

**EL ROL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO COLOMBIANO:
¿UN ACTOR INFLUYENTE EN LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO Y EN EL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO SOCIAL Y
CONSTITUCIONAL DE DERECHO?**

INDIRA LATORRE GONZÁLEZ

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
BOGOTÁ D.C
2012**

**EL ROL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO COLOMBIANO:
¿UN ACTOR INFLUYENTE EN LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO Y EN EL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO SOCIAL Y
CONSTITUCIONAL DE DERECHO?**

INDIRA LATORRE GONZÁLEZ

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PRESENTADO COMO REQUISITO PARA
OPTAR EL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**DIRECTOR:
DOCTOR JULIO GAITÁN BOHÓRQUEZ**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
BOGOTÁ D.C
2012**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
1. ¿LOS MODELOS DE ESTADO PUEDEN PERMEAR LAS DECISIONES JUDICIALES?: UNA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y POLÍTICA	15
2. PERSPECTIVA JURÍDICA DE LOS MODELOS DE ESTADO	24
2.1 MODELO DE ESTADO LIBERAL O ESTADO DE DERECHO.....	25
2.2 MODELO DE ESTADO SOCIAL O LIBERAL INTERVENCIONISTA.....	27
2.3 MODELO DE ESTADO SOCIAL DESDE LA PERSPECTIVA NEOLIBERAL	31
2.4 LA FÓRMULA ACTUAL: ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO	34
3. LA DINÁMICA DE LAS TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	47
3.1 LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: PERSPECTIVA EUROPEA.....	48
3.1.1 Insuficiencias de la concepción del derecho administrativo y sus instrumentos de intervención	52
3.1.2 Significado e insuficiencia de los derechos fundamentales para el Derecho Administrativo.....	53
3.1.3 Elementos polémicos en la relación Derecho administrativo y Constitución.....	55
3.2 ESCENARIOS DE TRANSFORMACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA.....	57
3.2.1 Dinámicas anteriores a la Constitución Política de 1991.....	61
3.2.2 La administración pública y el derecho administrativo entre la crisis del bienestar y el Estado social de derecho	67
3.2.3 El escenario propuesto por la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”	75
4. EL ROL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	79
4.1 LA TENSIÓN ENTRE LA EFICACIA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: IMPLICACIONES PARA EL JUEZ.....	80
4.2 EL JUEZ COMO DUEÑO DE LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO	84

4.3 LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y EL MÉTODO DE DECISIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	85
4.4 LA APLICACIÓN DE NORMAS FUNDAMENTALES POR EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO: UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	88
4.5 EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO: UN JUEZ FRAGMENTADO Y CON CARECTERÍSTICAS PROPIAS	95
4.5.1 Juez administrativo de legalidad ampliada	97
4.5.2 Juez administrativo de constitucionalidad.....	97
4.5.3 Juez administrativo de derecho común.....	101
4.5.4 Iniciativas legales actuales para mitigar la fragmentación del juez administrativo	103
5. POSIBILIDADES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA PARA EXTENDER LA APLICACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	105
5.1 DESARROLLOS RECIENTES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO JUDICIAL ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA.....	106
5.1.1 La revisión eventual de sentencias por parte del Consejo de Estado para unificar su jurisprudencia	107
5.1.2 La aplicación del precedente judicial en materia administrativa	108
5.1.3 La relevancia de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo ...	111
5.2 PERSPECTIVA CRÍTICA DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL: EL DEBILITAMIENTO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y EL ANQUILOSAMIENTO DEL DERECHO.....	117
5.2.1 El precedente judicial administrativo: ¿vinculante u obligatorio?	118
5.2.2 El precedente obligatorio limita la discrecionalidad judicial y es violatorio del artículo 230 de la Constitución Política de 1991.....	119
5.2.3 El precedente obligatorio usurpa las competencias de los otros poderes públicos	121
5.3 LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL COMO HERRAMIENTA POLÍTICA	125

6. ELEMENTOS METODOLÓGICOS PARA DETERMINAR EL MODELO DE ESTADO QUE SUBYACE A LAS DECISIONES JUDICIALES.....	128
6.1 LA JURISPRUDENCIA COMO OBJETO SUSCEPTIBLE DE ANÁLISIS IDEOLÓGICO	129
6.2 UN EJEMPLO DE ANÁLISIS IDEOLÓGICO: LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU INTERPRETACIÓN POR EL CONSEJO DE ESTADO.....	132
6.2.1 Delimitación de los referentes ideológicos	134
6.2.1.1 La suspensión provisional en la Ley 167 de 1941	137
6.2.1.2 La suspensión provisional en el Decreto 01 de 1984.....	138
6.2.1.3 La suspensión provisional en el Decreto 2304 de 1989.....	139
6.2.1.4 La suspensión provisional en la Ley 1437 de 2011	140
6.2.2 Reflexión sobre la interpretación de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.....	146
6.2.2.1 El carácter estático de las decisiones judiciales sobre suspensión provisional del acto administrativo.....	147
6.2.2.2 La suspensión provisional para la protección de derechos constitucionales fundamentales	156
6.2.3 La búsqueda de nuevos enfoques de interpretación que potencien el Estado social y constitucional de derecho	158
6.2.3.1 Interpretar la Ley 1437 de 2011 de tal modo que la suspensión provisional sea un mecanismo de protección de derechos subjetivos	159
6.2.3.2 Aproximar la interpretación de la suspensión provisional a las tendencias internacionales	161
7. CONCLUSIONES.....	163
BIBLIOGRAFIA	167

INTRODUCCIÓN

La relación entre derecho administrativo y Estado encuentra en su base la pretensión de servir el primero como un límite para el segundo y además, el de ser un instrumento para su empoderamiento. El derecho administrativo otorga las “herramientas necesarias para instaurar, organizar y fortalecer un modelo: el Estado de derecho liberal del siglo XIX, el Estado del bienestar de la primera mitad del siglo XX y el Estado social de derecho de finales del siglo pasado”¹. Se parte así de una doble mirada en la que por un lado, aquellos *modelos de Estado* han influido en el derecho administrativo y en la que el derecho administrativo ha contribuido a la consolidación de los diferentes modelos. En esta relación se hace presente un actor fundamental, el juez contencioso administrativo quien tiene a su cargo la interpretación de este Derecho. En él recae la labor de implementar ese derecho permeado por los modelos de Estado y contribuir con ello a potenciar un determinado modelo.

