Garcés Lloreda²⁷ al presentar las diferencias con la Constitución de 1886 señalaba que: “Además de las funciones que tiene en la actual Constitución se le atribuyen unas nuevas como son las de preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y de las leyes, actuar como cuerpo consultivo del gobierno respecto de los decretos que desarrollan facultades extraordinarias y para el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional y la estación y tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, así como para la creación de departamentos”.

De esas propuestas solo se aprobaron finalmente las de preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y de las leyes, y la de ser oído respecto del tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional y la estación y tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la Nación.

Quedó en el camino la enunciación en la Constitución de la función consultiva respecto de los decretos que desarrollan facultades extraordinarias, así como las funciones previstas anteriormente sobre estados de excepción, creación de nuevos departamentos y créditos extraordinarios, sin que, reiteramos, conste en las actas un debate concreto sobre ellas, aun en un tema tan útil como el del apoyo al gobierno en el ejercicio de facultades extraordinarias, diferente al de señalar que en cada caso podría establecerse por el legislador.

Pero sobre ese tema no quisiera hacer más comentarios pues será al señor Presidente de nuestra Sala a quien corresponda avizorar el futuro.

Permítanme simplemente para terminar algunas reflexiones sobre este recorrido por los textos constitucionales desde la perspectiva histórica y comparada.

Sin duda algunas líneas pueden identificarse y a título de ejemplo destaco las siguientes.

En primer lugar el mantenimiento a través del tiempo del referente original del Consejo de Estado francés del que esta misión es apenas una de las manifestaciones que renuevan un largo y fructífero trasegar común.

-Señor Presidente en nombre de la codificadora me permito trasladar ese texto al texto de la codificadora, el texto que menciona el doctor Herrera, creo que no hay ningún problema en que lo hagamos.

-Está como bien, entonces yo pregunto, lo vamos a votar el texto del primer debate del artículo que la codificadora lleva el número 247, los que estén por la afirmativa sírvanse levantar la mano.

-Por la afirmativa del texto aprobado en primer debate.

-Con la modificación ¿no?

-Del primer debate. El texto del primer debate con las dos supresiones, la una referente a los estados de excepción y la otra a la obligatoriedad de los dictámenes del Consejo de Estado que parece necesaria, los que estén por la afirmativa.

-Por la afirmativa, uno, dos, tres... treinta y siete votos por la afirmativa.

-Ha sido aprobado, entonces...

-Que se suprimió por favor.

-Se suprimió exactamente, en el segundo párrafo...

-Por qué no leemos todo el texto.

-... del tercero, en el segundo párrafo del tercer párrafo, lo que dice: estados de excepción, estado de emergencia económica y social de créditos extraordinarios, de decretos que desarrollen facultades extraordinarias y quedó: en los casos de tránsito de tropas extranjeras y se suprime el tercer inciso, el tercer párrafo de ese inciso. Así quedó aprobado”

²⁷ Antecedentes del artículo 237. Gaceta Constitucional. Martes 16 de junio de 1991. Pág. 21.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

Ya hemos referido al antecedente napoleónico, pero no es el único. La doble función y la doble jurisdicción identifican la especificidad colombiana en América Latina, cuyo éxito reposa fundamentalmente en la conjunción de la doble atribución –consultiva y jurisdiccional–, común a la mayor parte de los países que han adoptado el modelo francés²⁸, pero que en América Latina tiene a Colombia como su único exponente.

Los tiempos guardan igualmente alguna similitud.

Ambos Consejos nacen fundamentalmente como consejeros del Gobierno. El Consejo de Estado francés añade a esa función a partir de 1872 la de administrar justicia en nombre del pueblo; lo que sucederá entre nosotros como hemos visto como potencialidad en la Constitución de 1886 y de manera definitiva a partir de 1913.

Hoy ambas jurisdicciones se encuentran en proceso de modernización con diferentes énfasis y aproximaciones, pero dentro de una problemática común. Así el problema que hoy resuelve el Consejo de Estado francés con el Decreto de 6 de marzo de 2008 que aclara el manejo simultáneo de las funciones consultivas y las jurisdiccionales²⁹ fue discutido y resuelto en Colombia en el año 1945 con la creación de salas distintas³⁰; al tiempo que buena parte de los problemas que la Comisión de reforma se plantea hoy en Colombia ha encontrado respuesta en los años recientes en Francia, como nos lo expuso de manera brillante esta mañana el señor consejero Marc Durand Viel.

Con diferencias también, es clara la importancia que en Francia tiene la función consultiva, la tarea de preparación de la legislación. Función que en Colombia si bien se ha mantenido a lo largo de la historia y ha tenido importantes momentos³¹ no se ha desarrollado siempre con toda la potencialidad que ella tiene.

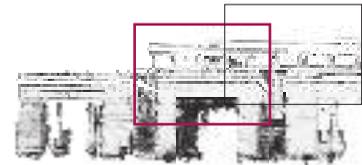
Contrariamente a Francia el número de casos en que se debe consultar al Consejo de Estado es reducido, y contrariamente a lo que sucede en ese país, solo en

²⁸ Como lo recordó el profesor Marcou en su conferencia, respondiendo a procesos históricos específicos pero inspirados por el modelo francés, varios Consejos de Estado ejercen la doble función, en países como Bélgica, Grecia, Italia, Países Bajos, pero también en Turquía, Líbano, Egipto y desde 1998, Argelia. Países de África como Burkina Faso, Gabón, Senegal, República Centroafricana. Modelo que igualmente seguía Tailandia de 1979 hasta 1999 o España hasta comienzos del siglo XX. Países que se contraponen a aquellos otros que cuentan con tribunales administrativos puramente jurisdiccionales (Austria, Alemania, Luxemburgo, Portugal, México) o con una competencia consultiva muy limitada (Finlandia, Suecia, Polonia). Al respecto ver igualmente Ángel J. Sánchez Navarro. Derecho Constitucional Consejo de Estado, función consultiva y reforma constitucional. Editorial Reus, S.A. Madrid 2007. Pág. 62.

²⁹ Dicho decreto introduce en el Código de Justicia Administrativa un artículo R-122-21 según el cual «los miembros del Consejo de Estado no pueden participar en el juzgamiento de asuntos dirigidos contra los actos adoptados luego de concepto del Consejo de Estado, si ellos tomaron parte en la deliberación de ese concepto».

³⁰ Fórmula que bien podría revisarse a partir de la solución que se ha encontrado en Francia en este punto, para permitir así una mayor colaboración de la Sala de Consulta en tareas como la de la unificación de jurisprudencia por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado.

³¹ A título simplemente de ejemplo cabe recordar las expresiones de Pombo y Guerra (op. cit. T. 4, Pág. 278) al deplorar la supresión del Consejo de Estado en 1905 al señalar que: «Como colaborador del cuerpo legislativo, no era menos excelsa la labor del Consejo de Estado, pues trabajando en el silencio y en el recogimiento, podía preparar con grande acierto los proyectos de códigos y leyes generales, como preparó muchos, y que en el bullicio de las Cámaras era imposible preparar con la calma debida» o más recientemente la activa participación de la Sala de Consulta en la elaboración de los decretos que desarrollaron el artículo transitorio 20 de la Constitución o en el actual proceso de reforma al Código Contencioso Administrativo.



contados casos se ha previsto en nuestra historia institucional la necesidad de que las consultas deban tener carácter favorable.

Como regla general no hay obligación para el ejecutivo de seguir el dictamen del Consejo, aun cuando sin duda la existencia de un concepto lleva a la Administración a examinar con sumo cuidado el asunto y a tomarlo en cuenta.

Esta situación tal vez nos aproximaría de otro referente menos nítido que solo en raras ocasiones se invoca pero que me parece pertinente señalar y que es el del Consejo de Estado español aun cuando hoy este solo tenga funciones consultivas³².

En un célebre informe anual de esa institución se señalaba por su presidente que “El Consejo de Estado español prefiere que sus dictámenes se acepten por el peso de la razón y no por la fuerza de la ley; de ahí que los termine siempre con la fórmula ‘V.E., no obstante, resolverá’, que recuerda el elegante recato con que daban su *responsum* los jurisconsultos romanos”³³.

Pues es sin duda la objetividad e independencia del Consejo el elemento esencial que le permite mantener su “auctoritas”, que es donde radica toda su fuerza, en España³⁴ pero también en Francia como en Colombia.

Auctoritas y autonomía que en el caso del Consejo de Estado francés encuentra respaldo adicional en los textos y en la jurisprudencia constitucional³⁵ y que en nuestro caso se refleja hoy en la pertenencia del Consejo de Estado incluida obviamente la Sala de Consulta a la rama judicial.

Otra constante en nuestras Constituciones hasta el año 1991 que cabe destacar es la de la atribución al Consejo de Estado de la posibilidad de dar su concepto frente a determinadas situaciones restrictivas de derechos y libertades, desde las consultas en materia de pena de muerte del decreto orgánico de Bolívar del 27 de agosto de 1828 hasta los conceptos previos en materia de retención (art 28) y estados de excepción (arts. 121 y 122) del Acto Legislativo 1 de 1968. La Constitución de 1991 estableció una serie de nuevos mecanismos de protección, haciendo énfasis en el tema de derechos fundamentales, lo que no obsta para que se examine la pertinencia en casos concretos de algún tipo de colaboración de la función consultiva.

Permítanme como última reflexión aludir a la importancia que ha tenido en los demás países que cuentan con un Consejo de Estado la función de apoyo en la expedición de textos normativos, dentro de la lógica de asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico y de prevenir el contencioso, así como su capacidad propositiva a través de informes, estudios y proyectos. Nuestra Constitución del 86 señalaba la obligación de un informe anual. Revivirla tal vez sirva de oportunidad para enriquecer nuestra función en el sentido indicado.

³² Originalmente la doble función le fue atribuida, pero la reforma de 1905 estableció que tendría solamente funciones consultivas.

³³ Memoria del año 1992 que el Consejo de Estado (español) eleva al Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 3 de 1980. Madrid 1993. Pág. 89.

³⁴ Para el caso español esta independencia ha sido destacada por el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 204/1992.

³⁵ Ver Frank Moderne “Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia” en Libardo Rodríguez R. op. cit. Pág. 35.



La evolución legal, orgánica y funcional de la función consultiva en el pasado reciente y las propuestas para su fortalecimiento

Luis Fernando Álvarez Jaramillo

PRESIDENTE SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

I. Introducción

Con el propósito de analizar los orígenes y evolución histórico-constitucional del Consejo de Estado de Colombia y específicamente de su función consultiva, incluso tomando como punto de referencia el desarrollo de esta misma tarea en algunos modelos del derecho comparado, y de establecer el marco de referencia necesario para una reflexión sobre el futuro del Consejo de Estado como órgano supremo consultivo del Gobierno, el presente escrito abordará la evolución orgánica y funcional que desde el punto de vista de la legislación ha tenido esta función, particularmente a partir del plebiscito de 1957, fecha que puede tomarse como punto de quiebre en la concepción constitucional del tema, con especial énfasis en los desarrollos legales posteriores a la reforma constitucional de 1968 y a la Constitución Política colombiana de 1991.

II. Evolución

2.1 El Plebiscito de 1957: Como punto de partida para el análisis del futuro institucional del Consejo de Estado y de su función consultiva, es menester recordar que a través de la reforma constitucional aprobada por el denominado plebiscito de 1957 (en realidad se trató de un referendo), el cuerpo electoral aprueba los siguientes figuras constitucionales: La paridad política entre los dos partidos tradicionales, la independencia total de la justicia del poder ejecutivo, la elección de los consejeros por el sistema de cooptación y la estabilidad de estos en sus cargos, haciéndolos vitalicios.

2.2 La Ley 19 de 1958: Se trata de uno de los primeros desarrollos legales de los nuevos mandatos constitucionales. Respecto de la función consultiva en cabeza del Consejo de Estado esa ley dispone: *“Art. 9° Créase en el seno del Consejo de*



Estado una sala consultiva especializada que se denominará “Sala de Servicio Civil” a la cual deberán someterse los proyectos de ley o de decreto en materia de servicio civil. Esta Sala rendirá su concepto sobre los proyectos que le sean presentados, dentro del término y en las condiciones que determine el decreto reglamentario”.

2.3 El Decreto-ley 1153 de 1959 dispuso que la Sala de Servicio Civil estaría integrada por los consejeros que en aquel entonces conformaban la denominada Sala de Negocios Generales del mismo Consejo, es decir, por quienes integraban el pleno del Consejo de Estado. Hay que observar que, más que una Sala de Consulta autónoma, en realidad el propósito de esta ley, al desarrollar el principio de carrera para la función pública contenido en el texto constitucional de 1957, fue establecer un órgano asesor especial en materias relacionadas con el servicio civil.

2.4 El Decreto-ley 528 de 1964: A través de este decreto el Gobierno Nacional, con fundamento en facultades extraordinarias otorgadas por la ley 27 de 1963, expidió un conjunto de *“normas sobre organización judicial y competencia”*. Respecto de la función consultiva del Consejo de Estado el artículo 22 del precitado decreto dispuso que *“la Sala de lo Contencioso Administrativo se subdividirá en cuatro salas o secciones de cuatro consejeros cada una”*. En el Art. 26 estableció que *“la Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro Consejeros escogidos por el Gobierno, con sujeción a las normas sobre paridad política, entre los consejeros que forman las cuatro salas o secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso Administrativo”*. Asimismo en el artículo 27 *ibidem* dijo que a los consejeros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, como integrantes de la Sala de Negocios Generales, se les compensará en la contenciosa los negocios que se les repartieran en la de Consulta. Finalmente en el Art. 31 describe las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, así: *“1ª. Ejercer las funciones consultivas que al Consejo de Estado le asignan la Constitución y las leyes, con excepción de los casos previstos en los artículos de la Constitución, 120 numerales 10 (dictamen previo para aprobación de tratados en caso de receso de las Cámaras) y 11 (en receso del Senado, dictamen previo del Consejo de Estado para el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional); 121 (previa audiencia del Consejo de Estado para declarar el estado de sitio); 212 (gasto imprescindible no incluido en el presupuesto), para los cuales solo es competente el Consejo en pleno. 2ª. La revisión de contratos que celebre el Gobierno Nacional en los casos previstos por las leyes. 3ª. Las señaladas al Consejo de Estado en el ordinal 2º del artículo 141 de la Constitución Nacional (preparar proyectos de ley y de códigos). 4ª. Las previstas en el artículo 9º de la ley 19 de 1958. 5ª. Decidir las cuestiones que se susciten entre la Nación y uno o más departamentos o municipios, entre dos o más departamentos, o entre uno de estos y una intendencia o comisaría o entre cualquiera de las entidades citadas y un establecimiento público, o entre dos o más establecimientos o empresas públicas, sobre competencia de facultades administrativas”*. Sobre las funciones como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, dispuso en el artículo 20 que la jurisdicción Contencioso-Administrativa estaba *“instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades...”*



2.5 La Ley 50 de 1967: Afirmó en su artículo 1°: *“El Consejo de Estado estará integrado por 20 consejeros y se dividirá en dos salas: Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de Consulta y Servicio Civil”* esta última, de acuerdo con el artículo 2° ibídem, *“estará integrada por cuatro consejeros escogidos por el gobierno, con sujeción a las normas de la paridad política, entre todos los consejeros de Estado y sus miembros no tomarán parte en las funciones jurisdiccionales que están atribuidas a la corporación”*. La Sala debe rendir un informe de labores al Presidente de la República en el mes de diciembre de cada año.

Hay que anotar que aunque en esta ley se quiso darle mayor entidad a la función consultiva, al disponer de la existencia de una Sala de Consulta independiente de la Sala Contenciosa, de todas maneras, como había sucedido en las disposiciones de años anteriores, el legislador continuó estableciendo un nexo orgánico entre ambas Salas, al disponer que los Consejeros de la Sala de Consulta se escogerían entre los que hacían parte de la Contenciosa.

2.6 El Acto Legislativo n° 1 de 1968: Al modificar el artículo 141 de la Constitución Política de 1886 estableció: *“El Consejo de Estado es cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen”*.

En la reforma constitucional de 1968 queda en claro que las funciones consultivas del Consejo de Estado se dividen en dos grupos.

- i) Funciones consultivas de origen constitucional
- ii) Funciones consultivas de carácter legal.
Ambas a su vez pueden ser obligatorias o facultativas.
- iii) Las obligatorias son aquellas en que por Constitución o ley, el Gobierno antes de adoptar una decisión debe oír al Consejo de Estado, teniendo en cuenta que solo en el caso del artículo 212 de la Carta, el dictamen es vinculante, en los demás casos por regla general sus conceptos no vinculan al gobierno.
- iv) Las consultas facultativas se refieren a aquellos temas sobre los cuales el Gobierno es libre de consultar o no al Consejo de Estado.

En síntesis, la Constitución Política de 1968 en materia de consultas dispuso lo siguiente:

Consultas obligatorias:

Art. 28 en el denominado caso de retención.

Art. 121 para la declaratoria del Estado de Sitio

Art. 122 para la declaratoria del Estado de Emergencia Económica

Art. 212 cuando se requiera un gasto imprescindible estando en receso las cámaras y no habiendo partida para ello, evento en el cual el gobierno puede abrir un crédito extraordinario, *“previo dictamen favorable del Consejo de Estado”*.

Art. 120 N° 9 para permitir en caso de receso del Senado el paso de ejércitos extranjeros por el territorio colombiano.

Art. 5° *La creación de nuevos departamentos. “requiere declaración previa del Consejo de Estado de que el proyecto satisface las condiciones exigidas en este artículo”*.

Consultas facultativas :

Siguiendo los lineamientos señalados por el artículo 4° de la ley 50 de 1967:



Por Sala Plena las previstas en el artículo 141 de la Constitución Nacional (artículo 48 A. L. N° 1 Reforma de 1968).

Por Sala de Consulta y Servicio Civil:

- i) Consultas jurídicas de orden administrativo y de carácter general que le somete el Gobierno, son consultas opcionales o facultativas que se presentan en el giro ordinario de la administración, es una función de asesoría y orientación con sentido técnico-jurídico
- ii) Revisión de contratos en el orden nacional. Se trata de una labor ética administrativa que busca fundamentalmente defender el erario y controlar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. El Dto. 150 de 1976 estableció que por regla general esos contratos se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley. Es una función administrativa y no jurisdiccional.
- iii) Preparación de proyectos de ley y de códigos que le sean encomendados por el Gobierno Nacional. La Sala de Consulta redactó proyectos sobre áreas metropolitanas, asociación de municipios, categorías de municipios, juntas administradoras locales, planes de desarrollo. No incluye la redacción de proyectos de Actos Legislativos.

NOTA: La ley 35 de 1946 al desarrollar esta norma de la reforma de 1945 dispuso que los Consejeros, en estos casos, tendrían voz en los debates ante las cámaras y las comisiones constitucionales permanentes

- iv) Conceptos sobre cuestiones relativas al Servicio Civil. Carrera Administrativa Nacional (art. 9° ley 19 de 1958).
- v) Al concebir la función consultiva como un instrumento de garantía, el artículo 41 del decreto-ley 2400 de 1968 dispuso que los decretos correspondientes a la Carrera Administrativa serían expedidos *“previo concepto favorable del Consejo Superior del Servicio Civil y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado”*. Asimismo el decreto reglamentario 1959 de 1973 artículos 19, 20 y 21 previó que para la inclusión o exclusión de empleos en la carrera, antes de pronunciarse al respecto, el Departamento Administrativo de Servicio Civil debía oír el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, también se dispuso por el artículo 255 que *“el Gobierno por medio de decretos, oído el Consejo Superior del Servicio Civil y previo concepto favorable del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, adoptará el estatuto especial de cada cuerpo de funcionarios...”*
- vi) Rendir dictámenes al Gobierno para expedir decretos que llenen vacíos y desaten contradicciones que se adviertan en materia electoral. El artículo 307 de la ley 85 de 1916: *“El Gobierno dictará los decretos necesarios para la cumplida eficacia de esta ley, resolverá las consultas que se le hagan previo dictamen del Consejo de Estado, llenará los vacíos y desatará las contradicciones que en aquellos se noten”*.
- vii) Para el ejercicio de las facultades extraordinarias de que puede ser investido el Presidente de la República de conformidad con el artículo 76 numeral 12 de la Constitución Política de 1886, pues en muchas oportunidades en la propia ley de facultades se dispone que para el desarrollo de las mismas el Gobierno estará asesorado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.
- viii) Las demás funciones que le sean atribuidas por la Constitución o la ley.



2.7 Decreto-ley 01 de 1984: Se ocupó de determinar el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (artículo 82) y su extensión (artículo 83 subrogado por el artículo 13 del decreto extraordinario 2304 de 1989).

Artículo 82: Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. *“La Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos en las entidades públicas, y de las privadas que cumplan funciones públicas(...).”*

Artículo 83, subrogado por el D. E. 2304 de 1989. Extensión del control. *“La Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas de conformidad con este estatuto”.* (La ley 80 de 1993 modificó la clasificación de contratos a que se refiere esta disposición).

2.8 Constitución Política de 1991

Respecto de la función consultiva del Consejo de Estado, la Carta Política de 1991 dispone:

Artículo 237: *Son atribuciones del Consejo de Estado*
(...)

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.*

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación y tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4. *Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley”.*

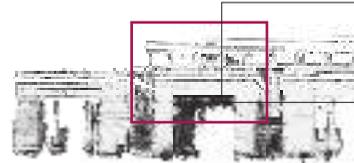
Ello significa que en comparación con las disposiciones que sobre la materia tenía la Constitución Política de 1886, en especial el Acto Reformatorio de 1968, la nueva Carta fue evidentemente lacónica en relación con el tema de la función consultiva. Incluso puede decirse que de alguna manera la limita, por lo menos cuando reduce casi en su totalidad los casos en los que opera la consulta constitucional obligatoria, aunque abre la posibilidad de que este tipo de consultas sea consagrado por la ley.

2.9 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia 270 de 1996

También respecto de la función consultiva y específicamente sobre las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, la ley estatutaria de la administración de justicia dispone:

Artículo 38. DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones.

1. *Absolver las consultas jurídicas, generales o particulares, que le formule el Gobierno nacional;*
2. *Preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende el Gobierno Nacional. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Directo Administrativo correspondiente, para su presentación a consideración del Congreso;*



3. *Revisar los contratos y conceptuar sobre las cuestiones jurídicas relativas al servicio civil, en los casos previstos por la ley;*
4. *Conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos, en los casos especiales autorizados por la ley, para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional;*
5. *Verificar de conformidad con el Código Electoral, si cada candidato a la Presidencia de la República reúne o no los requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación;*
6. *Ejercer las demás funciones que le prescriben la Constitución y la ley.*

Es decir, la ley mantiene de manera genérica los aspectos fundamentales que históricamente constituyen el núcleo de la función consultiva, aunque es menester afirmar que en términos generales dicha función se mantiene como un recurso facultativo para el Gobierno Nacional, pues no existe una disposición estatutaria que consagre su obligatoriedad.

2.10 Casos especiales de consultas obligatorias

No obstante, dentro de esta evolución normativa acerca de las funciones consultivas del Consejo de Estado y específicamente de las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, es necesario agregar tres disposiciones que de alguna manera consideran la existencia de consultas obligatorias y hasta cierto punto vinculantes, así:

- Dispone el artículo 267 inciso 2° de la Constitución Política:
“Artículo 267 (...)
Dicho control (el fiscal) se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas escogidas por concurso de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. (...)”
La Sala de Consulta y Servicio Civil a través de la radicación N° 873 del 27 de noviembre de 1996 emitió *“concepto favorable para la celebración de contratos por parte de la Contraloría de Bogotá, con el fin de que organizaciones de carácter civil legalmente constituidas y escogidas por concurso de mérito, ejerzan la función de vigilancia de la gestión fiscal de las localidades del Distrito Capital”*.
- La Ley 133 de 1994 por medio de la cual se regula el derecho constitucional a la libertad religiosa y de cultos, autoriza en su artículo 15 al Estado colombiano para celebrar convenios de derecho público interno o, en su caso, tratados internacionales sobre cuestiones del culto, con entidades religiosas, es decir, Iglesias, confesiones, denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones de ministros que tengan personería jurídica y ofrezcan garantía de duración por su estatuto y número de miembros. Dispone la norma que una vez concluida la negociación, los convenios de derecho público interno deberán ser remitidos por el Ministro del Interior y de Justicia a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para efectos de un control previo de legalidad. Precisamente en cumplimiento de esta atribución la Sala de Consulta y Servicio Civil a través del radicado 1049 de 28 de octubre de



1997 complementado el 18 de diciembre del mismo año, declaró “ajustado a la legalidad el Convenio de derecho público interno celebrado entre el Estado colombiano y algunas entidades religiosas cristianas no católicas”.

- La Ley 954 de 2005, en materia de conflictos de competencias administrativas, adicionó el artículo 33 del CCA con el siguiente párrafo: “Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Si dos entidades 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.(...)”

III. Aspectos por tener en cuenta en un proyecto de reforma

Respecto de la función consultiva y con fundamento en el recuento histórico normativo señalado, el Consejo de Estado en el seminario interno de reflexión llevado a cabo en el municipio de Paipa (Boyacá) en el mes de febrero de 2008, consideró de importancia tener en cuenta las siguientes inquietudes e interrogantes:

“Interrogantes planteados: ¿Se debe redefinir el alcance de la función consultiva y asignar nuevas competencias a la Sala de Consulta y Servicio Civil, en desarrollo del artículo 237 numeral 3º de la Constitución?”

¿Debe revisarse la denominación “Servicio Civil”? ¿Cuál es su objeto?

¿Es viable, al revisar las funciones de la Sala, distinguir entre proyectos, estudios y conceptos?

¿Es viable que en algunas actuaciones administrativas (licitaciones para contratos de infraestructura, grandes suministros, etc.), los licitantes, el ministerio público, o la Contraloría, puedan pedir un concepto a la Sala sobre las objeciones a las evaluaciones realizadas por la entidad?

En caso de acogerse el concepto por la entidad, ¿es viable consagrar que no se podrá acudir ante la jurisdicción por la misma causa?

¿Este mecanismo podría utilizarse en otro tipo de conflictos entre los particulares y la administración?

¿La función consultiva debe ser solo para aspectos generales o debe ampliarse a casos particulares?

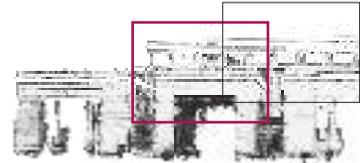
¿Los conceptos pueden tener fuerza vinculante? ¿En qué casos?

¿Vale la pena mantener el principio de reserva?

¿Habrá algunos proyectos, estudios o conceptos que por la naturaleza del asunto deben ser públicos, independientemente de la opinión del Gobierno?

¿Vale la pena mantener la separación entre la función consultiva y la contenciosa?

¿Si la consulta se limita a asuntos generales de importancia nacional, no podría hacerse como en épocas pasadas, en que se asignaba esa función a magistrados de la Sala Contenciosa, disminuyendo su reparto?” (Función Consultiva- tomado del documento Paipa, versión 30 de abril de 2008).



Para contestar estas y otras preguntas, con el fin de considerar la posibilidad de introducir modificaciones a la función consultiva, se recordó que Constitucionalmente era importante conservar y consolidar dicha función consultiva del Consejo de Estado, que se debía fortalecer la Sala de Consulta y Servicio Civil, pero que no debía atribuírsele funciones administrativas ni judiciales, ni otorgarles a los conceptos el carácter de vinculantes. Se concluyó que es necesario analizar los casos en los cuales puede ser obligatoria la consulta, pero el proyecto, estudio o concepto debe seguir siendo no vinculante (proyectos de decretos legislativos, decretos, tratados, reformas a la Constitución, elaboración de códigos).

Se recordó que el motivo por el cual se suprimió la revisión formal de los contratos estatales por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado consistió en que daba origen a una especie de coadministración, restándole agilidad a la administración en la celebración de sus contratos. Además, daba lugar a que una vez demandado el contrato, se pusiera en tela de juicio la neutralidad del Consejo de Estado para fallar, dado que existía un concepto previo de la misma jurisdicción avalando el contrato demandado.

Además la Comisión de Reforma ha considerado que no es pertinente limitar las consultas a los asuntos de carácter general. La función consultiva, tal como está planteada hoy en día, es una herramienta muy importante para el ejercicio de la función administrativa encargada al Ejecutivo, pero hay que evitar que los aspectos particulares y casuísticos primen sobre los generales, como sucede actualmente en muchos casos.

Precisamente, en tratándose de asuntos particulares o que no tengan suficiente urgencia o trascendencia, podría consagrarse, como en Argentina, un órgano u oficina especializada que con carácter consultivo absuelva las solicitudes de concepto que formulen los órganos de la administración. En ocasiones dicho papel se le ha querido asignar o lo ha asumido la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y en algunos casos el Ministerio del Interior.

De los interrogantes planteados y conforme a lo expuesto, el presente estudio considera que para fortalecer la función consultiva, dentro del actual marco constitucional, es necesario reflexionar fundamentalmente sobre los siguientes aspectos:

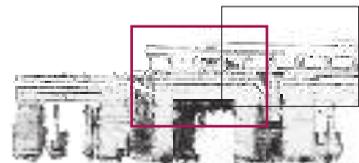
- a) Sería importante diferenciar entre estudios, proyectos y consultas propiamente dichas.
- b) Debe definirse si la función consultiva puede cumplir un papel preventivo con respecto a la vía judicial.
- c) Debe analizarse la posibilidad de que la Sala de Consulta y Servicio Civil presente un informe anual al Gobierno Nacional, con descripción y evaluación de los principales temas y problemas sometidos a su consideración, así como sobre sus efectos sobre la actuación de la administración, con la posibilidad de preparar o asumir estudios que contengan propuestas normativas tendientes a solucionar de manera definitiva los problemas sobre los cuales se ha conceptuado.
- d) Estudiar la posibilidad de que el Gobierno Nacional deba consultar previamente al Consejo de Estado, cuando pretenda presentar proyectos



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

de ley sobre materias que afecten los derechos fundamentales o se relacionen con la organización y funcionamiento de la administración. También debe evaluarse, si este mismo procedimiento debe agotarse para la expedición de decretos legislativos, decretos extraordinarios y reglamentos relacionados con las mismas materias.

- e) Debe plantearse si las respuestas a las consultas, estudios y proyectos que se someten a consideración del Consejo de Estado deben ser públicas, o si debe mantenerse el principio de reserva legal para todas ellas o para algunas, definiendo con claridad los casos y el término de la reserva.
- f) Finalmente, es necesario reflexionar sobre la iniciativa para la presentación de consultas. De acuerdo con las normas vigentes solo el Gobierno Nacional, a través de los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, puede formular las consultas. Habría que preguntarse si sería conveniente extender dicha iniciativa a otras entidades u órganos, por ejemplo, a los departamentos a través de sus Gobernadores.



La función consultiva en la perspectiva del gobierno

Edmundo del Castillo Restrepo

SECRETARIO JURÍDICO PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA



En la práctica existen muchos aspectos relevantes para plantear como reflexión, a la ahora de pensar en la gran reforma que se viene adelantando del Código Contencioso Administrativo, trabajo que el Consejo de Estado y el Gobierno Nacional, han venido liderando durante todo este año. Si bien algunas de las reformas que se planten, posiblemente, no pueden ser objeto de concretarse vía reforma del Código, es importante que el análisis se haga de forma integral, buscar después la concreción de los medios legales que permitan una reforma sistemática y exhaustiva.

En relación con algunos de los temas particulares que se han tratado en el día de hoy, y que hemos podido conversar en días pasados con los miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil, concretamente sobre a lo que se ha referido el Dr. Luis Fernando Álvarez y el Dr. William Zambrano, básicamente quisiera plantear algunas reflexiones:

1. La obligatoriedad o no de efectuar la consulta

Personalmente considero que, en principio, es conveniente mantener el esquema actual, esto es, que salvo los casos en que la ley y la Constitución establezcan la formulación de las consultas, estas deben ser una potestad del Gobierno Nacional.

Como se ha referido hoy, el Gobierno Nacional solo se encuentra obligado a consultar a la Sala de Consulta y Servicio Civil en tres casos, a saber:

(i) En receso del Senado, la autorización que debe dar el Gobierno, previo concepto del Consejo de Estado, al tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo¹.

(ii) El curioso artículo de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, al que también hizo referencia el Dr. Luis Fernando Álvarez, y que plantea la atribución de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de conceptuar sobre los contratos que el Gobierno Nacional proyecte celebrar con empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos, en los

¹ Numeral 3 del artículo 237 y numeral 7 del artículo 189 de la Constitución Política.



casos especiales autorizados por la ley, para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional².

(iii) Lo dispuesto en la Ley 133 de 1994 y el Decreto 782 de 1995, en virtud de lo cual la Sala debe efectuar un control previo de legalidad, de los convenios de derecho público que el Gobierno vaya a suscribir con una entidad religiosa.

He dicho que considero que la consulta debe ser potestativa por una razón, y es que finalmente el tema objeto de consulta es tan difícil de encuadrar en un aspecto puntual tipo materia, que el día en que volvamos vinculante, por ejemplo, el tema relacionado con derechos fundamentales como hacía referencia el Dr. Luis Fernando Álvarez, el tema termina siendo un tema absoluto.

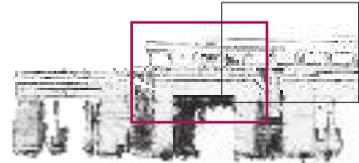
Sin embargo, considero que este no es el momento ni el espacio para discutir si los aspectos que contiene, por ejemplo, un proyecto de ley o un proyecto de decreto que involucren temas de derechos fundamentales, que además de tocar temas propios, que a su vez serán objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, termina poniéndole cargas adicionales a la administración pública, como es determinar si la materia regulada incluye o no la materia que sería objeto de concepto previo por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil. En la mayoría de los casos, la línea divisoria es muy sutil, y por lo tanto, no es fácil determinarlo. Pienso por ejemplo en un decreto que regule aspectos sobre el Plan Obligatorio de Salud –POS, pues esa reglamentación, aun cuando su contenido sea puramente procedimental, que además no sobra mencionar, son los aspectos más comunes que diariamente se reglamentan, en la práctica, lo que busca es atender necesidades básicas que están ligadas con la satisfacción de derechos fundamentales. Personalmente pienso que en la medida en que se deje potestativa y abierta la facultad al Gobierno para hacer las consultas, eso permite darle mucha claridad al tema, en la materia que estamos tratando.

Por otro lado, creo que hay unos casos que terminan siendo un poco casuísticos pero que me parece que son importantes mencionar. En estos días hemos discutido este tema con unos abogados de gran trayectoria, y dadas las recientes restricciones que ha planteado la Corte Constitucional en relación con la posibilidad de que el Ejecutivo efectúe compilaciones normativas, aunque la ley lo ha autorizado, como sucedió recientemente con el Estatuto de Contratación Pública, me parece que el Consejo de Estado podría cumplir un papel importante en materia de compilación normativa.

Como ente de la Rama Judicial que es, y dado que el Legislativo no se va a ocupar ni tiene tiempo, ni considero que sea la entidad más idónea para hacer compilaciones normativas con un gran nivel de detalle, creo que ese trabajo podría ser muy importante en todas las materias en donde tenemos una serie de normas dispersas. El Consejo de Estado otorga garantía de seriedad y de imparcialidad en la compilación y a través de esta Sala podría cumplir un papel importante.

Lo mismo sucede con el inciso final del artículo 158 de la Constitución Política que establece que la ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas, lo cual en la práctica no se está cumpliendo. Este papel de compilación es bastante importante. Creo que hay un

² Numeral 4 del artículo 38.



trabajo adicional para efectuar desde el punto de vista académico, pero, por sobre todo, como garante que la compilación sea, fiel reflejo de las normas que actualmente están vigentes.

Este tema de la obligatoriedad de la consulta, pienso que es solo una parte de la problemática, pues la otra es que tan vinculante termina siendo el concepto que emita el Consejo de Estado, por lo cual abordamos el segundo tema planteado en este conversatorio.

2. El concepto del Consejo de Estado no es vinculante para el Gobierno

Este tema considero está íntimamente ligado con la reserva, y como preámbulo vale la pena reflexionar sobre algunas experiencias pasadas. Recuerdo hace unos años, aproximadamente en el año 1990, mucho tiempo antes de ingresar a la Secretaría Jurídica, en una entidad estatal se trató en un Comité de Conciliación un tema relacionado con iniciar o no una acción de repetición por culpa grave o por dolo de un funcionario público que decidió hacer una consulta al Consejo de Estado. La entidad tenía una problemática relacionada con un trabajador que pertenecía a un régimen especial, de esos múltiples regímenes laborales que existen en Colombia, y ante un cúmulo de opiniones disímiles de los abogados, respecto si se podía declararlo insubsistente, decidió formularle la consulta al Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil. En esa oportunidad el Consejo de Estado, después del análisis puntual, consideró que el funcionario no podía ser declarado insubsistente por cuanto era una mujer que se encontraba en estado de gravidez. En principio se guardó la reserva del caso, pero la administración, a pesar de lo resuelto por el Consejo de Estado, procedió hacer a la destitución. Tiempo después fue un concepto que todo el mundo conoció, y cuando se perdió el proceso judicial, en el cual la autoridad judicial aplicó la tesis que había concluido el Consejo de Estado, obviamente hubo que reintegrar a la servidora pública. Evidentemente, esta situación generó una indemnización, la acción de repetición, y la conclusión del Comité de Conciliación, en su momento, fue por lo menos que hubo una culpa grave del funcionario que hace una consulta, solicita una ayuda, le dicen que no lo puede hacer y lo hace, a sabiendas de que había expresamente solicitado concepto para ese caso, y que la conclusión era lo contrario a lo que estaba realizando.

Considero que cuando uno analiza este caso ilustrativo, que se repite mucho, si bien es claro que los conceptos actualmente no son vinculantes, en la práctica, algunos por lo menos terminan siéndolo, y ahí es cuando es muy difícil determinar el límite de cuándo un concepto del Consejo de Estado termina siendo vinculante o no, o como dice el Dr. Luis Fernando Álvarez, en un reciente artículo que publicó en la revista *Ámbito Jurídico*, en el cual menciona que si bien no existe norma jurídica que imponga su obligatoriedad, sí podría decirse que existe una disciplina jurídico-política, que establece que si se solicitó el concepto, es para seguirlo.



En el tiempo que nos queda por estudiar y trabajar en el tema de reforma habrá que pensar no solo ese tema, que en el ejemplo que les pongo me parece que era obvio que terminaba siendo vinculante, así la norma expresamente diga que no lo era, porque justamente fue una consulta adecuada a un tema particular, discusión que deberá realizarse en forma conjunta con el tema de la reserva, que se abordará a continuación.

3. Reserva del concepto

Como se ha expresado en este conversatorio, al tenor de lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, los conceptos emitidos por la Sala, cuando actúe como cuerpo consultivo del Gobierno, son reservados por un término de 4 años, y solo el Gobierno puede darlo a conocer o autorizar su publicación, cuando lo estime conveniente³.

Personalmente, la reserva así planteada me genera muchos interrogantes. Salvo que se trate de: (i) asuntos de interés nacional, (ii) de documentos que estén sometidos a reserva, (iii) o temas que tengan que ver con defensa o seguridad nacional, que ya por razones obvias, deberían gozar del privilegio de la reserva, considero que hay propuestas interesantes que se han planteado en este conversatorio, como sería que los conceptos deberían ser públicos.

En relación con este tema, básicamente, no tengo una posición muy definida. Hay algunos casos que ya han mantenido unas reservas materia de algunos conceptos, como fue el tema de la Flota Mercante Grancolombiana. En su momento, la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó que le correspondía al Gobierno asumir un tema pensional, lo cual se abstuvo de hacer el Gobierno Nacional, a pesar de lo dispuesto en el concepto, y posteriormente la jurisdicción al fallar dijo que no le correspondía al Estado asumir esa carga pensional. Con la reserva del concepto no se filtró la posición inicial del Consejo de Estado y representó grandes ahorros económicos para el Gobierno Nacional.

Sin embargo, reitero la importancia de definir este tema de la reserva. *A priori* la propuesta que yo tendría, a menos que me llene de razones distintas, sería casi la de mantener los conceptos abiertos. Me parecería bastante interesante que si se consulta, se puedan conocer los resultados, sopesando los límites que se deberían imponer para mantener la reserva en casos excepcionales.

4. Ampliar los sujetos que pueden consultar

Como se ha mencionado, hoy en día, solo el Gobierno, entendido este como la Presidencia de la República, los Ministerios y los Departamentos Administrativos,

³ Artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.



pueden presentar consultas al Consejo de Estado⁴, a través de un filtro que hace la Secretaría Jurídica.

Hoy se ha propuesto ampliar los sujetos que puedan hacer las consultas, propuesta que considero se debe sopesar.

Conozco que en derecho comparado existe la posibilidad en algunos países, que por ejemplo, entes equivalentes a nuestros departamentos o nuestras gobernaciones, formulen consultas. Pienso que es un tema que debe examinarse con detalle, por cuanto el hecho de tener esta facultad tan íntimamente ligada a determinados entes, como actualmente está, en cierta manera otorga una garantía de no permitir que se abuse de la figura del concepto. No quisiera pensar si se amplía esta facultad a las alcaldías, municipios, distritos, etc. Muy seguramente el Consejo de Estado va a terminar haciendo las veces del jefe de las oficinas jurídicas y de licitaciones, pues las entidades van a querer consultar su día a día. Pienso en el momento de resolver un tema de adjudicación de una licitación de una consulta y que además goza de alguna reserva.

Considero que esa no es la finalidad de la Sala de Consulta y Servicio Civil. Me parece que hoy en día, como se encuentra planteado el tema, existe un filtro importante, que evita que la situación antes descrita se presente. Así mismo, se resalta la importancia de que el tema sea analizado integralmente, pues por una parte se empiezan a mezclar unos temas y abrir otros sujetos. Todo tiene que ir de la mano de una armonía respecto del tema de reserva y del tema de la vinculación del concepto.

Para no hacer más extenso el tema, y finalizar el aspecto de la eventual ampliación de los sujetos que pueden efectuar consultas, pienso que no hay que pensar en ampliar esta facultad otra Rama del Poder Público; me parece ampliamente inconveniente pensar, por ejemplo, que el Congreso de la República tuviera esta facultad, lo cual, en mi sentir, mandaría un mensaje automático de eventuales conflictos políticos adicionales a los que muchas veces ya tiene el Congreso de la República y la Rama Ejecutiva del poder público, por ejemplo frente a proyectos de ley etc., para hacer valer conceptos del Consejo de Estado cuando convenga. Considero más adecuado conservar el esquema actual, sin permitir que otra rama distinta de la ejecutiva realice consultas, y preservar la calidad del Consejo de Estado como órgano consultivo exclusivo del Gobierno Nacional, como desde su génesis se contempló.

5. Diferenciar consultas, estudios y proyectos

Por último, y en relación con el punto que el Dr. Luis Fernando desarrolló de diferenciar consultas, estudios y proyectos, y las facultades de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en cada una de ellas, valdría la pena pensar en la posibilidad de efectuar tales diferencias e incorporar, junto con la posibilidad actual que tiene el Consejo de Estado de preparar proyectos de ley y de códigos que le encomiende el

⁴ Numeral 2 del artículo 98 del CCA y el artículo 115 de la Constitución Política.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

Gobierno Nacional⁵, la facultad de la cual goza esta Corporación, en algunos países, como España y Francia, de elaborar estudios puntuales y exhaustivos, a solicitud del Gobierno.

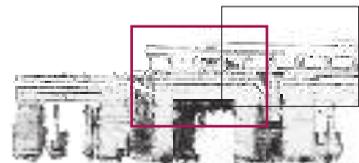
Soy un convencido de que son muchas las bondades que en materia de consultas ha tenido, a través del tiempo, la Rama Ejecutiva del Poder Público de Colombia; considero que valorando y aprendiendo de las experiencias, tanto positivas como negativas, vale la pena fortalecer la Sala de Consulta y Servicio Civil, y para implementar este fortalecimiento mi reflexión final sería en pensar en la forma de agilizar el tema de que los conceptos se vuelvan vinculantes, con la definición del tema de mantener o no su reserva.

Por ahora, estas son algunas reflexiones preliminares que sobre el tema he podido realizar estos días, y por lo demás, les agradezco mucho la oportunidad de participar en este evento.

⁵ Numeral 3 del artículo 98 del CCA.

LA INDEMNIZACIÓN
A LAS VÍCTIMAS





L'indemnisation des victimes sur le fondement du principe de la solidarité nationale

Marcel Pochard

CONSEILLER D'ETAT

Deux grands régimes d'indemnisation des victimes sont traditionnellement distingués: ceux qui reposent sur le principe de la réparation et ceux qui reposent sur le principe de solidarité.

L'indemnisation selon le principe de la réparation est le régime de droit commun; dans ce régime, le fondement de l'indemnisation réside dans la mise en jeu de la responsabilité de l'auteur de l'acte à l'origine du préjudice (le cas échéant l'Etat, qui peut toujours être condamné pour des illégalités commises ou pour mauvais fonctionnement du service public dont il a la charge, y compris bien sûr le service public de sécurité) et dans l'obligation pour celui-ci de réparer les conséquences de cet acte.

L'indemnisation selon le principe de la solidarité relève d'une toute autre approche; elle se trouve déconnectée de toute idée de détermination préalable de la responsabilité; son fondement réside de la reconnaissance par la puissance publique de la nécessité de faire prendre en charge le dommage de façon quasi automatique, en dehors de toute recherche de responsabilité, en faisant jouer la solidarité.

Je sais qu'en Colombie un débat est ouvert sur le choix à effectuer quant au régime d'indemnisation des victimes du terrorisme, choix évidemment de nature politique, au sens élevé du terme.

L'époque actuelle est marquée par une très forte extension des dispositifs de solidarité, selon un phénomène souvent qualifié de socialisation du risque. Notre société refuse en effet la fatalité et développe une exigence croissante de sécurité. Tout risque paraît devoir être couvert; la société est regardée comme devant pourvoir, non seulement à une indemnisation des dommages qu'elle a elle-même provoqués, mais encore de ceux qu'elle n'a pas été en mesure d'empêcher, ou dont elle n'a pas su prévoir l'occurrence.

La demande d'une implication de l'Etat se manifeste particulièrement dans les cas dans lesquels aucune responsabilité ne peut être retenue, ni à la charge d'un particulier, ni à celle de la puissance publique, malgré le développement très important de la mise en jeu de cette dernière. Il s'agit en particulier de certaines



« calamités naturelles » liées aux manifestations des forces de la nature, telles que les inondations, la sécheresse, les séismes. Un autre cas est celui des dommages résultant d'actions terroristes, dont les auteurs ne sont pas toujours aisément identifiables, peuvent se révéler insolubles ou échappent aux poursuites. Mais cette demande va bien au-delà, en particulier en cas d'insolvabilité des auteurs de l'acte en cause.