De esta manera, varias premisas orientadoras presentan los antecedentes y justifican la realización de este trabajo. En primer lugar, se encuentra la idea de **dinamismo** en el derecho administrativo. Se trata de la condición de adaptabilidad del derecho que lleva a caracterizar al derecho administrativo como uno de tipo dinámico que responde a la transición y transformación de las actividades del Estado específicamente de la administración pública. Así, la administración pública se caracteriza por rodearse de marcos dinámicos al tener que “administrar”, ésto es, desarrollar una acción contando con unos medios específicos para ejecutarla y contando también con unos sujetos y órganos que están predeterminados para desarrollar dicha acción. Esta idea de administración pública tiene dos sentidos complementarios; el entendido como actividad y el entendido como organización². Ambos sentidos “se encuentran irremediabilmente interrelacionados de manera complementaria dentro de un contexto de colaboración armónica y por regla general tendiente a la puesta en acción de los *cometidos estatales*”³. Si el derecho administrativo es “la rama del derecho público concerniente a la administración [o]

¹ ALVIAR GARCIA, Helena. Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo. En: Revista de Derecho público. Junio de 2007. no. 19, p. 6. [en línea] Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=19&idarticulos=1&tipos=Artículos>.

² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t 1. p.34-35.

³ Ibíd., p. 35.

es el conjunto de reglas jurídicas aplicables a la administración pública”⁴, se deduce de allí una relación que solicita del derecho administrativo ir de la mano con la dinámica de la administración pública. Esto se observa también en la definición contemporánea que trae Santofimio “el derecho de una activa función administrativa pública y de sus asuntos aledaños”⁵ y que “se torna genéricamente en un complejo conceptual dinámico y sustancial, nutrido tanto de legalidad formal como finalista”⁶. Este factor de dinamismo atribuido al derecho administrativo y a la administración es propio de los Estados constitucionales, en cuanto en éstos existe un marco de acción para la administración con principios y fines para su desarrollo.

En el mismo sentido, los diversos criterios creados y discutidos por los administrativistas para *entender y delimitar* el campo de regulación del derecho administrativo, llevan a observar que al derecho administrativo puede atribuírsele un **sustento ideológico** que resulta de los cambios del modelo de Estado. El contenido de la función administrativa dependerá entre otras razones, del qué y cómo se considere que deben desarrollarse las actividades del Estado y bajo qué finalidad. Existe así un dinamismo, complejidad y cambio en la función administrativa correlativo a las transformaciones del Estado, que solicitan del derecho administrativo un enfoque dinámico. Al respecto Gordillo señala que “en la Constitución predomina lo estático, en la función administrativa lo dinámico; en la primera hay estructuración y establecimiento de límites, en la segunda hay expresión de actividad concreta y choque contra los límites prefijados”⁷.

En contraposición a este panorama se introduce un problema referido a la falta de dinamismo del derecho administrativo que ha llevado a caracterizarlo como un derecho estático, argumentando la poca relación práctica entre derecho constitucional y derecho administrativo. Este aspecto fue expresado incluso por los viejos constitucionalismos⁸ que en el siglo XX llevaron a denunciar que los “funcionarios de la antigua monarquía que seguían siendo los funcionarios de la primera república alemana, continuaban actuando conforme al antiguo derecho

⁴ YOUNES MORENO Diego. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá: Temis, 2004. p 3.

⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 31.

⁶ *Ibíd.*, p. 26.

⁷ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 8 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t.1. p.224. [en línea] Disponible en: <http://www.gordillo.com/Tomo1.htm>

⁸ Tal reclamo se hizo una época donde el constitucionalismo era visto con carácter político y el derecho administrativo como derecho sustentado en el principio de legalidad.

administrativo pese a la nueva Constitución de Weimar”⁹. No por otra razón Otto Mayer señaló que *“el derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece”*. Se vislumbra en este sentido una cuestión fundamental en el hecho de considerar el carácter permanente o estático no sólo por el contenido de las normas jurídicas, sino por la interpretación y aplicación que de ellas realizan los operadores jurídicos. Posteriormente cuando las constituciones comienzan a ser vistas como “norma jurídica” será Fritz Werner quien señale en oposición a Mayer que *“el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado”* haciendo notar la inexistencia de solución de continuidad entre ambos derechos. Fritz acuñaría esta frase bajo la vigencia de la ley fundamental alemana y que sintetiza “la fuerza que posee la Constitución en la decisiva modelación del derecho administrativo”¹⁰.

Se resalta entonces el papel que han jugado por largo tiempo las **tensiones entre el derecho administrativo y el derecho constitucional**, que en el fondo, son la expresión de un conflicto entre modelos de Estado que en buena medida, terminarán recayendo y resolviéndose por el juez.

Por otra parte, estas tensiones pueden relacionarse con el entendimiento que desde la sociología jurídica se observa sobre la existencia de dos proyectos globales que buscan imponerse. El primero,

se concentra en la seguridad jurídica, es decir, en el Estado de derecho weberiano como fuente de reglas de juego predecibles. (...) La formulación clásica de esta concepción fue hecha por Friedrich Hayek, para quien el Estado de derecho “significa que todas las acciones de gobierno estén restringidas por reglas fijas y conocidas de antemano; reglas que hacen posible, por un lado, prever con un grado de certidumbre razonable cómo la autoridad usará sus poderes coercitivos en circunstancias concretas y, por otro, planear los propios asuntos teniendo en cuenta ese conocimiento” (Hayek 2007: 112). (...)

Y el segundo, “es el neoconstitucionalismo global que (...) tiene raíces históricas en el movimiento de los derechos humanos y se incorporó a las Constituciones con generosas declaraciones de derechos y mecanismos de control constitucional

⁹ “La Constitución de Weimar de 1919 contenía por primera vez un catálogo de derechos fundamentales para todo el Reich, aunque no eran vinculantes para ninguno de los poderes estatales”. IBLER, Martin. Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania. En: Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol no. 50/51, p. 9.

¹⁰ SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003. p.15.

que proliferaron en toda América Latina desde los ochenta, es decir, al mismo tiempo que lo hicieron las reformas neoliberales.

Estos dos proyectos “han forjado relaciones complejas y contradictorias entre ellas, en las que a veces cooperan, otras veces se enfrentan y otras compiten por la posición dominante”¹¹.

Igualmente, la problematización de las tensiones entre constitucionalismo y legalismo, entre lo estático y lo dinámico y lo que ello implicará para el juez administrativo, se ajusta a lo señalado por Alviar respecto de lo incoherente, contradictorio e indeterminado que resulta ser el derecho administrativo:

El campo de estudio del Derecho administrativo es incoherente porque en su interior existen objetivos y metas diferentes que en algunos casos pueden llegar a contradecirse. Y, porque hay una diversidad de formas en las que se puedan definir y entender los pilares fundamentales del derecho administrativo (...). Y es indeterminado porque la relación entre el Estado y sus administrados se rige por diversos principios que no pueden organizarse jerárquicamente sino que compiten tanto entre sí como con las exigencias de regulación del Estado modeladas de acuerdo con los diferentes tipos de Estado¹².

Esta contradicción e incoherencia se presenta en el marco de la Constitución Política de 1991 con la fórmula “Estado social de derecho” debido a que esta clausula tiene varios ejes que pueden llevar a la prevalencia de tendencias jurídicas que otorgan importancia a ciertos principios antagónicos. Sin embargo algunos autores han mostrado que a pesar de la contradicción entre principios del Estado social y del Estado de derecho, “la evolución a lo largo del derecho administrativo ha logrado mantener la ecuación entre prerrogativas y garantías entre eficacia y seguridad jurídica”¹³. Este mantenimiento de la ecuación lleva a preguntar también por los actores que participan en dicha labor, dentro de los cuales se encuentra el juez contencioso administrativo cuyo papel terminará determinando hacia qué lado se inclina la balanza. En este sentido aparece de nuevo el **elemento ideológico-jurídico** al considerar que el quehacer del Estado se encuentra determinado por los sistemas jurídicos que él mismo utiliza para

¹¹ RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. La globalización del Estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. P. 18-19 [en línea] Disponible en: http://expresa.la/interna.php?tipo=documentos&id_elemento=7

¹² ALVIAR GARCIA, Helena. Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo. Op. cit., p. 4.

¹³ GONZALEZ PEREZ, Jesús. El derecho administrativo. En: La ciencia del derecho durante el siglo XX. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. p 293. [en línea] Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114>

organizarse, sistemas que a su vez están influidos por la finalidad ideológica en la que se sustente¹⁴. Esta finalidad ideológica es recibida por el interprete de la norma quien podrá seguirla o modificarla.

Los elementos enunciados permiten observar el difícil marco en el que se mueve el juez administrativo y ponen de relieve que su rol es fundamental para equilibrar las incoherencias y tensiones que se presentan. Tales elementos delimitan el espacio en el que se sitúa el **problema de la presente investigación**; que se pregunta por la forma en que las transformaciones del derecho han operado, particularmente en el contexto colombiano pero fundamentalmente desde la perspectiva del juez contencioso administrativo colombiano. Un juez administrativo que como actor principal, pone en movimiento, usa e interpreta el derecho legislado –en el que subyace la tensión entre los distintos modelos de Estado-, y que con su interpretación tendrá un grado de influencia en el fortalecimiento o debilitamiento de determinado modelo. Será entonces tan relevante la labor del juez, que logra cambiar el curso de acción ideológico del derecho legislado. A tal fin, la **pregunta** se formula de la siguiente manera: ¿El juez administrativo colombiano cuenta con elementos para influir en las transformaciones del derecho administrativo y con ello en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho?

Así, se trata de resaltar que las decisiones judiciales son una expresión de los modelos de Estado –delimitado al Estado constitucional de derecho y al Estado liberal de derecho- permeados en el derecho administrativo colombiano. Frente a tal pregunta se propone la siguiente **hipótesis**: el juez contencioso administrativo colombiano cuenta con elementos para influir en las transformaciones del derecho administrativo y consciente o inconscientemente decide sobre su uso, generando el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho o el del antiguo Estado liberal de derecho.

El objetivo general de este estudio es describir la plataforma ideológica y jurídica que subyace al juez contencioso administrativo – particularmente al Consejo de Estado- para comprender el rol que puede desempeñar en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho y el grado de incidencia que puede tener sobre la forma en que se transforma el derecho administrativo colombiano.

¹⁴ RUIZ, Jorge. Panorama del Derecho mexicano. Derecho Administrativo. México: Mac Graw-Hill, 1997. [en línea] Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1920> p.73.

Como objetivos específicos se pretende:

- Describir los diversos modelos de Estado desde su perspectiva jurídica y la forma en que estos impregnan el derecho administrativo para situar el referente ideológico que incide, consciente o inconscientemente, en las decisiones judiciales.
- Describir las implicaciones que tiene para el juez administrativo el modelo de Estado imperante en la Constitución Política de 1991 con el fin de observar con cuáles elementos cuenta para potenciar el Estado social y constitucional de derecho.

Con la obtención de estos objetivos, se pretende aportar a la reflexión sobre la óptica con la que se asumen los cambios en el derecho administrativo colombiano, ya que al resaltar la labor del juez administrativo -influido en sus decisiones por la ideología de un modelo de Estado específico- se relativiza la postura lineal y evolutiva de las transformaciones del derecho administrativo. Así, una será la transformación del derecho legislado y otra será la lectura de esas transformaciones desde el derecho judicial ya que el componente ideológico agrega nuevos elementos de análisis a la hora de querer entender las transformaciones del derecho administrativo colombiano.

Por otra parte, también se espera contribuir a resaltar el rol del juez contencioso administrativo como actor fundamental en la definición del papel del Estado y del logro de sus finalidades. Tradicionalmente este rol se ha atribuido al juez constitucional – criticando o valorando el denominado activismo judicial-, pero si se profundiza en la naturaleza del derecho administrativo y en las relaciones que regula, nada impide que sea el juez administrativo el encargado de direccionar estas relaciones, garantizar la protección del ciudadano frente a la administración pública y controlar a la administración pública para sancionar y prevenir futuras vulneraciones de los derechos del ciudadano. Si el derecho administrativo concretiza el derecho constitucional, el juez asume un papel dinámico que lidera el funcionamiento de la administración pública y que tampoco lo deja libre del - discutido - activismo judicial.