Pour faire face à cette demande sociale, tous les Etats ont été amenés à organiser une prise en charge élargie des risques en cause ; mais ils se sont efforcés dans le même temps d'éviter les conséquences les plus lourdes d'une intervention sans limite de la solidarité nationale, dont on perçoit aisément les limites à la fois en termes financiers et en termes philosophiques et moraux (on peut craindre le développement d'une forme d'irresponsabilité généralisée). Les mécanismes les plus couramment pratiqués pour assurer cette maîtrise d'une socialisation accrue des risques ont consisté dans la création de fonds d'indemnisation.

Le présent exposé traitera successivement ;

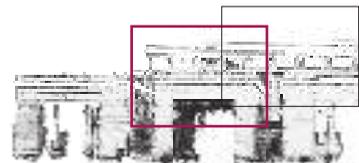
- du phénomène général de la socialisation des risques ;
- de la problématique générale des fonds d'indemnisation ;
- du cas spécifique de l'indemnisation des victimes des catastrophes naturelles
- du cas spécifique de l'indemnisation des victimes du terrorisme ;
- des dispositifs étrangers d'indemnisation des victimes ;

1. Le phénomène général de socialisation du risque

On peut considérer qu'il y a « socialisation du risque » lorsque l'indemnisation des conséquences dommageables d'un risque est sans lien avec la responsabilité, ou lorsque le financement de cette indemnisation est, soit a priori soit a posteriori, déconnecté de cotisations ou prélèvements individuels, ou encore lorsque la puissance publique est impliquée dans cette indemnisation, même en l'absence de responsabilité directe dans un dommage. La socialisation des risques est l'œuvre commune du législateur, le cas échéant inspiré ou relayé par les partenaires sociaux, du juge et des assurances ou mutuelles. Si l'assurance classique facultative est déjà une forme de solidarité, puisqu'elle s'appuie sur la mutualisation, la « socialisation du risque » fait appel à une solidarité plus organisée et le plus souvent élargie au delà du cercle des co-assurés, y compris la solidarité nationale.

La socialisation ne suppose pas nécessairement une prise en charge sur fonds publics, même si des fonds publics sont le plus souvent mobilisés. Mais elle fait appel à des mécanismes plus complexes et diversifiés, dont l'ossature repose en général sur le dispositif de l'assurance obligatoire amélioré. L'assurance obligatoire permet en effet une socialisation du risque en organisant la solidarité. Il existe en France plus d'une centaine d'assurances obligatoires¹ depuis l'assurance des véhicules

¹ Bernard Foussat. « La solidarité et les assurances obligatoires » *Actes du colloque du 10 novembre 1999 organisé par l'AIDA, RGDA 2002, n° 3.*



terrestres à moteur jusqu'à celle des gérants de pharmacie, en passant par celle des exploitants d'établissements destinés à l'enseignement de la danse. La solution peut aussi être celle d'un supplément de prime («surprime») obligatoire dans le cadre de contrats d'assurance portant sur d'autres risques que celui objet de ce supplément, ce qui permet, en touchant de nombreux assurés, d'organiser une mutualisation suffisante. Ainsi, les contrats d'assurances garantissant les dommages à des biens comportent une surprime ouvrant droit à la garantie catastrophes naturelles.

Ce dispositif d'assurance obligatoire peut être utilement complété des dispositions suivantes: fixation d'un taux de prime unique d'assurance; répartition entre les assureurs des «mauvais risques» par la puissance publique; réglementation stricte du contenu de certains contrats avec une offre minimum imposée; couverture globale d'une population sans possibilité d'exclusions;

Garantie de l'Etat apportée aux réassureurs aux côtés des assureurs pour faire face à la couverture de certains risques exceptionnels qui justifient le recours à la solidarité.

On peut voir une forme de socialisation du risque, en amont, dans la recherche de solutions pour permettre aux malades contaminés par le VIH ou virus du Sida et d'autres maladies graves de s'assurer lorsque cette assurance est la condition de réalisation d'un projet (prêt immobilier par exemple). Il s'agit, sans dériver vers une «anti-sélection», **d'éviter que la définition de classes de risques n'exclue systématiquement certaines demandes d'assurance**. La convention, conclue entre les établissements de crédit, les assureurs, les associations de malades et de consommateurs et les pouvoirs publics, favorise l'accès au crédit malgré un problème de santé. Elle instaure une section de médiation, qui peut être saisie en cas de difficulté.

2. La problématique générale des fonds d'indemnisation

2.1. Caractéristiques des fonds

La caractéristique principale des fonds est de **séparer la question de la responsabilité de celle de la réparation**, celle-ci pouvant intervenir alors même qu'aucune responsabilité n'est susceptible d'être mise en cause ou que la détermination de la responsabilité est *a priori* délicate. Il y a déconnexion entre l'auteur du dommage et le débiteur de l'indemnisation; une fois celle-ci réalisée, le fonds se trouve néanmoins, sauf exception, subrogé dans les droits de la victime, et dispose d'une action récursoire à l'encontre du ou des responsables.

Les fonds comportent dès lors le double avantage:

- **De faire de l'indemnisation une priorité avant toute autre considération.** L'indemnisation est dès lors quasi automatique, ce qui correspond à l'attente des victimes. Elle repose au surplus, en général, pour ce qui est des dommages corporels, sur le principe de la réparation intégrale, tout en étant forfaitaire et



plafonnée pour ce qui est des dommages matériels, la victime conservant à sa charge une part des dommages.

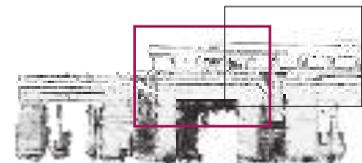
- De conserver pourtant sa place au principe de responsabilité, en conjuguant en fait les deux principes de responsabilité et de solidarité et en évitant ainsi de tomber dans une sorte de travers d'un « droit au risque zéro ». Cela se traduit par des dispositifs de réparation des risques qui, en réalité, font largement appel aux mécanismes de l'assurance. La plupart des fonds prévoient, par delà l'indemnisation automatique a priori, une action récursoire en responsabilité, en vertu de laquelle ces fonds procèdent ensuite aux démarches nécessaires au recouvrement à la place de la victime qui ne dispose pas des mêmes moyens financiers et techniques. La fonction morale de la responsabilité qui commande que le dommage soit réparé par son auteur est donc en principe maintenue, puisque les fonds ne prennent en charge cette dette qu'à titre temporaire et subsidiaire. Le mélange responsabilité/solidarité est d'ailleurs la condition de l'équilibre de ces fonds. Aspect important, les fonds peuvent permettre un financement conjoint Etat/assurés qui combine ainsi **mutualisation et solidarité nationale**. Certains fonds reposent sur une logique de pure solidarité.

2.2. Les différents fonds

Trois grandes catégories de fonds peuvent être distingués : ceux qui répondent à des risques naturels ou sociaux, ceux correspondant à des risques dont le responsable est non identifié ou insolvable et ceux répondant à une carence de l'administration. Dans les trois cas, on peut trouver des fonds à objectif général (ainsi du Fonds de garantie des assurances obligatoires ou de celui garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction) et des fonds spécialisés qui prennent en charge des risques spécifiques (amiante, VIH, terrorisme). Les statuts des différents fonds sont très divers: personne morale de droit privé, établissement public administratif, simple ligne budgétaire.

Première catégorie : les fonds répondant aux risques naturels ou sociaux; ces fonds répondent plus que d'autres à une logique de pure solidarité.

- L'exemple type en est le **fond de garantie des calamités agricoles**. Ce fonds (FGCA) qui remonte à 1964 vise à indemniser les dommages matériels touchant les sols, les récoltes, les cultures, les bâtiments, le cheptel affectés aux exploitations agricoles et consécutifs à des «*variations anormales d'intensité d'un agent naturel, lorsque les moyens techniques de lutte préventive ou curative employés habituellement n'ont pu être utilisés ou se sont révélés insuffisants ou inopérants*».
- Autre exemple, le **fonds de secours aux victimes des calamités publiques, qui remonte à 1956 et a été étendu ensuite aux victimes de catastrophes naturelles**. Le fonds prend en compte les dommages causés à l'ensemble des victimes. La loi écarte néanmoins de son régime les dommages résultant d'une absence fautive de prévention.



- A citer également, dans le domaine médical, le fonds destiné à indemniser l'aléa thérapeutique², accident médical dans l'origine duquel aucune faute ne peut être mise en cause. Son indemnisation est désormais assurée par l'**Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)**, établissement public créé par une loi du 4 mars 2002, qui prend en charge la réparation des dommages à partir d'un taux d'incapacité permanente de 24 %. Il assure également, au-delà d'un certain niveau de gravité (IPP supérieure à 25%) l'indemnisation des dommages causés par une infection nosocomiale.

Deuxième type de fonds, ceux relatifs aux cas où le responsable n'est pas identifié, n'est pas assuré, ou est insolvable

On trouve notamment dans cette catégorie le le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO)³ créée en 2003. Il intervient déjà lorsque l'auteur du dommage est connu mais non assuré. Peu importe que le responsable soit solvable. L'objectif est clair: il s'agit d'indemniser rapidement la victime, le fonds assumant la longueur et les aléas des procédures contre les tiers responsables. Le FGAO traite aussi les cas dans lesquels l'auteur du dommage est assuré mais se trouve privé des garanties souscrites soit du fait d'un refus de l'assureur opposable à la victime soit en raison de la défaillance de la société d'assurance.

Le FGAO intervient également lorsque l'auteur du dommage est inconnu.

Relève bien sûr ce type de fonds, le fonds d'indemnisation des victimes d'infraction et du terrorisme, qui va être présenté plus longuement plus loin

Troisième catégorie de fonds, les fonds répondant à une carence de l'administration

Doivent être cités à ce titre le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles victimes de contamination par le virus VIH et le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. Il s'agit dans ces deux cas d'une indemnisation fondée sur la solidarité qui n'est pas exclusive de la responsabilité fautive de l'Etat pour négligence⁴.

² L'aléa thérapeutique est reconnu dans deux hypothèses : -1ère hypothèse, l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle dont les conséquences ne sont pas entièrement connues, alors qu'il n'y a pas de raisons vitales imposant cette utilisation, et entraînant des complications exceptionnelles (ex. jeune garçon de 15 ans en bonne santé opéré selon une thérapie nouvelle pour redresser sa colonne vertébrale et qui, au sortir de l'opération se trouve atteint de paraplégie); - 2ème hypothèse, acte médical nécessaire au traitement, une réalisation qui présente un risque réel, mais se produisant rarement, victime non prédisposée au risque, dommage d'une exceptionnelle gravité résultant de l'acte médical (ex. décès d'un jeune enfant à l'occasion d'une anesthésie pratiquée en vue d'une circoncision à caractère rituel).

³ Institué par la loi n° 51-1508 du 31 décembre 1951, ses attributions n'ont pas cessé de s'étendre.

⁴ Par des arrêts d'Assemblée du 9 avril 1993, le Conseil d'Etat a jugé qu'en s'abstenant d'interdire avant le 20 octobre 1985 la délivrance de produits sanguins dont la dangerosité lui était connue à tout le moins depuis le 22 novembre 1984, l'autorité administrative s'était rendue coupable d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat à raison des contaminations par voie de transfusion sanguine intervenue entre ces deux dates. L'Etat a été condamné à verser à chacune des victimes ayant saisi le juge administratif une indemnité de 300 000 euros.



La mise en place **du fonds d'indemnisation des préjudices résultant de la contamination par le virus d'immuno-déficience humaine causée par une transfusion de produits sanguins (Sida)** visait en particulier (mais pas uniquement) à indemniser les victimes de contaminations transfusionnelles intervenues à une période où les connaissances, encore lacunaires, sur le virus du SIDA et ses modes de transmission ne permettaient pas d'identifier le risque ni les moyens d'y parer, et partant de mettre en cause des responsabilités.

Parfois, le fait générateur du dommage peut être difficile à isoler. Ainsi, les maladies liées à l'exposition à l'amiante *«n'apparaissent qu'après de nombreuses années de latence ce qui rend souvent besogneuse la recherche de l'époque de l'inhalation et, par voie de conséquence, celle de l'éventuel responsable»*⁵. La recherche d'une indemnisation empruntera alors la voie soit de la maladie professionnelle mais qui, sauf faute inexcusable, ne procurera qu'une réparation limitée, soit la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat pour carence fautive. Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) ouvre une réparation intégrale pour les personnes ayant obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante sans qu'elles aient à prouver la faute inexcusable mais aussi pour toute personne ayant subi un préjudice en raison d'une exposition à l'amiante sur le territoire national.

2.3. Le financement des fonds

Les financements, qui font appel à une solidarité plus ou moins large, sont divers. Il existe des hypothèses de financement intégral par l'Etat, ainsi du fonds d'indemnisation des victimes du VIH par transfusion sanguine (FIVC). Mais **l'intérêt des fonds est souvent de permettre des financements croisés combinant mutualisation élargie et solidarité nationale, voire de reconstituer une forme d'assurance par un financement des assurés ou des responsables.**

Le fonds de garantie des calamités agricoles (FGCA), simple ligne de crédit, combine solidarité professionnelle et solidarité nationale. Ses ressources proviennent d'une contribution additionnelle aux primes ou cotisations des exploitations agricoles (bâtiments, cheptel, véhicules utilitaires), ainsi que d'une subvention inscrite au budget de l'Etat et dont le montant est au moins égal au produit de ces contributions⁶.

Le financement du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) repose sur les automobilistes eux-mêmes dès lors qu'il est alimenté par une contribution des compagnies d'assurances assise sur les primes et les cotisations d'assurance des véhicules terrestres à moteur et par une contribution des automobilistes assurés⁷. Le fonds n'est alors que la continuation de l'assurance par

⁵ André Favre Rochex et Guy Courtieu. Fonds d'indemnisation et de garantie. Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. Droit des affaires, 2003.

⁶ Des réflexions sont en cours pour le réformer.

⁷ Application d'un taux fixe sur les primes versées au titre des garanties obligatoires sur les risques de circulation des véhicules à moteur.



d'autres moyens. Pour l'assuré, tout se passe comme si la surprime correspondait à un risque particulier: celui d'être victime d'un accident de la circulation dont l'auteur serait inconnu ou non assuré⁸.

Le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) est alimenté pour l'ensemble de ses dépenses par une contribution sur les primes des contrats d'assurances de biens.

Certains fonds sont alimentés par des contributions de la sécurité sociale. Le FIVA est financé par une contribution de l'Etat et par la branche accidents du travail et maladies professionnelles du régime général de sécurité sociale. L'ONIAM dépend principalement d'une dotation versée par la sécurité sociale (art. L. 174-2 du Code de sécurité sociale).

2.4. Le caractère subsidiaire des fonds et les possibilités d'actions subrogatoires

Comme on l'a vu, si les différents fonds d'indemnisation se substituent au débiteur final de la dette pour indemniser les victimes, les droits de la victime leur sont alors transmis selon un mécanisme de transfert de créances prévu par les textes, grâce au mécanisme de subrogation. Ce mécanisme diffère selon les fonds.

En pratique, les actions subrogatoires menées par les différents fonds ne donnent pas toujours les résultats escomptés. Ainsi, le Fonds de garantie des assurances de dommage ne récupère que 18 % des indemnisations versées⁹; le FIVA, au 31 mai 2004, avait proposé plus de 8.000 offres de réparations et engagé 61 procédures fondées sur la faute inexcusable de l'employeur. La difficulté est encore plus grande lorsque les responsables du préjudice sont inconnus (terrorisme, infractions par exemple).

La question se pose en outre de la capacité pour la victime à faire jouer concurremment le mécanisme de solidarité nationale par le biais des fonds et la mise en cause du responsable du dommage devant les tribunaux. Dans le cas de l'indemnisation des transfusés et hémophiles victimes de contamination par le VIH, les juridictions judiciaires et administratives ont donné des réponses différentes à cette question¹⁰. Alors que le juge judiciaire a estimé qu'une victime ne peut obtenir réparation par les juridictions de droit commun que de chefs de préjudice dont elle n'a pas déjà été indemnisée par le fonds, au motif que celui-ci est censé avoir assuré une réparation intégrale, le juge administratif a quant à lui considéré que

⁸ Il serait cependant peu légitime de faire porter sur une majorité d'automobilistes vertueux les conséquences dommageables du comportement d'une minorité de conducteurs. Ces derniers sont (outre l'action récursoire) responsabilisés de deux manières: les auteurs d'accidents non assurés supportent une contribution «*assise sur le montant total des indemnités mises à leur charge à titre de réparation des dommages résultant de ces accidents*» (disposition similaire pour la chasse); «*les amendes prononcées pour violation de l'obligation d'assurance (...) sont affectées d'une majoration de 50 p. 100 perçue, lors de leur recouvrement, au profit du fonds de garantie (...)*».

⁹ 17 % par accord amiable et 1 % après procédure contentieuse.

¹⁰ Cass., Ass. plen., 6 juin 1997, n° 95-12284 Bull 1997 A.P. n° 8, p. 20; CE, avis, 15 octobre 1993, Consorts Jezequel et Vallée, rec. p. 280, aux conclusions de Patrick Frydman.



l'acceptation d'une offre d'indemnisation par le fonds n'interdisait pas à une victime de rechercher la responsabilité de l'auteur du dommage. Mais il appartiendra alors au juge, le cas échéant d'office, de déduire l'indemnisation perçue du fonds du montant de la condamnation mise à la charge de cet auteur.

Le législateur a tranché en décidant que l'acceptation de l'offre du fonds d'indemnisation emportait désistement ou irrecevabilité des actions juridictionnelles en réparation pour le même préjudice. Les voies de recours juridictionnelles normales restent bien entendu ouvertes pour celles des victimes qui choisissent de ne pas saisir le fonds.

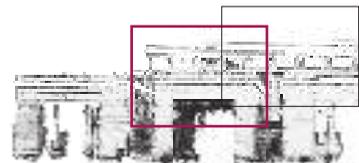
3. L'exemple de l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles

Issu de la loi du 13 juillet 1982, le droit à indemnisation des victimes de catastrophes naturelles revêt un caractère original. On a, en 1982, préféré un système d'assurance à la constitution d'un fonds public. Mais il s'agit d'un système hybride où, là encore, assurance et solidarité élargie, loin de s'opposer, se conjuguent. Le financement est assuré par une cotisation additionnelle sur tous les contrats d'assurance de dommage aux biens, d'un taux unique. L'Etat joue un rôle à plusieurs titres: il constate l'état de catastrophe naturelle par arrêté interministériel, son intervention conditionne donc la mise en œuvre de l'indemnisation ; il fixe le taux unique de cotisation additionnelle ; surtout, il donne sa garantie à un réassureur, les assureurs pouvant se réassurer auprès de la Caisse centrale de réassurance qui bénéficie elle-même de la garantie de l'Etat. Les assureurs concluent les contrats, perçoivent les cotisations et versent les indemnisations. Le taux unique de cotisation est déterminé pour chaque catégorie de contrat et fixé par arrêté ministériel ; le taux actuel est de 12% . Des cotisations proportionnelles aux risques encourus par les assurés auraient en effet ruiné le principe de solidarité, alors même que l'objectif du système était de répartir sur l'ensemble des assurés la charge des indemnisations¹¹. La mutualisation du risque se double en l'espèce d'une forte socialisation de celui-ci puisque les risques individuels varient en réalité considérablement.

Il n'est pas anormal, ni paradoxal, que la puissance publique intervienne pour déclencher l'indemnisation et pour fixer le taux de cotisation dans un système largement fondé sur l'assurance, dès lors que l'équilibre financier de celui-ci doit beaucoup à la garantie accordée par l'Etat en dernier recours. Les finances publiques et donc la solidarité nationale peuvent en effet être lourdement sollicitées en cas de catastrophe exceptionnelle.

Ce système donne satisfaction. Il a pu, moyennant des aménagements dans le temps, portant sur l'augmentation des taux de cotisation, sur le relèvement des franchises et sur le réaménagement du schéma de réassurance, faire face à

¹¹ Christophe Guettier. «Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque», RGDA 1997, n° 3, p. 672.



d'importants sinistres tels que les inondations de l'année 1988, puis de la fin des années 90, le cyclone aux Antilles en 1995, et les dommages causés aux bâtiments érigés sur certains terrains s'effondrant sous l'effet de la sécheresse. Il ne paraît pas menacé par quoi que ce soit, sinon peut-être par son succès, et il ne manque pas de bons esprits pour proposer de faire entrer dans le régime des catastrophes de nouvelles espèces de calamités en tout genre : les termites dans les habitations, les algues dans les ports, tout ce qui fait des dégâts et ne trouve pas d'assurance pourrait, selon eux, trouver sa place dans ce régime.

4. L'exemple de l'indemnisation des victimes du terrorisme

Le risque terroriste constitue un «risque extrême à part»¹², dont l'occurrence ne peut être analysée par les outils actuariels classiques et pour lequel la victime ne dispose pas d'information sur le niveau auquel elle est exposée. Il présente des caractéristiques qui excluent qu'il soit entièrement pris en charge par les assureurs et les réassureurs privés. Sa couverture a justifié une place croissante de la garantie de l'Etat.

La définition même du risque terroriste n'est pas aisée. Au niveau international, aucun accord n'a pu être trouvé dans le cadre de l'ONU faute de parvenir à une définition consensuelle du terrorisme. La résolution 1373 du Conseil de sécurité en date du 29 septembre 2001 érige la lutte antiterroriste au rang de priorité sans proposer de définition de la notion de terrorisme.

En droit interne, si des dispositions législatives s'efforcent de cerner la notion (article 421-1 du Code pénal), la qualification d'acte de terrorisme est effectuée au cas par cas par le ministère public, auquel revient la responsabilité de soumettre les auteurs de l'acte à un régime exorbitant du droit commun. La jurisprudence judiciaire a précisé la notion législative de l'acte terroriste: l'acte doit avoir eu pour but de troubler l'ordre public; il doit s'inscrire dans une action concertée, selon un projet politique ou idéologique ; il requiert un minimum d'organisation.

C'est une loi du 9 septembre 1986 qui a posé les fondements du système français d'indemnisation des victimes d'actes terroristes. Cette loi innove sur plusieurs points. Sur le plan pénal, elle institue une procédure de répression particulière pour les actes terroristes, centralisée à Paris, et aménage les investigations et les peines. Sur le plan civil, elle institue un mécanisme d'indemnisation des dommages tant corporels que matériels.

S'agissant des dommages corporels (il faut entendre par là les dommages liés à une personne, par opposition aux dommages matériels), comme on l'a vu, la loi du 9 septembre 1986 crée un fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme, financé par un prélèvement sur les contrats d'assurance des biens (le taux est fixé chaque année par arrêté du ministre des finances ; il est actuellement

¹² Erwann Michel-Kerjan. «Terrorisme à grande échelle; partage des risques et politiques publiques», Revue d'économie politique, sept-oct 2003, n° 5.



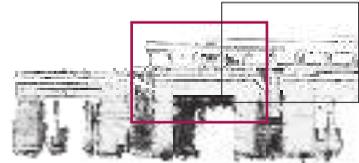
de 3,30 euros par contrat). Ce fonds indemnise toutes les victimes, quelle que soit leur nationalité, d'actes de terrorisme survenus en France, ainsi que les victimes de nationalité française d'actes de terrorisme survenus à l'étranger. Le fonds de garantie indemnise intégralement les dommages corporels (appelés dommages à la personne) des victimes blessées et les préjudices moraux et économiques des ayants droit des victimes décédées, compte tenu des prestations versées par les organismes sociaux, publics ou privés. La demande d'indemnisation est adressée directement au fonds de garantie, la victime ou les ayants droit disposant pour ce faire d'un délai de dix ans à compter de la date de l'acte de terrorisme. Le fonds de garantie verse une première provision au plus tard un mois après avoir reçu la demande de la victime pour faire face aux premiers frais. Il présente ensuite par écrit une offre d'indemnisation définitive, au plus tard trois mois après avoir reçu de la victime les justificatifs de ses préjudices¹³ ; cette offre précise l'évaluation retenue pour chaque type de préjudice. La loi n'impose aucun délai à la victime pour répondre à l'offre, c'est-à-dire l'accepter, entrer en discussion ou refuser. Dans ce dernier cas, la victime peut saisir la cour d'appel de Paris ; la Cour n'est pas tenue de surseoir à statuer si les faits générateurs du dommage donnent lieu à des poursuites pénales. En cas d'acceptation, la victime dispose d'un délai de quinze jours pour se rétracter. Au total, le système repose essentiellement sur une transaction entre le fonds et la victime, sous la protection du juge.

Les préjudices à la personne indemnisés sont les préjudices classiques (frais de soins, incapacité, souffrances, assistance d'une tierce personne; préjudice économique...), auxquels il faut ajouter un poste appelé «syndrome post-traumatique, qui correspond aux effets psychologiques persistants de l'attentat. Ce préjudice dit spécifique est chiffré forfaitairement à 40% de l'indemnité versée au titre de l'incapacité permanente, avec un minimum de 2390 euros. L'indemnisation pour ce syndrome peut faire penser à l'indemnisation admise par le Conseil d'Etat colombien du préjudice moral subi par des personnes déplacées de leurs terres par des forces paramilitaires, en raison des angoisses suscitées par la peur d'un massacre ou le fait de devoir quitter intempestivement son foyer¹⁴.

Pour ce qui est des dommages matériels, la loi met l'indemnisation à la charge des assureurs. A cette fin, elle crée, pour les contrats d'assurance de biens, une obligation de garantie portant sur le risque terroriste. Les assureurs ne peuvent exclure la prise en charge de ce risque. Des difficultés sont apparues sur ce point, compte tenu de l'ampleur des risques à garantir, en particulier à la suite des **attentats du 11 septembre 2001**. Le dispositif a été alors complété dans le sens d'une **plus grande mutualisation et d'une meilleure combinaison entre responsabilité et solidarité**; il a été décidé que la Caisse centrale de réassurance (CCR) garantirait les risques du secteur aérien supérieurs à 50 millions de dollars ; des dispositions fiscales ont été prises afin de faciliter, dans le bilan des sociétés d'assurances, la constitution

¹³ Par ailleurs, d'autres droits sont reconnus aux personnes ayant subi des dommages corporels résultant d'un acte terroriste. En particulier, les ayants droit des victimes décédées sont exonérés de droits de succession.

¹⁴ Conseil d'Etat colombien, 3ème chambre, 26 janvier 2006, projet.: Correa Palacio, requérant : Jesús Jaime Vacca et autres.



de provisions couvrant les risques de terrorisme; la mutualisation du risque terroriste a été recherchée par la constitution d'un pool sous la forme d'un groupement d'intérêt économique, le Groupement des assureurs et des réassureurs des attentats terroristes (GAREAT), qui ne joue cependant que pour les dommages matériels. Ce groupement est financé par une prime versée par les membres du pool. Cette prime est déterminée par application d'un pourcentage à l'assiette réglementaire du calcul du versement «catastrophes naturelles», avec un taux variable en fonction des valeurs assurées¹⁵. Les risques sont partagés entre les assureurs, les réassureurs et la CCR, l'Etat offrant sa garantie illimitée au-delà d'un certain seuil¹⁶.

Il y a lieu d'ajouter que depuis 1990 les victimes d'actes de terrorisme bénéficient par ailleurs du **régime des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre**; les actes de terrorisme sont ainsi assimilés à des actes de guerre. L'intérêt de cette assimilation ne réside pas dans le bénéfice éventuel de la pension attribuée aux victimes de guerre, car cette pension, qui a le caractère de réparation forfaitaire n'est pas cumulable avec l'indemnisation accordée pour le même préjudice au titre d'un autre régime de réparation. Il est dans les droits accessoires ouverts aux victimes de guerre: - droit aux soins gratuits pour tous les soins nécessités par l'infirmité au titre de laquelle l'indemnisation est accordée; - droit à l'appareillage; - bénéfice des emplois réservés; - bénéfice de l'institution nationale des Invalides, donnant accès au centre des pensionnaires et au centre médico-chirurgical;- droits accordés par l'Office national des anciens combattants et des victimes de la guerre (assistance administrative, carte d'invalidité ouvrant droit à divers avantages en matière de transport et de fiscalité...

Le fonds couvre, outre le terrorisme, les victimes d'autres infractions: -agressions, coups et blessures involontaires, - viols ou agressions sexuelles; -vol, escroquerie, abus de confiance, extorsion de fonds, destruction, dégradation ou détérioration d'un bien.

Le nombre de dossiers ouverts, au titre des dommages corporels de victimes du terrorisme, depuis la création du fonds, s'élevait au 31 décembre 2007 à 3440, pour un coût moyen de 26.000 euros; ce dernier chiffre n'a qu'une valeur statistique, puisqu'il englobe tous types de victimes; on ajoutera que des ayants droits peuvent recevoir, pour le décès d'un père de famille dont l'épouse ne travaille pas, au titre du préjudice économique, des sommes allant au-delà de 300 000 euros. Les deux dernières interventions lourdes du fonds ont concerné deux attentats survenus à l'étranger: - l'attentat survenu en Mauritanie, contre cinq touristes français, dont 4 morts et un blessé; l'attentat a eu lieu le 24 décembre 2007 et le fonds a versé les premières provisions dès le 31 décembre, allant jusqu'à 30 000 euros; - l'attentat survenu en Arabie Saoudite fin février 2007, qui a fait 4 morts et cinq blessés, des enseignants et un ingénieur en poste dans ce pays; le premières provisions ont été versées le 15 mars.

¹⁵ De 6 M€ à 20 M€: 6%; de 20 M€ à 50 M€: 12 %; au-delà de 50 M€: 18 %

¹⁶ 1,5 Md€ en 2002; 1,75 Md€ en 2003. Le niveau d'intervention de l'Etat devrait être fixé à 2Md€ en 2004, 2005 et 2006.



4. Les exemples étrangers en matière de socialisation du risque et de risque terroriste

Relevons d'emblée que, de façon générale, la responsabilité pour faute reste souvent le régime quasi exclusif, en tous cas déterminant, que ce soit en GB, en Allemagne ou aux Etats-Unis. En GB, le régime de responsabilité sans faute se limite pour l'essentiel à trois régimes: les accidents du travail, les victimes d'infractions criminelles, les vaccinations obligatoires.

Le droit allemand reste également très attaché à la notion de faute et s'est longuement montré réticent à envisager des cas de responsabilité sans faute. Mais certains textes prévoient des hypothèses pour faute présumée. C'est essentiellement le législateur et non la jurisprudence qui, par le recours à des lois spéciales, a prévu des cas de responsabilité sans faute.

La couverture des risques terroristes donne lieu à des solutions diverses, dans lesquelles l'Etat intervient cependant toujours.

- Dans un premier schéma, l'Etat intervient comme assureur en premier ressort: il joue le rôle d'assureur public volontaire et supporte donc l'essentiel du risque terroriste à travers un fonds public chargé de l'indemnisation des dommages. Ce système, qui suppose une solidarité nationale forte devant le risque terroriste, a été mis en place dans les pays les plus exposés aux attentats. Il se trouve notamment en Espagne où le Consorcio indemnise depuis 1954 les victimes d'attentats et de catastrophes naturelles. Il existe également en Israël¹⁷, où le fonds d'indemnisation présente la spécificité d'être financé par l'impôt, et non par des primes comme en Espagne.
- Dans un deuxième modèle, l'Etat intervient comme réassureur en dernier ressort: les assureurs peuvent se réassurer auprès d'un organisme public, ce qui permet, contrairement au schéma précédent, un véritable partage du risque entre la sphère publique et la sphère privée, pondéré selon la structure du système d'assurance et le type de contrat de réassurance retenu.. Le Royaume Uni, également, a choisi ce type de partage des risques: depuis les attentats perpétrés à Londres par l'IRA en 1993, un pool de réassurance, Pool Re, bénéficie de la garantie de l'Etat en qualité de réassureur en dernier ressort. En cas de sinistre, l'assureur membre du pool n'acquiesce qu'une franchise, au-delà de laquelle l'indemnisation des dommages est assumée par Pool Re. Le GAREAT français correspond également à ce type de schéma.
- Enfin, dans une troisième configuration, l'Etat intervient comme prêteur en dernier ressort: il s'agit là d'un mode d'intervention encore plus discret de la puissance publique. Le gouvernement offre sa garantie aux assureurs, mais uniquement à titre d'avance, en consentant éventuellement à fournir des prêts à taux d'intérêt bonifiés. Ce schéma, qui est pour partie celui mis en place par

¹⁷ Cf Erwann Michel-Kerjouan. «Terrorisme à grande échelle: partage des risques et politiques publiques», Revue d'économie politique, sept.-oct. 2003, n° 5.



la loi américaine sur l'assurance du risque de terrorisme¹⁸, est moins avantageux pour les assureurs que les précédents, ceux-ci pouvant avoir à supporter de lourdes pertes. Le Terrorism Risk Insurance Act (TRIA) adopté par le congrès américain le 26 novembre 2002 met en place, pour trois ans, un système d'assurance auquel les assureurs ne participent pas. Le dispositif n'entre en œuvre que pour les actes qualifiés par le Trésor de terroristes, perpétrés par des personnes étrangères ou directement liées à des réseaux terroristes sur le sol américain.

En conclusions, je crois pouvoir, en me référant au problème considérable d'indemnisation qui se pose en Colombie, faire les quelques observations suivantes:

1. Le choix opéré en France d'une indemnisation intégrale sur le fondement de la solidarité a été effectué par le législateur. Ce choix intéresse un nombre limité de victimes (moins de 3.500 en 20 ans, ce qui néanmoins témoigne de la réalité d'un risque terroriste loin d'être négligeable), sans commune mesure avec les réalités colombiennes (plusieurs dizaines, et même centaines de milliers de victimes, sans parler des personnes déplacées);
2. Si le choix d'une réparation sur le fondement de la solidarité n'avait pas été retenu, c'est le régime de droit commun qui aurait dû être retenu, soit celui de la responsabilité de l'Etat, pour faute dans sa mission de sécurité. Probablement, même si en France la faute simple suffit de plus en plus pour fonder la responsabilité de l'Etat, en cas de mauvais fonctionnement du service public, la faute lourde serait encore exigée, compte tenu des particularités de la lutte contre le terrorisme. Cette faute lourde serait-elle retenue par le juge administratif; c'est loin d'être sûr; cela dépendrait certainement des diverses circonstances, même si le juge serait sensible au fait que la sécurité est la première exigence qui s'impose à l'Etat; le juge examinerait attentivement au coup par coup les mesures de prévention mises en œuvre.
3. Dans le cas d'une décision du législateur de mettre en place un dispositif de solidarité nationale, une première question se pose quant à la possibilité pour ce législateur de plafonner l'indemnisation. La réponse ne fait guère de doute; le législateur peut toujours mettre une limite à la solidarité nationale. La vraie question est ensuite de savoir si en même temps le législateur peut interdire tout recours contre l'Etat pour indemnisation complémentaire, au titre de la faute commise par lui. Cela dépend évidemment du contenu de la Constitution. En France, la législation sur les accidents du travail a, jusqu'à une date toute récente comporté à la fois réparation seulement forfaitaire et interdiction de recours complémentaire, contre l'employeur fautif. La limite à la combinaison d'une réparation forfaitaire et de l'interdiction de recours complémentaire paraît être dans l'appréciation du niveau du forfait; pour pouvoir être ainsi opposable à une réparation intégrale, ce forfait devrait se situer à un niveau suffisant; on ne peut porter atteinte à un droit, tel que le droit à indemnisation que si l'atteinte est justifiée par des raisons d'intérêt général et s'il n'y a pas de disproportion entre l'atteinte et ce qui la justifie.

¹⁸ Cf Erwann Michel-Kerjouan, idem.



4. Une question spécifique se pose en Colombie, en cas d'actes qualifiés de terroristes et qui seraient commis par des agents de l'Etat. Il s'agit là d'un aspect particulier de la responsabilité de l'Etat du fait d'agissements de ses agents. En droit français (et, me semble-t-il, en droit colombien), en cas de faute personnelle d'un agent public (et en l'espèce, il n'y a pas de doute quant au caractère personnel de la faute), c'est l'agent qui est responsable et non la puissance publique. Mais depuis de très nombreuses années, on admet pourtant que la responsabilité de l'Etat peut être recherchée si la faute de l'agent n'est pas dépourvue de tout lien avec le service: cas de la faute personnelle commise en service ou de la faute personnelle commise en dehors du service, mais avec des moyens mis à disposition par le service (par exemple: - une arme, et, dans ce cas, à la condition que le comportement dommageable ait le caractère d'une négligence ou d'une imprudence; sinon la volonté de nuire efface l'idée de lien avec le service; - ou des informations obtenues du service et rendant plus facile la réalisation des dommages) Dans ces cas, plutôt que de rechercher la responsabilité de l'agent, la victime peut mettre en cause la responsabilité de l'Etat; si le juge estime que la faute n'est pas dépourvue de lien avec le service, c'est l'Etat qui doit assumer les conséquences de la faute dans son intégralité, quitte pour lui à se retourner ensuite contre l'agent, au moins pour la forme, car l'agent ne dispose en général pas des moyens de rembourser sa dette. Dans le cas de la Colombie, en cas d'actes de terrorisme commis par des agents publics, la possibilité de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat sur le fondement d'une faute personnelle de ces agents non dépourvue du lien avec le service, dépendrait du point de savoir si ces agents ont pu agir, pour mieux réaliser leurs méfaits, en bénéficiant de renseignements ou d'éléments logistiques obtenus du service. S'ils se sont bornés à utiliser leurs armes sans que le service ne puisse d'une manière ou d'une autre être regardé comme ayant facilité le méfait, seule la responsabilité des agents peut être recherchée. La réponse peut dès lors varier d'une espèce à une autre.



La indemnización de las víctimas bajo el fundamento del principio de la solidaridad nacional¹

Marcel Pochard

CONSEJERO DE ESTADO FRANCÉS

Tradicionalmente dos grandes regímenes de indemnización de las víctimas han existido: Aquellos que descansan sobre el principio de la reparación, y aquellos que se basan en el principio de la solidaridad.

La indemnización, según el principio de reparación, es el régimen de derecho común; en ese régimen el fundamento de la indemnización reside en la imputación de la responsabilidad al autor del acto que origina el daño (en este caso el Estado, que siempre puede ser condenado por las ilegalidades cometidas o por el mal funcionamiento de los servicios públicos a su cargo, entre los cuales evidentemente se encuentra el servicio público de seguridad) y en la obligación para aquel de reparar las consecuencias de ese acto.

La indemnización según el principio de la solidaridad descansa sobre una concepción totalmente diferente; ella se encuentra desconectada de cualquier idea de determinación previa de la responsabilidad; su fundamento reside en el reconocimiento por el poder público de asumir la indemnización del daño de manera casi automática, por fuera de cualquier investigación de la responsabilidad, haciendo prevalecer el principio de solidaridad.

Sé que en Colombia se ha planteado un debate sobre la escogencia del régimen de la indemnización de las víctimas del terrorismo, decisión eminentemente de naturaleza política en el buen sentido del término.

En la época actual está enmarcado por una muy fuerte ampliación de los regímenes de solidaridad, según un fenómeno usualmente conocido como la socialización del riesgo. Nuestra sociedad deshecha en efecto la fatalidad y ha desarrollado una necesidad creciente de seguridad. Todo riesgo debería ser cubierto; la sociedad es mirada frente al poder, no solamente como obligada a la indemnización de perjuicios que ella misma ha causado, sino aun de aquellos que no ha estado en capacidad de evitar o de aquellos que no ha sabido prever su realización.

La necesidad de una participación del Estado es particularmente importante en los casos en los cuales no se puede establecer responsabilidad alguna a cargo de un particular o del Poder Público, a pesar de la evolución considerable de

¹ Traductor Leonardo Augusto Torres Calderón, Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca.



los regímenes de responsabilidad del Estado. En especial, esto sucede en ciertos “desastres naturales” ocasionados por las manifestaciones de la fuerzas de la naturaleza tales como inundaciones, las sequías, los sismos. Otro caso es aquel de los daños resultantes de actos terroristas en los cuales no son fácilmente identificables sus autores o estos se declaran insolventes o escapan a las acciones legales. Pero esta necesidad va más allá, en particular en los casos de insolvencia de los autores del acto en cuestión.

Para enfrentar esta demanda social, todos los Estados han visto la necesidad de ampliar los sistemas cobertura de los riesgos en cuestión; pero también se han esforzado al mismo tiempo en evitar las más graves consecuencias de una intervención sin límite de la solidaridad nacional, en la cual se perciben fácilmente sus límites a la vez en términos financieros como en términos filosóficos y morales (se puede temer al desarrollo de una forma de irresponsabilidad generalizada). Los mecanismos más frecuentes utilizados para garantizar un aumento de la socialización de los riesgos, han consistido en la creación de fondos de indemnización.

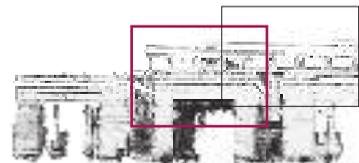
La presente exposición tratará sucesivamente:

- El fenómeno general de la socialización de los riesgos;
- La problemática general de los fondos de indemnización;
- El caso específico de la indemnización de las víctimas de catástrofes naturales;
- El caso específico de la indemnización de víctimas del terrorismo;
- Los regímenes de indemnización de víctimas en otros Estados;

1. El fenómeno general de socialización del riesgo

Se puede considerar que hay una “socialización del riesgo” cuando sus consecuencias dañosas no están vinculadas con el concepto de responsabilidad, o cuando la financiación de la indemnización, ya sea en forma a priori o en forma a posteriori, no está relacionada con las cotizaciones o primas individuales o cuando el Estado está llamado a indemnizar, aun sin existir responsabilidad en el daño. La socialización de los riesgos es comúnmente obra del legislador, a solicitud de las organizaciones no gubernamentales, de los jueces, de las compañías de seguros o de organizaciones del sector solidario. La póliza de seguro clásica, no obligatoria, ya es una forma de solidaridad, por cuanto ella se apoya sobre la globalización de los riesgos, “la socialización del riesgo” convoca a una solidaridad más organizada y frecuentemente ampliada más allá del grupo de los coasegurados, comprendiendo aún la solidaridad nacional.

Necesariamente la socialización no supone que esta sea asumida por los fondos públicos, aun si los fondos públicos frecuentemente son los más llamados a responder. Pero ella convoca a mecanismos más complejos y diversificados, entre los cuales la columna vertebral descansa en general sobre el régimen del seguro obligatorio mejorado. En efecto, el seguro obligatorio permite una socialización del riesgo organizando la solidaridad. En Francia existe más de



un centenar de seguros obligatorios² desde el seguro de automóviles hasta el de los administradores de farmacia, pasando por los de los tenedores de escuelas de danzas. La solución puede ser la de un suplemento de prima (“sobreprima”) obligatoria en el marco de los contratos de seguros sobre otros riesgos diferentes de aquel para el cual está destinada la sobreprima, lo que permite tener un suficiente número de contribuyentes, afectando a un gran número de asegurados. De esta manera a los contratos de seguros sobre daños a bienes se les aplica una sobreprima que está destinada a garantizar a las víctimas de catástrofes naturales.

El régimen de seguro obligatorio puede ser útilmente complementado con disposiciones como las siguientes: La fijación de una tasa de prima única de seguros; la repartición por parte del Poder Público de los llamados “malos riesgos” entre las compañías de seguros; la reglamentación estricta del contenido de ciertos contratos con una oferta mínima de riesgos asegurados; la cobertura global de una población sin posibilidades de exclusiones; la garantía del Estado en apoyo a los reaseguradores o de los aseguradores para lograr la cobertura de ciertos riesgos excepcionales que justifiquen recurrir a la solidaridad.

Puede apreciarse un aumento de la socialización del riesgo en la búsqueda de soluciones para permitir a los enfermos contaminados con el VIH o virus del sida y de otras enfermedades graves asegurables, cuando este seguro es la condición para la realización de un proyecto (por ejemplo, un préstamo de adquisición de vivienda). Sin llegar hasta una “antiselección”, se trata de evitar que la definición de las clases de riesgos no excluya sistemáticamente ciertas necesidades de seguros. La convención suscrita entre los bancos, las compañías de seguros, las asociaciones de enfermos y de consumidores y las entidades públicas, favorece el acceso al crédito, a pesar de la existencia de una enfermedad. La convención instaaura el mecanismo de mediación, que puede ser convocada en caso de dificultad.

2. La problemática en general de los fondos de indemnización

2.1. Características de los fondos

La característica principal de los fondos es la de separar el tema de la responsabilidad del de la reparación, pudiendo otorgarse esta última aun cuando no sea posible establecer responsabilidad alguna o cuando a priori sea difícil su determinación. Hay una separación entre el autor del daño y el responsable de la indemnización; una vez esta última es efectuada, salvo excepción legal, el fondo, sin embargo, se subroga en los derechos de la víctima y dispone de una acción de regreso contra el o los responsables.

² (1 Bernar Foussat. “La solidaridad y los seguros obligatorios”, actos del coloquio del 10 de noviembre de 1999 organizado por AIDA–Asociación Internacional de Seguros– RGDA 2002, No. 3).



En consecuencia, los fondos tienen dos ventajas:

- **Hacer de la indemnización una prioridad sobre cualquier otra consideración.** La indemnización es de esta forma casi automática, lo que corresponde a la expectativa de las víctimas. Además, en general y para los daños físicos, ella descansa en el principio de reparación integral y está señalada en tablas de indemnización. Y está limitada en lo correspondiente a los daños materiales, en los que a la víctima le corresponde asumir una parte de estos.
- Conservar, sin embargo, en su lugar el principio de responsabilidad, al conjugar los dos principios, el de responsabilidad y el de solidaridad, y así evitar caer en la trampa de un “derecho al riesgo cero”. Esto se traduce en mecanismos de reparación de riesgo que en realidad convocan ampliamente a los de seguros. Además de la indemnización automática a priori, la mayor parte de los fondos prevé una acción de responsabilidad subrogatoria, en virtud de la cual inmediatamente proceden a adelantar las acciones necesarias para el reembolso a que tuviera derecho la víctima, quien no dispone de los mismos medios financieros y técnicos. Se mantiene en consecuencia la función moral que implica la responsabilidad, según la cual el daño debe ser reparado por su autor, puesto que los fondos solo asumen esa deuda a título temporal y subsidiario. Por otra parte, la condición para el equilibrio de los fondos reside en la mezcla entre responsabilidad y solidaridad. Otro aspecto importante consiste en que los fondos pueden permitir un financiamiento conjunto, estado-asegurados, lo que combina de esta forma la globalización del riesgo y la solidaridad nacional. Algunos fondos descansan sobre la lógica de la solidaridad pura.