Finalmente desde una perspectiva metodológica se deben hacer las siguientes precisiones conceptuales y prácticas:

- En la relación Estado y Derecho que permea el marco teórico de esta investigación se tiene presente la postura de Heller para quien “entre el estado y el derecho existe una relación recíproca, una relación dialéctica, en la que ninguno de los dos términos precede o supera al otro (...) quien afirma la superioridad del derecho sobre el estado, considera al derecho como un deber puramente ideal, libre de todo poder real y acaba disolviendo en él el estado o hasta eliminándolo”. Esto supone, que “el derecho tiene el carácter de formador del poder de estado y el poder del estado tiene el carácter de formador del derecho”¹⁵.
- El uso del término *ideología* al que se hace referencia a lo largo de este trabajo, no tiene una connotación crítica o peyorativa de la labor judicial o del derecho legislado. Su sentido es neutro y está delimitado a las ideas que promueven los modelos de Estado. Particularmente desde la perspectiva del juez, es usado para afirmar que existe un componente subjetivo en su interpretación, que consciente o inconscientemente, lo lleva a preferir una concepción del derecho que responde a un específico modelo de Estado. Así, siguiendo a Prieto Sanchís se considera que “la opción ideológica o política depende en buena medida de la opción de Derecho que se mantenga”¹⁶. El uso de los términos consciencia o inconsciencia en este trabajo, implican que se ha *aceptado* la dificultad de probar la real intención del juez administrativo a la hora de interpretar el derecho. Sin embargo a partir de ciertos referentes es posible advertir la existencia de elementos que inclinan la balanza -tomando prestado el término de Kennedy- hacia determinada “preferencia ideológica”¹⁷ del juez; que para este trabajo se delimitan en el Estado social y constitucional de derecho y el Estado liberal de derecho.
- El planteamiento de este trabajo se hace desde la comprensión del Derecho administrativo general, sin consideración a las múltiples áreas especializadas que regula. De manera que sus conclusiones podrán variar según las particularidades de cada una de aquellas.

¹⁵ TREVES, Renato. La doctrina del Estado de Hermann Heller. En: Revista de la Facultad de Derecho de México. Enero-Junio, 1957. no. 25-26, p. 352

¹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Ideología e interpretación jurídica. España: Tecnos. 1987. p.10

¹⁷ Para Kennedy una preferencia ideológica es la tendencia a elegir una regla jurídica asociada al liberalismo o al conservatismo. Igualmente, Kennedy comparte la idea de que una preferencia ideológica puede ser consciente, inconsciente o incluso semiconsciente. Ver: KENNEDY, Duncan. A critique of Adjudication. {fin de siècle}. Harvard University Press. 1997. p. 54

Para dar respuesta a la pregunta de investigación el texto se desarrolla en siete capítulos dejando el último destinado a las conclusiones. Los primeros tres capítulos pretenden describir la plataforma ideológica que subyace al derecho legislado y las concepciones del derecho que responden a cada modelo de Estado. Así, se pregunta por la posibilidad de que los modelos de Estado permeen las decisiones judiciales, por los cambios en los modelos de Estado desde la perspectiva jurídica y por las transformaciones del derecho administrativo, especialmente, el colombiano.

Los capítulos cuarto y quinto funcionan como aplicación y contraste de los tres primeros. Es decir, primero se pretende problematizar el rol del juez administrativo ubicando las tensiones ideológicas que debe enfrentar en el modelo de Estado constitucional vigente en Colombia. En segundo lugar, avanza en la descripción de la tendencia que promueve la obligatoriedad del precedente administrativo – del Consejo de Estado- con lo cual se afirma que la ideología subyacente en las decisiones del juez tendrían efectos expansivos permitiendo ver la interpretación judicial como una herramienta política.

Finalmente en el capítulo sexto se hace una descripción de la metodología que la doctrina ha definido para efectuar un análisis ideológico de la jurisprudencia, y se propone un ejemplo – con las limitantes que ello supone- de la denominada “permanencia” del derecho administrativo a la que se hizo referencia al recordar la denuncia de Otto Mayer. Esto con el fin de extraer mayores conclusiones desde un punto de vista práctico. A tal efecto se estudiaron los autos¹⁸ del Consejo de Estado que deciden sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo durante el periodo 1921 – 2012. Estableciendo cuatro periodos de acuerdo con los cambios en la legislación. En cada periodo se procedió a analizar: de 1921 a 1941 se analizaron 21 registros de un total de 27 registros; de 1942 a 1983 se analizaron de 43 autos de un total de 148 registros; de 1984 a 1989 se analizaron 15 autos de un total de 152 y del año 1989 al 2012 se analizaron 40 autos de un total de 1261 registros. Bajo la vigencia del nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sólo se encontró un auto. La metodología usada para la selección de los autos a revisar tuvo en cuenta el factor temporal y la clasificación temática en la base de datos de la relatoría del Consejo de Estado. Así, se trató de abarcar no menos de tres registros por cada década y

¹⁸ Hace referencia a los autos interlocutorios, los autos que resuelven recurso de apelación y el de súplica ante la negativa o aceptación de suspensión provisional. Estos autos contienen decisiones o resoluciones que aunque no decide asuntos de fondo sí puede hacerlo respecto de *aspectos procesales* que sí pueden llegar a afectar los derechos de las partes.

se prefirieron los autos clasificados con la palabra “procedencia”, advirtiendo la inconveniente clasificación temática de la base de datos consultada, que dificulta la organización y sistematización de la información. La lectura de los mismos se realizó desde la fecha más actual a la más antigua a efectos de encontrar citación y referencias a tesis y tras decisiones judiciales que permitiera guiar una búsqueda sistemática. Sin embargo en muy pocos casos se pudo constatar una técnica citacional entre autos (o autos-sentencia) más allá del uso del argumento de autoridad sin referencia documental explícita.