2.2. Los tipos de fondos

Se pueden distinguir tres grandes categorías de fondos: Aquellos que responden a riesgos naturales o sociales; aquellos que corresponden a riesgos en los cuales el responsable no ha sido identificado o es insolvente; y aquellos que responden a un vacío de la administración. En los tres casos se pueden encontrar fondos con un objetivo general (así como fondos de garantías de seguros obligatorios o aquel que garantiza la indemnización de ciertas víctimas de daños físicos resultantes de un delito) y fondos especializados que asumen los riesgos específicos (amianto, VIH, terrorismo). Es muy diferente la naturaleza jurídica de los diferentes tipos de fondos: persona jurídica de derecho privado, establecimiento público administrativo, simple cuenta presupuestal.

Primera categoría: los fondos que garantizan los riesgos naturales o sociales; que responden más que los otros a la lógica de solidaridad pura.

- El Fondo de Garantías de Calamidades Agrícolas constituye el ejemplo típico. Este fondo (FGCA) que data de 1964, busca indemnizar los daños materiales causados a las empresas agrícolas, tales como suelos, cosechas, cultivos, edificaciones, ganados, daños originados en “*variaciones anormales de*



intensidad de un agente natural, cuando los medios técnicos de la lucha preventiva o curativa empleados habitualmente no pudieron ser utilizados o se revelaron insuficientes o inoperantes”.

- El fondo de ayuda a las víctimas de calamidades públicas, que data de 1956 y que pronto fue ampliado a las víctimas de catástrofes naturales, es otro ejemplo.
- Vale la pena citar también en el campo médico el fondo destinado a indemnizar el área terapéutica³ y accidente médico en cuyo origen ninguna falla pudo establecerse. Su indemnización es sin embargo garantizada por la Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos (ONIAM), establecimiento público creado por la ley del 4 de marzo de 2002 que asume la reparación de los daños a partir de un porcentaje de incapacidad permanente del 24%. Más allá de un cierto nivel de gravedad (IPP superior al 25%) garantiza también la indemnización de los daños causados por una infección nosocomial.

Segundo tipo de fondos, aquellos relacionados con los casos en que el responsable no fue identificado, no estaba asegurado o es insolvente

En particular se encuentra en esta categoría el Fondo de Garantía de Seguros Obligatorios de Daños (FGAO)⁴ creado en 2003. Interviene cuando el autor del daño es conocido pero no está asegurado. Poco importa que el responsable sea solvente, el objetivo es claro; se trata de indemnizar rápidamente la víctima, de suerte que el fondo asume la demora y los áleas de las acciones contra el tercero responsable. EL FGAO trata también los casos en los cuales el autor del daño está asegurado, pero se encuentra privado de garantías suscritas, ya sea por el hecho de la negativa de una compañía de seguros oponible a la víctima, ya sea en razón de la quiebra de la sociedad aseguradora.

El FGAO interviene también cuando el autor del daño es desconocido.

El Fondo de Indemnización de Víctimas de Infracciones y de Terrorismo también hace parte de este tipo de fondos, el cual va a ser presentado más ampliamente después.

Tercera categoría de fondos, los fondos que responden a un vacío de la administración.

Deben citarse a este título los fondos de indemnización de las personas que han recibido transfusiones y hemofílicos, víctimas de contaminación por el virus del VIH y el fondo de indemnización de víctimas del amianto. Se trata en esos dos casos de una indemnización fundada en la solidaridad que no excluye la responsabilidad por falla del Estado por negligencia⁵ El establecimiento del fondo de indemnización de los

³ El álea terapéutico se presenta en dos hipótesis: -primera hipótesis, la utilización de una terapéutica nueva cuyas consecuencias no son enteramente conocidas, en ausencia de razones vitales que impongan esta utilización y que conlleven complicaciones excepcionales (ejemplo: un joven de 15 años parapléjico operado mediante una terapia nueva para reconstruir la columna vertebral); -segunda hipótesis: acto médico necesario para el tratamiento cuya realización conlleva un riesgo excepcional, víctima no predispuesta al riesgo, daño de excepcional gravedad (ejemplo fallecimiento de un pequeño niño con ocasión de la anestesia practicada con una circuncisión de carácter ritual).

⁴ Instituido por la ley 51-1508 del 31 de diciembre de 1951, sus atribuciones no han cesado de ampliarse.

⁵ Por decisiones de plenaria del 9 de abril de 1993 el Consejo de Estado ha juzgado que al abstenerse de prohibir antes del 20 de octubre de 1985 el envío de productos sanguíneos cuya peligrosidad había sido conocida



perjuicios causados por la contaminación por el virus de inmunodeficiencia humana en una transfusión de sangre (Sida), buscaba especialmente (pero no únicamente) indemnizar las víctimas de contaminaciones de transfusiones efectuadas en un período en el cual los conocimientos aún insuficientes sobre el virus del Sida y sus modalidades de transmisión no permitían identificar el riesgo ni los medios para evitarlo, para establecer las responsabilidades correspondientes.

A veces el hecho generador del daño puede ser difícil de identificar. Así por ejemplo las enfermedades vinculadas a la exposición al amianto *“solo se descubren después de muchos años de estado latente, lo que frecuentemente hace difícil la búsqueda de la época de inhalación y en consecuencia del establecimiento del responsable eventual”*⁶. La indemnización se buscará, ya sea mediante la vía de la enfermedad profesional, la que solo proporcionará una reparación limitada, salvo falta inexcusable, o por la vía de la demanda de responsabilidad del Estado por omisión culposa. **El Fondo de Indemnización de Víctimas del Amianto (FIVA)** permite una reparación integral para las personas que hayan obtenido el reconocimiento de una enfermedad profesional ocasionada por el amianto, sin que ellas tengan que probar la falta inexcusable, pero también cubre a cualquier persona que haya sufrido un perjuicio en razón de la exposición al amianto en el territorio nacional.

2.3. La financiación de los fondos

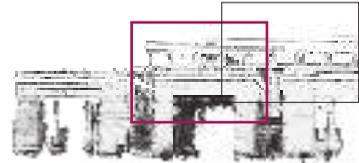
Las formas de financiamiento de los fondos que convocan a una solidaridad más o menos amplia son diversas. Existen hipótesis de financiación integral por parte del Estado, como es el caso de los fondos de indemnización de víctimas del VIH por transfusión de sangre (FIVC). Pero con frecuencia **el interés de estos fondos es el de permitir financiamientos cruzados, al combinar la globalización ampliada y la solidaridad nacional y aun de reconstituir una forma de seguros por el financiamiento de los asegurados o de los responsables.**

El Fondo de Garantía de Calamidades Agrícolas (FGCA), que es una simple línea de crédito, combina la solidaridad profesional y la solidaridad nacional. Sus recursos provienen de una contribución adicional a las primas o cotizaciones de las empresas agrícolas (edificios, ganado, vehículos utilitarios), al igual que una subvención que constituye una partida del presupuesto del Estado, y cuyo monto es al menos igual al producto de estas contribuciones⁷

por lo menos desde el 22 de noviembre de 1984, la autoridad administrativa fue encontrada culpable de una falta de tal naturaleza que conlleva la responsabilidad del Estado en razón de las contaminaciones por vía de transfusión sanguínea efectuadas entre esas dos fechas. El Estado fue condenado a pagar a cada una de las víctimas que demandaron ante el Juez Administrativo una indemnización de trescientos mil euros.

⁶ André Favre Rochez y Guy Courtieu, Fondo de Indemnización y de Garantía. Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, colección Derecho de los Negocios, 2003.

⁷ Actualmente hay en curso iniciativas de reforma.



El financiamiento del Fondo de Garantía de Seguros Obligatorios de Daños (FGAO), financiado por los mismos automovilistas, puesto que se alimenta por una contribución de las compañías de seguros, tomada de las primas y las cotizaciones de seguros de vehículos automotores y por una contribución de los automovilistas asegurados⁸. En consecuencia, el fondo no es más que la continuación del seguro por otros medios. Para el asegurado, es como si la sobreprima correspondiera a un riesgo particular: Aquel de ser víctima de un accidente de tránsito con autor desconocido o no asegurado⁹.

Para atender sus erogaciones, el Fondo de Garantía de las Víctimas de Actos Terroristas y de otras Infracciones (FGTI) se alimenta mediante una contribución sobre las primas de contratos de seguros de bienes.

Algunos fondos se alimentan por contribuciones de la seguridad social; el FIVA se financia por una contribución del Estado y por la rama de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales del régimen general de la seguridad social. La ONIAM depende especialmente de una dotación pagada por la seguridad social (art. L 174-2 del Código de Seguridad Social).

2.4. El carácter subsidiario de los fondos y las posibilidades de acciones subrogatorias

Como se ha visto, si los diferentes fondos de indemnización se sustituyen al deudor final de la deuda para indemnizar las víctimas, los derechos de la víctima le son en consecuencia transmitidos, según un mecanismo de transferencia de créditos previsto por las normas legales, gracias al mecanismo de subrogación. Ese mecanismo difiere según los fondos.

En la práctica, las acciones subrogatorias adelantadas por los diferentes fondos no producen siempre los resultados esperados. Así, el Fondo de Garantía de Seguros de Daños solo recupera el 18% de las indemnizaciones pagadas¹⁰; el 31 de mayo de 2004, el FIVA había propuesto más de ocho mil ofertas de indemnizaciones y presentado 61 demandas fundadas sobre falta inexcusable del empleador. La dificultad es aun más grande cuando los responsables del perjuicio son desconocidos (por ejemplo, terrorismo e infracciones).

Además, surge la posibilidad para la víctima de poder a la vez convocar a la solidaridad nacional por vía de los fondos y demandar al responsable del daño ante

⁸ Aplicación de una tasa fija sobre las primas pagadas a título de garantía obligatoria sobre los riesgos de circulación de los automotores.

⁹ Sería, sin embargo, poco legítimo gravar a una mayoría de automovilistas virtuosos las consecuencias dañosas del comportamiento de una minoría de conductores. (Además de la acción de regreso) estos últimos son responsables de dos maneras: los autores de accidentes no asegurados soportan una contribución “tomada sobre el monto total de indemnizaciones a su cargo a título de reparación de los daños que resulten de esos accidentes” (disposición similar para la cacería); “las multas impuestas por violación a la obligación de tomar el seguro (...) son aumentadas en un porcentaje del 50% de su monto, en el momento del pago, en beneficio del fondo de garantía (...)

¹⁰ 17% por acuerdo amigable y 1% después de un procedimiento judicial.



los tribunales. Las jurisdicciones ordinaria y administrativa han dado respuestas diferentes de las solicitudes de indemnización formuladas por las víctimas que han sido contaminadas por transfusiones y por hemofilia¹¹. Mientras que el juez de la jurisdicción ordinaria, por considerar que se presume que el fondo ha efectuado una reparación integral, ha estimado que la víctima solo puede obtener la reparación por medio de la jurisdicción ordinaria, en los casos en que el factor de reparación no haya sido indemnizado por el fondo. Por otra parte, el juez administrativo ha considerado que la aceptación de una oferta de indemnización efectuada por el fondo no impide que la víctima pueda ejercer su derecho a demandar en responsabilidad al autor del daño, en cuyo caso corresponderá al juez y aun de oficio, deducir de la indemnización reconocida por el fondo el monto de la condena a cargo del autor del daño.

El legislador intervino, y decidió que la aceptación de la oferta del fondo de indemnización implicaría el desistimiento y la imposibilidad de adelantar acciones judiciales para la reparación del mismo daño. Sin embargo, las víctimas que opten por no presentar solicitudes al Fondo conservan la posibilidad de entablar las acciones jurisdiccionales ordinarias.

3. El ejemplo de la indemnización de víctimas de catástrofes naturales

Previsto en la ley del 13 de julio de 1982, el derecho a la indemnización de las víctimas de catástrofes nacionales tiene un carácter original. En 1982 se prefirió el sistema de los seguros al establecimiento de un fondo público. Pero **se trata todavía de un sistema híbrido donde el seguro y la solidaridad ampliada, lejos de oponerse, se complementan**. Se asegura la financiación del sistema mediante una cotización adicional en todos los contratos de seguros de daños de bienes a una tarifa única. En varias formas, el Estado cumple con su función: Constata la ocurrencia de la catástrofe natural por un decreto interministerial, de suerte que su intervención condiciona la aplicación de la indemnización; fija la tarifa única de cotización adicional; y sobre todo ofrece su garantía a un reasegurador, la Caja Central de Reaseguros, a la cual se pueden reasegurar las compañías de seguros, pues esta Caja se beneficia de la garantía del Estado. Las compañías de seguro celebran los contratos, reciben las primas y pagan las indemnizaciones. La tarifa única de prima está determinada por cada categoría de contrato y es fijada por resolución ministerial; la tarifa actual es del 12%. Unas primas proporcionales a los riesgos que pueda tener cada uno de los asegurados hubieran arruinado en efecto el principio de solidaridad, más aun si el objetivo del sistema era el de repartir sobre el conjunto de asegurados la carga de las indemnizaciones¹².

¹¹ Corte de Casación, Sala Plena. 6 de junio de 1997 No. 95-12284 Boletín 1997^a: P. No. 8 p..20; Consejo de Estado, concepto. 15 de octubre de 1993, Consortes Jezequel y Vallée, anales p. 280, conclusiones de Patrick Frydman.

¹² Christophe Guettier. “Indemnización de víctimas de catástrofes naturales y socialización del riesgo”. RGDA 1997, N° 3, p. 672.



La globalización del riesgo se refuerza en este caso con una fuerte socialización de este, puesto que en realidad los riesgos individuales varían considerablemente.

No es anormal ni paradójico que el Poder Público intervenga para generar el derecho a indemnización y para fijar la tarifa de prima en un sistema ampliamente fundamentado en el seguro, lo que es posible en la medida en que el equilibrio financiero del sistema se debe en gran parte a la garantía acordada por el Estado como último recurso. En efecto, las finanzas públicas y por consiguiente, la solidaridad nacional pueden ser gravemente afectadas en caso de catástrofe excepcional.

Ese sistema ha sido satisfactorio. Mediante modificaciones paulatinas, que han versado sobre el aumento de las tarifas de prima, sobre la eliminación de excepciones y sobre la recomposición del esquema de reaseguro, este sistema ha podido asumir importantes siniestros, tales como las inundaciones del año 1988, luego las de fin de los años 80, el ciclón en las Antillas en 1995, los daños causados a los edificios levantados en ciertos terrenos que se han hundido en razón de las sequías. No interviene en cualquier tipo de amenaza, pero quizás por su éxito, no faltan las personas bien intencionadas que han llegado a proponer que se incluyan dentro del régimen de las catástrofes las nuevas especies de calamidades de todo género: las termitas en las casas de habitación, las algas en los puertos y aun, según ellos, todo lo que produce daños y no exista seguro para su protección podría encontrar su lugar en ese régimen.

4. El ejemplo de la indemnización de víctimas del terrorismo

El riesgo terrorista constituye un “*riesgo extremo por excelencia*”¹³, cuya ocurrencia no puede analizarse por medio de las herramientas actuariales clásicas, y para el cual la víctima no dispone de información sobre el nivel al cual ella está expuesta; presenta características que no permiten que sea enteramente asumido por las compañías de seguros y los reaseguradores privados. Su cobertura justifica acudir en forma creciente a la garantía del Estado.

No es fácil la definición misma del riesgo terrorista. A escala **internacional**, dentro del marco de la ONU, no se ha podido lograr un acuerdo por no haberse logrado una definición consensual del terrorismo. La resolución 1373 del Consejo de Seguridad de fecha 29 de septiembre de 2001 estableció la lucha antiterrorista como asunto prioritario, sin proponer una definición de la noción de terrorismo.

En derecho interno, si bien existen disposiciones legales que se han esforzado en circunscribir esta noción (artículo 421-1 del Código Penal), la calificación de acto terrorista ha sido realizada en cada caso por el ministerio público¹⁴ al cual le

¹³ Erwann Michel-Kerjan. “Terrorismo a gran escala; distribución de riesgos y políticas públicas”. Revista de Economía Política, sep-oct. 2003, n° 5.

¹⁴ N. del T. Equivalente a la Fiscalía colombiana.



compete la responsabilidad de someter a los autores de acto terrorista a un régimen exorbitante del derecho común. La jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria precisó la noción legislativa de acto terrorista: el acto debe haber tenido por finalidad la de alterar el orden público; debe inscribirse en una acción concertada en ejecución de un proyecto político o ideológico, y requiere una organización mínima.

Fue la ley del 9 de septiembre de 1986 que estableció los fundamentos del sistema francés de indemnización de las víctimas de actos terroristas. Esta ley innova en varios puntos. En el aspecto penal, instituye un procedimiento de represión especial para los actos terroristas, centralizado en París, y reglamenta las investigaciones y establece las penas. En el aspecto civil crea un mecanismo de indemnización de daños, tanto físicos como materiales.

Como hemos visto, **tratándose de daños físicos (debe entenderse por ellos los daños ocasionados a una persona, en oposición a los daños materiales), la ley del 9 de septiembre de 1986, creó un fondo de garantía de los actos terroristas,** fondo financiado por medio de una tasa aplicada a los contratos de seguros de bienes (la tarifa se fija cada año por resolución del Ministro de finanzas; actualmente es de 3,30 euros por cada contrato). El fondo indemniza a todas las víctimas sin importar su nacionalidad frente a actos terroristas ocurridos en Francia, al igual que a las víctimas de nacionalidad francesa de actos terroristas ocurridos en el extranjero. El fondo de garantía indemniza integralmente los daños físicos (llamados daños a la persona) sufridos por los heridos y los perjuicios morales y económicos de los causahabientes de las víctimas fallecidas, descontándoles las prestaciones pagadas por las entidades de seguridad social, públicas o privadas. La solicitud de indemnización se dirige directamente al fondo de garantía, la cual debe ser presentada por la víctima o por sus causahabientes en un plazo de 10 años contados a partir de la fecha del acto terrorista. El fondo de garantía hace un primer pago, a más tardar dentro del mes siguiente de haber recibido la solicitud de la víctima, para atender los primeros gastos. Luego por escrito, dentro de los tres meses siguientes al recibo por parte de la víctima de los documentos demostrativos de sus perjuicios, el fondo efectúa una oferta de indemnización definitiva¹⁵. Esta oferta debe evaluarse detenidamente para cada tipo de daño. La ley no establece a la víctima un plazo perentorio para que responda a la oferta, es decir, para aceptarla, controvertir su monto o rechazarla. En este último caso, la víctima puede demandar ante la Corte de Apelación de París, solo si los hechos generadores del daño dan lugar a investigaciones penales, a la Corte le corresponde decidir sobre la indemnización. En caso de aceptación, la víctima dispone de un plazo de 15 días para retractarse. En suma, el sistema descansa esencialmente en una transacción entre el fondo y la víctima, sometida a la vigilancia del juez.

Los perjuicios a favor de las personas indemnizadas son los clásicos (gastos de tratamientos médicos, incapacidad, daño moral, asistencia de una tercera persona, perjuicio económico...) a los cuales se ha agregado el llamado “síndrome

¹⁵ Por otra parte, otros derechos son reconocidos a las personas que hayan sufrido daños corporales resultantes de un acto terrorista. En especial, a los causahabientes de las víctimas fallecidas se les exonera de los impuestos de sucesión.



postraumático”, que corresponde a los efectos psicológicos que continúan con posterioridad al atentado. El perjuicio mencionado se fija aleatoriamente en la suma del 40% de la indemnización pagado a título de incapacidad permanente, con un valor mínimo de 2.390 euros. La indemnización por ese síndrome nos hace pensar en la indemnización del daño moral sufrido por las personas desplazadas de sus tierras por fuerzas paramilitares, reconocido por el Consejo de Estado colombiano, en razón de las angustias suscitadas por el miedo de una masacre o por el hecho de haber sido obligadas a abandonar intempestivamente el hogar¹⁶.

En lo referente a daños materiales, su indemnización está a cargo de las compañías de seguros, por ministerio de la ley. Para este fin, en los contratos de seguros de bienes, la ley creó la obligación de cubrir o garantizar el riesgo terrorista. Las compañías de seguros no pueden excluir dicho riesgo. En ese tema, han surgido dificultades en razón de la amplitud del riesgo por garantizar, en especial luego de los atentados del 11 de septiembre. El mecanismo fue en consecuencia complementado en el sentido de buscar una mayor globalización de los riesgos y una mejor combinación entre responsabilidad y solidaridad; en la Caja Central de Reaseguros se tomó la decisión de garantizar los riesgos del sector aéreo superiores a 50 millones de dólares. Se expedieron normas fiscales con el fin de facilitar la constitución de provisiones que cubran los riesgos de terrorismo, en el balance contable de las compañías de seguros; se buscó la globalización del riesgo terrorista mediante la constitución de un pool bajo la forma de un grupo de interés económico, el Grupo de Aseguradores y Reasegurados de Atentados Terroristas (GAREAT), el cual sólo interviene en la indemnización de daños materiales. Ese grupo se financia por una contribución pagada por los miembros del pool. Esa contribución se determina mediante la aplicación de un porcentaje sobre la base reglamentaria del cálculo del pago “catástrofes naturales”, con una tarifa variable en función de los valores asegurados¹⁷. Los riesgos son distribuidos entre los aseguradores, los reasegurados y las CCR; el Estado ofrece su garantía ilimitada más allá de cierto nivel.¹⁸

Hay lugar a agregar que después de 1990 las víctimas de actos terroristas se benefician, además, del régimen de pensiones militares de invalidez y de víctimas de guerra; así los actos terroristas se asimilan a actos de guerra. La razón de esta asimilación no reside en el eventual beneficio de la pensión atribuida a las víctimas de guerra, puesto que esta pensión, que tiene el carácter de una reparación previamente establecida en una tabla, no es acumulable con la indemnización acordada por el mismo daño a título de otro régimen de reparación. Hace parte de los derechos accesorios a favor de las víctimas de guerra: - Derecho a la atención gratuita, de todos los cuidados que sean necesarios en razón de la invalidez, en virtud de la cual se reconoce la indemnización; derecho a los equipos y aparatos; empleos reservados

¹⁶ Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera. 26 de enero de 2006, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, demandante: Jaime Vacca y otros.

¹⁷ De 6 a 20 millones de euros 6%; de 20 a 50 millones de euros 2,12%, por encima de 50 millones de euros 18%.

¹⁸ 1,5 millones de euros en 2002; 1,75 millones de euros en 2003. El nivel de intervención del Estado fue fijado en 2 millones de euros en los años 2004, 2005 y 2006.



para las víctimas; acceso a la Institución Nacional de Inválidos, lo que les permite acceder al centro de pensionados y al centro médico quirúrgico; prerrogativas convenidas por la Oficina Nacional de Antiguos Combatientes y de Víctimas de Guerra (la asistencia administrativa, carné de invalidez, que les da derecho a diferentes prerrogativas en materia de transporte y de impuestos...).

Además del terrorismo, el fondo cubre las víctimas de otras infracciones: agresiones, lesiones personales involuntarias, violaciones y agresiones sexuales, hurtos, estafa, abuso de confianza, extorsión, destrucción, degradación o deterioro de un bien.

Después de la creación del fondo, el 31 de diciembre de 2007, el número de solicitudes para la indemnización de daños físicos de las víctimas del terrorismo se elevaba a 3.440, con un costo promedio de 26.000 euros; esta última cifra solo tiene un valor estadístico, puesto que cobija a todo tipo de víctimas. Adicionalmente, por el fallecimiento de un padre de familia cuya esposa no trabaja, los causahabientes pueden recibir a título de perjuicio económico sumas que pueden superar los 300.000 euros. Las últimas dos intervenciones más gravosas para el fondo se presentaron en razón de dos atentados ocurridos en el extranjero: - El atentado ocurrido en Mauritania contra cinco turistas franceses, en el cual quedaron cuatro muertos y un herido; el atentado que tuvo lugar el 24 de diciembre de 2007, y desde el 31 de diciembre el fondo efectuó los primeros pagos, que iban hasta 30.000 euros; el atentado ocurrido en Arabia Saudita a fines de febrero de 2007, el cual causó cuatro muertos y cinco heridos, que eran docentes y un ingeniero que trabajaban en ese país. Los primeros pagos se realizaron el 15 de marzo.

4. La socialización del riesgo y el riesgo terrorista en otros Estados

Anotemos de entrada que, de manera general, la responsabilidad por falla es con frecuencia el régimen casi exclusivo, y en todos los casos el preponderante, en Gran Bretaña, en Alemania y en los Estados Unidos. En Gran Bretaña, el régimen de responsabilidad sin falta, en lo esencial, está limitado a tres regímenes: Los accidentes de trabajo, las víctimas de delitos y las vacunas obligatorias.

El derecho alemán continúa también muy aferrado a la noción de falla y se ha mostrado ampliamente reticente a prever casos de responsabilidad sin falla. Sin embargo, algunas normas legales prevén hipótesis de falla presunta. Esencialmente, es el legislador y no la jurisprudencia el cual, por medio de leyes especiales, estableció casos de responsabilidad sin falla.

La **cobertura de riesgos terroristas** da lugar a soluciones diversas en las cuales, sin embargo, el Estado interviene siempre.

- En un primer esquema, el Estado interviene como asegurador en primera instancia: Juega el papel de asegurador público voluntario y soporta en consecuencia lo esencial del riesgo de terrorismo, a través de un fondo público encargado de la indemnización de daños. Ese sistema, que supone una fuerte solidaridad nacional ante el riesgo terrorista, fue establecido en los países más expuestos a los atentados.



Se encuentra, en especial, en España, donde desde 1954 el Consorcio indemniza a las víctimas de atentados y de catástrofes naturales. Existe igualmente en Israel¹⁹, en donde el fondo de indemnización presenta la característica de ser financiado por impuestos y no por primas, como en España.

- En un segundo modelo, el Estado interviene como reasegurador en última instancia: Las compañías de seguros pueden asegurarse ante un organismo público, lo que, contrario a lo que sucede en el esquema precedente, permite una verdadera distribución del riesgo entre la esfera pública y la esfera privada, ponderada según la estructura del sistema de seguro y el tipo de contrato de reaseguro establecido. Igualmente, el Reino Unido escogió ese tipo de distribución de riesgos: Después de los atentados perpetrados en Londres por el IRA en 1993, un pool de reaseguradores, *Pool Re*, se beneficia de la garantía del Estado en calidad de reasegurador en última instancia. En caso de siniestro, la compañía de seguros, miembro del pool, solo paga una porción, de suerte que si la indemnización de perjuicios sobrepasa dicha suma, el excedente es asumido por el *Pool Re*. El GAREAT francés también corresponde a este tipo de esquema.
- En fin, en un tercer modelo, el Estado interviene como prestamista de última instancia: Se trata pues de un modo de intervención del Poder Público aun más discreto. El gobierno ofrece su garantía a las compañías de seguros, pero únicamente a título de anticipo, y consiente eventualmente de otorgar préstamos a una tasa de interés reducida. Este esquema es en parte el que ha sido instaurado por la ley americana, sobre el seguro de riesgo de terrorismo²⁰, es menos ventajoso que los precedentes para las compañías de seguros, que podrían tener que soportar graves pérdidas. *El Terrorismo Risk Insurance Act (TRIA)* adoptado por el Congreso americano el 26 de noviembre de 2002, por tres años, instauró un sistema de seguros en el cual las compañías de seguros no tienen participación. Este mecanismo sólo es aplicable para los actos calificados por el Tesoro como terroristas, perpetrados por personas extranjeras o directamente ligadas a redes de terroristas, sobre el suelo americano.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta la gravedad del problema de la indemnización de las víctimas en Colombia, me permito hacer las siguientes observaciones:

1. En Francia, fue el legislador quien adoptó el sistema de indemnización integral basado en la solidaridad. Este sistema se ha aplicado a un número restringido de víctimas (menos de 3.500 en 20 años, lo que sin embargo nos demuestra que el riesgo terrorista es una realidad no despreciable), número que no es comparable con la situación colombiana (en donde el número de víctimas se cuenta por decenas y aun por cientos de miles, sin tener en cuenta a los desplazados).

¹⁹ Op. cit. Erwann Michel-Kerjouan. "Terrorismo a gran escala: repartición de riesgos y políticas públicas". *Revista de Economía Política*, sept-oct. 2003, n° 5.

²⁰ Op. cit. Erwann Michel-Kerjouan, ídem



2. Si no se hubiera adoptado un sistema de indemnización basado en la solidaridad, se aplicaría el régimen general de responsabilidad del derecho común, es decir, el de la responsabilidad del Estado por falla o culpa en su deber de garantizar la seguridad y el orden público. Aun cuando, en Francia, en caso de mal funcionamiento del servicio público, la culpa leve es cada vez más utilizada para fundamentar la responsabilidad del Estado, dadas las particularidades de la lucha contra el terrorismo, probablemente se requeriría demostrar la culpa grave para fundar la responsabilidad del Estado. Es casi seguro que el juez administrativo exigiría la demostración de la culpa grave, aun cuando personalmente estimare que la seguridad es el primer deber del Estado, por lo que la solución dependería ciertamente de las diversas circunstancias de cada caso, y en consecuencia, al juez le competaría examinar atentamente las medidas de prevención establecidas.
3. En caso que el legislador adoptara la decisión de establecer un sistema de solidaridad nacional, el primer asunto para resolver consistiría en precisar si tiene facultad para fijar un tope máximo de indemnización. La respuesta no suscita mayor duda: Siempre el legislador puede fijar un límite a la solidaridad nacional. Luego, se debería pasar a resolver un asunto más importante, consistente en precisar si por haberse creado un sistema de solidaridad nacional el legislador podría prohibir todas las acciones contra el Estado por una indemnización complementaria, con fundamento en una falta cometida por él. Evidentemente esto dependerá del contenido de la Constitución. En Francia, hasta hace muy poco, la legislación de accidentes de trabajo preveía solamente una reparación fijada en una tabla legal y al mismo tiempo, prohibía las acciones complementarias en contra del empleador culpable. En consecuencia, dependerá del monto de la indemnización fijada en la tabla legal, el establecimiento de la prohibición a adelantar una acción complementaria, cuando la víctima ya ha tenido derecho a la indemnización fijada en la ley. Para que se considere que la indemnización *a forfait* (fijada en una tabla legal) constituye una reparación integral, su monto deberá establecerse en un nivel suficientemente alto. Un derecho como el de indemnización solo puede ser limitado o afectado por razones de interés general, y siempre y cuando exista cierta proporcionalidad entre la afectación y las razones que la justifiquen.
4. Un asunto específico por resolver en Colombia consiste en los actos terroristas que pudieran imputárseles a agentes del Estado. En ese caso, se trataría de un caso particular de responsabilidad del Estado por los hechos de sus agentes. En derecho francés (y me parece que en derecho colombiano), en caso de falta personal de un agente público (y cuando no existan en el caso dudas sobre el carácter personal de la falta), el responsable es el agente, y no el Estado. Pero, desde hace muchos años, se ha admitido sin embargo que la responsabilidad del Estado puede ser declarada si la falta del agente no está completamente desligada del servicio: es el caso de la falta personal cometida en el servicio, o de la cometida por fuera del servicio, pero utilizando los medios puestos a disposición por el Estado (por ejemplo: un arma, y, en ese caso, siempre y cuando se demuestre que el comportamiento dañoso fuere negligente, imprudente o



doloso, en el que la intención de dañar borre la idea del vínculo con el servicio; o utilizando informaciones obtenidas en el servicio que facilitaron la realización de los daños). En esos casos, antes que buscar que se declare la responsabilidad del agente, la víctima puede imputar la responsabilidad al Estado; si el juez estima que la falta no está totalmente desligada de vínculo con el servicio, es al Estado al que le corresponde asumir en su integridad las consecuencias de la falta, con riesgo de entablar enseguida una acción de repetición puramente formal en contra del agente, puesto que, por regla general, este no dispone de medios para reembolsar su deuda.

En Colombia, en caso de actos terroristas cometidos por servidores públicos, la posibilidad de imputar la responsabilidad del Estado, con base en una falta personal de sus agentes no totalmente desligada del servicio, dependerá de la existencia de prueba que permita establecer si esos agentes se beneficiaron o no de informaciones o de elementos logísticos obtenidos del servicio, o que facilitaron sus acciones dañosas. Si estos se limitaran a utilizar sus armas, sin que pudiera establecerse que el Estado hubiere facilitado la acción dañosa de forma alguna, la responsabilidad únicamente podría imputarse a los mismos agentes. En consecuencia, la solución puede cambiar de un caso a otro.



Aproximación a la indemnización de las víctimas por vía administrativa y judicial

Marco Antonio Velilla Moreno

CONSEJERO DE ESTADO, PRESIDENTE DE LA SECCIÓN PRIMERA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Sección Primera del Consejo de Estado colombiano no se ocupa propiamente de la indemnización de víctimas. Es una sección que conoce de dos acciones en única y segunda instancia: la de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho¹. Es una Sección a la que corresponden muchos temas contra actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, cuyo conocimiento no corresponde a otras secciones especializadas, y mal podría decirse que los usuarios de aquella pudieran alcanzar la categoría de víctimas por los eventuales actos administrativos que les pudieran llegar a perjudicar, por supuesto en el sentido en que está convocado este panel.

Por lo tanto, me veo precisado a tenerme que inmiscuir en este panel en algunos aspectos que por su denominación de la **indemnización de las víctimas por vía administrativa y judicial** convocado hacen parte en realidad de la Sección Tercera, que se encuentra representada en esta reunión por el doctor Ramiro Saavedra, Ex Presidente de nuestro Consejo de Estado, y quien no solo es autor de una obra sobre este eje temático, sino que es una persona en permanente contacto con esta materia. Sin perjuicio de las precisiones que este aportará sobre la doctrina sobre este tema y la jurisprudencia de dicha Sección del Consejo de Estado y de las atinadas propuestas que pueda aportar al Decreto 1290 “por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley”, expedido por el Gobierno Nacional el 22 de abril de 2008, expondré algunas ideas generales que espero que contribuyan a la discusión.

¹ En el derecho colombiano –como lo anota el profesor Juan Carlos Henao– hay varias acciones para obtener la reparación del daño producido por la administración, dependiendo de cual haya sido su causa. Si el daño es causado por un acto administrativo, la acción será la de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del Código Contencioso Administrativo); si el daño es causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos”, la acción será de reparación directa (artículo 86 del Código Contencioso Administrativo); si el daño, finalmente, proviene de un contrato, la acción será la de controversias contractuales (artículo 87 Código Contencioso Administrativo). En derecho francés, por el contrario, cuando se causa daño, la acción o el recurso será siempre el pleno contencioso. Como bien lo enuncia la doctrina, este recurso, “considerado desde siempre como un recurso de derecho común, es sumamente amplio: es el único que se puede ejercer sin que haya a tomar consideración la naturaleza de las pretensiones del demandante”. Esta situación se explica, entre otras razones, porque para poder acudir al Juez se requiere haber acudido anteriormente a la administración (es la denominada decisión preable) JUAN CARLOS HENAO. El Daño. Universidad Externado de Colombia. Julio de 1998, pp 79 y 80.



El profesor Marcel Pochard en su intervención señalaba que existen dos grandes regimenes para la indemnización de las víctimas:

1. El principio de reparación que descansa en la imputación de la responsabilidad al autor del acto que origina el daño.
2. La indemnización bajo el principio de solidaridad que desecha la idea de responsabilidad. Se aplica en casos en los cuales no siempre se puede establecer la responsabilidad.

En este orden de ideas me voy a referir en primer lugar a algunas consideraciones generales en torno a la evolución de la noción de reparación de daños (I) para, en forma posterior, concentrarme en una simple ilustración comparativa de los fondos utilizados como medios por la Administración para hacer frente a diversas contingencias dañosas de la modernidad (II).

La noción de reparación de daños está muy relacionada con una cierta concepción y evolución de la sociedad. Existe una vinculación íntima de dicha noción con diferentes concepciones filosóficas, sociológicas y jurídicas. Hasta hace poco esa noción no se justificaba porque nos limitábamos a estudiar solamente el tema de la responsabilidad². En la actualidad se hace muy importante un estudio sobre lo que ha sido la evolución de la noción de reparación de daños, y aunque las limitaciones de esta intervención no nos permiten ese desarrollo en forma detallada, basta con mencionar que, si bien la noción de reparación de daños continúa siendo definida como la obligación a cargo del patrimonio del deudor de aportar una compensación integral a las víctimas de los daños, su contenido ha cambiado profundamente.

Entonces es posible hablar de una primera revolución en la reparación de los daños que se dio con el desarrollo de la responsabilidad sin culpa hasta llegar a la “objetivación de la responsabilidad”. Una segunda revolución que los autores consideran más profunda se refiere a la creación de una lógica de reparación exterior a la idea de responsabilidad, ya que hace alusión a un conjunto de leyes que contemplan circunstancias que no responden necesariamente a la idea de responsabilidad. En otras palabras, se puede decir que la noción de reparación de daños no resulta equivalente a la de reparación de perjuicios. Por este motivo, la indemnización toma una significación particular y se desprende de la idea tradicional de reparación.

Lamentablemente no podremos referirnos a distinciones que trae la doctrina francesa como la relacionada con daño y perjuicio que hace aparecer dos lógicas de indemnización diferentes, la una objetiva y la otra subjetiva, de las cuales la primera se encuentra organizada por los Tribunales y la otra por la Administración³. Otras

² La multiplicación de los accidentes que viene aparejada con la evolución de la sociedad ha modificado considerablemente los términos de la responsabilidad, lo que ha hecho que no pueda darse frente a estos nuevos acontecimientos, el antiguo equilibrio que se encontraba asegurado por la responsabilidad que se establecía entre los responsables y sus víctimas.

³ La jurisprudencia del Consejo de Estado afirmó en 1958 que “la palabra daño equivale exactamente a perjuicio”.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

nociones que se discuten en Francia son la de reparación y la de responsabilidad que están estrechamente vinculadas.

En realidad, la reparación del perjuicio sufrido tiene generalmente lugar gracias a la cancelación de una indemnización, lo que justifica que se la llame indemnización. Sin embargo, hay que precisar que la indemnización no es más que un medio de obtener la reparación. Se manifiesta como un medio pero la indemnización es independiente de la idea de responsabilidad, por este hecho se puede admitir su utilización en otros dominios distintos al de la responsabilidad.

Bajo el efecto de esta evolución la noción de reparación de daños aparece a priori en entredicho. René Savatier se había anticipado hace ya mucho tiempo a la evolución que iba a orientar la responsabilidad cuando señaló: *“el término de esta evolución es la aparición de una nueva responsabilidad que no estará fundamentado sobre la libertad del hombre, sobre el control que él ejerce sobre sus actos y que él puede ejercer a su alrededor, sino sobre el hecho de que en parte ha perdido su control”*⁴. Mientras que anteriormente era asociada exclusivamente a la responsabilidad, ella se encuentra hoy constituida por una multitud de regímenes legislativos de indemnización que son extraños a toda idea de responsabilidad. Esta revolución aparece como el resultado de tomar en consideración específicamente lo que se designa como calamidades públicas y víctimas de atentados terroristas.⁵

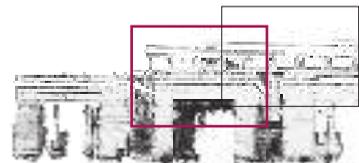
Es así como un verdadero derecho al ser indemnizado se ha reconocido a víctimas por causas muy diversas. Como ha concluido parte de la doctrina francesa, existe una lógica en la articulación entre la responsabilidad y la garantía social⁶. La evolución de la noción de obligación permite explicar la transformación de la noción de reparación de daños, principalmente la emergencia de la idea de garantía social, idea que está en plena formación y que suscita numerosas interrogaciones en cuanto a cuál vaya a ser su porvenir.

La evolución de la noción de reparación de daños puede explicarse por la adopción de una nueva forma de obligación que se funda sobre una moral de la catástrofe referida al porvenir para la supervivencia de la especie humana. La exigencia de dicha moral se desplaza de una moral de culpabilidad a una moral de la acción. Nosotros estamos en el tiempo de los responsables, es decir, que en este mundo que ha cambiado, nosotros podemos formular nuestros deberes para que él

⁴ René Savatier. *Du droit civil au droit public*. París. LGDJ., 1945, p. 107

⁵ La noción de calamidad pública resulta muy amplia, y podría comprender elementos muy diversos como aquellos que tienen origen natural como temblores de tierra, erupciones volcánicas, ciclones, calamidades atmosféricas, entre otras; los vinculados a una actividad humana como guerras, epidemias, riesgos tecnológicos, avalanchas; o simplemente humanos que no colocan en juego las fuerzas naturales como los atentados y los incendios por ejemplo.

⁶ Por garantía social se entiende en realidad la garantía administrativa. No se trata en este caso de garantizar la culpa o el riesgo, sino el derecho de los individuos. Los derechos que la garantía social protege son los derechos sociales y los derechos colectivos, y es en esto que se distingue precisamente de la responsabilidad que lo que protege son los derechos individuales. Los precursores de esta idea de la garantía social distinta de la responsabilidad social son René Savatier y Georges Ripert, y aunque la idea no es idéntica a la noción moderna ya que los diferentes regímenes de indemnización no existían para comienzos del siglo XX, resulta revolucionario para aquella época separar la reparación de la indemnización de la víctima, al colocar al legislador a soportar quién debe hacer la reparación social.



corresponda a la idea del mundo que queremos legar a las futuras generaciones. Esta nueva idea de la obligación corresponde a la “respuesta que nosotros estamos en capacidad de dar a otro, cualquiera que este sea, es decir, a todos los hombres”⁷.

Esta nueva exigencia de moral resulta de repensar el mundo en términos de vulnerabilidad, lo que plantea también una nueva reformulación de la ética. H. Jonás⁸ ha dicho: “la técnica moderna ha introducido acciones de un orden de grandeza tan nuevo, con objetos tan inéditos y con consecuencias tan inéditas, que el marco de la ética anterior ya no puede contenerlas”. Según este autor “ninguna ética anterior había tomado en consideración la condición global de la vida humana y el porvenir lejano y la existencia de la especie misma. Se requiere una moral que se encuentre conforme a las obligaciones que incumben al hombre moderno, lo que se desprende de la siguiente afirmación: “los nuevos tipos y las nuevas dimensiones de lograr reclaman una ética de la dimensión y de la responsabilidad que sea tan renovada como las eventualidades a las cuales ella tiene que hacer frente”.

Lo anterior no quiere decir que la responsabilidad es esencialmente una dimensión individual, ya que invoca directamente la conciencia del hombre, la responsabilidad se debe conservar independientemente de la indemnización social como un sistema que tiene características propias, la causalidad y el carácter individual de la imputación. Así la extensión de la responsabilidad no debe ser considerada como ilimitada, no solo por razones financieras, ya que las personas públicas no pueden transformarse en aseguradores de todos los riesgos de la sociedad por razones de orden moral. Como lo destaca Truchet: “*la responsabilidad colectiva no debe degenerar en una irresponsabilidad individual excesiva*”.

Se forman entonces dos formas de obligaciones constitutivas de las nociones de reparación de daños: una obligación individual cuyo respeto permanece asegurado por la responsabilidad y una obligación colectiva bajo la forma de la garantía social. Entonces la extensión de la noción de reparación de daños no conduce a una ruptura, sino a la formación de un nuevo equilibrio interno que se establece por las relaciones entre, por una parte, la responsabilidad, y por otra parte la garantía social. Este nuevo equilibrio permite trazar la frontera entre las dos nociones.

En una época en la que parece necesario repensar la sociedad en la que nosotros vivimos especialmente sobre el plano de la ética, la noción moderna de reparación de daños brinda los medios al derecho para desarrollar una moral de la reparación conforme a nuestra época. Principalmente la garantía social en tanto que responde a los daños catastróficos y por actos terroristas, es un testimonio de la reparación de daños con base en una época del futuro, lo que permite presagiar la aparición de un nuevo humanismo.

En Francia el negocio de la hormona de crecimiento contaminado fue de gran impacto, ya que permitió evidenciar la fortaleza de la noción de garantía social y sus ventajas con relación a la indemnización pura y simple. La imposibilidad de aplicar tentativamente una forma tradicional de indemnización planteó la garantía

⁷ A. Etchegoyen. Le temps des responsables. Juillard 1993, p. 22

⁸ H. JONAS, Le Principe responsabilité, ed. Du Cerf, 1992, p. 24



social como un sistema moderno y mejor adaptado a las exigencias actuales de la indemnización.

La originalidad radica en varios aspectos. En principio se trata de una indemnización integral. Seguidamente, esta indemnización se da por *vía transaccional*, sin que haya necesidad de pasar por el Parlamento, por razones que los Consejeros franceses explicaban ayer (y es que lo que no se encuentra atribuido en Francia expresamente a la ley puede ser objeto de medidas de parte de la Administración) para lo cual se convoca a las sociedades aseguradoras, las que implementen los regímenes de garantía social. Finalmente, se reconoce un verdadero derecho a la indemnización en beneficio de las víctimas, frente a las cuales el Estado se reconoce responsable por “un defecto de control”, pero bajo una forma de responsabilidad muy particular, porque el recibir la víctima la indemnización, implica una renuncia a toda acción en justicia.

Esta clase de solución, que resulta poco ortodoxa, carece de un elemento esencial que requiere que se vote una ley, y es que en este caso, el reconocimiento se hace por un sentimiento de solidaridad nacional, pero de manera alguna implica por parte del Estado un reconocimiento a un derecho de reparación en el sentido tradicional del término. Se trata de intervenciones del Estado para enfrentar circunstancias excepcionales.

Esta clase de soluciones involucra además con frecuencia consideraciones políticas y presupuestales. El gobierno francés ha podido aplicarlo en el caso de la enfermedad Creutzfeld-Jakob que se dio durante un periodo de cohabitación gubernamental entre la izquierda y la derecha francesa, **en un momento de fragilidad institucional y política**, pero no lo haría muy seguramente tratándose de la indemnización de contaminación por transfusiones sanguíneas para el virus del Sida.

Estos nuevos modelos requieren gran análisis y contextualizar las circunstancias propias de cada país, como acabamos de mencionar. ¿Qué puede suceder si las víctimas rechazan la transacción y deciden demandar ante el contencioso, a partir de ese principio embrionario de reconocimiento del Estado, que como ya dijimos no se trata en ningún caso, de un reconocimiento a un derecho de reparación en el sentido tradicional del término? El Gobierno Nacional tiene que evaluar en cada caso, previamente, cuál puede ser el costo de la operación antes de proponer una solución.

En términos generales podemos decir que la percepción de los riesgos ha evolucionado con la evolución de la sociedad. A finales del siglo XIX era cada uno quien tomaba todas las medidas en forma individual que fueran necesarias para protegerse. Luego aparece el seguro, y la responsabilidad se fundamenta especialmente en la culpa.

Posteriormente, en el siglo XX los riesgos sociales comienzan a asumirse colectivamente con la aparición del Estado providencia. En esta época de progreso se cree que el progreso permitirá eliminar progresivamente los riesgos. Es igualmente una era de prevención que termina con la institucionalización de la seguridad social, y se asiste a la escisión entre las nociones de responsabilidad e indemnización, donde



los regímenes de indemnización van siendo progresivamente fundamentados en la solidaridad nacional.

Sin embargo, en la actualidad, al sobrevenir accidentes catastróficos de origen humano que son inherentes al progreso tecnológico (contaminación ambiental, riesgos médicos en serie) se viene modificando nuestra percepción de los riesgos. Estamos en la edad de la precaución como dice Ewald. Somos conscientes de que no somos capaces de controlar siempre todo, en el mundo que nos rodea. Los riesgos producto de una sociedad industrializada se han ampliado en forma excepcional tanto desde lo “infinitamente pequeño” como por ejemplo tratándose de sustancias tóxicas en los productos alimenticios; como de lo “infinitamente grande” por ejemplo por la aparición de riesgos tecnológicos mayores. En otras palabras, los peligros no solo conciernen al hombre sino a la humanidad.

La respuesta a esta nueva concepción de los riesgos no es fácil de aportar. No se puede indemnizar de manera igual a las víctimas de accidente con o sin responsable. No creo tampoco que exista la posibilidad de soluciones uniformes, salvo para casos sectoriales (víctimas de accidentes de circulación, víctimas de accidentes de trabajo, de accidentes de transporte, etc.), y es allí donde por ejemplo en nuestro país se hace necesario fortalecer por ejemplo las asociaciones de consumidores, para que se constituyan en una herramienta real, y no se siga atrasando la evolución en este aspecto como se ha hecho por quienes de adueñaron de un tema desde hace veinticinco años en nuestro país e impiden, desde entonces, su reingeniería en forma artificiosa en el Congreso de la Republica.

La noción de reparación de daños no puede –repito– ser uniforme y estar encerrada en una burbuja por juristas que pretenden ignorar la realidad política y presupuestal. Lo anterior no es carpintería jurídica como pudiera pensarse en un principio, sino los presupuestos de un derecho que instrumente el desarrollo, un derecho organizacional por excelencia. Como se señala por Geny: “En lugar de construcciones a priori, de las cuales se hagan deducir las consecuencias prácticas, construyamos nuestras instituciones jurídicas, tanto **en derecho privado como en derecho público, a partir de los resultados de la experiencia**, teniendo en cuenta las necesidades inmediatas de la práctica, sin preocuparnos de las contradicciones teóricas e ilógicas que puedan aparecer a primera vista. Dejemos a los teóricos del futuro el cuidado de someterlas a la lógica y a la razón pura, en la estructura en movimiento que crea la historia⁹”

He anunciado que en la Segunda Parte de esta exposición pretendo ilustrar la manera como el derecho colombiano también ha avanzado en el marco de la reparación con fundamento en el principio de solidaridad. Si la idea de culpabilidad ha declinado en la doctrina existente en el derecho privado, el fenómeno se hizo también visible en materia de responsabilidad pública, y es así como se presenta una socialización de la reparación también en materia de derecho público¹⁰. En el primer

⁹ F. GENY. De la personalite morale, p. 213 y siguientes, citado por G. Renard. Le Droit, l'Ordre et la Raison, Conférences d' introduction philosophique a l' etude du droit. Syrey, 1927, p. IX.

¹⁰ La socialización de la reparación se presenta en el derecho privado a través del crecimiento del seguro.



caso su manifestación se da a través del seguro, mientras que en el segundo la idea de solidaridad nacional conduce incluso a que una persona pública se vea obligada a reparar un daño que deriva de su competencia por ejemplo cuando debió ejercer una función preventiva, aun sin que haya intervenido en la causación del mismo daño.

En algunos casos puede que un daño sea originado por una sola persona, pero en muchos casos el daño puede ser el resultado de un hecho dañoso de varios autores. Las víctimas entonces tendrían que probar en estos casos el nexo de causalidad entre el hecho causante del daño y el daño, lo que no solo no es fácil, sino que implicaría eventualmente peritajes científicos largos y costosos. Muchos son los ejemplos pero quizás uno muy representativo lo constituye el daño ecológico, ya que la contaminación es a veces difusa o tardía, puede afectar el agua, el aire o la fauna, y es muy difícil establecer cuando afecta a un tercero por reflejo. Por esta razón, algunos países han implementado Fondos especiales de indemnización.

Esta mañana el profesor Pouchard afirmó que “La característica principal de los fondos es la de separar el tema de la responsabilidad del de la reparación, pudiendo aún otorgarse esta última aun cuando no sea posible establecer responsabilidad alguna o cuando a priori sea difícil su determinación. Hay una separación entre el autor del daño y el responsable de la indemnización; una vez esta última es efectuada, salvo excepción legal, el Fondo, sin embargo, se subroga en los derechos de la víctima y dispone de una acción de regreso contra el o los responsables”.

En Francia, como lo destaca el profesor Pouchard, se pueden distinguir tres categorías de Fondos: aquellos que responden a riesgos naturales o sociales, aquellos que corresponden a los riesgos en los cuales el responsable no ha sido identificado o es insolvente, y aquellos que responden a un vacío de la administración. El tiempo destinado a esta exposición solo nos permite describir algunos de estos fondos mediante un cuadro comparativo.

FRANCIA	COLOMBIA
FONDOS POR RIESGOS NATURALES O SOCIALES	
Fondo de Garantía de Calamidades Agrícolas	Fondo Nacional del Café
Creado en 1964, busca indemnizar los daños materiales causados a las empresas agrícolas, tales como a suelos, cosechas, cultivos, edificaciones y ganados.	Por ser el café uno de los principales renglones de la economía colombiana, se crea en 1940 el Fondo Nacional del Café, que es una cuenta del tesoro nacional administrada por la Federación Nacional de Cafeteros, que propende a la defensa de la industria cafetera ante el riesgo de la eventual pérdida de las cosechas o los riegos generados por los cambios del precio del dólar, que actualmente está en caída.



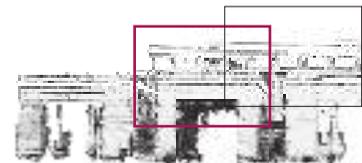
FRANCIA	COLOMBIA
FONDOS POR RIESGOS NATURALES O SOCIALES	
	<p>Fondo creado por la Dirección Nacional de Estupefacientes, para indemnizar las víctimas por la aspersión de glifosato que afectan sus cultivos lícitos. Resolución 00017 de 2001 de la Dirección Nacional de Estupefacientes.</p> <p>Tiene como finalidad indemnizar a las personas afectadas por las aspersiones de glifosato, cuando se afecten los cultivos lícitos que tengan en sus predios.</p> <p>La Dirección Nacional de Estupefacientes reconoce el valor de los cultivos afectados, luego de la formulación de las quejas y la verificación de los daños efectivamente causados.</p> <p style="text-align: center;">Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos.</p> <p>Creado por la Convención Complementaria del Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos.</p> <p>Tiene como finalidad indemnizar a las víctimas de los daños por contaminación en la medida que la protección establecida en el Convenio de Responsabilidad resulte insuficiente, y exonerar a los propietarios de las obligaciones financieras suplementarias que para ellos se derivan del Convenio de Responsabilidad, en las condiciones señaladas para garantizar el cumplimiento de la Convención sobre la Seguridad de la Vida Humana en el Mar y de otros Convenios.</p>

Sigue...



FRANCIA	COLOMBIA
FONDOS POR RIESGOS NATURALES O SOCIALES	
	<p><i>El fondo se financia</i> con las contribuciones pagadas por cada Estado contratante, de acuerdo a las cantidades de hidrocarburos recibidos, transportados por mar hasta los puertos o instalaciones terminales situadas en el territorio de este Estado, e hidrocarburos sujetos a contribución, transportados por mar, descargados en un puerto o en una instalación terminal de un Estado no contratante, y llevados posteriormente a una instalación situada en un Estado contratante.</p> <p style="text-align: center;">Fondo de Prevención y Atención de Emergencias (Fopae).</p> <p>Se nutre de transferencias de la Administración Central y sus prioridades básicas son indemnizar a las familias afectadas en zonas de alto riesgo (inundaciones, deslizamientos de tierra, saneamiento ambiental y prevención de desastres naturales).</p> <p>Sus dineros se manejan a través de fiducia.</p>
Fondo de Ayuda a víctimas de Calamidades Públicas	Fondos para cubrir accidentes médicos
<p>Su cobertura también se extiende a las víctimas de catástrofes naturales. Fondos destinados a indemnizar el área terapéutica 2, Accidente médico</p> <p>1. Cobertura frente a la utilización de terapias nuevas cuyas consecuencias no se encuentran enteramente conocidas. Terapia nueva para reconstruir la columna vertebral.</p>	<p>De acuerdo a la información suministrada recientemente por la Presidente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, La Nación ha sido condenada a 3.200 millones de pesos entre 2005 y 2008, por fallas médicas.</p> <p>Esto demuestra que la indemnización más utilizada en Colombia para reparar las víctimas de estos errores médicos es la que se obtiene por la vía judicial y el sistema de solidaridad del Estado, asegurando el riesgo presenta poca eficacia.</p>

Sigue...



FRANCIA	COLOMBIA
FONDOS POR RIESGOS NATURALES O SOCIALES	
<p>2. Acto medica cuya ejecución es necesaria, que conlleva un riesgo excepcional, y la víctima no se encuentra predispuesta al riesgo.</p> <p>La indemnización por los eventos anteriores se encuentra garantizada por la Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes Médicos (ONIAM), que asume la reparación de los daños a partir de un porcentaje de incapacidad permanente del 24%.</p>	
<p>Fondos para indemnizar a la víctima cuando el responsable no es identificado, no estaba asegurado o es insolvente</p>	<p>Fosyga</p>
<p>Fondo de Garantía de Seguros Obligatorios de Daños (FGAO)</p> <p>Interviene cuando el autor del daño es conocido pero no está asegurado.</p> <p>También interviene cuando el autor del daño está asegurado pero se encuentra de privado de garantías suscritas, ya sea por la negativa de la compañía de seguros oponible a la víctima</p> <p>Así mismo, cuando el autor del daño es desconocido.</p>	<p>Es un fondo de solidaridad y garantía creado por el Gobierno Nacional, cuyo dinero es manejado por encargo fiduciario.</p> <p>Busca garantizar la reparación integral a las víctimas de accidentes de tránsito y eventos terroristas.</p> <p>Asimismo, ayuda al financiamiento de las indemnizaciones por incapacidad o muerte de personas afectadas por eventos catastróficos o enfermedades de alto riesgo y pago de los servicios de salud.</p> <p>También cubre el pago de los servicios de salud en caso de vehículos fantasmas o seguros no válidos.</p> <p>Es denominada Subcuenta de Enfermedades Catastróficas y Accidentes de Tránsito.</p> <p>Los recursos provienen de los aportes del Fondo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (Decreto 1032 de 1991 que creó el SOAT).</p> <p>También de los aportes que para el efecto ha establecido la Ley de 1993.</p>

Sigue...



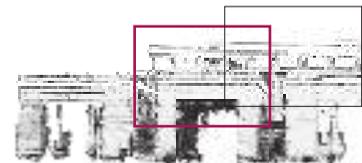
FRANCIA	COLOMBIA
FONDOS POR RIESGOS NATURALES O SOCIALES	
Víctimas de Infracciones y de Terrorismo	Seguro Colectivo de Cumplimiento
<p>La Ley 9 de 1986 estableció los fundamentos del sistema francés de indemnización de las víctimas de los actos terroristas.</p> <p>La ley creó un fondo de garantías de los actos terroristas, el cual se financia por medio de una tasa aplicada a los contratos de seguros de bienes.</p> <p>El Fondo indemniza a todas las víctimas independiente de su nacionalidad frente a actos terroristas ocurridos en Francia, al igual que a las víctimas de nacionalidad francesa de actos terroristas ocurridos en el extranjero.</p> <p>El Fondo indemniza integralmente los daños físicos, sufridos por los heridos y los perjuicios morales y económicos de los causahabientes de las víctimas fallecidas.</p> <p>Los perjuicios a favor de las personas indemnizadas son los clásicos.</p>	<p>Creado por medio de la Ley 282 de 1996 y reglamentada por el Decreto 1923 de 1996.</p> <p>Tiene como finalidad indemnizar a las víctimas del secuestro y garantizar el pago de los salarios y las prestaciones sociales a las personas que al momento de ser víctimas de secuestro tengan una relación contractual laboral o se encuentren vinculadas como servidores públicos.</p> <p>El seguro en ningún momento podrá ser inferior a un salario mínimo mensual, y solo se pagará por un término máximo de cinco años.</p> <p>Fondo para la Reparación por Vía Administrativa de las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley. Decreto 1290 de 2008, reglamentario de la Ley 975 de 2005.¹¹</p> <p>De acuerdo con el principio de solidaridad, El Estado, independientemente de la responsabilidad de los actores armados, reconoce a las víctimas la violación de sus derechos fundamentales y estima necesario reparar individualmente a estas personas.</p>

¹¹ Actualmente en el Congreso de la República cursa el proyecto de ley 157 de 2007 (Senado), el cual dispone que: En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas, la creación de la subcuenta de solidaridad con las víctimas de la violencia.

El proyecto de ley en su artículo 24 modifica el artículo 219 de la Ley 100 de 1993, creando la citada subcuenta. Los recursos de la subcuenta de Solidaridad con las víctimas de la violencia tendrán como objeto el reconocimiento y pago de los servicios de asistencia médica y hospitalaria de las víctimas de la violencia. Asimismo, el artículo 76 crea el Fondo de Reparación para las Víctimas de la Violencia el cual se financiará mediante:

- a) Las contribuciones voluntarias efectuadas por Gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades;

Sigue...



FRANCIA	COLOMBIA
FONDOS POR RIESGOS NATURALES O SOCIALES	
Fondos que responden a un vacío de la administración	<p>Para el efecto, el artículo 54 de la Ley 975 de 2005 creó el Fondo para la Reparación de las Víctimas, cuenta especial sin personería jurídica.</p> <p>El fondo está integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por las personas o grupos armados organizados ilegales, por recursos provenientes del presupuesto nacional y donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras</p> <p>El Estado reconocerá y pagará directamente a las víctimas, a título de indemnización solidaria, las sumas de dinero determinadas en el artículo 5 del citado decreto.</p> <p>Al igual que en Francia, el Estado se subroga en el monto de las medidas de reparación que hubiere reconocido en beneficio de las víctimas, y tendrá el derecho a repetir contra los victimarios por dichas sumas de dinero debidamente indexadas.</p>
<p>Contaminación por el VIH o por enfermedades profesionales.</p> <p>Están establecidos para indemnizar las personas que han sido víctimas de transfusiones de sangre que han generado VIH o amianto.</p> <p>No se excluye la responsabilidad del Estado por negligencia o por falla en el servicio de control de esta actividad.</p>	

- b) El producto de las sanciones impuestas al Estado colombiano por las autoridades judiciales por violación de Derechos Humanos;
- c) El producto de las multas impuestas a los individuos o a los grupos armados al margen de la ley en el marco de procesos judiciales y administrativos;
- d) Los recursos que a cualquier título entreguen los miembros individualmente o los grupos armados ilegales;
- e) Los recursos provenientes de los procesos de extinción de dominio.

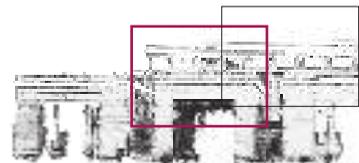
El fondo estará encargado de indemnizar a las víctimas a que hace referencia esta ley, las cuales tienen derecho a ser resarcidas por el Estado, que asumirá con carácter extraordinario el abono de las correspondientes indemnizaciones, en concepto de responsabilidad civil y de acuerdo con las previsiones de la presente ley. Serán indemnizables los daños físicos, psicofísicos, económicos, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, por las víctimas a que hace referencia esta ley por los actos de violencia que hayan acaecido desde 1964. Las indemnizaciones otorgadas al amparo de esta disposición se concederán por una sola vez y no implican la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna. La autoridad judicial podrá ordenar que la indemnización a título de reparación sea pagada por conducto del Fondo.



CONCLUSIONES

Por último, quiero manifestar que ha sido una gran satisfacción personal el poder disfrutar de unas exposiciones exquisitas, de una gran precisión conceptual, que han sido desarrolladas por maestros de excelsas calidades humanas y profesionales que no olvidaremos, provenientes de quienes consideramos a Francia nuestra segunda patria y nos emocionamos también en nuestro propio territorio al escuchar ese bello himno de la República francesa: la Marsellesa, así como el tema La Bohemia interpretado por Charles Aznavour, acompañado de un buen vino francés, para recordar nuestras épocas de estudiantes en París. Roland Barthes solía hablar de “los sabores del saber”, manteniendo presente la tradición de los pensadores y creadores franceses quienes, desde Rabelais y Montaigne hasta Proust y Gide, pasando por Víctor Hugo y Baudelaire, asociaron el disfrute del espíritu con los placeres de la vida: arte de vivir bien, arte de pensar bien, arte de escribir bien. “Sabores del saber”, amor al máximo conocimiento, elogio de la pluralidad, gusto por las mezclas.

Francia posee la riqueza de esta reivindicación permanente de lo diverso y de lo múltiple, frente a las amenazas de la uniformización y de la canalización. Por lo tanto, no es fortuito que Francia tenga mucho que aportar en este caso, pero también es cierto que este tema de la indemnización de daños de las víctimas está muy relacionado en su evolución con una cierta concepción de la sociedad como decíamos en un principio, requiere una visión multidimensionalidad y una gran capacidad de contextualización en su tratamiento y aplicación, ya que una exclusiva formación técnico-jurídica que conduzca a una extrapolación de modelos extraños a nuestra realidad socioeconómica en la indemnización de las víctimas de la violencia nos puede hacer avanzar, en nuestras decisiones jurisprudenciales, hacia la inviabilidad del Estado Social de Derecho.



La responsabilidad del Estado por acto

Gustavo Gómez Aranguren

CONSEJERO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA,
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



1. Concepto genérico de responsabilidad

Sin detenerse necesariamente en el análisis del artículo 90 de la Constitución de 1991, para nosotros el fenómeno de la responsabilidad del Estado directamente se vincula con la existencia del Estado de Derecho, y más aun con el establecimiento del Estado Social de Derecho; ello precisamente atendiendo el alcance de la noción que tal concepto explica y el significado que desde allí se determina como principal fuente de garantía de los derechos de los ciudadanos, en tanto es el Estado de Derecho la figura que históricamente se consolida como sistema que asegura la coexistencia de la sociedad organizada básicamente como un diálogo recíproco de derechos.

Si se observa, por otra parte, que en la noción esencial de derecho subyace la idea de responsabilidad, la que localizada en el campo de las tareas inherentes al Estado como concreción primaria de lo público en cuanto fuente de coacción y coerción, es factible deducir en forma práctica el nexo que existe entre los conceptos de responsabilidad y Estado. Así, resulta imposible aislar la idea de responsabilidad del concepto de Estado; evidentemente se trata de dos contenidos cuya sinergia es manifiesta y, por consiguiente, inexorablemente asociada.

Pero cuando a la noción de Estado de Derecho se agrega el componente de “Estado Social”, el resultado no es otro que afirmar el carácter de eficacia de los derechos que opera como aporte esencial que da a la definición clásica del Estado de Derecho la naturalización en comentario, inequívocamente ligada con los procesos políticos y económicos de la primera mitad del siglo anterior, cuestión que crea el escenario real para derivar de ahí el concepto amplificado de responsabilidad. En síntesis, Estado Social de Derecho es en el fondo una aproximación objetiva al fenómeno real de la responsabilidad como evento facilitador de la regulación social que es cuestión inseparable a los roles normales del Estado.

Conviene mostrar que en la historia de la humanidad es el Estado limitado por el derecho, pese a todas las controversias de coyuntura, el mejor descubrimiento del hombre sin el que no hubiesen sido posibles todos los avances de la civilización



incluido el desarrollo económico y la construcción de sociedades equilibradas y funcionales; precisamente, el atraso, la violencia y la pobreza de los pueblos coinciden con formas incipientes de Estado, por consiguiente, ineficaces para condicionar y restringir el poder, con sacrificio obvio de los derechos y la dignidad humana.

En esta perspectiva, la responsabilidad del Estado representa una realidad que matiza en sus efectos todas las relaciones que ocurren entre las personas y las diversas formas de expresión estatal y entre estas entre sí. Por ello la cláusula constitucional establecida en el artículo 90 de la Carta de 1991, no es cuestión distinta de la mera reiteración de un contenido que en verdad se encuentra disperso en todos los apartes organizacionales y funcionales del Estado Social de Derecho. Justamente, es esta la razón, que conduce a reconocer, como señalamos, que la principal y magna obra de la civilización se concreta en la idea y ejecución de la noción de Estado de Derecho y actualmente de Estado “Social de Derecho”, esencial para los avances tecnológicos de Occidente incluido su desarrollo económico y cultural. Pensando en modo inverso, puede acotarse, para reiterar, que el atraso de los pueblos y la pobreza de las naciones se encuentran conectados con la debilidad o ineficacia del Estado regulado por el derecho, incapaz de regular los espacios de la vida colectiva.

2. La responsabilidad originada en actos administrativos

En lo puntual de los actos administrativos, desde antes de 1941 se tenía establecido que cuando el origen de los perjuicios es un acto de la administración, la persona afectada deberá acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual significaba que el resarcimiento de los daños que los actos administrativos nulos ocasionaron depende de la nulidad del acto, es decir, de su inconformidad con el orden jurídico superior al que, se entiende, debería estar sujeto.

Esta acción, conocida en los albores del derecho administrativo como la acción de plena jurisdicción, a nuestro entender reconoce lo que contemporáneamente denomina la doctrina daño antijurídico, en razón a que la reparación únicamente procede en el supuesto de la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado, caso en el que la eventual afectación patrimonial a la víctima pierde la condición de conformidad con el orden jurídico y se torna por esa razón en perjuicio antijurídico; de no ser ello así, los efectos adversos de carácter patrimonial representarán una carga impuesta por el ordenamiento, y por ende extraña a cualquier supuesto de reparación.

Esta misma acción, en el decurso del tiempo, viene a caracterizarse por nueva regulación, con tres elementos bien diferenciados que son en los que en la actualidad la describen:

- La nulidad del acto
- El restablecimiento en el derecho
- Reparación del daño

Sobre estos tres componentes existe confusión relativa al alcance de lo que supone el restablecimiento en el derecho y, a su vez, la diferencia implícita, que ha de



observarse con la reparación del daño. Ciertamente este aspecto muestra un equívoco por omisión en el que incurre la jurisprudencia y no pocas veces la doctrina, cuando tienden a identificar el restablecimiento con la reparación, sin percatarse de que una y otra consecuencia de la nulidad representa cosas distintas, veamos: inicialmente, el restablecimiento comprende el regreso del afectado a la situación jurídica que estructura los elementos el derecho del que fue despojado por el acto ilegal, sin que ello mismo represente reparación de daño alguno dado que la naturaleza de la situación jurídica resarcida supone el retorno a un estatus objetivo descrito por la norma jurídica, por eso mismo señalaba la jurisprudencia desde 17 de mayo de 1951 –Consejo de Estado–, que la finalidad del restablecimiento no comprendía la indemnización de perjuicios, pues esta última se funda en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, lesión patrimonial y lesión moral, criterio que se ha mantenido de manera más o menos invariable, de lo que cabe deducir la diferencia que ha de abonarse en las figuras de restablecimiento en el derecho y reparación del daño.

Por esta circunstancia es plenamente válida la necesidad de reconocer el tercer componente referenciado para descubrir que, más allá del restablecimiento en el derecho, concurre la posibilidad de reparar el daño que haya podido sufrir la víctima de un acto administrativo declarado nulo, dentro del marco de una realidad relativamente independiente al simple efecto del restablecimiento referenciado.

He aquí entonces que la acción de nulidad con restablecimiento en el derecho, descrita en el artículo 85 del C.C.A. vigente, representa una expresión que personifica el Estado de Derecho cuyo efecto no es otro que el límite del poder al imperio de la norma jurídica, que en el mundo de lo práctico concreta la idea esencial de responsabilidad, fenómeno inescindible de la presencia de un Estado regido por el derecho.

3. La responsabilidad por actos legales

Paralelo con el reconocimiento de la responsabilidad por los actos administrativos nulos, que en el fondo no es más que una práctica de la responsabilidad del Estado por una falla en el servicio, la noción de Estado Social de Derecho va más allá de la falla en el servicio a la luz de la nulidad del acto, de manera que es posible admitir la posibilidad de responsabilizar al Estado sin que sea necesario precaver como condición previa al juicio de responsabilidad la necesidad de anular el acto que origina el daño o perjuicio.

En efecto, si en la descripción de la cláusula general de responsabilidad que contiene el artículo 90, un elemento de su esencia lo constituye la imputación del daño a las autoridades públicas sin que sea necesario juzgar la legalidad de su acción u omisión, en aquellos eventos en los que el supuesto dañoso no esté inexorablemente conectado con el contenido regulador del acto que lo origina, es lógicamente viable afirmar la responsabilidad de la administración por el acto legal, dada la diferencia posible entre la disposición administrativa y los efectos dañosos



que le puedan ser colaterales, desconectados de la imposición unilateral que contiene el acto, cuestión que desde luego tampoco implica que semejante efecto dañoso pueda fenoménicamente desvincularse de un fuente común que es el acto administrativo.

No obstante lo anterior, en nuestro sistema procesal administrativo esos tipos de responsabilidad se asimilan impropriamente en su fuente radicada en un acto unilateral de la administración, confundiendo con la responsabilidad que se deriva de los hechos de la administración; tanto es así que el mecanismo diseñado para el recurso judicial es el de la reparación directa propia de los comportamientos de la administración extraños a la expedición de actos.

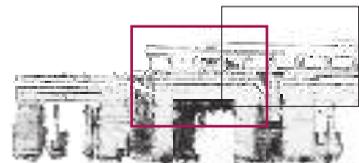
4. La responsabilidad por actos jurisdiccionales

El factor que permite tratar la responsabilidad del Estado por error judicial dentro del ámbito de la responsabilidad por acto radica en que el más complejo contenido de este régimen se centra en el acto judicial que como regla jurídica que es, comparte naturaleza esencial con los actos a través de los que el Estado cumple las manifestaciones de voluntad haciendo real su existencia histórica como factor de unidad social y convivencia regida por el derecho.

Necesario es, por tanto, separar la responsabilidad de la administración por el indebido funcionamiento de la administración de justicia, de aquella nacida directamente del acto jurisdiccional. La primera representa el deficiente funcionamiento de un servicio atribuido al Estado, y la segunda, sustancialmente, implica el efecto dañoso de un acto jurídico inmerso en la sentencia que define el ejercicio del poder jurisdiccional de Estado. Como puede apreciarse, los ingredientes que se integran en estas dos visiones de la responsabilidad del Estado ofrecen particularidades que llevarían a otorgarles un tratamiento jurídico diferenciado: mientras los daños por el mal funcionamiento del servicio, no se conectan con la manifestación de voluntad formal de un poder del Estado, la responsabilidad surgida del error contenido en el acto judicial, y que el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 prevé, implica la evaluación de un acto jurídico emanado de un poder legítimo, elemento que de suyo excluye el ingrediente disvalorativo propio de la noción de antijuridicidad a que se refiere el artículo 90 de la Carta; es decir, cuando la responsabilidad deviene de un acto jurídico por esencia como lo es una sentencia o decisión judicial análoga, no aparece lógico ni posible apoyarse en la idea de daño antijurídico como causa para la reparación del daño en el entendido de que esta se halla diseñada para evaluar los hechos de la actividad estatal.

5. La responsabilidad por el acto del legislador

Los artículos 150, numeral 17, que consagra la posibilidad de conceder amnistías e indultos; 365, que establece la finalidad social de los servicios públicos, y 336,



relacionados con el establecimiento de monopolios, todos de la Carta Política, son dispositivos que operan como fundamento de leyes que una vez expedidas pueden generar daños a terceros. En efecto, en el caso de las amnistías e indultos, es evidente que las víctimas de delitos allí descritos pueden quedar expósitas a la posibilidad de reparación originada en los delitos indultados o amnistiados; de igual forma, cuando por razones de soberanía e interés social se caracteriza un servicio público, bajo la categoría de atributo estratégico del Estado, ese traslado en la prestación del servicio público implica daños a todos aquellos actores económicos del servicio que por orden del legislador pierden la posibilidad de seguir realizando la acción económica y por ende destituidos de los beneficios patrimoniales que de allí se derivaban; y por último, el establecimiento de monopolios rentísticos representa la intervención en la actividad económica de los particulares que *in genere* puede significar daños a los actores económicos.

Así, las personas involucradas en la anterior enumeración de supuestos legales, encontrarán la reparación a los daños que puedan padecer, reclamando indemnización como si se tratara de hechos de la administración, cuando, sin duda, la fuente de resarcimiento es la expedición de un acto jurídico del Estado, justamente el que quizá más lo caracteriza: la Ley.

El equívoco, entonces, surge en asimilar acto con hecho, que en el ordenamiento procesal representa analogías imposibles, incongruentes, sobre las que amerita la reflexión y si es posible su recomposición a la luz de planteamientos jurídicos más unitarios, sistémicos y coherentes.

6. La responsabilidad por acto del constituyente

En una visión genérica del ordenamiento jurídico, esta posibilidad se presenta como virtualmente imposible, si consideramos que la norma fundamental que el enunciado básico del constituyente contiene, pueda ser motivo de responsabilidad, cuando es precisamente esta el fundamento de la organización del Estado bajo el criterio del Estado regido por el derecho y de Estado Social de Derecho. De hecho, a raíz de la expedición de la Carta de 1991, se revocaba el Congreso en aquel entonces, y otra institución extinguida por la Carta de 1991, el Tribunal Disciplinario, produjo conflictos que condujeron a examinar si un acto constituyente, generador del Estado de Derecho, está en capacidad de causar daños que deban o puedan ser resarcidos por la responsabilidad básica de Estado. El asunto permite dos grandes aproximaciones:

- a) Desde el punto de vista procesal lo que concierne a la posibilidad del controlar jurisdiccionalmente los actos del constituyente, cuando estos provienen del ejercicio de poder constituyente primario. En esta hipótesis, la verdad es que la asamblea constituyente es por sí misma independiente de cualquier ordenamiento anterior y, en esa proporción, sus actos se hallan exentos de cualquier tipo de control, puesto que es el ejercicio libre y soberano de un poder general del pueblo mediante actos de carácter eminente mente político, lo que



en simple racionalidad impide que un poder constituido, como es el que ejercen las instituciones entre ellas el poder judicial, tengan competencia para enjuiciar actos y conductas de un poder constituyente.

En esta perspectiva, lo más probable es que los daños ocasionados por ese tipo de actos no sean por sí mismo indemnizables.

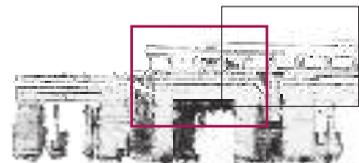
- b) Cuando el acto legislativo representa la voluntad del constituyente derivado es posible la preexistencia de textos constitucionales conectados con el esquema de jerarquías intrínsecas a cualquier Constitución, que comúnmente se suelen asimilar con las denominadas cláusulas pétreas de la Constitución. Se presenta en consecuencia, una coexistencia de ordenamiento constitucional novedoso con uno anterior, en cuyo caso la comparación entre uno y otro permitirá dilucidar la supervivencia de la opción de indemnizar derechos amparados en los contenidos jurídicos constitucionales supraexistentes de donde precisamente proviene la fuente jurídica del resarcimiento.

El denominador común para la posibilidad de reparación a los daños padecidos por un sujeto de derecho, también en este caso encuentra su origen en la expedición de un acto jurídico del Estado, y la oferta judicial para la eficacia resarcitoria, transcurre por canales análogos a los previstos para los hechos del Estado.

CONCLUSIONES

En suma, de esta breve revisión que hemos realizado a la forma como nuestro ordenamiento jurídico regula el funcionamiento de la posibilidad resarcitoria por los daños causados a las personas e imputables a entes públicos, es notoria la impropiedad que fluye al introducir un tratamiento diferenciado a la responsabilidad nacida de los actos, frente a aquella derivada de los hechos, reservando para la primera solo de manera formal una revisión previa de legalidad, y para las otras el exclusivo análisis de los daños, cuando en esencia una y otra son acciones de responsabilidad, elemento que es común denominador a la pura existencia del Estado de Derecho.

De esta distinción que ya observamos, que en el fondo no se sustenta por sí misma, emerge la necesidad de desformalizar la taxatividad de las acciones, tan comunes en regímenes positivistas como el nuestro, para en cambio trasladar al juez, en sus competencias protectoras de los derechos sustanciales, la posibilidad de un régimen más amplio en la interpretación de la causa y pretensión de la demanda, para facilitar más que el amparo de quien recurre a la intervención del Estado en función judicial, el imperio pleno del derecho que decididamente es el factor que ha construido en el pasado y en el futuro determinará la prosperidad de las naciones.



Indemnización o compensación: los dilemas de la jurisprudencia

Ramiro Saavedra Becerra

CONSEJERO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



El sistema jurídico colombiano de responsabilidad del Estado es, sin duda, uno de los más avanzados del mundo. Inspirado fundamentalmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés tiene, sin embargo, características propias que le dan una identidad muy acentuada, y lo diferencian del que se aplica en otros ordenamientos. Aunque anclado en principio en el Derecho público a partir de 1964 conserva, sin embargo, una fuerte, y a veces excesiva, influencia de instituciones de derecho privado¹.

Este sistema cubre un espectro muy amplio, tanto en lo que se refiere a los fundamentos en los que se basa la declaración de responsabilidad como en los derechos que ampara. Así, la indemnización que se reconoce, dependiendo del tipo de daño, puede cubrir el lucro cesante y el daño emergente en relación con los perjuicios materiales, y el daño moral con los inmateriales; además, la jurisprudencia ha reconocido el daño a la vida de relación, concepto procedente del derecho italiano, lo mismo que el daño a las condiciones de vida, propio de la jurisprudencia francesa. Todo ello con miras a lograr el ideal teórico de la indemnización integral².

La amplitud y cubrimiento del régimen de responsabilidad estatal colombiano se refleja también en el hecho de que el valor de las condenas ha alcanzado recientemente cifras cercanas significativas del presupuesto nacional y preocupa constantemente a los gobiernos, que prefieren dolerse de lo que consideran excesos de generosidad de la jurisdicción, y no la demostración del desgreño y mal funcionamiento de los servicios del Estado, y muy particularmente de los que se relacionan con las actividades de los cuerpos armados.

La competencia en materia de responsabilidad pública está atribuida en su mayor parte a la jurisdicción contencioso-administrativa, completamente autónoma frente a la jurisdicción ordinaria, en un modelo que guarda cierta similitud con

¹ En el pasado la jurisprudencia administrativa ha acudido a instituciones como la del “depósito necesario”, o a la solidaridad para el pago de la indemnización entre la administración y el tercero causante del daño, solidaridad completamente extraña al Derecho administrativo. Igual ocurre con conceptos como el de la “guarda” de la cosa peligrosa, inexistente en el ámbito de la responsabilidad del Estado desde la perspectiva del Derecho público.

² Cabe observar que el principio de indemnización integral no es absoluto. En sentencia C-916 de 2002, dijo la Corte Constitucional que la potestad de configuración del legislador para regular la reparación de perjuicios sin desconocer que esta debe ser una indemnización justa.



el que se estableció en Francia desde la Revolución de 1789³, y que se implantó definitivamente en el país, a partir de 1914.

Antes de 1991, y ante la inexistencia en la Constitución vigente de una norma expresa que le diera base a la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado debió acudir, con mucha imaginación, a varias normas, en particular el artículo 16⁴ de la Carta de 1886 para apoyar la obligación indemnizatoria de la potestad pública. La Constitución de 1991 importó de la Carta española de 1978⁵ el concepto de la responsabilidad por *daño antijurídico* que la doctrina de ese país interpretó como un sistema de responsabilidad exclusivamente objetivo. Y aunque en un principio, el Consejo de Estado trató de darle el mismo alcance al artículo 90 de la nueva Constitución⁶, la Corte Constitucional entendió que esa disposición en realidad le había dado fundamento a toda la jurisprudencia contencioso-administrativa, por falla o sin ella, y definió al daño antijurídico como un *concepto parcialmente indeterminado* que debería ser precisado por el legislador.⁷

Pero en medio de la amplitud y desarrollo del sistema, existe una evidencia que no se suele tomar en cuenta: Colombia sostiene una guerra que dura ya casi medio siglo, pero no tiene una verdadera legislación de guerra que contemple el tratamiento de la indemnización y de las obligaciones compensatorias adecuadas a los daños que esa guerra causa.

Ante todo, es necesario dejar en claro que una es la situación en que los daños son imputables al Estado, a través de sus agentes, porque se le atribuyen con fundamento de cualquiera de las causales de imputación, bien sea con culpa o sin culpa, es decir, cuando se configura jurídicamente su responsabilidad; y otra, cuando tal responsabilidad no existe, pero el principio de solidaridad obliga al Estado a compensar a las víctimas de los daños sufridos como consecuencia de desastres naturales, calamidades públicas o bien actos terroristas ajenos a la participación o colaboración con sus propios agentes.

Existen y han existido desde hace tiempo disposiciones concretas en las cuales se regulan las consecuencias de los conflictos. Algunas de ellas sectoriales, y siempre insuficientes. Tal fue el caso del Decreto 2006 de 1992 limitado a la protección del transporte pesado de ataques de la guerrilla, mediante la indemnización de los

³ Esa similitud tiene, sin embargo, una diferencia esencial: en Colombia la jurisdicción contencioso-administrativa está compuesta de jueces totalmente independientes de la Administración. En Francia es también independiente pero pertenece al poder Ejecutivo. Así, los Consejeros de Estado en Francia no son Magistrados sino Altos Funcionarios de la Administración que, mediante una especie de comisión especial de servicio que los autoriza para ello, ejercen funciones de jueces administrativos.

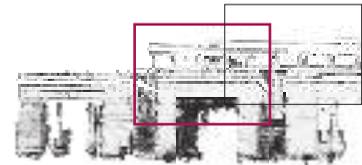
⁴ Que es similar, mutatis mutandis, al artículo 2 inc. 2 de la Carta actual: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

⁵ Artículo 106.2.

⁶ “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.”

⁷ Corte Const. Sent. C-333, agosto 1 de 1996, actor: Emilse Margarita Palencia Cruz. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



perjuicios materiales resultantes de esos ataques contra los vehículos de transportes de mercancías y pasajeros. Sorprendentemente no se consagró ningún derecho frente a los perjuicios sufridos por las personas.

Durante el duro y violento enfrentamiento con el narcotráfico y su secuela de atentados con bombas y carobombas, se expidió el Decreto 444 de marzo 8 de 1993. De acuerdo con esta disposición y en desarrollo del principio de solidaridad social las víctimas de atentados terroristas recibirían asistencia humanitaria, entendiéndose por tal la ayuda indispensable para atender requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas cuando hubieran sido menoscabados por la acción terrorista. Dicho decreto, expedido con base en el Estado de excepción para víctimas de atentados terroristas, fue complementado por las Leyes 104 de 1993, 241 de 1995 y 418 de 1997. A su vez, esta última disposición fue modificada y prorrogada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006.

La necesidad de establecer un marco legal a la aplicación de las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos llevaron al expedición de la Ley 288 de 1996. Por esta vía se establece un procedimiento dentro del cual le corresponde a la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo el trámite del incidente de liquidación de perjuicios, cuando no se logre acuerdo entre las partes en la etapa de conciliación que prevé la misma ley para las condenas *in genere*. Por otra parte, dentro del concepto que contempla la indemnización global o *a forfait* de los colaboradores permanentes de la administración, existen igualmente disposiciones que las establecen⁸.

Pero, a pesar de los ordenamientos que se dejan enunciados, no hubo hasta ahora una normativa jurídica adecuada al tratamiento de los grandes conflictos que el país ha venido padeciendo. La consecuencia es que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se ha visto obligada a responder a las demandas de justicia derivadas de los daños causados por la guerra con soluciones fundadas en criterios de equidad, que no siempre responden a estrictas definiciones académicas en el ámbito teórico de la responsabilidad del Estado. Ello se explica por la necesidad de proteger a una sociedad que, especialmente en sus capas económicamente más vulnerables, recibe habitualmente el impacto de la guerra y los sufrimientos y privaciones que ella comporta. Es un esfuerzo angustioso por hacerles justicia a los sectores desprotegidos del país, ante la ausencia de mecanismos técnicos adoptados, como en otros países, por el legislador.

Por otra parte, como es sabido, la competencia de las Cortes internacionales, como es el caso de la Corte Interamericana de derechos Humanos (CIDH), es una competencia subsidiaria, a falta de decisión en un lapso razonable⁹. Pero además, la

⁸ Se entiende por colaboradores permanentes a los empleados oficiales y miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía cuyas actividades de riesgo les da derecho a ellos o a sus allegados a una indemnización preestablecida (à forfait) en el evento de que el riesgo se concrete. Sin embargo, esta indemnización no excluye la que se decreta judicialmente, p. ej. como resultado de fallas en la planeación de las operaciones militares.

⁹ Que se considera internacionalmente como de cinco años para la decisión definitiva del proceso en todas sus instancias, lo que es evidentemente un lapso muy breve frente a una jurisdicción muy congestionada por las mismas demandas derivadas del conflicto, y de la falta de recursos adecuados.



responsabilidad que allí se define corresponde a conceptos completamente extraños a la responsabilidad del Estado en el derecho interno. En efecto, esta tiene una función primordial, aunque no exclusivamente, patrimonial frente a la víctima. En cambio, la responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos corresponde a la conducta del Estado contraria a una obligación asumida frente a un tratado y parte de la noción del “*hecho internacionalmente ilícito*”. En ella, el Estado tiene una doble obligación de protección: con los derechos de su propia población, que es la destinataria directa de los instrumentos internacionales, y con los demás Estados firmantes que también se obligan de la misma forma, con el fin de ser *garantes* de esos derechos. En consecuencia, las decisiones de la CIDH rebasan el ámbito de la garantía patrimonial, propia de la responsabilidad estatal interna, y no se acoge necesariamente a sus principios y limitaciones conceptuales, por más que aquella también sea protectora y defensora de los derechos humanos, como lo ha recalcado en diversas oportunidades el Consejo de Estado.

Por ello el Consejo de Estado colombiano, en su afán por cumplir su misión de administrar justicia, incluso en el límite de la noción de responsabilidad que le corresponde, ha procurado incorporar en sus decisiones jurisprudencia de la CIDH, como se puede apreciar en la aprobación que le dio a una conciliación entre la Nación y los demandantes, por la muerte a manos de un agente de policía, en la cual se dijo¹⁰:

“En el caso concreto el daño ocasionado fue precisamente la muerte de una menor (14 años de vida); no está demostrado que desarrollara una actividad productiva para la época de los hechos, lo que existe son medios de prueba que demuestran que se encontraba en su formación académica.

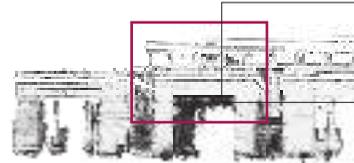
“Es claro para la Sala que en el presente caso al momento de la ocurrencia del daño no existía el fundamento del lucro cesante, de la utilidad futura (la menor no ejercía una labor productiva); tampoco se presentaba el presupuesto genérico de la utilidad futura (mayoría de edad a efectos de presumir una capacidad para laborar).”

Así, a pesar de que de acuerdo con la teoría de la responsabilidad acogida en su propia jurisprudencia no aparecía acreditado un **daño cierto**, el Consejo de Estado expresó:

“Cabe resaltar, entonces, que la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, en ejecución del compromiso internacional adquirido con los demandantes ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, concilió sobre el 100% de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia y reconoció, además, los perjuicios materiales solicitados en la demanda, bajo la interpretación que los organismos internacionales, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, han realizado sobre la Convención Americana de Derechos Humanos.”

Con fundamento en esos parámetros, y aunque contrariaba la jurisprudencia tradicional de la Corporación se observó que el acuerdo conciliatorio no podía considerarse lesivo al patrimonio público por las siguientes razones:

¹⁰ C. de E. Sección Tercera, Exp. 26.036, febrero 22 de 2007, Actor: Jorge Enrique Sánchez Chávez y otros, Demandado: Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional) C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



“Resulta acorde con la vinculación a que se sometió el Estado frente a la recomendación de la Comisión Interamericana, realizada en interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque dicha recomendación, cuando es aceptada, obliga a los Estados¹¹.

“Lo propuesto por la Comisión Interamericana guarda coherencia con los lineamientos planteados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos similares.

Finalmente, con la aprobación de la conciliación, el Consejo de Estado aplica íntegramente el tratado internacional sobre derechos humanos, como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos.”

Ya desde la perspectiva del derecho interno, como se dijo, la jurisdicción contencioso-administrativa ha debido acudir en algunos casos a decisiones imaginativas aunque ellas, desde la perspectiva doctrinal, puedan merecer objeciones. Dos de esas soluciones jurisprudenciales, sin ser las únicas, tienen especial interés. La primera se refiere a la declaración de responsabilidad derivada del presunto *riesgo excepcional* que se crea para la población por la existencia de puestos de policía o instalaciones del ejército en municipios, corregimientos y veredas, y la segunda a la utilización del concepto de *“daño especial”* para atribuirle responsabilidad al Estado como resultado de los ataques terroristas.

1. El riesgo creado por instalaciones militares o de policía

En varias providencias se ha considerado que los daños que motivan las pretensiones indemnizatorias son imputables a la parte demandada, el Estado, en atención a que este expuso a los perjudicados a un riesgo excepcional, por haber situado una estación de policía o un puesto militar en medio de bienes inmuebles de particulares, en una población en la que se registra un ataque guerrillero.

Sobre el particular, se ha sostenido:

“... 4. (...) consideró la Sala que procedía la reparación a cargo del Estado, en el caso de la muerte de un ciudadano ocurrida durante un ataque dinamitero dirigido por un grupo subversivo contra la fuerza pública, porque este “fue sometido por parte de la administración soportar un riesgo excepcional, el cual no estaba en la obligación de padecer.”¹²

“... Ahora bien: si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal, son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el objeto directo de la agresión fue un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones, al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc., se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado.”¹³

¹¹ El artículo 1º de la Ley 288 de 1996 dispone que el Gobierno Nacional deberá pagar las indemnizaciones de los perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado por parte de los órganos internacionales de derechos humanos, como la Comisión Interamericana.