1. ¿LOS MODELOS DE ESTADO PUEDEN PERMEAR LAS DECISIONES JUDICIALES?: UNA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y POLÍTICA

La pregunta sobre la permeabilidad de los modelos de Estado en las decisiones judiciales implica indagar por las relaciones entre política y derecho; entendiendo que los modelos de Estado se encuentran enmarcados en lo político, en un espacio de discusiones ideológicas sobre el quehacer del Estado; sus relaciones con el derecho y con la sociedad. La relación entre derecho y política ocupa un lugar importante en la moderna teoría jurídica, pone en evidencia la existencia tanto de argumentos legales como políticos en las decisiones judiciales. Un buen análisis sobre estas relaciones se construyen en el texto de Zamboni¹⁹ quien clasifica e identifica las diversas corrientes teórico-jurídicas a partir de la forma en que se abordan las siguientes tres cuestiones: **(i)** la forma como interactúa el derecho con la política (lo entiende como un aspecto estático); **(ii)** la forma como se relaciona el proceso de creación normativa con el orden político (aspecto dinámico); y **(iii)** el grado de relación entre la disciplina jurídica -como rama de estudio- y la materia política (aspecto epistemológico). Las respuestas a estas tres cuestiones le permiten a Zamboni clasificar las diversas corrientes teóricas en *tres modelos ideales*: el *modelo autónomo*, el *modelo incrustado o insertado* y el *modelo de intersección*²⁰. En lo que sigue, se hará una exposición de su propuesta a fin de reconocer por qué es viable señalar que en el juez administrativo se presenta un espacio interpretativo que es llenado con elementos ideológicos.

Estos tres modelos ideales de Zamboni y las diversas teorías jurídicas que los integran tiene un punto en común: tanto el derecho como la política mantienen características de cada uno presentando regiones de interacción con diferencias de grado en su extensión, intensidad y frecuencia. Todas las teorías jurídicas a las que Zamboni hace referencia en su estudio, consideran que el derecho y la política se relacionan, no se trata de un dilema entre presencia o ausencia sino del grado de intensidad de esa relación²¹.

Según el primer modelo o *modelo autónomo* las relaciones entre derecho y política se muestran como dos fenómenos conectados pero autónomos. Este modelo es

¹⁹ ZAMBONI, Mauro. *Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Springer-Verlag, Berlin Heidelberg. 2008. 172 p.

²⁰ Traducción propia de los modelos que Zamboni denomina respectivamente: autonomous model, embbeded model, intersecting model.

²¹ *Ibíd.*, p. 131 – 134.

representado por el positivismo jurídico de Kelsen y la jurisprudencia analítica de Hart que se caracteriza por considerar que la descripción de la funcionalidad y análisis del derecho puede hacerse desde sus propias categorías jurídicas²². Igualmente, aproximaciones autopoieticas como las de Luhmann y Teubner²³ enfatizan la idea de un carácter cerrado y autónomo del sistema legal, impermeable a principios extra-legales. Para este modelo el *derecho* se caracteriza por ser rígido, y por ser una herramienta estable y precisa. Mientras que la *política* es vista -desde un punto de vista normativo- como un complejo inestable e impreciso de ideologías en conflicto, como valores compitiendo entre ellos para el control y logro de objetivos que se persiguen con los instrumentos legales²⁴. De esta manera, el proceso de creación normativa está cerrado al orden político; la rigidez del derecho tiende a ser trasladada a la elaboración de normas. El proceso de elaboración de normas recibe insumos del orden político pero una vez son recibidos, son tratados de acuerdo con parámetros de racionalidad ofrecidos por el propio orden jurídico²⁵. Este proceso es percibido como “políticamente neutral” en la que el funcionamiento, producción y aplicación del derecho está separado de contenidos subjetivos -como los valores de los diversos actores políticos-²⁶.

Sobre el grado de relación entre la disciplina jurídica -como rama de estudio- y la materia política, estas teorías manifiestan que la disciplina del derecho es pura y en ese sentido, usualmente se niega necesitar la presencia de elementos políticos dentro del un análisis jurídico²⁷.

Finalmente sobre este modelo debe afirmarse que, no obstante la autonomía y separación entre derecho y política, debe tenerse en cuenta como señala Zamboni, que el positivismo jurídico también ha sido una forma de implementación – vía la ley - de determinado orden político. Así por ejemplo, las teorías de Kelsen

²² Ibid., p. 11.

²³ Aunque para Teubner no hay una influencia entre el derecho y otros subsistemas, esto no lo limita a expresar que el formalismo jurídico es incapaz de “atender las demandas de legitimidad de la sociedad contemporánea” y que resulta “un mecanismo inadecuado de regulación de sistemas sociales altamente autónomos”. BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. La fuerza del derecho. Estudio Preliminar de Carlos Morales de Satien Rabian. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores. Año 2000. p. 38.

²⁴ Ibid., p. 27.

²⁵ The closedness of law-making in the autonomous model results from the view by legal positivists and analytical legal philosophers that law-making receives inputs from the political order (e.g. in form of legislative propositions) but once these inputs arrive into the law-making, they are treated purely according to the rationality and parameters offered by the legal order itself.

²⁶ Ibid., p. 37.

²⁷ Ibid., p. 45.

y Hart son identificadas en el mundo académico como vehículos para la promoción de valores individualistas; político liberales²⁸.

El *segundo modelo o modelo incrustado* considera que el derecho se encuentra incrustado en la política. Está representado por movimientos que aunque guardan contrastes entre ellos, comprenden el derecho dentro del fenómeno político. Tal es el caso de: los Estudios Críticos del Derecho (CLS); las Teorías económicas del Derecho; la Teoría del derecho natural de John Finnis; la Teoría de la elección pública (Public Choice Theory); Legal Process; las teorías de Dworkin; las aproximaciones marxistas y el movimiento Derecho y Sociedad. Independientemente de las diferencias entre estas teorías, el derecho se considera flexible, el proceso de producción legal se toma como abierto y la disciplina legal se mezcla con el fenómeno y material político²⁹.