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de enero de 1996. Exp. 10.648. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 1994. Exp. 8577. M.P. Julio César Uribe Acosta.



De este modo, ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado que los actos terroristas son imputables al Estado no solo cuando el riesgo que crea el Estado surge de una instalación dirigida a proteger a la comunidad, como la existencia de un establecimiento militar o policivo, sino, además, cuando el ataque se produce directamente contra un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal, o en forma más general, cuando el blanco es “un objeto claramente identificable como del Estado”¹⁴, por el riesgo que genera la institución como tal o la condición misma del funcionario.

Se ha dicho, en este mismo orden de ideas que no hay razón para limitar la responsabilidad estatal a los eventos en los cuales el ataque terrorista se dirige contra un objetivo militar o policivo, sino que debe extenderse a todos aquellos casos en los que el blanco sea “un objetivo claramente identificable como del Estado”, ya que la justificación para establecer el vínculo causal es la misma: el riesgo particular que se crea con una actividad que ha sido elegida por los terroristas como objetivo.¹⁵

De igual forma, existe otro sector de la jurisprudencia que funda una supuesta responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional Humanitario, y en particular en el artículo 52 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. De acuerdo con esa norma, los bienes de carácter civil no deben ser objeto de ataque, ni de represalias, y tienen tal carácter todos aquellos que no son *objetivos militares*. También se dispone que los objetivos militares, en lo que respecta a los bienes, “*se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida*”. Así las cosas, se ha señalado que los daños causados en el marco del conflicto armado interno, como consecuencia de los actos violentos realizados por la subversión, podrán ser considerados validamente previsibles para el Estado colombiano y, por lo tanto, como la concreción de un riesgo lícito y conscientemente creado por él, en cuanto estén dirigidos contra un objetivo militar, en casos en los cuales se contribuya a la acción militar, o que el ataque genere para el enemigo una ventaja también militar.

El razonamiento se fundamenta por tanto en lo establecido por el Derecho Internacional Humanitario (DIH), el cual, en casos de ataques guerrilleros o grupos alzados en armas, estipuló como uno de sus principios fundamentales que las personas que participan en los conflictos armados deben distinguirse, en toda circunstancia, entre civiles y combatientes y entre objetivos civiles y objetivos militares. El “principio de distinción”, como suele llamarse a esta norma, es la piedra angular del DIH. De él derivan numerosas normas específicas de derecho internacional humanitario destinadas a proteger a los civiles, como la prohibición de los ataques directos o deliberados contra los civiles o los bienes de carácter civil, la prohibición de los ataques indiscriminados o el uso de “escudos humanos”.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 1999. Exp. 11.518. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Exp. 12916 y 13627. M.P. Ricardo Hoyos Duque.



Queda prohibido emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos. Ni la población civil como tal, ni las personas civiles serán objetos de ataques. Estos solo estarán dirigidos contra los objetivos militares, entendiendo como objetivo militar aquellos lugares que puedan presentar una ventaja para el enemigo o que tomados por el atacante le signifiquen un progreso en la lucha.

Se prohíben los ataques indiscriminados, es decir, los que pueden dañar indistintamente objetivos militares, a personas o bienes civiles. El Derecho Internacional Humanitario pretende dar protección a las víctimas, con el fin de hacer menos inhumana la guerra. Sin embargo, la regulación prevista por el D.I.H. no significa que se esté autorizando o promoviendo el ataque de instalaciones estatales que sean catalogadas como objetivos militares. De lo que se trata es de que, ya que es inevitable, por la existencia misma del conflicto, que haya ataques, estos deben limitarse específicamente al objetivo militar y no a otros objetivos cercanos; en otras palabras, se exige que el atacante circunscriba su acción a las fuerzas en combate y exclusivamente a sus instalaciones, y no a la población civil o a sus bienes, así estos estén cerca o sean vecinos de esas instalaciones.

Una de las causales eximentes de responsabilidad es el hecho exclusivo de un tercero, lo que convierte por tanto al autor de la actuación terrorista en una causa extraña y por ende en un elemento de ruptura del hipotético nexo causal alegado, entre la acción del Estado y el daño antijurídico.

Por otra parte, los atentados terroristas dirigidos inesperadamente contra la población resultan imprevisibles para las autoridades públicas, a menos que se produzcan amenazas previas que permitan adoptar oportunamente medidas de protección. No existe, por tanto, en estos casos, una omisión del Estado que pueda constituirse en causal de imputación del hecho, por no haberse impedido la acción violenta. No puede pensarse que el Estado está obligado a responder por los perjuicios causados a los ciudadanos como consecuencia de la realización de cualquier delito. Si bien el aparato estatal tiene una función preventiva y sancionadora en relación con los hechos punibles, no puede concluirse, a partir de ello, que sea responsable de su comisión en todos los casos, ya que solo pueden considerarse imputables a él cuando han tenido ocurrencia por causa de la acción o la omisión de uno de sus agentes, como podría suceder con el terrorismo, en aquellos eventos en los que la acción de los antisociales fue facilitada por la omisión en el cumplimiento de un deber concreto de la administración, o tuvo lugar por causa de la realización de un riesgo creado ilícitamente por esta, que tenía carácter excepcional o especial, en relación con quienes resultaron afectados.¹⁶

En virtud de lo dicho, no puede afirmarse que la sola existencia de una instalación militar o de policía se convierta en un riesgo para la población en general, pues de aceptarse ello, se tendría que llegar a la paradoja de que la Fuerza Pública es al mismo tiempo un elemento de auxilio y de peligro de la ciudadanía, en la que el Estado sería responsable por cumplir la obligación constitucional de proteger a los ciudadanos, y

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000. Exp. 11.585. M.P. Alíer E. Hernández. E.



también lo sería por no protegerlos, en caso de que incumpla esa obligación y decida no instalar puestos de policía o militares en determinados lugares del país, para no crearle riesgos a la población¹⁷.

El Estado no puede constituirse en un ente omnisciente, omnipresente ni omnipotente para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia, más aun, cuando se trata de pueblos y veredas donde la vigilancia es más difícil. Estas son las razones por las cuales la responsabilidad del Estado, en esos eventos, solo puede provenir de una *falla del servicio*, porque el ataque era previsible y no se tomaron las medidas necesarias, ni los cuidados para evitar los daños provenientes del ataque, que es en todo caso el hecho de un tercero, y como tal siempre una causal de exclusión de imputación de responsabilidad.

2. La supuesta responsabilidad por “daño especial”

El derecho francés no ha sido ajeno a la idea de igualdad como marco de referencia para el estudio de los problemas de la responsabilidad. Así, Leon Michoud opta por fundamentar, en 1924, la responsabilidad del Estado sobre una idea de garantía que también reposa sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas¹⁸. J. P. Benoît expresa que “es sin duda la igualdad de los individuos entre ellos lo que constituye la base general de todo nuestro sistema de responsabilidad”¹⁹. Pero en realidad son las ideas de Jean Rivero y André de Laubadère las que se tradujeron y recibieron principalmente en la jurisprudencia colombiana²⁰. El primero de los autores nombrados señala que “desde el punto de vista teórico, un gran número de autores ve en la responsabilidad de la potestad pública una consecuencia necesaria del principio de igualdad ante las cargas públicas. La acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ellas para algunos no fueran reparados, estos serían sacrificados a la colectividad, sin que nada pudiese justificar semejante discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en su detrimento. Pero si la igualdad de todos ante las cargas públicas es, evidentemente, la justificación teórica de la responsabilidad, de ello no resulta de ningún modo que toda afectación de esta igualdad deba ser reparada”²¹. El segundo, por su parte, considera que “en realidad, el fundamento de la responsabilidad de la administración puede percibirse en la idea siguiente: los servicios públicos funcionan en el interés general de la colectividad (colectividad de ciudadanos para los servicios públicos

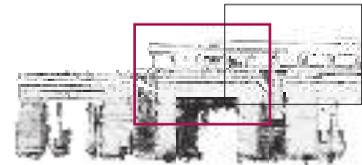
¹⁷ Aparte de la controversia, no definitivamente resuelta en el Derecho civil sobre la diferencia entre “cosas” peligrosas y “actividades” peligrosas, no está conceptual y jurídicamente exento de dificultades considerar a una instalación militar o policiva como peligrosa, dado que los ataques terroristas no son condiciones o calidades inexorables de las mismas sino actuaciones deliberadas y delictivas, del atacante, que por ello es precisamente un tercero a la relación causal.

¹⁸ QUINTERO, Gustavo. *Libertés publiques et responsabilité de la puissance publique en droit colombien*. Presses Universitaires du Septentrion, 1997, p. 308 ss.

¹⁹ En “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, J. C. P., 1954, i, 1178.

²⁰ QUINTERO, Gustavo. P. 308.

²¹ RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, No. 274.



nacionales, habitantes de la circunscripción para los servicios locales). Puesto que la colectividad aprovecha esas ventajas, si el funcionamiento de un servicio público causa un perjuicio especial a un individuo es justo que la colectividad soporte la carga de esa reparación²². Inspirada en estos textos la jurisprudencia colombiana ha hecho referencia al principio para fundamentar incluso decisiones de condena del Estado por falla de servicio, y aun riesgo excepcional. De este modo, como lo recuerda Quintero²³, las primeras decisiones del juez administrativo colombiano que hacían aparecer la existencia del principio de igualdad ante las cargas públicas correspondían, como lo afirmaba el autor francés Gabriel Dufour en 1868, no tanto a “una responsabilidad propiamente dicha como de un sentimiento de equidad que lleva a repartir sobre el conjunto de los ciudadanos la pérdida o el daño que sufre uno de ellos como resultado de las imperfecciones del aparato administrativo”²⁴.

Es una concepción que está mucho más cerca de Teissieire²⁵, Tirard²⁶, Bigot d’Engente²⁷ o Couzinet²⁸, quienes entendían el principio de igualdad, más como un principio de orden filosófico que expresa una exigencia de equidad impuesta por la carga de un daño injustamente soportado, que como un principio de derecho que los tribunales podrían aplicar directamente para reconocerle indemnización a la víctima.

En la doctrina francesa actual, la perspectiva referida ya no es aplicable en el mismo sentido. Para René Chapus, por ejemplo, “al contrario de algunas posiciones tradicionales, no es, sin duda, sobre él que reposan, ni el conjunto del régimen de la responsabilidad de la potestad pública, ni el de la responsabilidad sin culpa. Su papel es, sin embargo, importante: él le confiere fundamento a la responsabilidad sin culpa de las personas públicas cuando estas últimas hacen soportar, a nombre del interés general, cargas particulares a ciertos miembros de la colectividad. Ello explica y justifica que deba pagarse una compensación: el pago de esa indemnización restablecerá la igualdad perdida”²⁹.

En el derecho francés, la doctrina le reconoce una cierta autonomía al principio de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, pero en el seno de la responsabilidad sin culpa. Así, la noción de “daño especial” no sería más que una condición de esta responsabilidad “*a falta de lo cual no habría ruptura de ese principio*”³⁰.

²² De LAUBADÈRE, André, T. I, No. 1273.

²³ Op. cit., p. 309.

²⁴ DUFOUR, Gabriel. *Traité general de droit administratif appliqué*, t. 5, Côtillon, 3^a ed. 1868, p. 147.

²⁵ TEISSEIRE, Georges. *Essai d’une théorie générale sur le fondement de la responsabilité* Th. Paris, Rousseau, 1901, p. 296 a 298.

²⁶ TIRARD, Paul. *De la responsabilité de la puissance publique, essai d’une théorie générale* Th. Paris, 1906, p. 138.

²⁷ BIGOT d’ENGENTE, Adelbert de. *De la responsabilité pécuniaire de l’État en matière d’actes de puissance publique* Th, Paris, Rousseau, 1907, p. 47 y 185.

²⁸ COUZINET, Léon. *Étude sur la responsabilité des groupements administratifs. Questions de compétence*, Th. Toulouse, Rousseau, 1911, p. 214-215.

²⁹ CHAPUS, René, *Droit Administratif*, No. 1.505 p.

³⁰ CHAPUS, Op. cit. No. 1299.



Pero, además, la referencia al principio de igualdad ante las cargas públicas se empezó a hacer en el derecho colombiano por la vía del concepto del “daño especial” traído directamente del derecho español. Como es sabido, en España la responsabilidad del Estado se decidió hasta 1954 con fundamento en el Código Civil, es decir, como una responsabilidad igual a la de los particulares³¹. Ante la necesidad de fundamentar instituciones como la expropiación en criterios de derecho público, la doctrina española importó del derecho francés el principio de igualdad ante las cargas públicas, que denominó teoría del “daño especial” como una causal de imputación basada en la equidad, que como vimos, no existe propiamente en el derecho francés contemporáneo³².

Para que se pueda fundamentar técnicamente la responsabilidad sin culpa del Estado por la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas es necesario que este realice una actividad de servicio como misión principal. En desarrollo de esa actividad, que, repetimos, es el fin principal del actuar estatal, es posible, aunque no inexorable, que se produzcan daños marginales o residuales. En la medida en que esos daños no superen el marco de las contingencias sociales no dan derecho a ninguna indemnización o compensación. Es necesario que ellos tengan un carácter especial y anormal, condiciones que son siempre conjuntas y no se predicen, por ejemplo de aquellos que se generan por falla del servicio o como resultado de riesgos concretados. Son, en síntesis, “sacrificios” que impone indirectamente el actuar administrativo y que constituyen para quien los padece una violación al principio general de igualdad frente a la ley.

No se trata, por tanto, de obligaciones indemnizatorias que se imponen por razones de equidad, entendida esta como un correctivo a la dureza de la ley, sino de un verdadero derecho de la víctima fundado en estrictas consideraciones jurídicas.

Ahora bien, para que se configure la responsabilidad por violación al principio de igualdad ante la ley –en su expresión de igualdad ante las cargas públicas–,³³ es necesario que el daño especial y anormal le sea imputable, es decir, atribuible, a la acción del Estado. Cuando se está frente a la hipótesis de un ataque terrorista, esa imputación solo puede darse, como ya se dijo atrás, porque el Estado no actuó a pesar de que el ataque era previsible, caso en el que se configura una responsabilidad por falla o culpa de servicio, que da lugar, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a la reparación integral de los perjuicios recibidos. En los demás casos habrá un hecho de tercero, el atacante, y por tanto la inexistencia de nexo causal entre el obrar estatal y el daño producido, por lo que no podrá reclamarse indemnización a título de responsabilidad. Esa es la razón por la que, en términos jurídicos, no puede haber responsabilidad del Estado ante un ataque terrorista imprevisto e imprevisible.

³¹ En ese año se aprobó la Ley de Expropiación Forzosa, concepto, a su vez, venido del derecho alemán. En realidad, la responsabilidad del Estado sobre criterios de derecho público solo empieza con el artículo 106.2 de la Constitución de 1978.

³² En la misma imprecisión incurre la Corte Constitucional al acoger la aplicación de la noción española del daño especial a la expropiación. Ver sentencia C-1074/02.

³³ El Consejo Constitucional de Francia lo ha definido como un principio de derecho escrito y de valor constitucional (en tanto que incorporado en el principio general de igualdad ante la ley, “formulado” por la Declaración de 1.789, lo mismo que en la disposición de su artículo 13.



3. Valor y riesgos de la jurisprudencia referida

Como se dijo, no puede desconocerse el valor especial que tienen esfuerzos jurisprudenciales como los que vienen de analizarse para tratar de reemplazar la tarea que ha debido cumplir el Estado y en particular el legislativo para configurar un *corpus* de soluciones adecuadas al conflicto que hace tantos años vive el país, y a los innumerables daños y perjuicios sufridos por la población más vulnerable.

Pero esas soluciones, en especial las que se pretenden asentar sobre una idea más o menos etérea de solidaridad social, apreciada de una manera igualmente indefinida por el juez administrativo, tienen el riesgo de conspirar gravemente contra los principios de igualdad y de seguridad jurídicas. Contra el primero porque, en último término, la decisión indemnizatoria depende del corazón del juez y de su mayor o menor capacidad de conmoverse ante la demanda de justicia de las víctimas; y contra el segundo, porque a falta de un sistema técnico que soporte la obligación indemnizatoria o compensatoria, no será posible anticipar razonablemente el sentido de las decisiones judiciales ni su contenido frente a la víctima.

¿Quiere ello decir que las víctimas deben quedar expuestas a los perjuicios derivados del terrorismo sin posibilidad alguna de protección? Desde luego que no; ellas deben ser auxiliadas por el Estado a través de compensaciones técnicamente calculadas y adecuadas a la afectación correspondiente. Y ello se funda ciertamente en el principio de solidaridad que la Constitución establece, como principio fundamental de la República en el artículo primero, y repite en los artículos 48, 49, 58, 60, 95, 333, 356 y 367 con diversos contenidos. Pero ese principio de solidaridad tiene un contenido jurídico concreto y no se apoya simplemente en consideraciones de mera equidad.

4. El solidarismo como doctrina jurídica

Hay, ciertamente un influjo religioso original en la solidaridad, pero en su concepción jurídica, ella es expresión de un concepto autónomo y diferente: el solidarismo. Por ello la solidaridad no es, en esta perspectiva, el nombre laico de la caridad cristiana. El solidarismo impone, en nombre de la solidaridad natural un deber de beneficencia a cada ser humano que vive en sociedad. Dado que todos somos solidarios, todos debemos venir en ayuda de quien está necesitado, y cada uno debe tener la garantía de que se beneficiará en compensación por esta ayuda en circunstancias análogas. Así, la interdependencia natural de los seres humanos se traduce en un conjunto de derechos y de obligaciones jurídicamente sancionadas.

El solidarismo se aparta, por tanto, de la religión, por dos aspectos. En primer lugar, el solidarismo no recomienda hacer el bien en la vida social para ganar el cielo. Los hombres no tienen por qué esperar de sus actos de beneficencia ninguna felicidad eterna, sino solamente un derecho personal a la garantía contra todos los riesgos de la vida en sociedad. La solidaridad no constituye, por ende, un vínculo entre los seres humanos y una potestad sobrenatural, sino que une a todos los hombres entre sí.



Además, la obligación de solidaridad es una obligación jurídica en la organización social. Ella no es el resultado de un sentimiento de amor al prójimo, sino que debe ser establecida y sancionada por la ley, que es la que debe fijar su extensión y garantizar su cumplimiento. La sumisión a esta obligación no traduce sino la obediencia al derecho, ella misma animada por el deseo de gozar de los derechos que se le reconocen al otro. Ella surge, por tanto, más del cálculo que de la piedad y no está condicionada por sentimientos religiosos, y ni siquiera por reflexiones de equidad.

El solidarismo jurídico se presenta por tanto como una moral (sistema de normas) laica (privada del nexo directo con la religión). Constituye por tanto una ilustración de la teoría del derecho moderno, en cuando recurre a la justicia. Si una persona decide integrarse a la sociedad, ella se beneficiará de las prestaciones de previsión y de ayuda. Hay que admitir entonces que ella acepta la contrapartida de esas ventajas: la obligación de contribuir a la beneficencia pública. Por estar ligada por esta obligación, le es suficiente abstenerse de proclamar su rechazo a la sociedad solidarista, o su voluntar de salir de ella.

La finalidad última de la organización solidarista es el establecimiento y el mantenimiento de un régimen democrático que, para Léon Bourgeois, el gran teórico de esta doctrina, supone la libertad del individuo. La sociedad no se desarrolla y no progresa sino por ella. Pero sobre todo, el solidarismo es una doctrina igualitaria: si la obligación de beneficencia pesa sobre cada uno, cada uno puede beneficiarse de ella. El sistema de previsión que él preconiza busca poner a cada individuo en condiciones de vida similares, y a compensar las debilidades de los más desamparados.³⁴

Pero la justificación esencial del solidarismo es que él contribuye al mantenimiento de la paz social. Su fin último es el orden. Auguste Comte le asignó, por otra parte, el mismo fin al progreso que deben realizar las ciencias sociales.

Léon Bourgeois resume así su doctrina: “Tres hechos esenciales encontramos en primer lugar: 1º. El hombre vive en un estado de solidaridad natural y necesaria con todos los demás hombres. Es la condición de la VIDA. 2º. La sociedad humana no se desarrolla sino por la libertad del individuo. Es la condición del PROGRESO. 3º. El hombre concibe y quiere la Justicia. Es la condición del ORDEN.”³⁵

Esta lógica solidarista encuentra su más perfecta ilustración doctrinal en la teoría del derecho de Léon Duguit³⁶. Su apego a la idea de solidaridad es explícito. “*El hombre es por naturaleza un ser social* – dice él en el prefacio a su tratado de Derecho Constitucional –, *y sus actos no tienen valor sino en la medida en que son actos sociales, es decir, actos que tienden a la realización de la solidaridad social*”. Esta solidaridad, agrega, debe procurar la adquisición de la instrucción, la previsión y el bienestar. A esta exigencia de solidaridad responden los servicios públicos, cuando ella no puede ser realizada completamente sino mediante la intervención del gobierno. El Estado toma a cargo su coordinación: “*El Estado es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes.*”

³⁴ SCHAEGIS, Chystelle. Progrès scientifique et responsabilité administrative. CNRS éditions, Paris, 1998, p. 32.

³⁵ BOURGEOIS, Léon. Solidarité. Armand Colin, Paris, 1.912 p. 81.

³⁶ PISIER-KOUCHNER. Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit, y HAURIUO, Maurice, L'Année politique française et étrangère. 1929-1930, p. 14-15.



Por todo lo dicho, ante los daños sufridos por las personas respecto de los que no se puede exigir una responsabilidad del Estado técnicamente concebida, es decir, fundada en la imputación a este del daño sufrido, el legislador debe señalar la extensión y la proporción en que la sociedad debe asumir su deber solidario en la forma de una compensación suficiente, justa y razonable.

No es, por tanto, de recibo la pretensión de que “según la nueva Constitución, la responsabilidad del Estado encuentra su fundamento en el principio de solidaridad que surge de la noción del Estado Social de Derecho”.³⁷ Enfoque repetido en muchas decisiones,³⁸ que olvida que el principio de solidaridad puede existir en un sistema político distinto al del Estado Social de Derecho. Además, como lo expresa Carré de Malberg, la aplicación del principio de solidaridad necesita de una ley “porque ella significa que existe entre la nación y los ciudadanos una especie de “contrato social” que permite unir a estos últimos hacia un objetivo común (...) la aceptación de ese contrato tiene lugar a través de los representantes de los ciudadanos mediante la aprobación de una ley. Solo ésta última permite poner en funcionamiento un régimen de ayuda. . .”³⁹

Tal es la expresión jurídica del principio de solidaridad consagrado en la Constitución colombiana, porque es el que se concilia con una república participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la prevalencia del interés general⁴⁰.

5. Las soluciones en el derecho comparado

La manera concreta como el legislador puede asumir las compensaciones solidarias es variado. Así por ejemplo, en Francia, es el mecanismo del seguro el que se ha implantado en beneficio de las víctimas de actos terroristas. En España, en cambio, el Estado asume parte de las indemnizaciones que corresponderían a los responsables directos de los actos terroristas.

6. La legislación francesa

En su Informe Público anual correspondiente a 2005, “Responsabilidad y socialización del riesgo”, el Consejo de Estado de Francia señala con razón que la sociedad de hoy rechaza la fatalidad y se caracteriza por una exigencia creciente de seguridad⁴¹.

³⁷ C. de E. Secc. Tercera, Exp. No. 6515. Octubre 31 de 1991, actor: Fabio Ruiz Ospina.

³⁸ C. de E., Secc. Tercera, Exp. 6828. Julio 30 de 1992, actor, Carlos Arturo Pinzón Vargas, C.P. Julio César Uribe Acosta. En el mismo sentido, Secc. Tercera, noviembre 22 de 1991, actor Emilia Guido de Mazanett, C.P. Julio César Uribe Acosta.

³⁹ En Du fondement du droit à la réparation intégrale pour les victimes du dommages de guerre. Publicaciones del CNARIDG, p. 16.

⁴⁰ C. P. Art. 1.

⁴¹ Conseil d’État, Rapport Public 2005: RESPONSABILITÉ ET SOCIALISATION DU RISQUE.



La evolución hacia una creciente “*socialización del riesgo*” se funda en una solidaridad mayor que participa de la idea de que hay riesgos cuya carga sería injusto no compartir. Ella permite la indemnización de riesgos mal identificados a priori, y cuya escala potencial vuelve difícil la cobertura por el exclusivo juego de los mecanismos clásicos del seguro.

*“La noción de perjuicio ha evolucionado. Cada vez se busca más la indemnización en hipótesis en las cuales no se puede declarar ninguna responsabilidad (catástrofes naturales, terrorismo...)”*⁴²

“La noción de solidaridad nacional se ha desarrollado en el Derecho público de la responsabilidad: corresponde al Estado reparar los daños que ninguna persona pública ha causado, pero que se vinculan al ejercicio de sus competencias. El preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 consagra esta solidaridad: “la nación proclama la solidaridad y la igualdad de todos los franceses ante las cargas que resultan de las calamidades nacionales.” Ello ha determinado que se pongan en vigor sistemas mixtos que conjugan solidaridad y seguro como es el caso de la ley de 13 de julio de 1982 relativa a la indemnización de las víctimas de catástrofes nacionales.”

En esta evolución, legislador y juez tiene un papel complementario. En el siglo XX, los regímenes legislativos especiales de indemnización se multiplicaron: legislación sobre los daños de guerra, sobre las vacunaciones, sobre las calamidades agrícolas, el dominio médico. . . La jurisprudencia ha tenido un gran papel en la consagración de derechos a la indemnización, precediendo a veces la acción legislativa, que ha su turno ha retomado o frenado las evoluciones (accidentes de trabajo, responsabilidad médica...). El juez administrativo tiene la misión de restablecer un equilibrio, la igualdad ante las cargas públicas, cuando ese equilibrio se rompe, pero la acción jurisprudencial conoce límites: únicamente le corresponde al legislador convocar la solidaridad nacional para la indemnización de las víctimas”⁴³.

Dentro de esta concepción, el legislador francés ha dispuesto en diversos sectores regímenes de complementariedad entre el seguro y la solidaridad. Así, el riesgo terrorista, “*riesgo extremo por excelencia*”⁴⁴ se ha enfrentado mediante la expedición de la ley de 9 de septiembre de 1986 que crea un fondo de garantía para las víctimas de actos de terrorismo para los daños corporales, financiado por un impuesto sobre el valor de los contratos de seguro de bienes. En relación con los daños materiales la ley deja la indemnización a cargo del asegurador. Luego de los atentados del 11 de septiembre y de los costos considerables engendrados por tales acontecimientos, los aseguradores y reaseguradores anunciaron que no cubrirían los daños materiales. En consecuencia, fueron necesarias medidas que combinaran seguro y solidaridad. Así, se dispuso que los daños materiales quedarían a cargo de aseguradores y reaseguradores conjuntamente, a tiempo que el Estado ofrece su garantía ilimitada más allá de un cierto nivel.⁴⁵

⁴² Ídem.

⁴³ Ídem. Op. cit.

⁴⁴ Erwan Michel-Kerjan. *Terrorisme à grande échelle: partage des risques et politiques publiques*. Revue d'économie politique, sept-oct. 2003, no. 5.

⁴⁵ Véase la ponencia del Consejero de Estado Marcel Pochard. La indemnización de las víctimas bajo el fundamento del principio de solidaridad nacional.



7. La legislación española

En España, la Ley 32/1999, de 8 de octubre, “*de solidaridad con las víctimas del terrorismo*”, inicialmente a favor de las víctimas de ETA, tiene un triple objeto. En primer lugar, rendir honor y reconocimiento a las víctimas del terrorismo. Se trata del aspecto más simbólico de la Ley, y se canaliza a través de la declaración formal contenida en su artículo primero, y de unas distinciones honoríficas previstas en el artículo cuarto. En segundo lugar, atribuye al Estado el pago de las indemnizaciones debidas por los autores y demás responsables de las acciones terroristas a sus víctimas en concepto de responsabilidad civil derivada de delito. Se trata de una atribución que, como la Ley se encarga de recalcar, es efectuada de forma extraordinaria (art. 2.1. de la Ley) *y no comporta la asunción de ningún tipo de responsabilidad subsidiaria por parte del Estado* (art. 2.3. de la Ley). Es, por tanto, una asunción movida por un principio de solidaridad y no de responsabilidad.

La asunción estatal del pago de las indemnizaciones debidas por los autores de los delitos queda, sin embargo, subordinada a un requisito fundamental: las víctimas deben transmitir al Estado las acciones civiles de que sean titulares contra los autores de los delitos (en el caso de que una sentencia firme haya declarado ya la responsabilidad civil de estos), o su expectativa de derecho de obtener una futura fijación judicial de responsabilidad civil contra ellos (cuando no haya sentencia firme declarativa de dicha responsabilidad), con anterioridad a la percepción de la indemnización estatal prevista en la Ley 32/1999 (art. 8). El Estado, por tanto, asume las indemnizaciones que correspondían inicialmente a los autores de los delitos, pero se subroga en la posición de las víctimas y dispone de la posibilidad de recuperar lo satisfecho de aquellos.

La Ley 32/1999, en tercer y último lugar, prevé, en su art. 7, otras ayudas destinadas a las víctimas del terrorismo: la exención de todo tipo de tasas académicas, en todos los niveles de enseñanza, en favor de las víctimas, de sus cónyuges e hijos; y ayudas específicas destinadas a financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas que no hayan sido cubiertos por un sistema público o privado de aseguramiento, o por el régimen estatal o autonómico de ayudas a las víctimas del terrorismo, y cuya necesidad actual resulte acreditada. Las indemnizaciones fijadas en la Ley quedan exentas del impuesto sobre la renta y de cualquier otro impuesto personal (art. 13).

Se trata de una estrategia que busca ayudar a las víctimas sobre la base de una transmisión al Estado de las obligaciones indemnizatorias derivadas de los delitos cometidos por organizaciones terroristas.

No todos los daños sufridos por las víctimas del terrorismo son indemnizables en virtud de la ley. Los daños indemnizables son, según el art. 2.2. de la Ley, los daños *físicos o psicofísicos* sufridos por las víctimas. Pero no todos los daños físicos o psicofísicos. El art. 6 de la Ley, en efecto, circunscribe la indemnizabilidad a los daños físicos o psicofísicos productores, consistentes en o derivados de *fallecimiento, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta, incapacidad permanente total, incapacidad permanente parcial, lesiones permanentes no invalidantes, secuestro.*



Quedan fuera de la indemnización, por tanto, otros daños de tipo no personal como, p. ej., la destrucción de la vivienda, o de un establecimiento mercantil o comercial, o de un vehículo.

8. Las decisiones recientes del Estado colombiano

Hay que reiterar, una vez más, que las particulares condiciones que por tanto tiempo ha vivido el país hacen particularmente difícil enfrentar temas como el de la responsabilidad por actos terroristas, además porque ellos son susceptibles de valoraciones políticas que hacen muy controversial el análisis estrictamente jurídico. De todos modos, es importante registrar la expedición reciente de una normativa que empieza a responder a la necesidad de amparar a las víctimas del conflicto. Es así como en el marco de la Ley 975 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, se dictó el pasado 22 de abril el decreto 1290, “por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley”. Ese programa se orienta al otorgamiento de medidas de reparación individual a las personas que, antes de la expedición del decreto, hayan sufrido violación de sus derechos fundamentales por acción de los grupos armados organizados al margen de la ley. De acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional⁴⁶, los recursos salen del patrimonio de los perpetradores de los delitos, y el Estado ingresa en la secuencia solo en un papel residual para dar cobertura a los derechos de las víctimas (Art. 42, inc. segundo, Ley 475 de 2005).

El programa de reparación estará directamente a cargo de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional - Acción Social, es decir, que su ejecución se hará por un procedimiento que tendrá lugar en sede administrativa y no jurisdiccional. Hay que decir que, en principio, se trata de una opción razonable dada la magnitud del problema, que sin duda rebasa ampliamente la capacidad de cualquier sistema exclusivamente judicial. De acuerdo con la documentación oficial, el programa tendría un costo aproximado de 3,5 billones de pesos, que con el componente para los desplazados ascendería a los 7 billones de pesos. Este estimativo puede sufrir modificación en la medida en que aumente el cálculo estimado de 100.000 víctimas y 450.000 familias desplazadas. El Decreto expresa claramente que la reparación individual por la vía administrativa se fundamenta *en el principio de solidaridad del Estado con las víctimas* (art. 2). Las medidas de reparación tienen que ver con la restitución, rehabilitación, satisfacción, indemnización y las medidas de no repetición. Para la indemnización solidaria se establece el pago en salarios mínimos mensuales legales.

No obstante, el programa no incluye las violaciones colectivas o individuales a los derechos atribuibles a agentes del Estado, las cuales se regulan por las normas

⁴⁶ C. Const. C-370 (6.2.4.4.11) de 2006.



aplicables en la materia, es decir, el régimen de responsabilidad del Estado consagrado en el artículo 90 de la Constitución. (art. 2). De igual manera, se dispone que el reconocimiento a las medidas de reparación no excluye aquellas que solo fuere posible tramitar por vía judicial, de modo que la víctima podrá acudir para estos efectos ante la autoridad judicial respectiva (art. 11).

La norma que se comenta (Decreto 1290/2008) tiene clara inspiración en los mecanismos previstos en el derecho comparado, en especial el sistema español ya referido, ya que el Centro de Justicia Transicional (ICTJ) del gobierno de ese país asesoró al gobierno nacional. Es así como el artículo 13 aclara que en los casos en que se otorgue la reparación individual por vía administrativa, el Estado se subrogará en el monto de las medidas de reparación que hubiera reconocido en beneficio de las víctimas, y tendrá derecho a repetir contra los victimarios por dichas sumas de dinero debidamente indexadas.

De igual manera, es claro que se han tenido en cuenta las recomendaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos como las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Es de esperar, finalmente, que estos mecanismos de soporte a las víctimas de atentados que no son directamente imputables al Estado se complementen y perfeccionen hasta alcanzar un cubrimiento amplio, completo y suficiente de los perjuicios que sufren las víctimas. Pero si el Estado no es capaz de responder a los deberes que le impone el principio de solidaridad en tanto que uno de los fundamentos jurídicos que legitiman su razón de ser, quizás sea necesario que los tribunales interpreten esa omisión como una causal de imputación por falla, con todas las consecuencias que ello comporta.



Indemnización de las víctimas por vía judicial y administrativa –legislación y jurisprudencia tributarias– María Inés Ortiz Barbosa

CONSEJERA DE ESTADO, PRESIDENTA DE LA SECCIÓN CUARTA,
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Víctimas

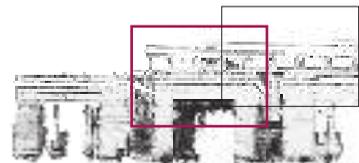
Para efectos de esta intervención reduciré el tema a aspectos tributarios relativos a víctimas de daños causados por grupos armados ilegales originados en el secuestro.

Así las cosas, es obligado determinar para el caso quiénes son víctimas. Como lo ha puntualizado el proyecto de ley 157 de 2007, aprobado recientemente en el Senado de la República, son ellas los sujetos de violaciones de la legislación penal, de normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario perpetradas por grupos armados al margen de la ley.

La real o supuesta disputa por el poder es uno de los elementos generadores de la violencia que ocasiona las violaciones de que trata este proyecto de medidas de protección, que aún se debate en el Congreso, y ello obliga a los regímenes democráticos a adoptar medidas legislativas que contribuyan a la reparación del daño y a poner en marcha el aparato judicial para que las haga efectivas y que a la vez lo involucran en la consecución de la meta de la solución del conflicto.

A lo anterior se suma el auge del terrorismo internacional en los albores del siglo XXI cuando a finales del siglo XX, imbuido por modificaciones a las Cartas constitucionales y por una cultura acendrada de reconocimiento de los derechos humanos, estos habían logrado un respeto y protección que traspasaba las fronteras en el mundo.

Y en el caso particular de Colombia los dos fenómenos de fuerte contenido político –la lucha por el poder y el terrorismo– van de la mano del narcotráfico que potencializa la violencia y eleva a cantidades asombrosas el número de víctimas por grupos armados ilegales. Pero la sociedad civil ha iniciado un despertar que nos aparta de la sentencia del dictador según la cual *la muerte de un ser humano es un asesinato pero la muerte de miles es una estadística*. No podemos dejar de recordar que los conflictos y problemas de violencia surgen en Colombia desde la conquista y las víctimas por lo general son personas de manifiesta debilidad económica, social y



cultural ante la intolerancia por la diversidad étnica, de pensamiento y aun religiosa. Como lo señalaba el autor Pedro Gómez Valderrama, cada conflicto no es más que otra raya en la piel del tigre.

Esta especial situación de Colombia trasciende en los objetivos plasmados en la Ponencia para primer debate del anotado proyecto de ley, que se fundamenta en el principio de solidaridad y no en la asignación de responsabilidad al Estado por los hechos de los grupos armados al margen de la ley, y que a la letra dice: *“Con esta ley, anhelamos construir una política de Estado para las víctimas. Es así como esperamos forjar un consenso político para dar un nuevo ejemplo al mundo, aprobando todos los sectores democráticos representados en el Congreso de la República una Ley de Víctimas que sirva de ejemplo para el mundo democrático, una ley de la cual nos podamos sentir orgullosos ante la comunidad internacional y que contribuye a hacer justicia con los millones de víctimas del conflicto armado colombiano. Es necesario soñar con un país y una sociedad en el que nuestras víctimas sean lo más importante. Hasta ahora, tristemente, los importantes han sido sus victimarios”*.

Curiosamente la Ley 1201 de 2008 (anexo 1) contiene una aparente distinción entre víctimas del terrorismo y desplazados cuando en su artículo 1° indica que del producto de los bienes mostrencos allí regulados (guacas), el 40% se destinará a la atención de las primeras y el 60 % a la de los últimos. En mi opinión debe entenderse que tal distinción es solo para efectos de la destinación específica de recursos.

Tutela judicial efectiva

Ante este panorama fáctico y jurídico emerge la tutela judicial efectiva como un pilar de protección de los derechos y libertades ejercida por la jurisdicción contencioso-administrativa no solo con la reparación económica que con recia juridicidad se reconoce en los fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sino en sentencias de las distintas Secciones especializadas de la Corporación, como ocurre con la Sección Cuarta encargada de asuntos tributarios y económicos cuya función parecería tan alejada del tema si se trata de acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

El principio de la tutela judicial efectiva incorporado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹ (22 de noviembre de 1969) ha sido traído a nuestra Constitución en varias disposiciones, como la máxima expresión de una justicia formal y material. Lo desarrolla la jurisprudencia supranacional y en la nacional en particular el Consejo de Estado, Corporación que desde su creación se ha caracterizado por la interpretación garantista de la ley, ha sido pionera en

¹ El artículo 25 de la Convención reza: *“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”*.



la defensa y protección de los derechos y libertades y ha procurado el equilibrio procesal entre el Estado y los administrados.

El artículo 25 de la Convención se refiere al recurso judicial en su más amplia acepción y se traduce en la obligación de los Estados Parte de respetar los derechos y libertades y garantizar su pleno ejercicio. Este deber se cristaliza en la función jurisdiccional (art. 116 C.P.) y comprende el libre acceso a la justicia en condiciones de igualdad (art. 229 C.N.), el respeto al debido proceso y al derecho de defensa (art. 29 C.N.), la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.N.) que conduce a decisiones de mérito con el adecuado restablecimiento del derecho o reparación del daño, si fuere del caso, la posibilidad de ejercitar un recurso eficaz y el derecho a que la sentencia se ejecute, todo lo cual comporta una pronta y cumplida justicia y avala el derecho al “plazo razonable”.

En desarrollo del anotado principio que debe ser rector del nuevo Código Contencioso Administrativo, la Sección Cuarta ha avocado el análisis de las situaciones fácticas y de las cláusulas tributarias aplicables a procesos que involucran víctimas en el sentido expresado, y en particular frente al secuestro.

Normativa tributaria y secuestro

Estimo que en el caso del secuestro se produce un daño que supera las contingencias de la vida normal pero que no compromete la responsabilidad del Estado.

En todo caso, no puede desconocerse que la actuación tributaria frente a la víctima del secuestro es una intervención del Estado autorizada en la ley pero tal intervención, sin intención alguna de causar daño, no lo alivia y aunque el Estado no es responsable del secuestro y por el contrario ha adoptado medidas efectivas que estadísticamente lo han disminuido, sí está obligado a “compensar” este tipo de daño en eventos realizados por grupos ilegales armados, porque el Estado no puede ser indiferente como tampoco puede serlo la sociedad y menos aún la comunidad de contribuyentes.

Surge entonces la que podríamos denominar “compensación tributaria” (a la víctima), que se apoya en el principio de la desigualdad ante las cargas públicas y por ende en los principios constitucionales de nuestro sistema tributario.

Es por ello que puede afirmarse que la norma tributaria no es neutra. Por el contrario, como precepto contenido de deberes y obligaciones tiene un importante contenido social, como ocurre con las relativas a deducciones, exenciones y exclusiones cuyo objetivo se dirige a fomentar la inversión, a incrementar el desarrollo, a combatir el desempleo y a procurar los recursos para cumplir los altos fines del Estado. El sistema tributario colombiano se funda en los principios de eficiencia, equidad y progresividad (art. 363 C.P.) y la contribución al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado es un deber que se desarrolla dentro de ellos y en el concepto de justicia, principios que se apoyan en la solidaridad social. De esta se han derivado, en mi opinión, a manera de “compensación tributaria” (a las víctimas), gravámenes a la riqueza destinados a conjurar el conflicto armado y sus efectos, tales como la contribución especial, el impuesto para preservar la seguridad democrática



y el impuesto de patrimonio, en orden cronológico de imposición. Además, según los antecedentes de la Ley 863 de 2003, la sobretasa que durante tres años (2004-2006) se estableció para el impuesto de renta se fundó en el fortalecimiento de la Seguridad Democrática.

El principio de solidaridad social es el punto de partida del Ejecutivo cuando expide decretos o propone o apoya proyectos de ley para aliviar la situación de las víctimas, del Congreso cuando ejerce su iniciativa en tal sentido y de la justicia constitucional, ordinaria y contencioso-administrativa cuando en su permanente ejercicio hermenéutico, la interpretación ha conducido a una protección reforzada, al reconocimiento de los derechos de aquellas y a la respectiva reparación.

En relación con el secuestro, el Concejo del Distrito Capital ha sido pionero al expedir un Acuerdo (124 del 2004) (anexo 2) por el cual otorgó exenciones tributarias a las personas víctimas de este flagelo y de desaparición forzada, especializó el cumplimiento de las obligaciones tributarias a su cargo y reguló el acceso al sistema en seguridad social en salud y educación para sus familias. Introdujo una exención del pago del predial y de valorización para el inmueble de habitación de propiedad del secuestrado o desaparecido o de su cónyuge o compañero o compañera permanente o de sus padres, durante el tiempo que dure el secuestro o la desaparición forzada, sin exceder de 10 años, término límite para los tributos a los que se refiere el Acuerdo por las limitaciones señaladas en el Decreto-ley 1333 de 1986 (art. 258) y pese a que en nuestro país existen secuestrados por más de 11 años. Se establece la exención en similares condiciones para el impuesto del vehículo matriculado en Bogotá de uso particular de la víctima o del núcleo familiar y alivios en el impuesto de industria y comercio. En caso de muerte en cautiverio, las exenciones se mantienen por 2 años más, desde la fecha de la muerte. Mediante Decreto Distrital (051 de 2005) se reglamentó la aplicación de estos beneficios (anexo 3).

En el año 2004 en una mesa intersectorial en la que participaron los congresistas proponentes, el vicepresidente de la República y entidades gubernamentales privadas involucradas en el sensible tema del secuestro, se concertó un proyecto de ley que se concretó en la Ley 986 de 2005 (anexo 4) que adoptó cláusulas de protección y definió como víctimas al secuestrado, a su familia y a las personas que dependen económicamente de él. Entre otras medidas se ordenó el pago de salarios, prestaciones, honorarios y pensiones del secuestrado en las condiciones allí establecidas, con particular protección para los miembros de la Fuerza Pública secuestrados, creó para los empleadores la exención del 100% de los salarios pagados y se ordenó la suspensión de términos durante el tiempo de cautiverio para las obligaciones tributarias nacionales y territoriales. Estas exenciones son otra especie de compensación tributaria.

Jurisprudencia Sección Cuarta

En su actividad judicial, en acciones constitucionales la Sección Tributaria y Económica debió decidir acciones populares y de grupo en las cuales el núcleo del



debate era la protección de víctimas del desplazamiento forzado² (anexo 5) y en las acciones de tutela, que aún conoce en elevado número, es recurrente el análisis de estos aspectos. Abunda su jurisprudencia en acciones de tutela respecto de miembros de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional para proteger sus derechos fundamentales cuya afectación se origina en actos de terrorismo o en desarrollo de su función propia frente a grupos ilegales armados.

Como ejemplo de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, en dos ocasiones similares, una de ellas en sentencia de 1996³ el Consejo de Estado protegió el derecho al debido proceso de una persona secuestrada, según se relataba en los hechos de la demanda en la sentencia de primera instancia. Tal protección se fundó en normas eminentemente tributarias (arts. 557, 571 y 572 E.T.), que tratan de la agencia oficiosa regulada solo para responder requerimientos e interponer recursos y que enuncian las personas obligadas a cumplir los deberes formales y los representantes autorizados para ello.

La Sección consideró que un Decreto Extraordinario (1651 de 1961), no compilado en el Estatuto y desestimado por la DIAN, estaba vigente y que daba alcance a la norma especial en el sentido de operar la agencia oficiosa para todas las actuaciones ante las Oficinas de Impuestos, incluida la firma de las declaraciones tributarias sin que se requiera la condición de profesional del derecho por cuanto para cumplir las obligaciones a cargo de las personas señaladas en la ley no se exige la condición de abogado. Se concluyó que esta representación en materia fiscal, avalada por la ley, no requiere la ratificación de que tratan las normas comunes (anexo 6). Indudablemente el caso es ilustrativo por las consecuencias tributarias que en ese momento no habían sido reguladas legalmente para los secuestrados.

Particularmente interesante es el caso de una persona secuestrada en el año 1997 quien, por la duración del secuestro, no podía cumplir con sus obligaciones fiscales. Ello implicó la necesidad de constituir una sociedad, mecanismo que permitió consignar en las cuentas corrientes y de ahorro el valor recaudado por las ventas. Entre otros, fue objeto de la discusión jurisdiccional el impuesto de renta para la persona natural porque se le propuso una doble liquidación, tanto por comparación patrimonial como por el sistema ordinario si la primera fuere desvirtuada. Este proceso brindó al Consejo de Estado la oportunidad de proteger los derechos de todos los contribuyentes frente a dobles liquidaciones de revisión proscritas (art. 702) en el Estatuto Tributario (anexo 7), e introdujo en 2006 una importante modificación de jurisprudencia.⁴

Providencias como estas ponen de presente la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva en cuanto se facilita el acceso a la administración de justicia, se da prevalencia al derecho sustancial, se protegen los derechos al debido proceso y de defensa y se expiden decisiones de mérito con plena eficacia para su ejecución, sin aplicación arbitraria ni extensiva de la norma tributaria. Estos pronunciamientos

² Sentencia de diciembre 12 de 2002, Expediente AG-062, actores: Martha Cecilia Chacón Castañeda y otros.

³ Sentencia de agosto 5 de 1996, Expediente 7712.

⁴ Sentencia de octubre 18 de 2006, Expediente: 15155.



muestran una línea jurisprudencial fundada en interpretaciones jurídicas que fortalecen la tutela judicial efectiva, que no desconoce la base igualitaria de la ley y que garantiza el deber de tratar con el mismo interés a todos los contribuyentes con un particular análisis de las situaciones fácticas atípicas que causan condiciones manifiestas de debilidad ante la comunidad y el Estado.

Y en materia de recursos económicos para las víctimas de la violencia armada, la Sección ha jugado un rol importante al decidir en acción de simple nulidad sobre un Concepto (2186 del 2003) de la DIAN demandado por la Dirección Nacional de Estupefacientes (anexo 8). El problema jurídico consistió en determinar el procedimiento para el cobro y satisfacción del crédito de obligaciones relativas a impuestos nacionales a cargo de contribuyentes incurso en procesos penales derivados de la Ley 30 de 1986, cuyos bienes se encuentran en proceso de extinción de dominio. La tesis jurídica de la DIAN fue que el procedimiento es el señalado en el Estatuto Tributario para el Cobro Coactivo y que deben aplicarse las prelación previstas en la ley y por ende la concurrencia de embargos.

La ponderación del problema y de la tesis obligó por su dificultad a la convocatoria de una audiencia pública y la Sección finalmente decretó la nulidad del Concepto. La ratio decidendi se apoyó en la Ley 785 del 2002 (art. 9°) para indicar que durante el proceso de extinción del dominio los impuestos sobre los bienes administrados por Estupefacientes no causan interés alguno y que durante el trámite de extinción se suspende el término para iniciar o proseguir procesos de jurisdicción coactiva, suspensión que opera respecto de todos los impuestos que recaen sobre los bienes incautados y no solo sobre los territoriales como lo pretendía la Oficina Nacional. Se dio alcance a la implícita necesidad de que el producto de tales bienes, adquiridos por medios violentos e ilegales, no se vea mermado por la posible concurrencia de embargos singulares sino que efectivamente se garantice la indemnización de las víctimas y que el control del embargo singular impida la injerencia del testaferrato⁵. (anexo 9).

Conclusión

Sin duda alguna, desde la elección de la norma, el análisis de los aspectos de hecho y de derecho, la argumentación jurídica coherente y fundada, hasta la decisión que incluye el efectivo restablecimiento del derecho o reparación del daño, en la labor interpretativa del juez recae la responsabilidad de la adecuada reparación. En efecto, la interpretación es una cuestión de justicia –en palabras de Dworkin– y en mi opinión se funda en las reflexiones valorativas del juez que en Colombia solo está sujeto al imperio de la ley y quien tiene el deber de conciliar el interés individual con el interés general. Es entonces oportuno citar a Pierre Lemieux para quien el interés general se define exclusivamente en función de los intereses individuales los cuales no son el resultado de una simple suma, distinción que corresponde con la moderna

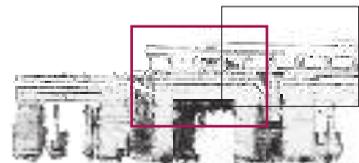
⁵ Sentencia de marzo 6 de 2008, Expediente 15042.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

idea de la libertad individual y no con el mito antiguo de la libertad colectiva y así el tratadista enfatiza que: *“Entendiendo como libertad colectiva, el interés general no es verdaderamente general si constriñe la libertad de un solo individuo”*.

Finalmente, se encuentra en la Constitución la que se podría llamar la norma reina que silente recibe las medidas del Ejecutivo, las leyes del Congreso y las decisiones del juez sabio y compasivo de Carnelutti que deben llevarla a encabezar los derechos de la comunidad, aun cuando en el artículo 85 de la Carta no se incluye como de aplicación inmediata. Tal norma es el artículo 22, según el cual la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.



Reparación por vía administrativa, un primer paso en favor de las víctimas

Guillermo Francisco Reyes González

VICEMINISTRO DE JUSTICIA



El Gobierno ha creado un programa de reparación individual por la vía administrativa para que haya una compensación económica a las víctimas que han padecido la violación de sus derechos

Honorables Consejeros de Francia, honorables magistrados del Consejo de Estado de la República de Colombia, magistrados, jueces, funcionarios de la rama judicial y ejecutiva, estimados amigos:

Permitanme expresarles mi complacencia y el constituir motivo de gran orgullo, estar presente en esta fecha y en este auditorio de los tribunales, en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, para explicar a ustedes los principales antecedentes, elementos y características del Decreto 1290 de 2008, por medio del cual se creó el Programa de Reparación por Vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Alzados al Margen de la Ley.

Antecedentes del Decreto 1290 de 2008

Con ocasión de la evaluación de los dos años de vigencia de la ley de justicia y paz en Colombia, durante la última semana del mes de octubre de 2007, el señor Presidente de la República convocó a las cabezas de las diferentes instituciones involucradas en este proceso, con el fin de examinar los resultados de la implementación de la ley, y de adoptar medidas para impulsar y acelerar los procesos judiciales en curso contra los miembros desmovilizados de los grupos al margen de la ley, y de examinar la situación de las víctimas de estos grupos. Asistieron a la convocatoria, entre otros, el Fiscal y Vicefiscal General, el Comisionado de Paz, el Ministro del Interior y de Justicia, el Presidente de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, el Director de Acción Social, así como el suscrito Viceministro y otros funcionarios involucrados en este proceso, quienes dimos los correspondientes informes sobre la evolución de la ley y resultados de la misma. En esta reunión, el Dr. Eduardo Pizarro León Gómez, Presidente de la CNRR, le propuso al Presidente de la



República estudiar la posibilidad de poner en marcha un plan de reparación por la vía administrativa a las víctimas de los grupos armados. Citó, entre otros, los casos exitosos de Perú, Chile, Argentina, España, Alemania, Sierra Leona. Entre los argumentos para reparar por la vía administrativa, mencionó:

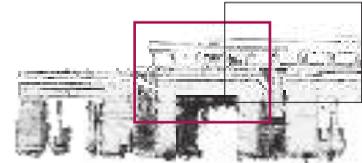
- El número elevado de víctimas.
- La mayoría de las víctimas en Colombia no identifica al victimario, por lo que solo un número muy reducido de víctimas obtendría reparación por la vía judicial.
- Las víctimas son personas de escasos recursos económicos y la mayoría reside en las zonas rurales.

Fueron tan contundentes los argumentos, que el señor Presidente Álvaro Uribe invitó al Ministro del Interior y de Justicia a conformar un equipo de trabajo bajo el liderazgo del Viceministro de Justicia y con el concurso de la CNRR para avanzar en la elaboración de un Programa de Reparación por Vía Administrativa, el cual debería estar concluido para mediados del mes de diciembre de 2007.

Y fue así como durante los meses de noviembre y diciembre, se desarrollaron múltiples reuniones con el fin de preparar el proyecto de decreto, que finalmente después de numerosas sesiones, sendos borradores y muchos debates, dieron como resultado un texto que fue socializado en todo el país con las Altas Cortes y tribunales, los órganos de control, las entidades del gobierno nacional, organizaciones no gubernamentales, partidos políticos, entre otros, y a escala internacional, con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, voceros de organizaciones internacionales como la OEA, la ONU, y miembros del cuerpo diplomático. Y luego, durante los meses de enero, febrero y comienzos de marzo, el proyecto de decreto fue sometido a un proceso de once consultas sociales con organizaciones de víctimas, a lo largo de todo el territorio nacional, en las que participaron más de 4.000 víctimas, quienes expresaron sus opiniones y formularon propuestas, las que permitieron concluir con la expedición el 22 de abril de 2008 del Decreto 1290.

La justificación de un programa de reparación por vía administrativa

La reparación por vía administrativa era altamente recomendable en Colombia, dado el número de víctimas tan grande, por cuanto hacer la reparación por vía judicial tardaría décadas, pero, además, un número muy alto de víctimas, según datos de la Fiscalía y la CNRR de noviembre de 2007, se quedaría sin acceder a la reparación por la vía judicial, por no tener certeza del victimario. Según las experiencias internacionales, tal como lo han advertido la propia Organización de las Naciones Unidas y la ICTJ, la reparación por vía administrativa ha sido la única que ha funcionado cuando el número de víctimas es muy alto, tal como lo evidencian las pocas experiencias internacionales exitosas que están en Alemania, España, Argentina, Chile, Estados Unidos, donde la reparación se ha llevado a cabo utilizando este mecanismo en lugar del judicial. Y cuando se afirma “reparación exitosa”, es limitada porque en ninguno de estos países hubo aplicación de justicia, salvo parcialmente en Alemania.



El mecanismo de la reparación por la vía administrativa, sin lugar a dudas, va a permitir una reparación más ágil, universal y orientada hacia las víctimas más vulnerables.

El reconocimiento y garantía de los derechos de las víctimas ha sido preocupación permanente del Gobierno Nacional, convencido de que hay aquí una herramienta central para promover la paz y la reconciliación en un contexto de respeto por los derechos humanos y a través de un esfuerzo continuo que busque siempre el interés de las víctimas.

Con la Reparación por Vía Administrativa las víctimas de los grupos armados al margen de la ley empezarán a tener acceso a toda la fuerza institucional del Estado para su reparación integral de forma inmediata. Gracias a esta iniciativa, las víctimas no serán sometidas a procesos complejos de registro, como los judiciales, sino que accederán de manera ágil a un conjunto de medidas de reparación que serán financiadas con recursos del presupuesto general de la Nación, que incluye, además de una indemnización básica monetaria o un plan de vivienda, el acceso a programas de educación, salud, planes de bienestar, la restitución de sus bienes y tierras, entre otros beneficios.

Este programa, más que un conjunto de indemnizaciones y otras medidas de reparación, es un acto de justicia con las millares de víctimas que por toda la geografía nacional los grupos armados organizados al margen de la ley han dejado a su paso. Probablemente el programa en su componente de la indemnización solidaria no es todo lo generoso que se hubiera querido en cuanto a los montos, porque en razón de las limitaciones presupuestales el programa debe ser responsable, viable y sostenible desde el punto de vista fiscal, pero en todo caso es una manera de dignificar y reconocer el sufrimiento, el dolor y el silencio en que permanecieron durante tantos años las víctimas de los grupos armados al margen de la ley.

Este programa constituye un componente fundamental del Plan Nacional de Reparaciones en que vienen trabajando la CNRR y el Gobierno Nacional, del cual hacen parte, igualmente, el programa de restitución de bienes, el programa de reparaciones masivas y simbólicas, y el de asistencia integral a las víctimas.

La víctima como parte esencial del proceso de verdad, justicia y reparación

Transcurridos ya casi tres años desde la entrada en vigencia de la ley de justicia y paz, no cabe duda que son visibles los resultados de la política del Gobierno Nacional, encaminada a alcanzar, fruto de los acuerdos con los miembros de los grupos alzados en armas al margen de la ley, justicia, verdad, reparación y reconciliación.

En efecto, en un informe presentado por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación en días pasados, a partir de cifras de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, se tienen las siguientes estadísticas:

- Total de víctimas inscritas en Justicia y Paz: 137.803.
- Víctimas que han asistido a las diligencias de versión libre, 9.720.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

- Desmovilizados en Justicia y Paz, 2772.
- Versiones libres rendidas por los desmovilizados, 1.424.
- Versiones libres terminadas, 1.141.
- Versiones libres en curso, 280.
- Versiones libres programadas para 2008: 128.
- Versiones libres concluidas 4 (Jean Carlos, Wilson Salazar y Carlos Mario Montoya).
- Fosas y exhumaciones: 1.284 fosas; 1.550 cuerpos encontrados y 522 cuerpos con posible identidad.
- Se han entregado 179 restos a familiares, hay 34 pendientes por entregar y se han realizado 5 entregas simbólicas
- Total postulados: 3.183.
- Privados de la libertad: 378
- Se han encontrado los responsables de cuatro mil homicidios que permanecían en la impunidad.
- Los bienes entregados para la reparación hasta el momento están avaluados en 9 mil millones de pesos aproximadamente y el programa de reparación por vía administrativa se ha valorado en 7 billones de pesos.

A partir de estas cifras se hace evidente que, si bien durante la primera parte del proceso de justicia y paz, este se dedicó a los victimarios, en cuanto a consolidar la firma de los acuerdos de paz, su reincorporación a la vida civil, las postulaciones ante la Fiscalía General de la Nación, así como a la judicialización de los desmovilizados, con un resultado altamente positivo, la segunda parte ha sido enfocada a priorizar a la víctima, como portadora de derechos a la verdad, la justicia y la reparación, colocándose en el centro de la agenda pública, y en especial, constituyéndose en el componente fundamental del proceso de justicia y paz, situación que no había ocurrido en la historia remota de nuestra patria, como lo demostraré más adelante. Es por ello que no es aceptable afirmar que el Gobierno del Presidente Uribe no ha priorizado en este proceso el papel de las víctimas, cuando no existen antecedentes en nuestra historia de un Gobierno que hubiese tomado la bandera de la defensa, protección y reparación de las víctimas como lo ha hecho el actual. Por el contrario, proyectos de ley como el que cursa actualmente en el Congreso de la República destinado a consolidar un estatuto de las víctimas de la violencia tienen como antecedente directo el Programa de Reparación de las Víctimas incorporado en el Decreto 1290 de 2008, y las múltiples acciones lideradas desde comienzos del Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez en el año 2002, a través de Acción Social.

Como lo han señalado destacados personajes de la vida pública nacional, como el Presidente de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Eduardo Pizarro, en Colombia cuando se desmovilizaron los grupos guerrilleros nadie preguntó dónde estaban las víctimas. *La víctima no existía en la conciencia nacional y tampoco en la internacional. Me parece que en Colombia, por primera vez en nuestra historia, la víctima ocupa un puesto y un puesto con derechos. Haber colocado a la víctima en la agenda pública me parece el logro más importante de Justicia y Paz.*



En este momento tenemos aproximadamente 2 millones 400 mil víctimas registradas como población desplazada en Acción Social, más 140 mil víctimas que han sido objeto de otras formas de victimización distintas del desplazamiento forzado. Creo que la reparación por vía administrativa que comienza va, evidentemente, a aumentar el número de víctimas, no de desplazamiento forzado, sino de otras formas de victimización, homicidios, desaparición forzada, tortura, minas antipersonales, etc. Porque muchas víctimas tenían el temor de hacerse visibles en el marco de la ley de Justicia y Paz, pero ahora que tienen la opción de una reparación administrativa, sin necesidad de transitar por un proceso penal, el número de víctimas que permanecía invisible se va a hacer visible, resultado muy positivo para el Gobierno actual que ha dedicado importantes esfuerzos fiscales, políticos y jurídicos para este fin.

En Colombia nunca se había reparado a las víctimas de los grupos armados

La historia de Colombia demuestra que, no obstante los innumerables y constantes conflictos y hechos de violencia presentados antes y después de su independencia, así como en todos los anteriores acuerdos de paz, nunca se tuvieron en cuenta los derechos de las víctimas.

Nunca una de las tantas víctimas que diferentes ciclos de violencia han generado pudo acudir ante alguna instancia judicial o administrativa para solicitar una reparación. En la actualidad, en virtud de los tratados internacionales, por disposición de la Ley 975 de 2005, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por la convicción de este Gobierno, las víctimas tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación.

La decisión de reparar a las víctimas por la vía administrativa es una decisión autónoma y discrecional del Gobierno Nacional. No hemos sido obligados a crear este programa por ningún organismo ni autoridad judicial nacional o internacional, pero por encima de esto se tiene la voluntad política de hacerlo porque, frente al dolor y la vulnerabilidad de las víctimas, existe una insoslayable responsabilidad histórica a la que este gobierno le ha puesto todas sus energías y fortalezas.

Las fortalezas del Programa de Reparación

Diversos expertos en la materia han expresado públicamente los aspectos que consideran de mayor trascendencia en el Programa de Reparación por Vía Administrativa, de los cuales debo destacar los siguientes:

- Este programa es un complemento a la reparación judicial establecida por la Ley 975, a través de la cual se adelantan procesos judiciales a desmovilizados de grupos paramilitares. Al final del proceso se inicia un incidente de reparación, o en el momento en el cual hay una conciliación entre el desmovilizado que ha aceptado los cargos y sus víctimas.
- Es un “timonazo” el pasar de la reparación judicial a la administrativa, afirma Eduardo Pizarro, presidente de la CNRR. *“Y este timonazo se ha hecho por*



varias razones: porque la historia internacional muestra que las reparaciones por vía administrativa son las pocas que han funcionado; porque este tipo de reparación permite en forma ágil llegar a un universo amplio de personas; porque el 95% de las víctimas en Colombia no identifica a su victimario y por eso no es viable para ellas la reparación judicial y, además, por la sociología de la víctima: de cada 12 personas asesinadas, 11 son hombres y sus víctimas indirectas son mujeres pobres, que difícilmente acceden a procesos penales”.

- El programa busca superar el temor de que los bienes que la justicia colombiana pueda recuperar de los victimarios no sean suficientes para reparar a sus víctimas en los procesos judiciales. En todo caso, en numerosas ocasiones el Gobierno Nacional, ha reiterado que, si bien el Programa de Reparación por la Vía Administrativa será financiado con recursos del presupuesto general de la Nación, ello no significa que el Gobierno cesará en sus acciones y esfuerzos por perseguir, incautar y ubicar todos los bienes de los miembros de los grupos armados al margen de la ley, con el fin de que ingresen al Fondo para la Reparación de las Víctimas.
- El decreto de reparación administrativa puede convertirse, afirma Eduardo Pizarro, Presidente de la CNRR, en un hecho histórico, pues Colombia es uno de los primeros países en comenzar un programa de reparaciones cuando aún no ha terminado el conflicto. También podría serlo por el amplio número de víctimas que espera indemnizar.
- Una virtud de este decreto radica en que *“tiene en cuenta la caracterización de las víctimas en Colombia, que son personas en su mayoría de origen rural, de escasos recursos económicos, de baja escolaridad, madres cabeza de familia, personas sin preparación para insertarse en el mercado laboral urbano, entorno al que generalmente se han visto obligadas a desplazarse. Este decreto tiene la posibilidad de mitigar en algo el sufrimiento y las condiciones de vulnerabilidad en que permanecen estas víctimas, siempre y cuando se construya con criterio de complementariedad, y que por nada del mundo se vulneren sus otros derechos”.*
- Entre las víctimas sujetas a recibir reparación administrativa están los desplazados, que no aparecían en los primeros borradores del decreto. Aunque para el delito de desplazamiento se ha dispuesto un monto inferior a los otros, *“es muy importante que se les haya reconocido en el universo de víctimas y que la indemnización que por esta vía se les otorgue no se sume o reste de los beneficios que reciban de otras entidades del Estado”.*
- La reparación por vía administrativa es un primer paso y es muy importante, además de un hecho histórico, que el Gobierno haya tomado esta iniciativa frente a la dramática situación en que se encuentra la mayoría de las víctimas.



Los aspectos esenciales del Decreto de Reparación por vía Administrativa

El Decreto 1290 de 2008 crea el Programa de Reparación, el cual considera como víctimas a quienes hayan sufrido daños directos como consecuencia de las acciones de grupos armados organizados al margen de la ley, *“tales como pérdida de la vida, lesiones que ocasionen algún tipo de discapacidad, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales”*. También es víctima, como lo establece la Ley 975 de 2005, *“el cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad y primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida”*. Adicionalmente, el decreto permite que coexistan la reparación por vía judicial y la reparación por vía administrativa, sin que el ejercicio de la primera, o la aceptación de la segunda excluya la otra.

El Programa contempla un conjunto de medidas integrales de reparación por la vía administrativa, incluyendo la restitución, la no repetición, las medidas de satisfacción y rehabilitación, así como la indemnización solidaria, que incluye medidas de compensación económica para las víctimas y sus beneficiarios, incluyendo a los desplazados por la violencia, en montos que oscilan entre 27 y 40 salarios mínimos mensuales. La mayor indemnización es para los delitos de homicidio, desaparición forzada, secuestro e incapacidad permanente; la menor cantidad, para el desplazamiento forzado; y en término intermedio, para la tortura, las lesiones personales y psicológicas que no causen incapacidad permanente y para los delitos contra la libertad e integridad sexual.

Para solicitar estos beneficios, las víctimas se pueden acercar a las Oficinas de las Personerías Municipales, la Defensoría del pueblo, la Procuraduría o a la CNRR. Para constatar la calidad de víctima del solicitante se pedirán requisitos mínimos, mientras que para los casos de delitos sexuales no se exigirán pruebas.

Con el fin de facilitar al máximo el derecho a la reparación de las víctimas, éste programa está basado en el principio de la buena fe de los solicitantes, la autonomía del Comité de Reparaciones Individuales, la carga de la prueba en manos del Estado, y la experiencia y el compromiso de Acción Social en este tipo de programas.

Los obligados a reparar son los victimarios y no el Estado

De conformidad con la ley, la jurisprudencia y lo dispuesto en el decreto 1290 de 2008, no se puede olvidar que los llamados a responder y a reparar por sus crímenes son los victimarios, requisito fundamental para obtener la pena alternativa. El Estado no es responsable por la comisión de estos delitos, sino los miembros de los grupos armados al margen de la ley, lo que no obsta para que el Estado sea consciente de su deber de concurrir a la reparación en cumplimiento del principio de solidaridad, teniendo presente que el nuestro es un Estado solidario.



El Programa incluye a todas las víctimas de los grupos armados

En principio, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 975 de 2005, solo tendrían derecho a reparación por la vía judicial las víctimas de los grupos de autodefensa que se desmovilizaron en el marco del proceso de paz y que fueron postulados por el Gobierno Nacional, lo cual dejaría sin derecho a reparación a un considerable número de víctimas de la guerrilla y de los mismos grupos paramilitares. Sin embargo, para evitar que ello ocurra, el programa ha sido diseñado para beneficiar por igual a las víctimas de los grupos de autodefensa como de los grupos de guerrilla.

Fundamentos normativos del Programa de Reparación Administrativa

Como fundamentos normativos para la expedición del decreto por el cual se crea el Programa de Reparación por la Vía Administrativa, se tienen los siguientes:

El artículo 44 de la Ley 975 de 2005 señala que: *“La reparación de las víctimas de la que trata la presente ley comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.”* Por su parte, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 975 de 2005 dispone que: *“Las víctimas de los grupos armados al margen de la ley pueden obtener reparación acudiendo al Tribunal Superior de Distrito judicial, en relación con los hechos que sean de su conocimiento.”*

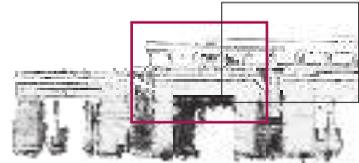
De otra parte, el inciso primero del artículo 16 del Decreto 3391 de 2006 establece:

“Las víctimas de los delitos cometidos por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley a quienes se aplique la Ley 975 de 2005 tienen derecho a la reparación del daño sufrido. La reparación comprende las acciones que propendan a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición, y podrá tener carácter individual, colectivo o simbólico, según lo establecido en la Ley 975 de 2005. En consecuencia, el carácter integral de la reparación no se establecerá en función exclusiva de las acciones de naturaleza económica.”

Además de la reparación judicial establecida en la Ley 975 del 25 de julio de 2005 de Justicia y Paz, es viable legalmente, que el Estado, con fundamento en el principio de solidaridad y la obligación residual de reparar, pueda establecer un procedimiento administrativo para reparar de manera anticipada a las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin perjuicio de la obligación de hacerlo que tienen los victimarios y el derecho de repetición del Estado contra estos.

En efecto, el inciso final del párrafo del artículo 54 de la Ley 975 de 2005 faculta al Gobierno para reglamentar el funcionamiento del Fondo para la Reparación de las Víctimas. Así, el artículo 55 de la Ley 975 de 2005 establece que Acción Social, a través del Fondo de que trata la citada ley, tendrá entre sus funciones la de (...): *“56.3 Adelantar otras acciones de reparación cuando a ello haya lugar.”*

Para garantizar el derecho de las víctimas a obtener reparación, además de los fundamentos normativos del derecho interno, tuvimos en cuenta al momento de redactar el decreto las reglas previstas por los instrumentos internacionales que establecen varios principios fundamentales, a saber:



1. La reparación debe ser suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido.
2. Cuando el responsable de la violación no pueda o no quiera cumplir con sus obligaciones, los Estados deben esforzarse por resarcir a la víctima.
3. Cuando el Estado haya resarcido a la víctima por una violación que no le sea imputable, quien la haya cometido deberá compensar al Estado.

Jurisprudencialmente, soporta la expedición del decreto 1290, la sentencia C-370 de 2006 emanada de la Corte Constitucional, la cual señaló: *“Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos.”* Además, que *“el Estado ingresa en esta secuencia solo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización a que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes”*.

Adicionalmente, la ley 975 de 2005 se refiere a la adopción de medidas integrales de justicia, verdad, reparación, garantías de no repetición y de reconciliación, según las cuales, las instituciones con competencias en ello deben contribuir a este proceso. En tal sentido, este decreto quiere coadyuvar a propiciar un camino que abra actuales y futuras medidas que ayuden a garantizar una política de reparación integral a las víctimas según los valores y derechos que aparecen en la Ley 975, y que ya han sido mencionados.

La necesidad de incentivar y propiciar políticas estatales en pro de la reconciliación

Constituye elemento fundamental para justificar la creación del Programa de Reparación por vía administrativa la necesidad de incentivar y propiciar políticas estatales que ayuden y fomenten la reconciliación nacional entre colombianos y colombianas con aquellos que sufrieron la violencia y de la sociedad consigo misma, y con los valores de libertad, derechos y democracia.

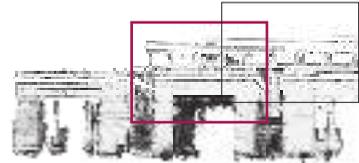
El programa constituye uno de los componentes del Plan Nacional de Reparaciones, con el cual no se agotan las posibilidades de reparación por otros conceptos en beneficio de las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley; por el contrario, este programa representa el inicio del proceso de reparación integral a las víctimas, que en ningún caso significa que este pretenda agotar por completo las posibilidades de reparación por otros conceptos en beneficio de las víctimas.



Principios rectores del Programa de Reparación por la vía administrativa

Constituyen principios fundamentales del Programa de Reparación por vía administrativa expedido mediante el Decreto 1290 de 2008 por el Gobierno Nacional, los siguientes:

- a) El Gobierno fundamentó la creación del Programa para la reparación administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, en el principio constitucional de solidaridad del Estado para con las víctimas.
- b) El Comité de Reparaciones Administrativas goza de autonomía para evaluar los elementos que sirvan para acreditar la condición de víctima y para decidir sobre el contenido y alcance de las peticiones de reparación presentadas por ellas. En consecuencia, tendrá la libre valoración de los medios de convicción que le sirvan de fundamento para tomar sus decisiones.
- c) Las entidades del Estado responsables de la aplicación del Programa trabajarán de manera armónica y articulada para el cumplimiento de los fines previstos en virtud del decreto, sin perjuicio de su autonomía e independencia.
- d) Las medidas reparatorias de indemnización solidaria previstas en el Programa, se reconocerán y pagarán de acuerdo con los tipos de victimización establecidos en el decreto 1290 de 2008, a partir del principio de igualdad.
- e) Las medidas de reparación administrativa individual tendrán un enfoque diferencial, salvo la de indemnización solidaria.
- f) La solicitud y aceptación de la reparación individual por la vía administrativa es voluntaria, y en consecuencia, las víctimas tendrán la libertad de decidir si se acogen a los beneficios previstos en el Programa.
- g) Ninguna víctima podrá recibir una doble reparación económica por el mismo concepto o violación, con cargo a los recursos del Estado. En consecuencia, aquellas víctimas o beneficiarios de estas que hayan recibido de parte del Estado, v. gr. a través de Acción Social, ayudas de cualquier especie, no podrán reclamar una doble reparación.
- h) Las actuaciones, procedimientos y formularios de todas las entidades públicas y personas naturales o jurídicas públicas o privadas que intervienen en la aplicación del Programa serán gratuitas. Adicionalmente, la medida de reparación económica será entregada en forma directa a la víctima o al beneficiario asegurando la gratuidad en el trámite, para que los destinatarios la reciban en su totalidad.
- i) En la ejecución del Programa, las disposiciones se interpretarán teniendo en cuenta la presunción de buena fe y el principio de favorabilidad en beneficio de los destinatarios.
- j) El programa de reparación se implementará en forma gradual, teniendo en cuenta el orden de radicación de las solicitudes y las disponibilidades fiscales, salvo lo que al respecto decida en casos especiales el Comité de Reparaciones Administrativas, de manera motivada, en razón del grado de vulnerabilidad de las víctimas y la gravedad de los hechos.



- k) Todas las actuaciones de las entidades públicas, procedimientos y medidas que se adopten en la implementación del decreto 1290 tienen el fin de reconocer y dignificar a las víctimas y a los beneficiarios de estas. Es por ello que se hace necesario crear las condiciones propicias para que las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley participen como ciudadanos de manera activa en la recuperación y el ejercicio pleno de sus derechos sociales, culturales, económicos y políticos en la reconstrucción del tejido social y la reinstitucionalización del Estado colombiano.

Objeto del Programa, definición de la reparación y derechos que son objeto del Programa

El Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley tiene por objeto conceder un conjunto de medidas de reparaciones individuales a favor de las personas que, en calidad de víctima o beneficiario, hubieren sufrido violación en sus derechos fundamentales por acción de los grupos armados organizados al margen de la ley. Anotando que, por mandato del decreto y a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se consideran como destinatarios o beneficiarios del programa las personas que hubieren sufrido daño directo como consecuencia de la violación de sus derechos fundamentales. Cuando a la víctima se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida, tendrán esa condición el cónyuge o compañero o compañera permanente o el familiar en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa o aquellos que dependían económicamente de ella.

De otra parte, de acuerdo con el principio de solidaridad se entiende por reparación individual administrativa el conjunto de medidas de reparación que el Estado reconozca a las víctimas de violaciones de sus derechos fundamentales, por hechos atribuibles a los grupos armados organizados al margen de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad de los victimarios y de la responsabilidad subsidiaria o residual del Estado.

Derechos y tipos de victimización

El Programa comprende los siguientes derechos fundamentales que hubieren sido objeto de violación: vida, integridad física, salud física y mental, libertad individual y libertad sexual. Se advierte que los delitos contra la propiedad, el patrimonio y las violaciones colectivas o atribuibles a agentes del Estado no están incluidos en el Programa de Reparación por la Vía Administrativa, y en consecuencia, serán regulados por las normas aplicables en estas materias.

Para los efectos de la reparación de que trata el decreto se tendrán en cuenta los tipos de victimización o hechos previstos como conductas violatorias de los derechos fundamentales de las víctimas, a saber: homicidio, desaparición forzada y



secuestro; lesiones personales y psicológicas que produzcan incapacidad permanente; lesiones personales y psicológicas que no causen incapacidad permanente; tortura; delitos contra la libertad e integridad sexual; reclutamiento ilegal de menores, y desplazamiento forzado.

En cuanto a quienes ostentan la calidad de sujetos perpetradores o victimarios, es importante advertir que en la medida en que el decreto reglamenta la ley de justicia y paz 975 de 2005 y la 418 de 1997, solo pueden tener dicha calidad los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley de que trata la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006, con independencia de que se les identifique, aprehenda, procese o condene, y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.

Clases de medidas de reparación administrativa

El Comité de Reparaciones Administrativas reconocerá y ordenará de manera motivada y gradual la ejecución, en cada caso particular, de las siguientes medidas de reparación que serán de obligatorio cumplimiento por parte de los diferentes organismos del Estado: Indemnización Solidaria; Restitución; Rehabilitación; Medidas de Satisfacción y Garantías de No Repetición de las conductas delictivas. En todo caso, para los efectos del reconocimiento, en casos especiales en razón del grado de vulnerabilidad de las víctimas y la gravedad de los hechos, el Comité establecerá criterios especiales.

1. *Indemnización solidaria*

El Estado reconocerá y pagará directamente a las víctimas o a los beneficiarios del Programa, a título de indemnización solidaria, de acuerdo con los derechos fundamentales violados, las siguientes sumas de dinero:

- Homicidio, desaparición forzada y secuestro, lesiones personales y psicológicas que produzcan incapacidad permanente: 40 salarios mínimos mensuales legales.
- Tortura, lesiones personales y psicológicas que no causen incapacidad permanente, reclutamiento ilegal de menores y delitos contra la libertad e integridad sexual: hasta 30 salarios mínimos mensuales legales.
- Desplazamiento forzado: hasta 27 salarios mínimos mensuales legales.

Cabe destacar que los montos de indemnización solidaria previstos en salarios mínimos mensuales legales serán los vigentes al momento del pago. En caso de concurrir varias personas con derecho a la reparación, el monto de la indemnización solidaria se distribuirá así:

- a) Una suma equivalente al 50% del valor previsto para la respectiva violación para el cónyuge o compañero permanente, y el otro 50% para los hijos;



- b) A falta de cónyuge o compañero permanente, el 50% para los hijos, y el otro 50% para los padres;
- c) A falta de cónyuge o compañero permanente e hijos, 50% para los padres y el otro 50% distribuido en partes iguales entre los hermanos y demás familiares que dependieren económicamente de la víctima directa;
- d) A falta de cónyuge o compañero permanente, hijos y padres, se distribuirá el valor de la indemnización solidaria en partes iguales entre los hermanos y demás familiares que dependieren económicamente de la víctima directa.
- e) Cuando la víctima directa era soltera y fue abandonada por sus padres en la niñez, se reconocerá el monto total de la reparación al pariente más cercano que hubiere asumido los gastos de crianza y manutención, siempre que demuestre el parentesco y la dependencia económica.

Adicionalmente, del valor de la indemnización solidaria se descontarán las sumas de dinero que la víctima haya recibido de Acción Social, o de otra entidad del Estado que constituya reparación.

En caso de que respecto a la misma víctima concorra más de una violación, tendrá derecho a que estas se acumulen hasta un tope no mayor de 40 salarios mínimos legales mensuales. En caso de que un beneficiario pueda solicitar indemnización por varias víctimas, tendrá derecho a la indemnización solidaria por cada una de ellas.

La indemnización solidaria prevista para quienes hayan sido víctimas del delito de desplazamiento forzado se entregará por núcleo familiar, y se reconocerá y pagará a través de Fonvivienda, con bolsa preferencial, con la posibilidad de acceder al mismo en cualquier parte del territorio nacional para vivienda nueva o usada, con prioridad en el tiempo frente al programa de interés social, atendiendo por lo menos un cupo anual de treinta mil familias, y se reconocerá a quienes no hubieren sido incluidos en anteriores programas por la misma causa.

La población desplazada tendrá derecho a las medidas de reparación por las otras violaciones de que fueron víctimas, sin exceder los topes previstos en el decreto.

Las indemnizaciones solidarias previstas en el Programa de Reparación por Vía Administrativa se ejecutarán por períodos anuales a más tardar dentro de los 10 años siguientes a la fecha de la respectiva aprobación por parte del Comité de Reparaciones Administrativas.

El pago de la indemnización solidaria y la implementación de las medidas de reparación que no sean competencia de otras entidades estarán a cargo de Acción Social.

2. *Restitución*

El Comité de Reparaciones Administrativas dispondrá, cuando ello fuere posible, las acciones que permitan a la víctima regresar a la situación anterior a la comisión del delito. Las medidas consistentes en restitución de tierras se regirán por las normas aplicables a esa materia.



3. *Rehabilitación*

El Estado, a través del Programa de Reparación, prestará a las víctimas que lo requieran asistencia para su recuperación de traumas físicos y psicológicos sufridos como consecuencia del tipo de victimización de que trata el decreto 1290 de 2008.

4. *Medidas de satisfacción*

El Comité de Reparaciones Administrativas adoptará alguna o algunas de las siguientes medidas de satisfacción en beneficio de las víctimas o beneficiarios:

- a) Reconocimiento público del carácter de víctima, de su dignidad, nombre y honor, ante la comunidad y el ofensor.
- b) Efectuar las publicaciones a que haya lugar relacionadas con el reconocimiento público del carácter de víctima, a través de Acción Social.
- c) Realización de actos conmemorativos, a través de Acción Social.
- d) Otorgamiento de condecoraciones y otros reconocimientos públicos, a través de Acción Social.
- e) Realización de homenajes públicos, a través de Acción Social.
- f) Construcción de monumentos públicos en perspectiva de reparación y reconciliación, a través de Acción Social.
- g) Difusión pública y completa del relato de las víctimas sobre el hecho que la victimizó, siempre que no provoque más daños innecesarios ni genere peligros de seguridad, a través de la Acción Social.
- h) Colaborar para la identificación de cadáveres y su inhumación posterior, según las tradiciones familiares y comunitarias, a través de las entidades competentes para tal fin.
- i) Acceso preferente a los servicios sociales ofrecidos por el Estado, a través de las diferentes entidades y organismos competentes.
- j) Difusión de las disculpas y aceptaciones de responsabilidad hechas por los victimarios, a través de Acción Social.

Para la aplicación de las medidas de satisfacción, se deberá contar con el consentimiento de las víctimas.

5. *Garantías de no repetición de las conductas delictivas*

El Gobierno Nacional deberá poner en ejecución acciones encaminadas a prevenir que las conductas violatorias a los derechos fundamentales se repitan. Igualmente, se adelantarán campañas de capacitación, difusión y promoción para la observancia de las normas nacionales e internacionales sobre derechos fundamentales.

Subrogación y repetición

En los casos en que se otorgue la reparación individual por vía administrativa, el Estado se subrogará en el monto de las medidas de reparación que hubiere reconocido



en beneficio de las víctimas, y tendrá derecho a repetir contra los victimarios por dichas sumas de dinero debidamente indexadas.

Del Comité de Reparaciones Administrativas

El otorgamiento de las medidas de reparación a las que se refiere el Programa, estará a cargo de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, a través de un Comité de Reparaciones Administrativas, el cual estará integrado por:

- a) El Ministro del Interior y de Justicia o su delegado, quien lo preside.
- b) El Director de Acción Social o su delegado, quien hará las veces de Secretario Técnico.
- c) El Presidente de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación o su delegado.
- d) Un miembro de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación en representación de las víctimas, elegido por este organismo, cuya representación será indelegable.

Asimismo, el Defensor del Pueblo y el Procurador General de la Nación podrán asistir con voz pero sin voto a las deliberaciones del Comité.

Las principales funciones del Comité de Reparaciones Administrativas son:

- a) Decidir sobre el reconocimiento de la calidad de víctimas y beneficiarios de los solicitantes y las medidas de reparación que se otorgarán en cada caso particular con base en el estudio técnico y las recomendaciones de Acción Social.
- b) Promover acciones de dignificación y reconocimiento público de las víctimas.

Procedimiento para el reconocimiento y aplicación de la reparación individual por vía administrativa

El procedimiento para obtener la reparación administrativa individual se iniciará con el diligenciamiento, bajo la gravedad del juramento, de la solicitud de reparación por parte de los interesados, con destino al Comité de Reparaciones, en un formulario debidamente impreso y distribuido por Acción Social.

El formulario podrá ser reclamado y presentado en forma gratuita en las alcaldías municipales, personerías municipales, procuradurías regionales, distritales y provinciales, defensorías del pueblo y sedes de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.

Diligenciada la solicitud, quien la reciba deberá remitirla de manera inmediata o a más tardar al día siguiente, y por la vía más expedita posible, a Acción Social. Copia de ella se entregará en el acto al interesado con indicación del día y la hora de su diligenciamiento.

A partir del recibo de la solicitud, la verificación de la información suministrada por las víctimas o los beneficiarios y su acreditación, estarán a cargo de Acción Social, el cual la someterá a la aprobación del Comité de Reparaciones, el cual adoptará la decisión y las medidas de reparación que se recomienden en cada caso, junto con el informe sobre las fuentes que fueron tenidas en cuenta para la verificación de la solicitud.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés

Corresponde a Acción Social acopiar la información y documentación necesaria para el reconocimiento del solicitante como víctima de los grupos armados organizados al margen de la ley. Esta información tendrá por objeto allegar elementos de juicio sobre la veracidad de la afectación de sus derechos fundamentales, para lo cual se tendrán en cuenta alguno o algunos de los siguientes criterios:

- La presencia de las víctimas en el lugar y el momento en que ocurrieron los hechos.
- La presentación de denuncia, o puesta en conocimiento de los hechos ante cualquier autoridad judicial, administrativa o de policía, dentro del año siguiente a la ocurrencia del hecho.
- La situación de orden público en el momento y lugar donde ocurrieron los hechos.
- La presencia de grupos armados organizados al margen de la ley en el lugar de los hechos.
- La inclusión de las víctimas en los informes de prensa, radio, televisión o cualquier otro medio de comunicación que hubiera dado cuenta de los hechos.
- La inclusión de las víctimas en los informes de Policía o de los organismos de Inteligencia del Estado relacionados con los hechos.
- La inclusión de las víctimas en los informes que reposen ante organismos internacionales.
- El riesgo a que estuvieron expuestas las víctimas por sus vínculos profesionales, laborales, sociales, religiosos, políticos, gremiales o de cualquier otro tipo.
- Las modalidades y circunstancias del hecho.
- La amistad o enemistad de las víctimas o sus familiares con alguno o algunos de los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley.
- Haber ocurrido el hecho por medio de una mina antipersona.
- La inclusión de las víctimas en la base de datos de Acción Social; de la Fiscalía General de la Nación; Procuraduría General de la Nación; Defensoría del Pueblo; Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia; Ministerio de la Protección Social; Policía Nacional; Departamento Administrativo de Seguridad; Fuerza Pública; Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación; Organización Internacional para las Migraciones; Programa de la Vicepresidencia de la República de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y el Programa Presidencial para la Acción Integral contra las Minas Antipersonas.

Acción Social, cuando lo considere necesario, entrevistará personalmente a los solicitantes de la reparación, quienes para facilitar el trámite podrán aportar las pruebas que tengan en su poder para acreditar la calidad de víctima o de beneficiario. La entrevista se deberá realizar en el lugar de residencia del solicitante, sin perjuicio de que este solicite que se efectúe en otro lugar, o en la sede de Acción Social. De todo lo anterior se deberá dejar constancia por escrito.

Para la calificación y acreditación de la calidad de víctima o de beneficiario, y la recomendación de las medidas de reparación, Acción Social deberá respaldar el informe respectivo en alguno o algunos de los siguientes medios de convicción:



- a) **Fuentes humanas:** entrevista, denuncia de los hechos, versión de los victimarios y testimonios.
- b) **Fuentes documentales:** publicaciones en periódicos, noticieros, revistas, libros, hojas volantes; bases de datos; archivos y reportes de autoridades judiciales administrativas o de policía; providencias judiciales; informes de los organismos de inteligencia del Estado o de organismos internacionales de derechos humanos; informes y decisiones sobre casos individuales de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
- c) **Fuentes técnicas:** dictámenes profesionales, exámenes de laboratorio y peritajes allegados por las víctimas o destinatarios del programa.

Finalmente, el Comité de Reparaciones Administrativas deberá resolver la solicitud de reparación en el orden de recepción, para lo cual contará con un término no mayor de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud ante Acción Social.

La solicitud de reparación por vía administrativa deberá presentarse a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de la expedición del decreto 1290.

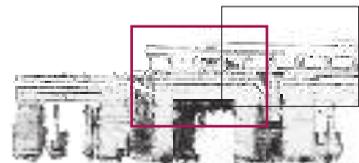
Sin embargo, en caso de fuerza mayor o caso fortuito que impidan a la víctima o al beneficiario presentar oportunamente la solicitud, este término deberá contarse a partir del momento en que cesen los hechos que dieron lugar a la fuerza mayor o al caso fortuito.

Finalmente, es importante anotar que la Defensoría del Pueblo y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación son los organismos encargados de ofrecer asesoría a las víctimas y a sus beneficiarios para los efectos del Programa.



CLAUSURA
SEMINARIO PÚBLICO





Intervención del Doctor Enrique Gil Botero

PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Con inmensa satisfacción procedo a clausurar las jornadas de trabajo que nos han ocupado toda la semana, con ocasión de la visita de la Misión de Cooperación Técnica del Consejo de Estado francés. Un ejercicio que, sin duda alguna, ha contribuido en los participantes a la consolidación y maduración de una visión crítica de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero que sobre todo, ha constituido una etapa fundamental en el proceso de reforma al Código Contencioso Administrativo que estamos adelantando.

Desde el inicio de esta semana se advertía que no era fortuito que el primer encuentro de derecho comparado e inclusive académico en el proceso de reforma aludido fuera con Francia, el país que de manera indiscutible ha ejercido en términos históricos la mayor influencia en el proceso de formación de nuestra jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Revisar y profundizar sobre la experiencia francesa en la materia no es tan solo hacer un trabajo de derecho comparado, es también y, sobre todo, analizar el origen mismo de una jurisdicción independiente a la ordinaria (a la judicial en Francia) que si bien nació sobre la base de unos presupuestos históricos muy franceses, nosotros la recibimos por nuestra proximidad republicana, así como por una aspiración histórica de la realización de los ideales liberales producto de la Revolución gala de 1783, desde nuestro nacimiento como República independiente.

En estos días se ha estudiado y discutido sobre diversos temas como la injerencia de nuestra jurisdicción en la protección de los derechos constitucionales, el papel unificador de la jurisprudencia del Consejo de Estado, el futuro de la diversidad de acciones judiciales, las medidas cautelares, la simplificación de los procesos, la distinción entre las actividades consultivas y contencioso administrativas del Consejo de Estado, y hasta de indemnización de víctimas, dentro del contexto de la urgencia de la identificación del objeto de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y la consiguiente justificación de la misma.