En este sentido, el *modelo incrustado* se caracteriza por considerar que el derecho es política (entendida como valores a ser implementados por la autoridad pública) por lo cual, el fenómeno jurídico está anidado dentro del político. En la relación derecho - política se observan dos sistemas, en donde el sistema legal está integrado en el contexto más amplio del orden político. No obstante se reconoce un grado de autonomía en el derecho que permite establecer discusiones sobre el fenómeno legal sin unirlo al político. Se trata entonces de teorías que siguen siendo normativas, en cuanto el derecho mantiene ciertas específicas cualidades independientemente del ambiente político³⁰.

De otra parte, este modelo se caracteriza por considerar la existencia de un derecho flexible, lo cual significa que determinada norma o categoría jurídica es vinculante si cumple con ciertos parámetros que provienen del mundo extra-jurídico tales como justicia, bondad, eficiencia y en general, valores morales, económicos y políticos que quieren ser promovidos en la sociedad. En este sentido, el rol del derecho en el cumplimiento de valores *no* jurídicos es central por el grado de obligatoriedad que ostenta.

²⁸ Teubner considera que la racionalidad formal del derecho aparece como un instrumento burgués que favorece el contrato como medio para organizar la sociedad, generando un principio de justicia carente de criterios materiales que no va más allá de tratar igual a los iguales sin traer otros criterios que no estén en las normas, y con ello asegurando un razonamiento jurídico neutro. Esto según Teubner “se revela como una ficción que sólo puede justificarse en términos de un proyecto de sistema jurídico fuertemente ideologizado”. (...) “el derecho formal contribuye al individualismo y a la autonomía (...) y facilita la búsqueda de intereses privados” son corolarios del derecho formal el convencionalismo, el legalismo, y el universalismo”. BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther, Op. cit., p. 39 - 40.

²⁹ Ibid., p. 56.

³⁰ Ibid., p. 3.

Particularmente en las Teorías Críticas del Derecho -CLS- existe un espacio menor para la autonomía del derecho. El Derecho es flexible con respecto a la política y por ello puede desaparecer en las ideologías, categorías y valores en conflicto del mundo político. Esto es así, debido a que para las CSL la función de la ley es ser un mecanismo de creación y legitimación del poder económico y político³¹. Para los CLS la ley está estructuralmente incrustada dentro de la dimensión política, las diversas visiones e ideales se reflejan en el lenguaje jurídico; observando en éste, un conflicto de valores políticos que hacen del mundo del derecho uno de tipo fragmentado que incorpora el fraccionamiento existente en el mundo de la política³².

Igualmente, Zamboni señala que el lenguaje jurídico es vago e indeterminado y por lo tanto es más maleable a la manipulación política de los legisladores, jueces y la doctrina. Señala con respecto a los CLS, que sería más apropiado hablar de la politización de la interpretación del derecho y no de la politización del derecho simplemente³³. La atención de CSL se centra mucho más en la manipulación que los actores jurídicos hacen de los conceptos y categorías legales - entendiendo que éstos son botellas vacías que pueden ser llenadas con varios e incluso contradictorios conceptos e ideas políticas- en lugar de mirar la influencia política que dio origen a los conceptos³⁴.

Por otra parte, para este *modelo incrustado*, el proceso de elaboración de normas significa elaboración de políticas. Similar al primer modelo (el autónomo), el modelo incrustado considera que los insumos políticos que vienen del sistema político tienen que ser transformados en productos jurídicos por un grupo específico de personas que trabajan con criterios, categorías específicas y procedimientos especiales referidos al proceso legislativo; sin considerar que el proceso de elaboración de normas (tanto en forma de códigos como de decisiones judiciales) está abierto al orden político -en el sentido de no existir una clara distinción entre la formación y el proceso de selección de ciertos valores en el orden político y en la formación y selección de categorías legales dentro del proceso de producción normativa-. La producción de normas está de tal modo abierta al orden político, que la racionalidad y los parámetros de supervisión del

³¹ "This disappearance of law into the political ocean is derived from the fact that CLS simply defines the function of law as a "mechanism for creating and legitimizing configurations of economic and political power". Ibid., p. 60.

³² Ibid., p. 23.

³³ Ibid., p. 25.

³⁴ Ibid., p. 62.

sistema jurídico son directamente importados del orden político. Esto supone que las creaciones jurídicas responden a valores políticos³⁵.

Las teorías que conforman este segundo modelo afirman que el sistema legal será vinculante cuando se cumplan dos condiciones: que esté conducido por un valor, el cual es determinado por una evaluación política, por ejemplo por un parlamento democrático y, cuando el orden legal está dirigido a cumplir un valor extra-jurídico. Cuando no cumple estas condiciones no puede ser llamado un sistema legal³⁶. La delgada línea que separa el proceso político del orden jurídico hace difícil identificar el proceso de transformación de lo político a lo jurídico. Para las CLS resulta difícil distinguir entre el sistema de producción de normas y el de producción de políticas, esto significa que además de que el mundo jurídico es un reflejo del mundo político, el proceso de elaboración de normas es el primer mecanismo a través del cual se introducen valores políticos de forma natural en una sociedad³⁷. Así por ejemplo, mientras que para las teorías del derecho natural el orden político – con el uso de los dispositivos legales- debe perseguir el logro de bienes básicos a través de principios, para las CLS no existe este propósito y por ende los resultados pueden ser arbitrarios³⁸.

En el proceso de creación normativa (para las CLS) no se transfieren únicamente ideologías o políticas de las clases dirigentes económicas, sino que tiende a ser más pluralista absorbiendo todo el conflicto de valores e ideologías que chocan en el orden político. Esto en contraste con la teoría jurídica marxista en cuanto el derecho no es sólo una herramienta de las clases dominantes sino un espejo de las batallas de los actores políticos³⁹. Es por eso que el enfoque de las CLS se encuentra en el razonamiento jurídico llevando la atención a *los jueces* pues en ellos ocurre o se sitúa el punto de inflexión entre la instancia política y la jurídica; este entre-cruce entre política y derecho ocurre en un nivel micro donde jueces aplican ciertos principios y categorías a casos concretos. Es decir, que los diferentes principios y categorías han sido racionalizados en un nivel macro por el legislador o por decisiones judiciales previas, y posteriormente son aplicadas para casos similares, pero la escogencia que el juez hace entre los principios y categorías a aplicar tiene su origen en el ambiente político y social en el cual opera el juez. Finalmente el modelo incrustado considera que la disciplina jurídica

³⁵ Por ejemplo, el valor de la solidaridad económica puede ser el fundamento de un régimen de responsabilidad objetiva. *Ibíd.*, p. 68.