La experiencia francesa nos ha enseñado las dificultades propias de la comprensión de una jurisdicción que ha crecido y se ha fortalecido de manera paralela a la creación de un derecho administrativo, en buena medida atribuida a las decisiones del Consejo de Estado; nos ha mostrado también la consolidación del rol unificador de la jurisprudencia a partir de las transformaciones de un máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que de juez de instancia, se ha consolidado, cada vez de manera más clara como juez extraordinario, y ha adquirido así la capacidad orientadora de toda la jurisdicción.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

La clasificación de las acciones judiciales que tanta influencia histórica han ejercido sobre nosotros, se confronta cada vez de manera más directa con una “dispersión” procesal que ha conducido probablemente a la indeterminación de aquellos instrumentos orientados a resarcir perjuicios, ocasionada, entre otras, por la preocupación “solemne” de categorías (muchas veces formales) como las de acto, hecho, omisión, operación y contrato, dejando de lado la identificación protagónica del daño resarcible.

La consideración convencional de las acciones que se ventilan ante el contencioso administrativo, evidencia también una confrontación directa con la progresiva ampliación de competencias de la experiencia colombiana de nuestra jurisdicción, donde un lugar protagónico lo ocupan las acciones constitucionales de tutela, cumplimiento, popular y de grupo, y su injerencia desde perspectivas distintas, en situaciones de antaño susceptibles de protección a través de las acciones ordinarias.

Particular interés ha ofrecido también, el análisis de la función consultiva del Consejo de Estado, que indiscutiblemente, en el caso colombiano, ofrece la particularidad de constatar conceptos proferidos por una Corporación que pertenece a la rama judicial y no a la ejecutiva, y pese a lo “atípico” que esto pueda resultar, en la historia de la Corporación que presido, esta función ha jugado un rol importantísimo en la adopción de trascendentales decisiones del Gobierno Nacional.

En todos estos argumentos, así como en otros que han sido objeto de desarrollos de manera directa o indirecta, se han constatado puntos de reflexión, de confrontación y de interpretaciones, no siempre concordantes, que deben producir el efecto deseado: servir de insumos para nuestro trabajo cotidiano y de manera coyuntural, para la reforma que estamos adelantando.

Desde una perspectiva humana, permítanme recordar y resaltar la actitud de nuestros invitados: Ellos se han caracterizado por brindarnos con generosidad sus conocimientos, por su sentido y espíritu de colaboración, pero sobre todo, por una sincera preocupación por nuestros debates y nuestras inquietudes. Consejeros de Estado y profesores franceses: Muchas gracias.

Nuestro proceso de estudio y análisis concentrado en la reforma que pretendemos dar al Código Contencioso Administrativo, continúa; sucesivas discusiones y reflexiones nos acompañarán. La etapa de esta semana, que culminamos hoy, sin duda alguna, hace evidentes ya sus frutos.

En nombre del Consejo de Estado y de la Comisión de reforma al Código Contencioso Administrativo muchas gracias a los Señores Consejeros de Estado franceses: Marcel Pochard y Marc Durand Viel; al Profesor y tratadista Gerard Marcou; al Embajador y funcionarios de la Embajada Francesa.

A nuestros queridos magistrados y jueces administrativos.

Al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a su Presidenta Ayda Vides Pava; a nuestros anfitriones en estos dos prolíficos días:

Ex consejeros de Estado

Delegados de la Procuraduría

Empleados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

A las traductoras

A todos los participantes y asistentes.



OBSERVACIONES FINALES
DE LOS MIEMBROS DE LA MISIÓN



OBSERVATIONS FINALES

Marc Durand-Viel
et Marcel Pochard

CONSEILLERS D'ÉTAT

Merci, Monsieur le Président, de nous laisser la parole pour nous permettre de faire part de nos observations générales après les échanges très riches qui ont eu lieu toute cette semaine sur les réformes envisagées de votre code du contentieux administratif (nous laisserons à part la question des régimes d'indemnisation des victimes fondées sur la solidarité nationale).

Ces remarques générales et synthétiques sont celles d'observateurs étrangers qui n'ont certainement pas tout compris des particularités colombiennes. Elles pourraient vous paraître quelque peu hâtives ou constituer des appréciations sévères, d'une franchise excessive sur certains points. Mais il s'agit de coopération et l'amabilité que vous nous avez faite en nous invitant à pour contrepartie notre devoir de donner notre sentiment sur les points discutés. L'amitié amène normalement la franchise. Ce ne sont d'ailleurs pas des critiques mais des points de vue extérieurs qui peuvent vous être utiles. Enfin, les particularités des règles et des pratiques qui sont les vôtres, que nous soulignerons, sont en réalité la contrepartie de votre attachement profond à la règle de droit et à son respect, à votre conception exigeante du rôle du juge, qui sont autant d'idéaux auxquels vous êtes si remarquablement attachés.

Nos observations générales porteront sur trois points : d'abord certains principes qu'il nous paraît important de garder à l'esprit s'agissant de ce que nous appelons en France « l'office du juge », expression quelque peu obscure mais qui est relative à la place qui doit être la sienne face aux autres pouvoirs constitutionnels et aux citoyens. Ensuite, quelques éléments de diagnostic des principaux défauts du régime actuel du contentieux administratif, permettant de mettre en lumière les grands axes de réforme qu'il nous paraît appeler. Enfin, notre sentiment sur quelques exemples de propositions que nous avons entendues cette semaine dans les exposés des membres de la commission de réforme.

I. Des principes à garder à l'esprit quant à la conception du juge :

Il s'agit là de la place du juge administratif dans l'ensemble du système institutionnel. Quatre principes généraux nous paraissent devoir être préservés.



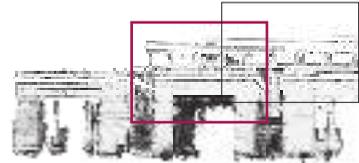
- 1) Premier principe : l'exigence pour le juge de remplir son office sans empiéter sur les autres pouvoirs et dans les limites du litige qui lui est soumis. Le juge administratif a ce pouvoir extraordinaire de prendre des décisions qui s'imposent à l'administration. Ce pouvoir et cette responsabilité sont d'autant plus grands dans un pays comme la Colombie où non seulement la loi mais la Constitution elle-même ont reconnu aux citoyens des droits extrêmement étendus, droits formels (tels que les diverses libertés classiques) et « droits- créances » (tels que les droits à la santé, à l'éducation, aux services collectifs, au développement durable...) et où les textes les plus solennels ont institué des actions permettant au juge d'imposer à l'administration les mesures rendant effectifs tous ces droits (accion popular, tutela...). De ce point de vue, la Constitution colombienne de 1991 est beaucoup plus progressiste et ambitieuse que la Constitution française et le juge colombien se trouve armé de pouvoirs considérables.

Dans cette situation, le danger est que le juge prenne la place de l'administrateur (voire du législateur !). On le voit bien en Colombie où il arrive que le pouvoir exécutif, qui procède directement ou indirectement de la souveraineté populaire, exprime parfois une certaine « préoccupation » face au pouvoir judiciaire, comme vient de l'exprimer le Président de la République lui-même devant nous tous, lors de l'audience qu'il a bien voulu nous accorder, à l'occasion de notre séminaire de travail ; il a relevé le coût susceptible d'être entraîné par certaines décisions juridictionnelles.

Dès lors, s'il est bon que le juge non seulement dise le droit mais encore puisse imposer des mesures à l'administration à titre provisoire pendant le procès, et dans sa décision exécutoire pour rendre effectifs les droits éventuellement reconnus au justiciable (ce que nous appelons en droit français, les injonctions), il nous paraît nécessaire qu'il s'arrête là, c'est-à-dire qu'il n'utilise ces pouvoirs considérables que dans la limite de sa saisine. Nous l'avons vu en France où il y a eu quelques débordements après la réforme des référés de l'année 2000, un juge en particulier ayant utilisé son pouvoir pour imposer à l'administration des mesures qui n'étaient pas demandées, opposables à des collectivités qui n'avaient même pas été mise en cause, pour se comporter en réalité comme un administrateur.

Nous pensons qu'il faut être très attentif à cela. Le juge n'a de légitimité que pour se prononcer dans le cadre du procès, dans la limite de sa saisine. Les moyens d'ordre public doivent être limités aux vices les plus graves, comme l'incompétence de l'auteur de l'acte. Il est très dangereux que le juge se substitue aux parties. Il ne saurait être ni un administrateur ni un « justicier ». Il ne peut être « Zorro ». Certaines des réflexions entendues ici cette semaine dans lesquels le souci de rendre effectif le rétablissement du droit paraissait justifier d'aller au-delà des demandes pour relever d'office certains moyens d'annulation et prendre des mesures non sollicitées nous ont inquiétés.

Le Docteur Aponte nous a fait remarquer la difficulté particulière liée en Colombie à ce qu'il a qualifié d'inertie de l'administration, qui conduirait le juge à devoir prendre certaines décisions pour que les administrés ne voient



leurs droits fondamentaux durablement méconnus. Une telle situation ne peut être ignorée ; mais on peut se demander si une solution indirecte ne devrait pas être recherchée, évitant que le juge ne se trouve en première ligne et consistant à confier à une institution intermédiaire le soin de proposer, après échanges contradictoires avec les autorités administratives, les solutions les plus pertinentes pour rendre effectifs les droits invoqués ; le juge n'aurait à intervenir que si les propositions ainsi arrêtées n'étaient pas suivies d'effet.

- 2) Les mêmes principes nous paraissent applicables à la fonction consultative qui pourrait être développée du Conseil d'Etat colombien, pour les mêmes raisons. Si la réforme envisagée devait être adoptée, elle pourrait conduire à rendre obligatoire la saisine du Conseil d'Etat par le gouvernement pour recueillir son avis sur certains textes. Il n'y a aucun obstacle de principe à cela et, selon nous, cela ne pose que des questions d'ordre pratique, relatives aux moyens dont disposerait le Conseil d'Etat pour répondre avec efficacité et dans des délais raisonnables à de telles consultations. En revanche, nous serions très réticents à admettre que l'avis rendu puisse lier de quelque manière que ce soit le gouvernement quant à la décision à prendre. De même que les rôles de juge et d'administrateur doivent rester distincts, les fonctions d'expert et d'autorité responsable doivent demeurer séparées. Prévoir une procédure d'avis conforme revient en réalité à instituer un mécanisme de co-décision qui peut être justifié dans certaines procédures administratives mais certainement pas pour les grandes décisions et réglementations au niveau gouvernemental.

Le danger serait, pour le Conseil d'Etat colombien, de donner l'image d'un organe politique, au risque de ternir sa réputation d'indépendance qui doit être la même qu'il intervienne comme juge ou comme conseiller juridique.

- 3) Un autre grand principe auquel nous tenons beaucoup en France est celui de **l'unité de chaque juridiction**. Dans chacune d'entre elles, toute décision, qu'elle émane d'un juge qui statue seul, d'une formation restreinte ou de la formation plénière, est réputée prise par la juridiction toute entière. Certes, au regard de la jurisprudence, l'autorité qui s'attache à une décision prise par la formation la plus solennelle est plus grande. Mais, en droit, c'est la juridiction toute entière qui est censée s'être prononcée. On ne saurait concevoir qu'il puisse y avoir un recours formé contre une décision d'une des formations et qui soit porté devant une autre formation de la même juridiction. Ce serait d'ailleurs très dommageable pour le prestige de la juridiction. C'est pourquoi nous avons été assez surpris de l'exposé, d'ailleurs excellent, qui a été fait des difficultés créées par le fait qu'en pratique la jurisprudence est souvent fixée par les sections du Conseil d'Etat, en contrariété avec la jurisprudence fixée en principe par l'audience plénière, et des nombreuses tentatives faites pour instituer par la loi des recours spécifiques pour remédier à cette situation. Il nous semble que s'il a fallu plusieurs lois pour régler cette question sans grand succès pratique, c'est qu'elle est difficilement soluble par cette méthode. En réalité, l'unification de la jurisprudence, objectif primordial, devrait pouvoir être obtenue essentiellement par des mécanismes à définir au sein du Conseil d'Etat, si possible par le Conseil d'Etat lui-même.



Nous avons eu l'occasion d'indiquer comment est réalisée la régulation de la jurisprudence au sein du Conseil d'Etat français par des mécanismes, en partie coutumiers (comme le système dit de la « troïka »), qui ne sont pas forcément transposables au Conseil d'Etat colombien mais il doit être possible de prendre des mesures d'organisation interne, intervenant avant que les jugements soient rendus publics, pour éviter les divergences de jurisprudence, sans instituer des procédures de rectification a posteriori. Les procédures contentieuses colombiennes sont déjà assez compliquées !

L'unité de juridiction signifie aussi unicité de la politique jurisprudentielle. Un ordre de juridiction n'a de sens que si l'unité jurisprudentielle peut y être assurée, au travers de la juridiction suprême de cet ordre. Cela signifie que toute décision d'une juridiction subordonnée doit pouvoir être soumise, à une étape ou à une autre, à la juridiction suprême, soit par la voie de l'appel, soit par la voie de la cassation. Un problème se pose en ce sens en Colombie, pour ce qui est des arrêts rendus en appel par les tribunaux administratifs, dès lors que ces arrêts sont définitifs. L'unité jurisprudentielle suppose par ailleurs une ligne jurisprudentielle claire, dont les évolutions et les changements, mûrement réfléchis, soient perceptibles à l'ensemble de la juridiction et à la doctrine. Une telle unité implique une certaine permanence chez ceux qui ont la responsabilité de la définir et de l'exprimer. On peut relever en la matière qu'en France, le nombre de présidents de la Section du contentieux (Section en charge de l'activité juridictionnelle du Conseil d'Etat) n'a pas dépassé dix, en plus de soixante ans, depuis 1945, soit une durée moyenne de mandat de plus de six ans. On peut s'interroger, en Colombie, sur la compatibilité entre les changements fréquents de responsables et une ligne jurisprudentielle suffisamment ferme et crédible.

- 4) Le quatrième principe tient aux rapports entre les juridictions. On parle habituellement en Europe de « **dialogue des juges** », que ce soit entre juges nationaux (juge constitutionnel, juge administratif, juge judiciaire) ou entre juges extra nationaux (Cour de justice des communautés européennes, en charge du respect du droit de l'Union européenne, et Cour européenne des droits de l'homme, en charge du respect des principes posés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Ce dialogue des juges prend le plus souvent la forme de *questions préjudicielles* posées par un juge à un autre ; ce dernier tranche la question de droit qui lui est soumise (par exemple une question de constitutionnalité d'un texte) et le premier juge règle le litige qui lui est soumis en prenant en compte cette décision. Tel est en particulier le dispositif retenu en France dans la récente révision constitutionnelle, pour ce qui est du contrôle de constitutionnalité ; si une question de constitutionnalité est posée devant un juge ordinaire, ce juge la tranchera si elle ne soulève pas de difficulté ; sinon il la soumettra par la voie de la question préjudicielle au Conseil constitutionnel ; étant observé que pour éviter des saisines en ordre dispersé, les tribunaux de base, dans l'ordre judiciaire, comme dans l'ordre administratif, devront faire transiter leurs questions par la juridiction suprême de leur ordre, Conseil d'Etat et Cour de cassation ; ceux-ci exerceront ainsi un rôle de filtre.



En Colombie, une expression est souvent employée, qui contraste avec celle de dialogue des juges, l'expression de « choc des trains » ; une telle situation risque de troubler les justiciables ; on peut se demander si la technique de la question préjudicielle ne pourrait pas être testée, de façon à éviter cette situation paradoxale où la décision d'une juridiction en principe souveraine, comme le Conseil d'Etat ou la Cour suprême, peut être déclarée méconnaître les droits fondamentaux d'un justiciable et être annulée ; comment imaginer en effet que le Conseil d'Etat ou la Cour suprême, gardiens de l'ensemble des droits des citoyens, puissent méconnaître ces droits ou être suspectés de les méconnaître. Cela n'exclut pas que ces juridictions suprêmes puissent rencontrer des difficultés dans l'appréciation de ce qu'implique le respect de tel ou tel droit fondamental au regard de la Constitution ; mais il serait peut-être plus opérationnel de leur permettre d'en saisir la Cour Constitutionnelle, que de les voir prendre le risque d'être déjugées par celle-ci.

II. Des grands axes de réforme

Au terme de nos échanges de cette semaine, il nous semble possible d'hasarder les grandes lignes d'un diagnostic général d'où découleraient des axes principaux de réforme.

1) Si vous voulez bien nous excuser d'aller à l'essentiel, ce qui est normal pour des observateurs extérieurs, l'ensemble des mécanismes du contentieux administratifs colombien nous semblent caractérisés par deux traits : une complexité très excessive du système et un écart préoccupant entre son ambition considérable, quant à ses objectifs, et les moyens qui permettraient de la réaliser.

a) Que nous mettions en lumière la complexité excessive du dispositif ne vous étonnera certainement pas. Nombreux sont vos exposés qui en ont rendu compte et, d'ailleurs, c'est largement pour cela qu'une commission de réforme a été créée. Il y a d'abord le fait que le code a été publié en 1984 et que, depuis, la Constitution de 1991 et les textes pris pour son application ont institué d'importantes procédures nouvelles, l'harmonisation d'ensemble n'étant pas bien assurée. Dans les textes, la volonté d'améliorer la protection des droits s'est traduite par l'institution de nouvelles voies d'action (alors qu'il était théoriquement possible de se contenter de compléter les pouvoirs des juges), d'où une accumulation de procédures distinctes à la disposition des justiciables qui, paradoxalement (du fait de l'enchevêtrement et de la confusion des procédures), risquent d'être déboutés de leur demande pour l'avoir mal orientée ou s'être maladroitement exprimés.

S'ajoute à cela le fait que l'ensemble des règles du code relèvent de la loi, que ce code comporte de nombreuses dispositions de détail sur la procédure et l'instruction, y compris quant à l'administration de la preuve, alors qu'ailleurs, par exemple en France, la plupart des règles de la procédure administrative et contentieuse relèvent du pouvoir réglementaire, voire de la jurisprudence ou de la simple pratique, ce qui facilite grandement les ajustements.



A cette complexité des procédures s'ajoute la multiplicité des juridictions susceptibles d'intervenir au titre de la protection des droits fondamentaux, notamment la Cour constitutionnelle, les différentes formations du Conseil d'Etat...Il a de quoi alimenter des discussions sans fin qui peuvent apporter de grandes satisfactions intellectuelles à des magistrats et des avocats d'une grande culture juridique mais ce n'est pas là le but de la législation.

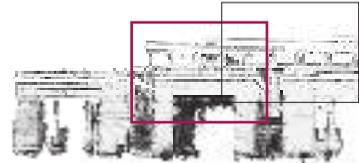
- b) L'autre élément du diagnostic est un **écart préoccupant** entre, d'une part, **l'ambition des normes** destinées assurer une protection la plus effective des droits, droits couvrant toute la gamme des revendications humaines, individuelles et collectives, la Constitution et la loi ayant armé le juge de pouvoirs considérables pour en imposer le respect à l'administration et, d'autre part, **les possibilités pour le juge** d'assumer avec efficacité les responsabilités qui lui sont ainsi confiées.

Sur ce point, nous nous exprimons avec prudence. Il ne saurait être question de « critiquer » la Constitution et la loi colombiennes qui expriment des idéaux les plus respectables. Il est certain que votre arsenal normatif est en avance sur le notre. En France, la loi vient tout juste d'affirmer que le droit au logement est opposable à l'administration, en ce qui concerne les personnes les plus mal logées, et de créer une procédure devant le juge administratif pour en imposer le respect. Et nous sommes inquiets de savoir comment les tribunaux administratifs vont pouvoir faire face à l'afflux prévisible des demandes !

Nous avons cru comprendre, en écoutant plusieurs exposés, que les juridictions administratives colombiennes et certaines sections du Conseil d'Etat, connaissent une situation d'encombrement très grave qui se traduit par des longueurs excessives des procès, contraires aux normes internationales. Cette situation n'est pas simplement préoccupante du point de vue de la bonne gestion des juridictions. Elle pourrait l'être aussi socialement ou politiquement car la confiance que les citoyens ont dans le système normatif suppose une certaine adéquation entre les droits affirmés dans les textes et la possibilité d'en obtenir en fait le respect. Si le recours au juge se heurte à trop d'obstacles procéduraux et à des longueurs excessives, c'est la confiance dans le juge et la crédibilité de l'ensemble du système institutionnel qui risquent de se trouver affectées. Inversement le juge ne saurait devenir, par l'utilisation extensive des procédures exceptionnelles en son pouvoir, le super régulateur de la vie collective et le réceptacle de toutes les lamentations ; tôt ou tard les limites réelles de son pouvoir éclateraient au grand jour.

- 2) De ce diagnostic très général découlent les grandes orientations des réformes que pourrait proposer votre commission. Ces grands axes pourraient être : clarification et simplification, d'une part, « gérabilité » des procédures (si on peut se permettre cette expression), d'autre part.

Le premier axe ne vous surprendra sans doute pas. Il semble que la majorité de votre commission en est convaincue. Sur chaque point à l'étude, elle devrait



se demander si l'ajustement proposé est de nature à clarifier et simplifier les textes et les pratiques.

Le second est peut-être moins évident. En France, c'est le Vice-Président du Conseil d'Etat qui a une délégation permanente du ministre de la justice pour gérer les tribunaux administratifs et les cours d'appel administratives ainsi que le corps des magistrats administratifs. C'est aussi en fait le Conseil d'Etat qui propose au gouvernement les modifications des textes régissant le contentieux administratif et c'est aussi lui qui, au contentieux, fixe la jurisprudence. Tout cela lui donne une grande expérience de toutes les questions qui touchent la gestion du contentieux. Et un des enseignements majeurs des dernières années est qu'avant de modifier les règles de la procédure, il faut toujours, au-delà de l'aspect proprement juridique, procéder à une sorte d'étude d'impact consistant à rechercher toutes les implications pratiques de la réforme envisagée : nombre de recours concernés, capacité de réaction des différentes juridictions, aménagements rendus nécessaires quant à leur organisation interne...

Ces préoccupations peuvent paraître moins nobles que l'analyse strictement juridique. Elles n'en sont pas moins essentielles. Dans cette optique, la commission devrait, pour chaque modification envisagée, prêter une attention particulière à la question de ses incidences sur les moyens et les méthodes de travail. Un seul exemple : la question de la consultation obligatoire du Conseil d'Etat sur certains textes ne peut être résolue sans l'examen en parallèle des moyens dont disposerait la section consultative pour le mener à bien dans des délais compatibles avec les exigences gouvernementales.

III. Quelques exemples des réformes envisagées

Sur beaucoup de points à l'étude, la commission a déjà procédé à une analyse de la situation actuelle et dessiné une problématique mais sans encore avoir formulé de propositions précises. Il est donc difficile de donner notre opinion. Sur quelques uns, la réflexion a davantage avancé. Nous pouvons donner deux exemples de propositions entendues ces derniers jours qui nous paraissent en phase avec le diagnostique et les orientations que nous venons de faire.

1) actions et conclusions

Une sous-commission a beaucoup réfléchi à la situation créée par la multiplication des actions ou voies de droit, instituées par des textes, et répondant à diverses revendications juridiques. Il en résulte des débats fort subtiles sur les distinctions à faire entre actions, fondements légaux, causes juridiques, conclusions adressées au juge ou prétentions... La sous-commission a bien vu les inconvénients qui en résultent : complexité excessive pour les justiciables et la jurisprudence, risque de rejet de demande fondées mais mal présentées ou mal orientées. Le choix proposé par la sous-commission, tel que présenté dans l'exposé du Dr. Arboleda, nous paraît tout à fait conforme aux orientations souhaitables de clarification et de sens pratique : l'essentiel est



bien de prendre pour base ce que le justiciable demande au juge, plus que le titre juridique qu'il donne à sa demande, et les « actions » créées par les textes pourraient interprétées non comme des procédures formalisées particulières mais comme exprimant le droit d'adresser au juge certaines conclusions ou, ce qui revient au même, le pouvoir du juge de satisfaire certaines demandes.

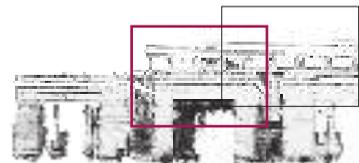
2) Le Conseil d'Etat comme unificateur de la jurisprudence

Les divergences de jurisprudence tenant aux décisions des différentes formations de jugement du Conseil d'Etat colombien nous paraissent, on l'a vu, avoir plus d'inconvénients théoriques que pratiques et appeler des solutions reposant plus sur l'organisation interne du Conseil d'Etat que sur le recours à des procédures de recours. En revanche, le risque de voir des divergences de jurisprudence apparaître entre les tribunaux administratifs statuant en dernier ressort, à défaut de recours en cassation devant le Conseil d'Etat, conduisant à une application inégale de la loi, apparaît très sérieux.

L'utilité d'instituer un recours en cassation ne paraît guère douteuse. Les questions centrales sont dès lors d'ordre pratique. D'abord, la commission pourrait se demander s'il ne serait pas opportun d'instituer également un mécanisme préventif, tel que celui de la demande d'avis adressée à la juridiction suprême, pratiquée depuis peu en France et dans d'autres pays. Cette procédure permet aux juridictions de demander à la juridiction suprême d'exprimer son opinion sur une question de droit nouvelle qui se trouve posée devant elles et qui risque d'être tranchée de façon divergente par les différents tribunaux saisis. La juridiction suprême ainsi saisie donne dans un délai rapide son avis sur la seule question de pur droit ainsi posée, cet avis étant publié et permettant à la juridiction saisie au fond de trancher le litige. Cette procédure est très utile. Elle permet d'anticiper le risque de divergence. Il n'en est pas fait par les tribunaux administratifs un usage abusif moins d'une dizaine de cas par an).

Ensuite, s'agissant du recours en cassation lui-même à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort, institué en France en 1987 en même que les cours administratives d'appel, son succès dépend des dispositions prises pour éviter d'encombrer la juridiction suprême de pourvois qui n'entrent pas dans son double rôle qui est de faire respecter les règles de procédure par les juges du fond et d'unifier la jurisprudence. L'expérience française montre qu'il est possible (et très utile) d'instituer un mécanisme « d'admission », c'est-à-dire de sélection, pour écarter d'emblée les pourvois qui ne comportent pas de « moyens sérieux » et n'ouvrir l'instruction que pour ceux qui, notamment, présentent à juger une véritable question de jurisprudence. Actuellement en France, plus de la moitié des pourvois en cassation sont déclarés « non admis », parfois par simple ordonnance. Grâce à ce mécanisme d'admission, le délai moyen d'examen des pourvois par le Conseil d'Etat français reste voisin de un an. Le nombre de pourvois admis est bien suffisant pour sanctionner les erreurs les plus graves des juges du fond et assurer l'unité de la jurisprudence.

Au total, le chemin de la réforme paraît se situer entre deux écueils:



- l'écueil de la tentation, selon une figure bien connue dans la culture catholique; en l'espèce la tentation de céder au vertige d'ériger la juridiction administrative en juridiction providence, assurant par elle-même le triomphe de tous les droits fondamentaux de tous les Colombiens, se substituant ici à l'inertie ou au mauvais vouloir de l'administration, redéfinissant là les limites d'un procès que les demandeurs auraient insuffisamment élargis et distribuant partout les bienfaits d'une justice immanente et omniprésente;
- et l'écueil d'une ambition insuffisante. La juridiction administrative colombienne, qui a un si riche et prometteur passé, appelle sur de nombreux points une forme de refondation. Il serait dommage de ne pas saisir pleinement la magnifique occasion offerte en ce sens par la décision du Président de la République de réunir cette commission de réforme, pour poser les jalons essentiels et ambitieux de cette refondation. Le séminaire auquel nous avons eu l'honneur de participer a permis de débattre en profondeur des principaux thèmes de cette vaste entreprise. Il nous reste à souhaiter à la commission et à tous les porteurs de la réforme une pleine réussite.



OBSERVACIONES FINALES¹

Marc Durand-Viel y Marcel Pochard

CONSEJEROS DE ESTADO

Gracias, Señor Presidente, por darnos la palabra y permitirnos exponer nuestras observaciones generales después de los enriquecedores intercambios que han tenido lugar durante toda esta semana sobre las próximas reformas al código contencioso administrativo (nosotros dejaremos de lado la cuestión de los regímenes de indemnización a las víctimas fundados sobre la solidaridad nacional).

Estas anotaciones generales y sintéticas provienen de observadores extranjeros que ciertamente no pueden comprender todas las particularidades colombianas. Ellas podrían parecerles un poco apresuradas o constituir apreciaciones severas, de una franqueza excesiva sobre ciertos puntos. Pero se trata de cooperación y la amabilidad que ustedes han tenido con nosotros al invitarnos tiene por contrapartida nuestro deber de dar nuestra opinión sobre los puntos discutidos. La amistad conduce normalmente a la franqueza. Por otra parte no son críticas, sino la exposición de puntos de vista externos que pueden serles útiles. En fin, las particularidades de sus reglas y de sus prácticas, que nosotros señalaremos, son en realidad la contrapartida a su profunda vinculación a la regla de derecho y a su respeto, a su concepción exigente del rol del juez, que son ideales a los cuales ustedes están muy ligados.

Nuestras observaciones generales se refieren a tres puntos: en primer lugar, a ciertos principios que nos ha parecido importante tener presentes de aquello que nosotros llamamos en Francia “el oficio del juez”, expresión que es un poco oscura pero que alude al papel que este debe tener frente a los otros poderes constitucionales y frente a los ciudadanos. Después, abordaremos algunos elementos de diagnóstico de las principales fallas del régimen actual del contencioso administrativo, que permitan dar luces sobre lo que llamaremos los grandes ejes de la reforma. Y finalmente, expresaremos nuestra opinión sobre algunos ejemplos de proposiciones que hemos escuchado esta semana en las exposiciones de los miembros de la comisión de reforma.

I. Principios que deben tenerse presentes en cuanto concierne a la concepción del juez

Se trata del lugar del juez administrativo en el conjunto del sistema institucional. Consideramos que cuatro principios generales deben ser preservados:

1. Primer principio: la exigencia para el juez de cumplir su oficio sin invadir el de los otros poderes y en los límites del litigio que le es sometido a examen. El juez

¹ Traducción de Laura Ospina Mejía.



administrativo tiene el poder extraordinario de tomar decisiones que obligan a la administración. Este poder y esta responsabilidad son aun más grandes en un país como Colombia donde no solamente la ley sino también la Constitución directamente reconocen a los ciudadanos derechos extremadamente extensos, derechos formales (como las diversas libertades clásicas), y “derechos prestacionales” (tales como el derecho a la salud, a la educación, a los servicios colectivos, al desarrollo sostenible...), y donde los textos más solemnes han consagrado acciones que le permiten al juez imponer a la administración medidas para lograr la efectividad de todos estos derechos (acción popular, tutela...). Desde este punto de vista, la Constitución colombiana de 1991 es mucho más progresista y ambiciosa que la Constitución francesa, y el juez colombiano se encuentra armado de considerables poderes.

En esta situación, el peligro es que el juez tome la plaza del administrador (¡incluso del legislador!). Esto se evidencia en Colombia donde ocurre que el poder ejecutivo, que procede directa o indirectamente de la soberanía popular, expresa algunas veces una cierta “preocupación” frente al poder judicial, como acaba de expresarlo el Presidente de la República delante de todos nosotros con ocasión de la audiencia que tuvo a bien concedernos a propósito de nuestras sesiones de trabajo, en la que ha llamado la atención sobre el costo que podrían provocar determinadas decisiones judiciales.

De ahí que es bueno que el juez no solamente diga el derecho sino además que pueda imponer medidas administrativas de carácter provisorio durante el proceso, y en la decisión ejecutoria para volver efectivos los derechos eventualmente reconocidos al demandante (lo que nosotros llamamos en derecho francés “les injonctions”), nos parece necesario que él se detenga allí, es decir, que no utilice estos poderes considerables sino en el límite de lo que le ha sido sometido a juicio. Nosotros lo hemos visto en Francia, donde ha habido algunos desbordamientos después de la reforma de los *référés* del año 2000; un juez en particular utilizó su poder para imponer a la administración medidas que no habían sido solicitadas, oponibles a la comunidad que ni siquiera había sido demandada, para comportarse en realidad como un administrador.

Consideramos que es necesario estar atentos a esto. El juez sólo tiene legitimidad para pronunciarse en el marco del proceso, en el límite de su convocatoria. Los medios de orden público deben estar limitados a los vicios más graves, como la incompetencia del autor del acto. Es muy peligroso que el juez sustituya a las partes. Él no debe ser ni un administrador ni un justiciero. Él no puede ser el “Zorro”. En algunas de las reflexiones expuestas aquí esta semana, sobre la preocupación de hacer efectivo el restablecimiento del derecho, parecía justificar ir más allá de las demandas, para utilizar de oficio algunos medios de anulación y tomar medidas no solicitadas. Ello nos ha inquietado.

El doctor Aponte nos ha puesto de presente la dificultad, ligada en Colombia a lo que él califica como inercia de la administración, que conduciría al juez a tener el deber de tomar ciertas decisiones para que los administrados no vean sus derechos fundamentales permanentemente desconocidos. Tal situación



sin duda no puede ignorarse, pero cabe preguntarse si no debiera buscarse más bien una solución indirecta, evitando que el juez se encuentre en primera línea, y que consistiría que se confiara a una institución intermedia la tarea de proponer, luego de mutuos intercambios con las autoridades administrativas, las soluciones pertinentes para hacer efectivos los derechos invocados; el juez solo tendría que intervenir si las propuestas así concebidas no fueran eficaces.

2. Los mismos principios nos parecen aplicables a la función consultiva que podría ser desarrollada por el Consejo de Estado colombiano, por las mismas razones. Si la reforma proyectada fuera adoptada, ella podría conducir a volver obligatoria la convocatoria del Consejo de Estado por parte del Gobierno para obtener su opinión sobre ciertos textos. No hay ningún obstáculo de principio en ello, y según nuestro criterio, esto sólo plantea cuestiones de orden práctico, relativas a los medios de los que dispondría el Consejo de Estado para responder con eficacia y en un término razonable a tales consultas. Por el contrario, nosotros seríamos muy reticentes a admitir que el concepto rendido pudiera ligar de cualquier manera al gobierno en cuanto a la decisión que se ha de adoptar. Así como los roles de juez y de administrador deben permanecer distintos, así las funciones de experto y de autoridad responsable deben permanecer separados. Prever un procedimiento de opinión conforme es instituir en realidad un mecanismo de co-decisión, que puede estar justificado en ciertos procedimientos administrativos, pero ciertamente no para las grandes decisiones y reglamentaciones del nivel gubernamental.

El peligro sería, para el Consejo de Estado colombiano, dar la imagen de un órgano político, con el riesgo de deslustrar su reputación de independencia, que debe ser la misma cuando interviene como juez o como consejero jurídico.

3. Otro gran principio que nosotros apreciamos mucho en Francia es aquel de **la unidad de cada jurisdicción**. En cada una de ellas, toda decisión, ya sea que emane de un juez que decida solo, de una formación restringida o de la formación plenaria, se reputa adoptada por la jurisdicción toda entera. Aunque es verdad que en relación con la jurisprudencia, la autoridad que se desprende de una decisión proferida por la formación más solemne, es mayor. Pero, en derecho, es la jurisdicción toda entera la que se supone se ha pronunciado. No podría concebirse que pudiera existir un recurso contra una decisión de una de las formaciones y que fuera llevado delante de otra formación de la misma jurisdicción. Esto sería por cierto muy dañino para el prestigio de la jurisdicción. Es por ello que nosotros nos sorprendimos muchísimo de la exposición –por cierto, excelente–, sobre las dificultades creadas por el hecho de que en la práctica la jurisprudencia es comúnmente fijada por las secciones del Consejo de Estado, en contravía de la jurisprudencia señalada por la sala plena, y de las numerosas tentativas hechas para instituir por ley recursos específicos para remediar esta situación. Nos parece que si se han necesitado muchas leyes para regular este asunto sin que se haya logrado un éxito práctico, es porque este problema es difícil de solucionar mediante este método. En realidad, la unificación de la jurisprudencia, objetivo primordial, tendría que poder darse esencialmente por



mecanismos definidos en el seno del Consejo de Estado, y si es posible adoptados por él mismo. Nosotros tuvimos la oportunidad de indicar cómo se realiza la regulación de la jurisprudencia en el seno del Consejo de Estado francés a través de mecanismos, que en parte proceden de la costumbre (como el sistema llamado de la “*troika*”), y que no necesariamente son trasladables al Consejo de Estado colombiano, pero debe ser posible tomar medidas de organización interna, que intervengan antes de que las providencias sean dadas a conocer al público, para evitar divergencias de jurisprudencia, sin instituir procedimientos de rectificación a posteriori. Los procedimientos contenciosos colombianos ya son lo bastante complicados.

La unidad de jurisdicción significa también **unidad de la política jurisprudencial**. Un orden de jurisdicción solo tiene sentido si la unidad jurisprudencial puede en él ser asegurada a través de la jurisdicción suprema de ese orden. Esto significa que **toda** decisión de una jurisdicción subordinada debe poder ser sometida, en una u otra etapa, a la jurisdicción suprema, bien sea a través de la apelación, o bien por intermedio de la casación. En Colombia se plantea un problema en este sentido respecto de las decisiones adoptadas en apelación por los tribunales administrativos, en cuanto sus decisiones pueden ser definitivas. La unidad jurisprudencial supone por lo demás una línea jurisprudencial clara, cuyas evoluciones y cambios debidamente reflexionados resulten comprensibles para el conjunto de la jurisdicción y la doctrina. Tal unidad implica una cierta permanencia de aquellos que tienen la responsabilidad de definir esos cambios y de implementarlos. Cabe recordar al respecto que en Francia el número de presidentes de la sección del contencioso (sección encargada de la actividad jurisdiccional del Consejo de Estado) no ha superado la decena en más de sesenta años desde 1945, es decir, una permanencia promedio de más de seis años. Es posible interrogarse en Colombia, necesariamente, sobre la compatibilidad entre los permanentes cambios de los responsables, y una línea jurisprudencial lo suficientemente firme y con credibilidad.

4. El cuarto principio alude a las relaciones entre las jurisdicciones. Se habla habitualmente en Europa de “**diálogo de jueces**”, bien sea entre jueces nacionales (juez constitucional, juez administrativo, juez judicial), o entre jueces extranacionales (Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, encargada de asegurar el respeto del derecho de la Unión Europea, y la Corte Europea de Derechos del Hombre, encargada de asegurar el respeto de los principios establecidos por la Convención Europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales). Ese diálogo entre jueces toma en la mayoría de los casos la forma *cuestiones prejudiciales*, planteadas por un juez al otro; este último decide el asunto de derecho que le es sometido (por ejemplo, una cuestión de inconstitucionalidad de un texto), y el primer juez decide el litigio que le es sometido tomando en cuenta esa decisión. Ese es en particular el mecanismo adoptado en Francia en la reciente reforma constitucional en lo relativo al control de constitucionalidad; así, si se plantea un asunto de constitucionalidad ante el juez ordinario, este juez lo decidirá, si el mismo no



plantea dificultad, de lo contrario, lo someterá por vía de la cuestión prejudicial al Consejo Constitucional. Ahora bien, para evitar solicitudes dispersas, los tribunales de base tanto ordinarios como administrativos deberán plantear estas cuestiones de constitucionalidad a través de la jurisdicción suprema de cada uno de sus órdenes: Consejo de Estado y Corte de Casación, que ejercerán así un papel de filtro.

En Colombia la expresión que a menudo se emplea, y que contrasta con la de diálogo entre jueces, es la expresión de “choque de trenes”; tal situación corre el riesgo de afectar a quienes acuden ante las jurisdicciones; es posible preguntarse si la técnica de la cuestión prejudicial no podría ser ensayada para evitar esa paradójica situación, en la que la decisión de una jurisdicción, en principio soberana, como es el Consejo de Estado o la Corte Suprema, puede ser acusada de desconocer derechos fundamentales, y ser anulada; ¿cómo imaginar en efecto que el Consejo de Estado o la Corte Suprema, guardianes del conjunto de los derechos de los ciudadanos, puedan desconocer esos derechos, o siquiera pueda sospecharse que los desconocen? Ello no excluye que esas jurisdicciones supremas puedan encontrar dificultades en la apreciación de lo que implica el respeto de uno u otro derecho fundamental a la luz de la Constitución; pero sería sin duda mucho más operacional permitirles acudir a la Corte Constitucional, que correr el riesgo de ser desautorizadas por esta.

II. Los grandes ejes de la reforma

Al término de nuestros intercambios de esta semana, nos parece posible aventurar sobre las grandes líneas de un diagnóstico general del que se desprenderían los ejes principales de la reforma.

1. Excúsenos por ir a lo esencial, lo que es normal cuando se trata de observadores externos. El conjunto de los mecanismos del contencioso administrativo colombiano nos parece caracterizado por dos rasgos: una complejidad excesiva del sistema y una distancia preocupante entre su considerable ambición, en cuanto a sus objetivos y los medios que permitirían realizarla.
 - a) El que hayamos resaltado la complejidad excesiva del sistema evidentemente no los sorprenderá. Muchas de sus exposiciones lo han puesto de presente, y por otra parte, es por ello que precisamente se ha creado una comisión de reforma. En primer lugar está el hecho de que el código fue expedido en 1984 y que, después, la Constitución de 1991 y los textos adoptados para su aplicación han instituido importantes procedimientos nuevos, de manera que la armonización del conjunto no ha sido bien asegurada. En los textos, la voluntad de mejorar la protección de los derechos se ha reflejado por la institución de nuevas vías de acción (aun cuando era teóricamente posible contentarse con completar los poderes de los jueces), de lo que surge una acumulación de procedimientos distintos a disposición de las personas que, paradójicamente (por el hecho de la complejidad y la confusión de los



procedimientos), corren el riesgo de ver rechazadas sus demandas por haberlas orientado de manera equivocada o no haber sabido ejercerlas bien.

Se añade a esto el hecho que el conjunto de las reglas del código son de carácter legal, que este código contiene numerosas disposiciones de detalle sobre el procedimiento y la instrucción, incluso en cuanto se refiere al manejo de las pruebas; mientras que por fuera de Colombia, por ejemplo en Francia, la mayor parte de las reglas de procedimiento administrativo y contencioso son del ámbito del poder reglamentario, incluso de la jurisprudencia o de la simple práctica, lo que facilita inmensamente los ajustes. A esta complejidad de procedimientos se agrega la multiplicidad de jurisdicciones susceptibles de intervenir para la protección de derechos fundamentales, especialmente la Corte Constitucional, las diferentes secciones del Consejo de Estado... Hay de dónde alimentar discusiones sin fin que pueden aportar grandes satisfacciones intelectuales a magistrados y a abogados de una gran cultura jurídica, pero esa no es la finalidad de la legislación.

- b) El otro elemento de diagnóstico es un **preocupante desfase** entre, de una parte, **la ambición de las normas** destinadas a asegurar la protección más efectiva de los derechos –que cubren toda la gama de reivindicaciones humanas, individuales y colectivas–, la Constitución y la ley han armado al juez de poderes considerables para imponer el respeto de ellos a la administración y, de otra parte, las **posibilidades para el juez** de asumir con eficacia las responsabilidades que le son de esta manera confiadas.

Sobre este punto nosotros nos expresamos con prudencia. No se trata de “criticar” la Constitución y la ley colombianas que expresan los ideales más respetables. Ciertamente su arsenal normativo es más avanzado que el nuestro. En Francia, la ley recién acaba de afirmar que el derecho a la vivienda es oponible a la administración, en cuanto concierne a las personas que viven en condiciones muy precarias, y se ha creado un procedimiento ante el juez administrativo para imponer su respeto. Tenemos suma inquietud por saber cómo van a poder hacer frente los tribunales administrativos a la afluencia previsible de demandas.

Hemos creído comprender, escuchando varias exposiciones, que las jurisdicciones administrativas colombianas y ciertas secciones del Consejo de Estado, padecen una situación de congestión muy grave que se refleja en demoras excesivas de los procesos, lo que es contrario a las normas internacionales. Esta situación no es simplemente preocupante desde el punto de vista de la buena gestión de las jurisdicciones. Ella podría ser también preocupante social y políticamente, toda vez que la confianza que los ciudadanos tienen en el sistema normativo supone una cierta adecuación entre los derechos consagrados en los textos y la posibilidad real de obtener su respeto. Si recurrir al juez tropieza con muchos obstáculos procedimentales y tiene duraciones excesivas, es la confianza en el juez y la credibilidad del conjunto del sistema institucional las que están en riesgo de afectación. Inversamente, el juez no puede convertirse, por la utilización



extensiva de los poderes excepcionales de los que dispone, en el super-regulador de la vida colectiva y el receptáculo de todos los lamentos; tarde o temprano los límites reales de su poder se harán evidentes.

2. De este diagnóstico muy general se derivan las grandes orientaciones de las reformas que podría proponer su comisión. Estos grandes ejes podrían ser: clarificación y simplificación, de una parte, “gerencia” de los procedimientos (si puede permitirse esta expresión), de otra parte.

El primer eje no los sorprenderá sin duda. Aparentemente la mayoría de la comisión está convencida de ello. Sobre cada punto de estudio, ella debería preguntarse en consecuencia si el ajuste propuesto tiende a clarificar y simplificar los textos y las prácticas.

La segunda es tal vez menos evidente. En Francia, es el Vicepresidente del Consejo de Estado quien tiene una delegación permanente del Ministro de Justicia para administrar los tribunales administrativos, las cortes de apelación administrativas, así como el cuerpo de magistrados administrativos. De hecho, es el Consejo de Estado el que propone las reformas al Gobierno para adecuar el contencioso administrativo, y es él el que en el contencioso fija la jurisprudencia. Todo esto le da una gran experiencia en todas las cuestiones relativas a la gestión del contencioso. Y una de las grandes lecciones de los últimos años es que antes de modificar las reglas de procedimiento, es siempre necesario, más allá del aspecto propiamente jurídico, proceder a realizar una suerte de estudios de impacto, tendientes a identificar todas las implicaciones prácticas del proyecto de reforma: número de recursos implicados, capacidad de reacción de las diferentes jurisdicciones, adecuaciones necesarias para la organización interna...

Estas preocupaciones pueden parecer menos nobles que el análisis estrictamente jurídico. Pero ellas no son menos esenciales. En esta óptica, la comisión debería, para cada modificación prevista, prestar atención particular a la cuestión de sus incidencias sobre los medios y los métodos de trabajo. Un solo ejemplo: la cuestión de consulta obligatoria del Consejo de Estado sobre ciertos textos no puede ser resuelta sin el examen en paralelo de los medios de los que dispone la Sala de Consulta para cumplir bien su labor y en plazos compatibles con las exigencias gubernamentales.

Algunos ejemplos de las reformas proyectadas

Sobre muchos puntos de estudio, la Comisión ya ha procedido a un análisis de la situación actual y a la descripción de una problemática, pero sin que todavía haya formulado proposiciones precisas. Y por ello es difícil dar nuestra opinión. Sobre algunos puntos la reflexión ha avanzado más. Podemos dar dos ejemplos de proposiciones formuladas en estos últimos días que nos parecen acordes con el diagnóstico y las orientaciones que nosotros acabamos de hacer.