³⁶ *Ibíd.*, p. 68.

³⁷ *Ibíd.*, p. 72.

³⁸ *Ibíd.*, p. 69.

³⁹ *Ibíd.*, p. 70.

y la investigación del fenómeno legal tiene que darse con la ayuda de otras disciplinas⁴⁰.

El tercer modelo descrito por Zamboni puede denominarse *modelo de intersección*; representado por el Realismo jurídico escandinavo y el Realismo jurídico americano. Se refiere a estas teorías como aquellas que caracterizan el pensamiento jurídico del siglo XX – pese a sus diferencias- y que entienden el fenómeno jurídico y el político como fenómenos intersectados. A diferencia de las teorías que se enmarcan en el *modelo autónomo* y el *modelo incrustado* que han estado presentes antes del siglo XX, las teorías que hacen parte del tercer modelo son de reciente formación. Hoy en día, éstas últimas se encuentran en medio de dos fuerzas o características coexistentes: la primera deriva del fenómeno del Estado-nación que pretende concentrar el derecho en manos de los políticos y la segunda referida a la complejidad del área legal que pretende hacer el fenómeno jurídico más especializado y a su vez monopolizado por un grupo muy específico de profesionales. Así, el derecho pasa a ser concebido como “tecnología” con sus propio espacio y sus propias normas, de ahí que al realismo se le ha visto como una versión del positivismo. Las dos características enunciadas están representadas por el *modelo de intersección* que presenta una posición diferente respecto de las teorías naturales y las positivistas tradicionales⁴¹.

La primera cuestión sobre la relación entre derecho y política es entendida por este modelo como aquella en la cual el derecho es un fenómeno *parcialmente* diferente del político. El derecho sólo colinda parcialmente y no totalmente como en el segundo modelo. Hay un cierto grado de separación en donde el derecho tiene un núcleo normativo y un área que puede definirse e investigarse mediante el análisis puramente legal. Este núcleo consiste en ver el derecho como un mecanismo de coerción que independientemente de su contenido valorativo se traspasa de generación a otra. Así, si bien los jueces reciben influencias políticas, en sus decisiones deben hacer un balance de ésta con su educación legal y los límites impuestos por el razonamiento jurídico⁴². Frente a la política, el derecho tiene algunas coincidencias. Las teorías realistas perciben que el derecho -como lenguaje escrito- incorpora valores, los cuales se manifiesta en documentos doctrinales, legales y judiciales. De ahí la importancia que el lenguaje toma para las teorías realistas.

⁴⁰ Ibid., p. 73 – 79.

⁴¹ Ibid., p. 92 – 94.

⁴² Ibid., p.11.

Este tercer modelo o *modelo de intersección* integrado por dichas teorías, plantea una rigidez parcial del derecho con respecto a la política. Las teorías realistas ven el derecho como un fenómeno normativo pero también como un instrumento de la política o herramienta que puede ser usada para implementar diferentes valores en la sociedad⁴³.

Sobre el proceso de elaboración de normas, las teorías realistas consideran que se trata de un proceso abierto a la selección de valores que quieran aplicarse en una sociedad, afirmando que el orden político tiene una influencia sobre la producción de normas. Si el punto central está en el derecho “en acción” o en el derecho como realidad, entonces el ambiente en el cual se producen los hechos toman importancia para la creación de esos mismos hechos.

Por otra parte, el rol que desempeña la disciplina jurídica para las teorías realistas ocupa un lugar muy importante debido a que los realistas tratan de combinar dos elementos que casi siempre han sido tratados como irreconciliables: la rigidez del derecho respecto de la política y por el otro, la influencia del orden político en el proceso de creación normativa. Para Zamboni, esta incompatibilidad histórica no es absoluta. Por ejemplo, la mayoría de teorías de derecho natural mantienen un grado de autonomía del derecho respecto de la política y las teorías positivistas también admiten que en el momento de la creación jurídica se tiene que sobrellevar o trabajar con lo que sucede en el orden político.

De esta manera, es posible afirmar la autonomía del derecho y la influencia política en la creación judicial. No es incompatible, no son polos opuestos (rigidez del derecho por un lado y apertura de la creación normativa). Sin embargo, basado en estos dos polos el *modelo de intersección* trata de encontrar un punto de convergencia en la construcción de una nueva tipología de la disciplina legal. Por un lado, señala que la disciplina legal para poder ser etiquetada como científica debe insistir en su objeto de investigación: el derecho, y, que a pesar de sus relaciones con el mundo político no puede ser asimilada con éste, ya que el derecho durante el curso de la historia ha desarrollado su propia lógica, su propia racionalidad, aparato intelectual y un objeto de investigación autónomo⁴⁴. El realismo jurídico desea tanto guardar la especificidad del fenómeno legal como su relación de dependencia con el aparato conceptual de la política.

Zamboni propone un cuarto modelo (aunque no lo desarrolla) que sería como el “incrustado” pero en dirección contraria. Este mostraría cómo la política está

⁴³ Ibid., p. 93.

⁴⁴ Ibid., p. 116.

integrada en el derecho, e implicaría, que la escogencia de dichos valores y el proceso que tiene lugar en el nivel político, sólo puede ser explicado usando el derecho. Señala que las disciplinas políticas usan categorías y conceptos producidos en el mundo jurídico para investigar lo que sucede en el mundo de la política. Sin embargo, según Zamboni este modelo no es aceptado por las teorías jurídicas modernas por la idea del principio democrático de la mayoría de los estados y el principio del Rechtsstaat en el cual la política está enmarcada por el derecho. Sin embargo esto no parece ser tan cierto, de acuerdo con Brian Tamanaha se debe considerar que el discurso político afecta fuertemente la forma en que el Estado de derecho - en el sentido del Rule of law o del Rechtsstaat- es interpretado por los jueces o el legislador⁴⁵. Como resultado de esto, el rule of law establece un marco para la política, pero lo que realmente significa “rule of law” es una cuestión que se decide según las diversas ideologías políticas de quienes hacen las normas, jueces y académicos del derecho⁴⁶.