1. Acciones y pretensiones

Una de las subcomisiones ha reflexionado mucho sobre la situación creada por la multiplicación de acciones o vías en derecho, instituidas por normas, que responden a las diversas reivindicaciones jurídicas. De ello han surgido debates muy sutiles sobre las distinciones que se deben hacer entre las acciones, fundamentos legales, causas jurídicas, pronunciamientos solicitados al juez o pretensiones... La subcomisión ha sabido identificar los inconvenientes que resultan de ello: complejidad excesiva para los demandantes y la actividad judicial, riesgo de rechazo de demandas fundadas, pero mal presentadas u orientadas. La proposición de la subcomisión, tal como fue presentada en la exposición del Dr. Arboleda, nos parece absolutamente conforme con las orientaciones deseables de clarificación y de sentido práctico: lo esencial es tomar como base aquello que el demandante solicita al juez, más que el título jurídico que aquel le dé a su demanda, y las “acciones” creadas por las normas podrían interpretarse no como procedimientos formales particulares, sino como una expresión del derecho de pedir al juez ciertos pronunciamientos o, aquello que a su vez equivale a lo mismo, el poder del juez de satisfacer ciertas demandas.

2. El Consejo de Estado como unificador de jurisprudencia

Las divergencias de jurisprudencia en las decisiones de las diferentes formaciones de juzgamiento del Consejo de Estado colombiano nos parecen, lo hemos visto, que tienen más inconvenientes teóricos que prácticos, y las soluciones pueden encontrarse más fácilmente en la organización interna del Consejo de Estado que en el hecho de crear recursos procesales. Por el contrario, parece ser muy serio el riesgo de ver divergencias de jurisprudencia entre los tribunales administrativos que deciden en última instancia, a falta de recursos de casación ante el Consejo de Estado, lo que conduce a una aplicación desigual de la ley.

Es casi indudable la utilidad de instituir un recurso de casación. Las cuestiones centrales son de orden práctico. En primer lugar, la comisión podría preguntarse si sería oportuno crear un mecanismo preventivo, como el de la petición de opinión dirigida a la jurisdicción suprema, implementado desde hace poco en Francia y en otros países. Este procedimiento permite a las jurisdicciones pedir a la jurisdicción suprema que exprese su opinión sobre una nueva cuestión de derecho que se encuentren en conocimiento de aquellas y en la que haya riesgo de ser definida de manera divergente por los diferentes tribunales a los que se haya acudido. La jurisdicción suprema rinde su concepto en un breve plazo únicamente sobre la cuestión de puro derecho que le ha sido así planteada; esta opinión se publica y le permite a la jurisdicción decidir el fondo del litigio sometido a su conocimiento. Este procedimiento es muy útil. Él permite anticipar el riesgo de divergencia. Y los tribunales administrativos no han hecho un uso abusivo de este mecanismo (menos de una decena de casos por año).

Además, tratándose del recurso de casación contra los fallos proferidos en última instancia, instituido en Francia desde 1987, así como las cortes administrativas de apelación, su éxito depende de las disposiciones adoptadas para evitar la congestión de la jurisdicción suprema de recursos que no entran



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

en su doble rol de hacer respetar las reglas de procedimiento por los jueces de fondo y unificar la jurisprudencia. La experiencia francesa muestra que es posible (y muy útil) instituir un mecanismo de “admisión”, es decir, de selección, para descartar de entrada los recursos que no comportan “medios serios”, y de no abrir la instrucción sino solo para aquellos que, evidentemente, presenten para juzgar una verdadera cuestión de jurisprudencia. Actualmente en Francia, más de la mitad de los recursos de casación son declarados “no admitidos”, a veces por un simple auto. Gracias a este mecanismo de admisión, el plazo medio de examen de los recursos ante el Consejo de Estado francés está cercano a un año. El número de recursos de casación admitidos es suficiente para sancionar los errores más graves de los jueces de fondo y asegurar la unidad de la jurisprudencia.

En definitiva, el camino de la reforma parece situarse entre dos disyuntivas:

- La de la tentación, según una figura bien conocida en la cultura católica, en este caso, la tentación de ceder al vértigo de convertir la jurisdicción administrativa en jurisdicción providencia, asegurando por ella misma el triunfo de todos los derechos fundamentales de todos los colombianos, sustituyéndose así a la inercia o a la mala voluntad de la administración, redefiniendo de esa manera los límites de un proceso que los demandantes habrían insuficientemente planteado y distribuyendo con prodigalidad los beneficios de una justicia inmanente y omnipresente.
- La de la ambición insuficiente. La jurisdicción administrativa colombiana, que tiene tan rico y prometedor pasado está llamada en numerosos puntos a una forma de refundación. Sería lamentable no aprovechar plenamente la magnífica ocasión ofrecida en este sentido por la decisión del Presidente de la República de reunir esta comisión de reforma para sentar las bases esenciales y ambiciosas de esta refundación. El seminario en el que hemos tenido el honor de participar ha permitido debatir en profundidad los principales temas de esta vasta empresa. Solo nos resta desear a la comisión y a todos los promotores de la reforma el mayor éxito.

FORTALECIMIENTO
DE LA JURISDICCIÓN
CONTECIOSO ADMINISTRATIVA



Fortalecimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹

BOGOTÁ, D. C., COLOMBIA – JULIO DE 2008

Resultados de la gestión en la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de la entrada en operación de los juzgados administrativos

1. Antecedentes

En el año 2006 la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con la participación del Consejo de Estado, teniendo como base lo establecido en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, especialmente en sus artículos 11 (integración de la Rama Judicial), 42 (régimen) y 197 (competencia), en concordancia con la Ley 446 de 1998² implementó los Juzgados Administrativos. Para el efecto logró la apropiación de una partida presupuestal de 60.000 millones con los cuales se dispuso la creación de 257 despachos, que quedaron distribuidos en 26 Distritos y 37 Circuitos³, los cuales entraron en operación; esto es, asumieron el ejercicio de su competencia el 1 de agosto del 2006.

Luego de estudios estadísticos detallados de la gestión de los Tribunales Administrativos, se calculó el número de procesos que deberían pasar a los Juzgados Administrativos, estimándose que estos iniciarían labores con una carga laboral equivalente al 73% de los expedientes que a 31 de julio de 2006 estaban conociendo las citadas corporaciones, de conformidad a lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 164 de la Ley 446 de 1998, que establece: “Los procesos en curso que eran de única instancia ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales y que quedaren de doble instancia se deberán enviar en el estado en que se encuentren al competente, según esta Ley, salvo que hayan entrado al despacho para sentencia”.

2. Histórico - Movimiento General de Procesos

El movimiento histórico de procesos para la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (2000 – 2007) ha presentado un incremento de 357 puntos porcentuales para la demanda y 433 puntos en el egreso de procesos:

¹ Documento Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

² “Por la cual se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

³ A la fecha existen 38, pues con el Acuerdo 3806 de 2006 se creó el Circuito Judicial Administrativo de Cartago en el Distrito Judicial Administrativo del Valle del Cauca.



Cuadro 1. Movimiento histórico de procesos Jurisdicción Administrativa 2000-2007

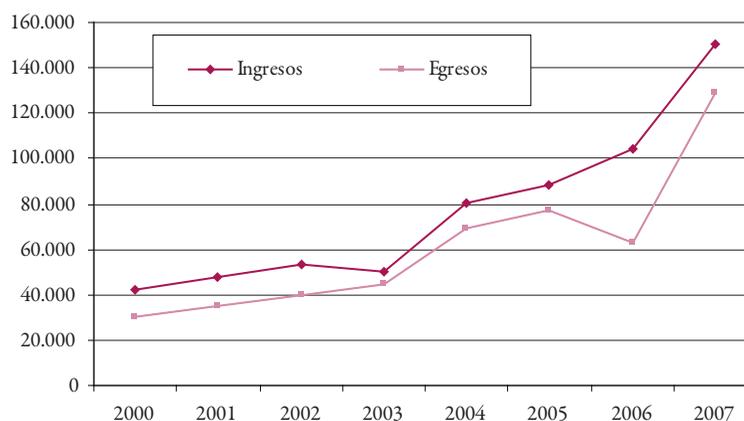
Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total	IEP
Ingresos	42.121	47.958	53.195	50.003	80.617	88.543	104.201	150.450	617.088	79%
Egresos	29.851	35.282	39.530	44.783	69.369	77.574	63.053	129.194	488.636	

Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.

El índice de evacuación parcial acumulado para estos 8 años es del 79%, lo cual indica que de cada 100 procesos que entraron a la jurisdicción contencioso administrativa se acumularon 21 procesos.

Aunque en los años 2004 y 2005 se presentó un incremento notorio en los ingresos con respecto a los años anteriores, los aumentos más altos, correspondientes al 2006 y 2007, son consecuencia de la entrada en vigencia de los 257 juzgados, que a pesar de iniciar labores con una carga laboral de procesos heredada de los tribunales, tuvieron sus puertas abiertas para recepción de nuevos asuntos ingresados al sistema por reparto.

Figura 1. Movimiento histórico de procesos Jurisdicción Administrativa 2000-2007



Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.

Y es por esta misma circunstancia de carácter coyuntural, que se explica la disminución del número de egresos en el año 2006, compensada claramente con la puesta en marcha de los juzgados y la acomodación de los procesos en los mismos y en los tribunales, ya que el volumen de salidas en el 2007 se incrementó hasta alcanzar de nuevo la diferencia que regularmente había guardado con la demanda durante los años 2000 a 2005.

3. Proceso de implementación de los juzgados administrativos

Con el propósito de impulsar una gran cantidad de procesos al despacho para fallo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptó algunas medidas de descongestión para los Tribunales Administrativos a nivel nacional, con lo que se



redujo el número de expedientes que por competencia debían bajar a los Juzgados Administrativos. Esta medida consistió en la creación de 166 cargos de apoyo con un costo de \$2'500.749.529.

De la misma forma, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura con la asesoría y apoyo de sus Unidades, especialmente la de Desarrollo y Análisis Estadístico, la de Carrera Judicial, la de Recursos Físicos y la Escuela Judicial y de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, expidió múltiples Acuerdos para materializar la creación y puesta en funcionamiento de los Juzgados Administrativos, dentro de los que merecen destacarse los siguientes:

- **Acuerdo No. 3321 de 2006**, “Por el cual se crean los Circuitos Judiciales Administrativos del Territorio Nacional”;
- **Acuerdo No. 3345 de 2006**, “Por el cual se implementan los Juzgados Administrativos”;
- **Acuerdo No. 3387 de 2006**, “Por el cual se crean unas Oficinas de Apoyo y unas Oficinas de Servicios para los Juzgados Administrativos y se determina su estructura, funciones y planta de personal”;
- **Acuerdo No. 3409 de 2006**, “Por el cual se dictan medidas tendientes a poner en operación los Juzgados Administrativos”;
- **Acuerdo No. 3449 de 2006**, “Mediante el cual se determina el Código Único de Radicación de procesos para los Juzgados Administrativos del país”;
- **Acuerdo No. 3482 de 2006**, “Por medio del cual se convoca al XV concurso de méritos para la provisión del cargo de Juez Administrativo”;
- **Acuerdo No. 3501 de 2006**, “Por el cual se reglamenta el reparto de los asuntos de conocimiento de los Juzgados Administrativos” y,
- **Acuerdo No. 3578 de 2006**, “Que modifica el Acuerdo 3321 de 2006, por el cual se crearon los Circuitos Judiciales Administrativos en el Territorio Nacional”.

De esta manera, en el mes de agosto de 2006, en ejecución de los Acuerdos arriba citados, iniciaron labores los 257 Juzgados Administrativos a nivel nacional, con un número promedio de procesos de 486 por despacho, consolidando un total de 125.098 procesos que por competencia bajaron de los Tribunales Administrativos.

No obstante lo anterior, dentro de la distribución, los Juzgados ubicados en los Circuitos Judiciales Administrativos de Buga, Barrancabermeja, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Facatativá, Girardot y Zipaquirá desbordaron el promedio proyectado, por lo que se hizo necesario adoptar una medida de apoyo que consistió en la creación de 14 cargos transitorios adicionales durante el 2006.

3.1. Sinopsis Histórica

- 1991: Comenzaron a tramitarse ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las acciones constitucionales de tutela, cumplimiento, populares, de grupo y de pérdida de investidura.
- Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y Ley 446 de 1998 – Modificatoria del Código Contencioso Administrativo, consagraron la



- existencia, creación y competencia de los Juzgados Administrativos.
- Julio de 2006: 26 Tribunales Administrativos, 144 magistrados, 187.285 procesos, 1.300 procesos por magistrado (inventario)

Figura 2. Número de procesos por Magistrado 2006



Fuente: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, UDAE.

- Agosto de 2006: Entrada en operación de 257 Juzgados Administrativos, distribuidos en 26 Distritos Judiciales Administrativos y 37⁴ Circuitos Judiciales Administrativos, con recursos presupuestales \$60.000'000.000,00
- La Jurisdicción Contencioso Administrativa pasó de 171 a 428 funcionarios, que representa un crecimiento del 150%. El número total de servidores (funcionarios y empleados) pasó de 1.002 a 1.948 cargos, con un incremento del 94.4%

Cuadro 2. Funcionarios Jurisdicción Contenciosa 2006

Funcionarios	Número
Magistrados Consejo Estado	27
Magistrados de Tribunales	144
Nuevos Juzgados Adivtos.	257
Total	428

Fuente: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, UDAE.

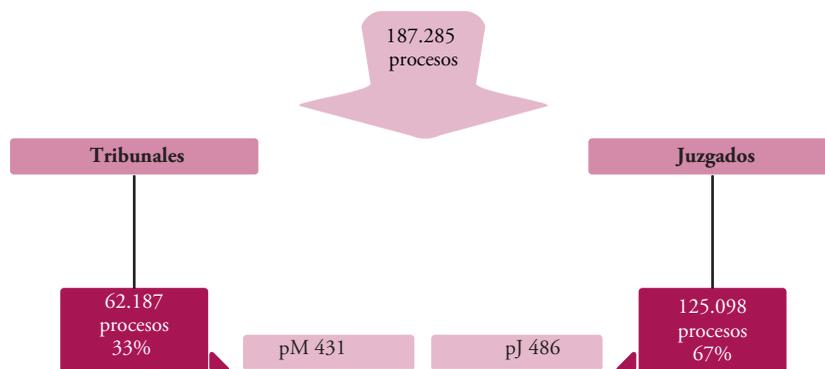
3.2. Transferencia inicial de Procesos

A partir del mes de agosto de 2006 se inició el procedimiento de traslado, por competencia, de expedientes de los Tribunales Administrativos a los Juzgados Administrativos. El resultado fue la asignación inicial a los segundos de 125.098 procesos (67% de los 187.285), quedando los tribunales con un inventario de 62.187 procesos (33%).

⁴ Como ya antes se precisó, originalmente eran 37 Circuitos hoy en día son 38.



Figura 3. Número de procesos por Magistrado



Fuente: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, UDAE.

El promedio nacional de procesos que recibió cada Juzgado Administrativo fue de 486. Los 44 del Circuito Judicial Administrativo de Bogotá se agruparon en cuatro secciones, siguiendo la estructura del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Ello en razón a la especialidad y al volumen, destacándose por este último aspecto los asuntos que son de conocimiento de la sección segunda, cuya función principal es conocer los procesos relacionados con asuntos laborales a través de la acción de nulidad simple y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Cuadro 3. Carga promedio recibida por los juzgados administrativos en agosto de 2006

Tribunal	Circuito	Juzgados por Circuito	Promedio por Juzgado
Boyacá	Santa Rosa de Viterbo	1	1.432
Cundinamarca	Zipaquirá	1	1.180
Cundinamarca	Girardot	1	1.087
Valle	Buga	1	1.031
Santander	San Gil	1	1.011
Cundinamarca	Facatativá	1	923
Santander	Barrancabermeja	1	791
Cundinamarca	Bogotá - Secc. 2ª	24	702
La Guajira	Riohacha	2	691
Chocó	Quibdó	3	669
Caldas	Manizales	4	642
Boyacá	Tunja	15	586
Sucre	Sincelejo	9	561
Magdalena	Santa Marta	7	549
Antioquia	Medellín	30	547
Quindío	Armenia	4	546
Atlántico	Barranquilla	12	526
Santander	Bucaramanga	14	510
Nte. Santander	Cúcuta	6	505



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

Tribunal	Circuito	Juzgados por Circuito	Promedio por Juzgado
Valle	Buenaventura	1	492
Huila	Neiva	6	488
Meta	Villavicencio	7	488
Caquetá	Florencia	2	483
Cesar	Valledupar	6	480
Córdoba	Montería	6	413
Bolívar	Cartagena	13	408
Nariño	Mocoa	1	400
Cauca	Popayán	8	397
Tolima	Ibagué	9	395
Nariño	Pasto	8	388
Cundinamarca	Bogotá - Secc. 3ª	8	377
Nte. Santander	Pamplona	1	377
Valle	Cali	21	355
Risaralda	Pereira	4	340
Casanare	Yopal	2	321
Arauca	Arauca	2	298
Antioquia	Turbo	1	289
Cundinamarca	Bogotá - Secc. 1ª	6	234
Cundinamarca	Bogotá - Secc. 4ª	6	162
Cundinamarca	Leticia	1	135
Arch. San Andrés	Arc. San Andrés	1	65
Total Nacional		257	468

Fuente: Tribunales Administrativos- Circular 065 de 2006.

3.2.1. Naturaleza de los procesos transferidos a los Juzgados Administrativos

Del total de procesos distribuidos a los Juzgados Administrativos, el 71% (88.820) correspondían a procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, el 13% (16.262) a ordinarios de reparación directa y el 7% a acciones constitucionales (8.757). En estos tres grupos está representado el 91% de los procesos que se transfirieron de los Tribunales Administrativos.

Cuadro 4. Carga promedio recibida por los juzgados administrativos en agosto de 2006.

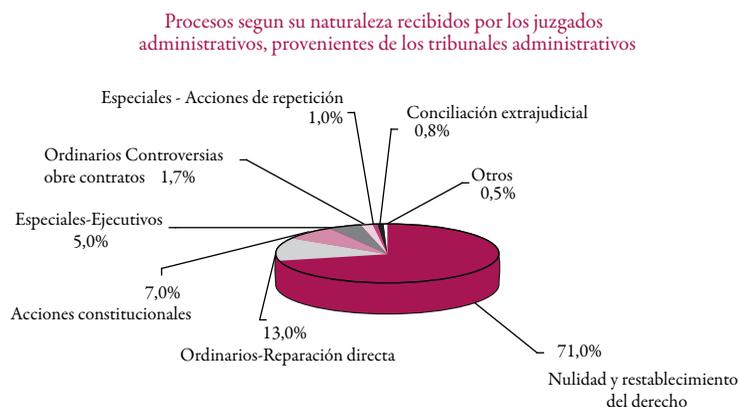
Tipo de proceso recibido de los tribunales	Procesos	Participación
Nulidad y Restablecimiento del Derecho	88.820	71,00%
Ordinarios de Reparación Directa	16.262	13,00%
Acciones Constitucionales	8.757	7,00%
Especiales y Ejecutivos	6.255	5,00%
Ordinarios de Controversias sobre Contratos	2.127	1,70%



Tipo de proceso recibido de los tribunales	Procesos	Participación
Especiales y Acciones de Repetición	1.251	1,00%
Conciliación Extrajudicial	1.001	0,80%
Otros	625	0,50%
Total	125.098	100%

Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.

Figura 4. Procesos transferidos a los Juzgados Administrativos 2006

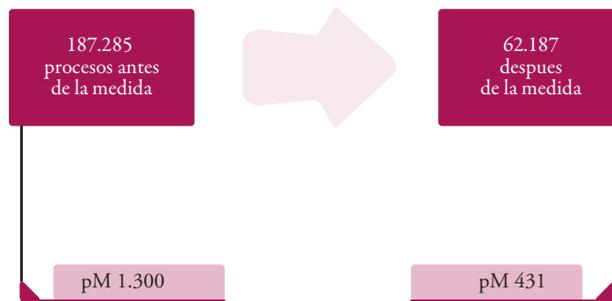


Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.

4. Impacto de la creación de los juzgados administrativos en los tribunales administrativos

Los 26 Tribunales Administrativos estaban constituidos por 144 despachos de magistrados que tenían bajo su responsabilidad 187.285 procesos. Cada magistrado registraba una asignación promedio de 1.300 procesos. No obstante, la distribución de procesos en cada tribunal presentaba un reparto asimétrico.

Figura 5. Impacto de la medida en volumen de procesos.



Fuente: Tribunales Administrativos- Circular 065 de 2006.



Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

La tercera parte de todos los procesos estaban en solo dos tribunales (Cundinamarca y Antioquia), con 40 despachos de magistrado (30 el primero y 10 el segundo), mientras el 4,8% de los procesos se encontraba en los dos tribunales más pequeños (Arauca y San Andrés) con seis despachos de magistrado (cada uno con 3). Ello quiere decir que mientras el Tribunal Administrativo de Antioquia tenía una asignación promedio de 2.131 procesos por magistrado, muy por encima de la media nacional, el Tribunal de San Andrés tenía una asignación de tan solo 91 procesos por magistrado, muy por debajo de la media nacional.

Cuadro 5. Traslado de procesos de los Tribunales a los juzgados administrativos

Tribunal	Número de despachos	Inventario inicial a 1 de julio de 2006	Procesos remitidos a los juzgados administrativos		Proceso que quedaron en los tribunales	
			Volumen	%	Volumen	%
Antioquia	10	21.309	16.708	78	4.601	22
Arauca	3	642	595	93	47	7
Atlántico	6	10.512	6.317	60	4.195	40
San Andrés y Providencia	3	273	65	24	208	76
Bolívar	4	8.031	5.306	66	2.725	34
Boyacá	5	14.129	10.229	72	3.900	28
Caldas	5	4.054	2.568	63	1.486	37
Caquetá	3	1.440	985	68	455	32
Casanare	3	1.369	718	52	651	48
Cauca	4	5.180	3.175	61	2.005	39
Cesar	4	3.711	2.880	78	831	22
Chocó	3	2.166	2.008	93	158	7
Córdoba	4	3.129	2.477	79	652	21
Cundinamarca	30	37.967	22.243	59	15.724	41
Guajira	3	2.984	1.381	46	1.603	54
Huila	5	3.604	2.910	81	694	19
Meta	4	5.939	3.418	58	2.521	42
Nariño	6	3.859	3.504	91	355	9
Magdalena	3	5.739	3.841	67	1.898	33
Quindío	3	3.435	2.182	64	1.253	36
Risaralda	3	1.612	1.359	84	253	16
Nte. Santander	5	5.178	3.397	66	1.781	34
Santander	5	13.463	9.119	68	4.344	32
Sucre	4	7.006	5.047	72	1.959	28
Tolima	6	7.510	3.554	47	3.956	53
Valle	10	13.044	9.112	70	3.932	30
General	144	187.285	125.098	67	62.187	33

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura – Tribunales Administrativos del país- Circular 065 de 2006.



4.1. Impacto en la demanda de los Tribunales Administrativos

Haciendo un análisis del ingreso, con base en la información estadística continua para el período 2000-2007, se puede observar que el ingreso de procesos a los tribunales bajó durante los dos primeros meses siguientes a la entrada en funcionamiento de los juzgados, como consecuencia de la nueva distribución de las competencias judiciales. Como se observa en el siguiente cuadro, el índice de crecimiento de la demanda mensual promedio, a partir de julio-agosto/06 es de 0.62, indicando que la demanda de servicio de los tribunales disminuyó, es decir que de cada 100 procesos que recibían antes de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, pasaron a recibir solo 62.

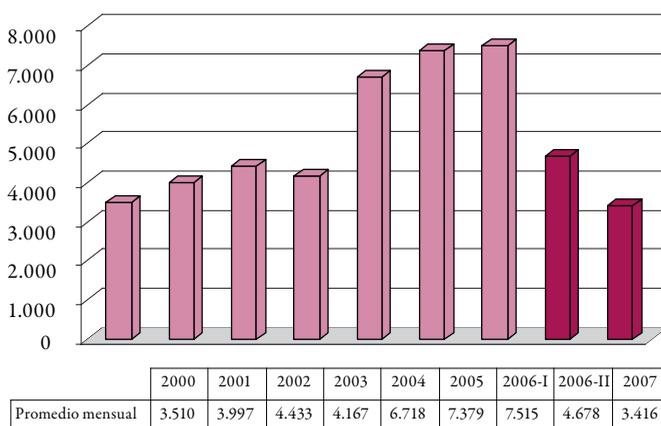
Cuadro 6. Histórico de la demanda promedio mensual en los Tribunales Administrativos

Año	Promedio mensual
2000	3.510
2001	3.997
2002	4.433
2003	4.167
2004	6.718
2005	7.379
2006-1 Semestre	7.515
2006-2 Semestre	4.678
2007	3.416

Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.

Adicionalmente, resulta claro cómo para el año 2007 la demanda de justicia en los Tribunales Administrativos se consolidó en un valor promedio mensual por magistrado de 3.416 procesos, inferior al valor promedio mensual histórico.

Figura 6. Impacto de la medida en la demanda histórica de los Tribunales



Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.



Puede concluirse entonces que la demanda de procesos en los Tribunales Administrativos regresó al nivel regular presentado durante cuatro años consecutivos a partir del 2000, debido a que la demanda de procesos se acentuó en los Juzgados Administrativos.

4.2. Gestión de los Tribunales Administrativos

Con una cobertura en el reporte del 97%, equivalente a 139 magistrados que suministraron información, durante el 2007, dichos funcionarios, en promedio, recibieron 299 procesos y evacuaron 320, es decir que egresaron 7 expedientes de los inventarios iniciales, que en total corresponden 44.721 asuntos susceptibles de ser impulsados por los magistrados. Igualmente, reportaron 525 procesos sin trámite.

Cuadro 7. Movimiento de procesos en los Tribunales Administrativos 2007

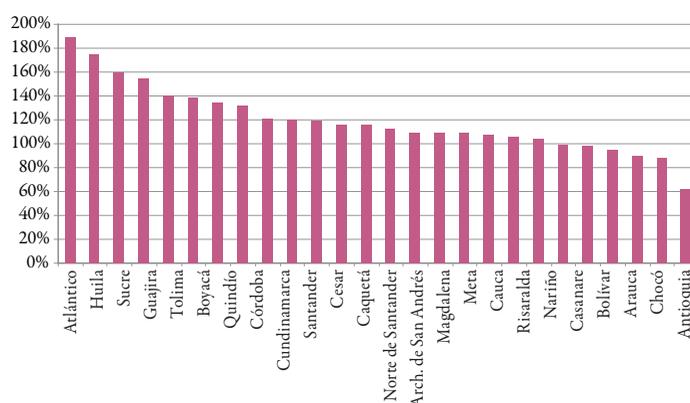
Distrito Administrativo	Despachos Reportados	Inventario Inicial con Trámite	Inventario Inicial sin Trámite	Ingresos	Egresos	Inventario Final con Trámite	Inventario Final sin Trámite	Índice de Evacuación Parcial
Antioquia	10	4.913	0	8.870	5.485	887	549	62%
Arauca	3	50	1	229	205	76	68	90%
Archipiélago de San Andrés	3	51	0	108	118	36	39	109%
Atlántico	1	572	0	52	98	52	98	188%
Bolívar	4	1.859	0	1.331	1.251	333	313	94%
Boyacá	5	3.492	0	1.814	2.515	363	503	139%
Caldas	5	933	0	951	1.139	190	228	120%
Caquetá	3	443	0	365	421	122	140	115%
Casanare	3	266	0	472	459	157	153	97%
Cauca	4	1.612	0	1.257	1.321	314	330	105%
Cesar	4	615	10	930	1.073	233	268	115%
Chocó	3	168	2	400	353	133	118	88%
Córdoba	4	709	0	994	1.316	249	329	132%
Cundinamarca	30	10.063	104	8.692	10.500	290	350	121%
Guajira	3	306	74	334	514	111	171	154%
Huila	5	1.510	0	711	1.244	142	249	175%
Magdalena	3	991	32	757	823	252	274	109%
Meta	4	944	15	1.872	2.027	468	507	108%
Nariño	6	800	2	1.267	1.249	211	208	99%
Norte de Santander	5	1.421	30	900	1.011	180	202	112%
Quindío	3	599	0	566	758	189	253	134%
Risaralda	3	270	0	776	814	259	271	105%
Santander	5	4.403	0	2.075	2.471	415	494	119%
Sucre	4	2.063	58	887	1.418	222	355	160%



Distrito Administrativo	Despachos Reportados	Inventario Inicial con Trámite	Inventario Inicial sin Trámite	Ingresos	Egresos	Inventario Final con Trámite	Inventario Final sin Trámite	Índice de Evacuación Parcial
Tolima	6	2.349	197	1.422	1.989	237	332	140%
Valle del Cauca	10	3.319	0	2.964	3.237	296	324	109%
Total general	139	44.721	525	40.996	43.809	295	315	107%

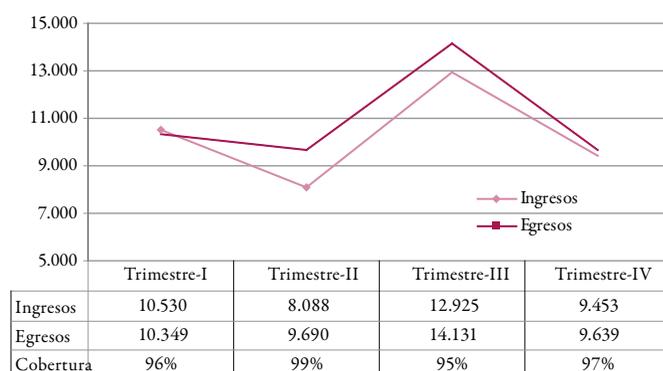
Fuente: Consejo Superior de la Judicatura - Tribunales Administrativos- SIERJU WEB.

Figura 7. Índice de Evacuación Parcial Tribunales Administrativos 2007



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura - Tribunales Administrativos- SIERJU WEB.

Figura 8. Movimiento de Procesos Tribunales Administrativos 2007



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura - Tribunales Administrativos- SIERJU WEB.

5. Gestion de los juzgados administrativos

En el siguiente cuadro, puede apreciarse un incremento en el promedio mensual de ingresos y egresos del año 2006 al año 2007.



Cuadro 8. Promedio mensual de procesos años 2006 y 2007

Año	Periodo	Total Año		Promedio Mensual	
		Ingresos	Egresos	Ingresos	Egresos
2006	5 Meses	50.708	29.829	10.142	5.966
2007	12 Meses	218.908	170.770	18.242	14.231
Variación				80%	139%

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura - Tribunales Administrativos- SIERJU WEB.

Se evidencia un aumento en los ingresos mensuales de procesos, al pasar de 10.142 (2006) a 18.242 (2007), que equivale a un incremento del 80%.

Ahora bien, la respuesta (gestión) de los Juzgados Administrativos ha sido positiva, al incrementar los egresos mensuales en estas dos vigencias en un 139%.

5.1. Movimiento de procesos año 2006

El Cuadro 9. muestra los ingresos y egresos que reportaron los Juzgados Administrativos durante los meses en que funcionaron en el 2006. En primer lugar se ilustran los movimientos durante los meses de agosto y septiembre, que corresponden al reporte de información del tercer trimestre de ese año. Allí se evidencia que 252 juzgados (98%), suministraron información en la cual figura que manejaron una carga de 150.151 procesos y egresaron 11.492, es decir que el índice de evacuación total nacional es del 17%, respecto del inventario inicial más los ingresos en el período de estudio.

La información reportada para el último trimestre (octubre-diciembre de 2006), a la fecha de corte tomada para la elaboración del presente documento, había sido de 223 Juzgados Administrativos (87%), los cuales recibieron 25.655 procesos nuevos y evacuaron 18.337 procesos. Es decir se incrementaron los inventarios del segundo trimestre en un total de 7.318 procesos.

Cuadro 9. Movimiento de procesos juzgados administrativos año 2006

Tribunal	Circuito	Agosto - Septiembre de 2006				Octubre - Diciembre de 2006					Índice de evacuación total
		Despachos reportados	Carga laboral ⁵	Egreso no efectivo	Egreso efectivo	Despachos reportados	Carga laboral	Egreso no efectivo	Egreso efectivo	% de acumulación	
Antioquia	Medellín	30	28.777	2.240	219	27	2.917	4.188	1.237	-86%	25%
	Turbo	1	375	4	3	1	175	132	4	22%	26%
Arauca	Arauca	2	667	15	3	2	125	33	30	50%	10%
Atlántico	Barranquilla	12	6.525	204	21	12	943	337	216	41%	10%
Bolívar	Cartagena	13	5.255	63	95	5	1.174		176	85%	5%



Tribunal	Circuito	Agosto - Septiembre de 2006				Octubre - Diciembre de 2006					Índice de evacuación total
		Despachos reportados	Carga laboral ⁵	Egreso no efectivo	Egreso efectivo	Despachos reportados	Carga laboral	Egreso no efectivo	Egreso efectivo	% de acumulación	
Boyacá	Tunja	16	11.886	1.106	144	16	2.405	664	386	56%	16%
Caldas	Manizales	4	2.999	104	177	4	837	122	296	50%	18%
Caquetá	Florencia	2	1.100	57	35	2	218	64	27	58%	14%
Casanare	Yopal	2	721	10	6	2	548	58	130	66%	16%
Cauca	Popayán	8	2.997	134	73	8	666	129	261	41%	16%
Cesar	Valledupar	6	3.277	83	167	6	596	159	229	35%	16%
Chocó	Quibdó	3	1.830	108	51	3	482	167	161	32%	21%
Córdoba	Montería	6	2.741	170	77	6	687	118	143	62%	15%
Cundinamarca	Bogotá	40	19.394	757	1.168	25	4.329	1.397	423	58%	16%
	Facatativá	1	1.013		34						3%
	Girardot	1	1.081		265						25%
	Leticia	1	121	2	26	1	276	84	21	62%	34%
	Zipaquirá	1	1.887		78						4%
Huila	Neiva	6	3.584	343	89	6	971	470	204	31%	24%
La guajira	Riohacha	2	1.785	84	18	2	252	103	38	44%	12%
Magdalena	Santa Marta	7	4.061	23	109	7	457	530	171	-53%	18%
Meta	Villavicencio	7	3.734	162	49	7	463	186	109	36%	12%
Nariño	Mocoa	1	425	9	3	1	149		104	30%	20%
	Pasto	8	3.501	139	61	8	812	300	348	20%	20%
Nte de Santander	Cúcuta	6	3.487	109	52	6	601	152	178	45%	12%
	Pamplona	1	415	7	4	1	58	24	16	31%	11%
Quindío	Armenia	4	3.923	223	278	4	448	187	310	-11%	23%
Risaralda	Pereira	4	3.358	282	208	4	332	93	253	-4%	23%
Santander	Barrancabermeja	1	878	9	11	1	167	25	31	66%	7%
	Bucaramanga	14	8.471	276	126	14	1.205	440	535	19%	14%
	San Gil	1	1.215	2	8	1	246	108	25	46%	10%
Sucre	Sincelejo	9	5.349	100	18	9	436	212	124	23%	8%
Tolima	Ibagué	9	4.220	183	172	9	868	297	248	37%	18%
Valle	Buenaventura	1	0			1	96	37	11	50%	50%
	Buga	1	1.137	58	14	1	255	56	29	67%	11%
	Cali	21	7.962	405	159	21	1.461	434	557	32%	17%
Total		252	150.151	7.471	4.021	223	25.655	11.306	7.031	29%	17%

Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.

La creación de una mayor oferta institucional en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ampliada a todo el territorio nacional, aumentó las posibilidades de

⁵ Carga laboral Total: es la suma del inventario inicial más los ingresos.

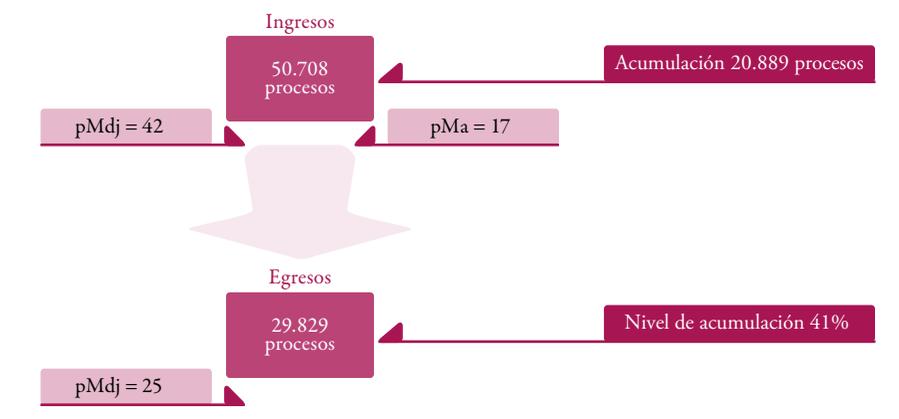


registrar una mayor demanda, como se observó en la Figura 1., de tal suerte que aumentó la acumulación de procesos. Es así como entre octubre y diciembre/06 se obtiene un promedio de ingreso de procesos por despacho de 115 y un egreso de 82, se genera una acumulación adicional de 32 procesos.

Egreso de procesos año 2006

Conforme a lo que ya se anotó, la información reportada para el último trimestre (octubre-diciembre de 2006), a la fecha de corte de este informe, había sido suministrada por 223 Juzgados Administrativos (87%), los cuales recibieron 25.655 nuevos procesos y evacuaron 18.337. Es decir adicionaron a los inventarios de comienzos de octubre un total de 7.318 procesos.

Figura 9. Impacto de la medida en la demanda histórica de los Tribunales



Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.

De esta forma, se observa que en el año 2006 ingresaron a los juzgados administrativos 50.708 nuevos procesos y se evacuaron 29.829, con una acumulación de 20.889 procesos. El Promedio nacional de evacuación por despacho fue de 25 procesos al mes.

5.2. Gestión de los Juzgados Administrativos 2007

5.2.1. *Movimiento de procesos 2007*

Para el año 2007 los Juzgados Administrativos presentaron un ingreso promedio nacional por despacho de 852 procesos y un egreso promedio de 664. El índice de evacuación parcial, a nivel nacional, correspondió a 73%, implicando una acumulación de 27 procesos por cada 100.



Cuadro 10. Movimiento de procesos juzgados administrativos año 2007

Distrito	Inventario Inicial con Trámite	Inventario Inicial sin Trámite	Carga Laboral	Ingresos	Egresos	Índice de Evacuación Parcial	Índice de Evacuación Total
Antioquia	416	0	829	413	216	52%	26%
Arauca	705	2	1.089	382	285	75%	26%
Archipiélago de San Andrés	89	0	483	394	360	91%	75%
Armenia	2.706	25	4.517	1.786	1.673	94%	37%
Barranquilla	6.484	221	11.013	4.308	3.052	71%	28%
Bogotá	23.766	15	48.645	24.864	15.338	62%	32%
Bucaramanga	9.075	194	15.016	5.747	5.789	101%	39%
Buga	2.282	14	5.244	2.948	2.370	80%	45%
Cali	7.121	4	14.599	7.474	4.925	66%	34%
Cartagena	7.322	618	10.632	2.692	2.813	104%	26%
Cúcuta	3.536	0	5.897	2.361	2.164	92%	37%
Cundinamarca	4.027	0	6.867	2.840	2.033	72%	30%
Florencia	1.106	0	2.178	1.072	359	33%	16%
Ibagué	4.686	22	9.238	4.530	3.337	74%	36%
Manizales	3.162	0	5.688	2.526	2.180	86%	38%
Medellín	13.567	1	24.251	10.683	10.557	99%	44%
Montería	2.911	5	5.535	2.619	2.045	78%	37%
Neiva	3.435	0	6.240	2.805	2.036	73%	33%
Pamplona	418	0	726	308	118	38%	16%
Pasto	3.880	6	6.570	2.684	2.433	91%	37%
Pereira	1.432	0	3.216	1.784	1.522	85%	47%
Popayán	3.742	0	6.902	3.160	2.071	66%	30%
Quibdó	2.219	45	3.973	1.709	1.510	88%	38%
Riohacha	1.808	0	2.736	928	506	55%	18%
San Gil	1.318	0	2.118	800	359	45%	17%
Santa Marta	2.895	868	6.063	2.300	1.835	80%	30%
Santa Rosa de Viterbo	2.772	0	4.025	1.253	1.956	156%	49%
Sincelejo	8.225	388	10.867	2.254	2.310	102%	21%
Tunja	10.125	3	15.215	5.087	3.644	72%	24%
Valledupar	3.145	83	5.923	2.695	3.181	118%	54%
Villavicencio	3.665	2	6.316	2.649	1.946	73%	31%
Yopal	992	0	2.391	1.399	462	33%	19%
Total general	143.032	2.516	255.002	109.454	85.385	78%	33%

Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.

En contraste con la evacuación nacional de procesos, Bucaramanga, Cartagena, Santa Rosa de Viterbo, Sincelejo y Valledupar presentaron un índice de evacuación parcial superior al 100%, disminuyendo así sus inventarios.



5.2.2. Composición de la demanda

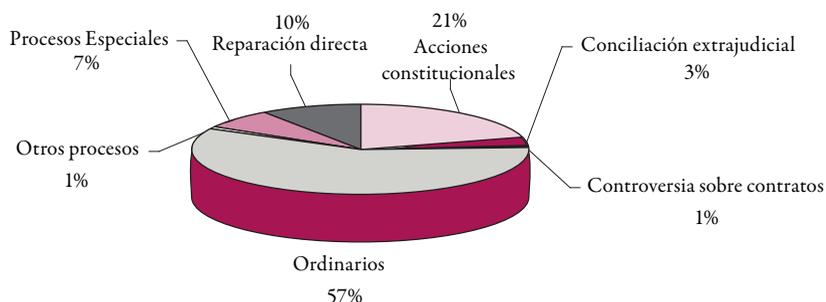
La demanda de justicia, en los Juzgados Administrativos del país para el 2007, está compuesta en un 57% por acciones de Nulidad y Restablecimiento del derecho (procesos ordinarios), seguido por un 21% de Acciones Constitucionales, destacándose en este grupo la Tutela con el 62% de ellas y las Acciones Populares con el 28%.

Cuadro 11. Composición de la Demanda en los Juzgados Administrativos 2007

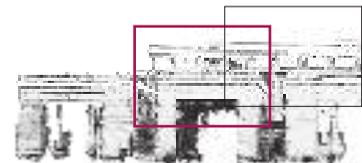
Tipo de Proceso	Ingresos	Participación
Acciones constitucionales - Acciones de grupo	248	0,2%
Acciones constitucionales - Acciones populares	6.028	5,5%
Acciones constitucionales – Acciones de cumplimiento	2.264	2,1%
Acciones constitucionales – Tutelas	14.221	13,0%
Conciliación extrajudicial	3.209	2,9%
Controversia sobre contratos	1.147	1,0%
Especiales - Acción de Repetición	819	0,7%
Especiales – Ejecutivos	5.651	5,2%
Especiales – Electorales	622	0,6%
Especiales – Otros	386	0,4%
Jurisdicción coactiva	208	0,2%
Ordinarios - Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Laborales	55.796	51,0%
Ordinarios - Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Otros	5.462	5,0%
Ordinarios - Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Tributarios	1.461	1,3%
Ordinarios – Otros	189	0,2%
Otros procesos	654	0,6%
Reparación Directa	11.089	10,1%
Total general	109.454	100%

Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.

Figura 10. Composición de la Demanda en los Juzgados Administrativos



Fuente: Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial, SIERJU.



Las acciones de Reparación Directa, siendo una clase de procesos independiente y sin divisiones por tipo de proceso, tiene una participación considerable frente a los demás procesos con un 10%.

6. Acciones de descongestión

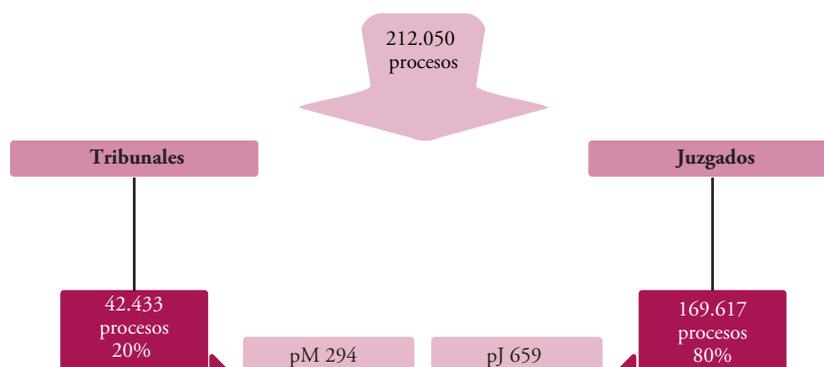
Adicionalmente, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha adelantado procesos de descongestión y ajuste en la estructura de juzgados y tribunales (cargos de apoyo), con el propósito de reducir los inventarios o cambiar la tendencia de acumulación de procesos en esta jurisdicción.

En particular, en el año 2008, se han adelantado principalmente las siguientes medidas, con un impacto en el fallo adicional de 1.166 procesos y el impulso de 9.600.

Tipo de medida	Impacto en procesos	
	Fallados	Impulsados
Descongestión de los juzgados administrativos de Bogotá (redistribución de procesos)	1.166	
Descongestión Tribunales Administrativos (cargos de apoyo), en Bogotá		2.280
Descongestión tribunales (cargos de apoyo)		6.360
Descongestión Juzgados (cargos de apoyo)		960
Total	1.166	9.600

7. Inventarios a Finales del año 2007

La evaluación de la demanda principalmente y la gestión de tribunales y juzgados muestra a finales del año 2007 un inventario de procesos de 212.050 procesos, distribuidos en un 20% en los tribunales y en un 80% en los juzgados, en contraste con una distribución del 33 y 67%, respectivamente, después de la distribución de procesos en el año 2006.





Misión de Cooperación Técnica en Colombia
del Consejo de Estado Francés

De igual manera se puede concluir que:

- El número de procesos por magistrado en los tribunales pasó de 431 a 294 (reducción del 31%).
- El número de procesos por juez pasó de 486 a 659 (aumento del 35%).
- El inventario de tribunales y juzgados pasó de 187.285 procesos a 212.020 procesos (aumento del 13.22%), debido principalmente a un incremento mensual en la demanda de justicia en la jurisdicción del 80%, en los Juzgados Administrativos.

Publicación realizada con el patrocinio de:



SALA ADMINISTRATIVA

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



Liberté • Egalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ambassade de France en Colombie
www.ambafrance-co.org



IMPRESA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Comutador: 4578000
www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Bogotá, D.C., Colombia