Por otra parte, vale la pena hacer referencia a lo propuesto por Zamboni respecto del futuro de la investigación sobre política y derecho, con el fin de reflexionar sobre sus posibilidades de aplicación en la investigación jurídica. Afirma Zamboni que debido a la especialización del derecho⁴⁷ en el contexto de una sociedad moderna en donde los abogados juegan un rol central, el futuro de la investigación sobre derecho y política necesita tomar como punto central la perspectiva de los *actores legales*; que tienen un papel principal - aunque no exclusivo- en la mayoría de áreas del proceso en donde el derecho y la política se reúnen. Así, señala que la propia teoría legal debería iniciar desde la distinción Weberiana⁴⁸ entre racionalidad formal y racionalidad legal sustantiva⁴⁹. Con esta distinción en mente, puede separarse a los actores que trabajan “dentro del sistema legal” para

⁴⁵ However, as critically pointed out by Brian Tamanaha, the political discourse heavily affects the very way the rule of law is interpreted by legislatures and judges. 29- See Brian Z. Tamanaha, How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law, 56 DEPAUL L. REV. 470-484 (2007). *Ibíd.*, p. 12

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 30 .

⁴⁷ Sobre esa especialización que adquiere el mundo jurídico Teubner pone de presente un elemento paradójico: la materialización de derecho se incrementa a medida que el derecho formal se hace más autónomo y especializado pues esto lo hace cada vez más dependiente del entorno. BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther, *Op. cit.*, p. 46

⁴⁸ Es formal el derecho “cuando los procesos y criterios de decisión adoptados provienen del derecho mismo, en cuanto son jurídicos. Por el contrario, es material cuando los criterios de decisión son ajenos al sistema jurídico, son extrajurídicos como criterios éticos, políticos, sociales, religiosos” FARIÑAS DULCE, María José. La sociología del derecho de Max Weber. México: Universidad Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas serie g. Estudios doctrinales, núm. 121. 1989. p. 216. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=969>

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 54 – 55.

quienes la coherencia debe ser preservada de aquellos actores políticos que aunque tenga un rol activo en el proceso de elaboración de normas luchan por alcanzar otros objetivos “externos a la lógica del sistema” (por ejemplo la realización de cierta ideología política o la mejora de la eficiencia del sistema económico)⁵⁰. No obstante, esta distinción tiene carácter relativo ya que existe una gran variedad de funciones que un agente judicial puede asumir, lo cual dificulta saber cuándo termina el actor jurídico y cuando comienza el actor político⁵¹. En el mismo sentido los actores jurídicos (jueces ante todo), aun cuando trabajan por un valor único como es el mantenimiento de la lógica interna del sistema jurídico, a menudo también son portadores de mensajes de naturaleza política, mensajes que probablemente emergen en presencia de los casos difíciles. Incluso el juez más obediente con respecto a la letra de la ley positiva a veces tienen que “ir más allá de la ley (sin sacrificio de imparcialidad) y consultar su propio sentido de justicia o equidad moral y política⁵²”.

La propuesta de los tres modelos ideales expuesta por Zamboni permite observar que a pesar de la diversidad de teorías jurídicas, las relaciones entre política y derecho se encuentran de una o otra forma presentes pues se trata de diferencias de grado. También esta postura permite reparar en la labor del juez, que como se señaló puede cumplir – según la teoría que se establezca- un rol político. De esta manera, frente a la pregunta de si los modelos de Estado pueden permear las decisiones judiciales deberá responderse que sí, entendiendo que no se trata de una respuesta absoluta ya que el tipo de caso a ser resuelto, la cultura jurídica y la teoría jurídica con que se aborde hacen emerger diferentes matices en el proceso de permeabilidad ideológico. Visto lo anterior, pasa a describirse cuáles son serían los contenidos ideológicos – desde la perspectiva de los modelos de Estado - que permean el derecho administrativo y la decisión judicial.

⁵⁰ Ibíd., p. 148.

⁵¹ Zamboni señala como ejemplo a los abogados que trabajan para un organismo legislativo.

⁵² MACCORMICK, H. L. A. HART, *supra* at 126. See, e.g., Bojan Bugaric, Courts As PolicyMakers: Lessons From Transition, 42 HARV. INT'L L. J. 257-269, 277-279 (2001). Citado por: ZAMBONI, Mauro. *Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Springer-Verlag, Berlin Heidelberg. 2008. p 143.

2. PERSPECTIVA JURÍDICA DE LOS MODELOS DE ESTADO

Los términos usados por la doctrina (jurídica, sociológica y politológica) para denominar “modelos de Estado” no son unánimes. Sus diversas formas y usos responden a varios objetivos, bien sea para resaltar un determinado componente del Estado (económico, político o jurídico) o, desde una perspectiva más crítica, para presentar una concepción no sobre lo que es, sino sobre lo que debe ser el Estado⁵³. Ante tan amplio panorama de conceptos, este capítulo sólo presentará los modelos de Estado que son mayoritariamente tenidos en cuenta por doctrinantes del derecho, advirtiendo en todo caso que esa diversidad o proliferación de denominaciones representa una dificultad no sólo para el investigador, sino para que las autoridades -judiciales por ejemplo- puedan observar (en el sentido de ser conscientes), el impacto que su actividad representa en esa construcción teórica. Cuestión que no es de menor importancia ya que tales construcciones teóricas apuntan también a la redefinición y evolución de las mismas.

Los estudios (no sólo del derecho administrativo) que relacionan el papel del Estado con el Derecho suelen hacerlo para identificar los hitos históricos que cuestionan el funcionamiento y rol de Derecho. Por ejemplo, fenómenos como la globalización o el constitucionalismo han permitido encontrar una suerte de relación entre los cambios del Estado y sus efectos en el derecho. Sin embargo no es común encontrar en la doctrina clásica del derecho administrativo colombiano un análisis sobre las relaciones e influencias entre los modelos de Estado y esta rama del derecho⁵⁴. De esta manera, sin pretender abarcar el contexto y vertiente del conocimiento de cada modelo de Estado, a continuación (capítulo 2 y 3) se sintetizan sus características básicas desde una perspectiva eminentemente jurídica.

⁵³ Cada modelo lleva implícita una carga ideológica que sin duda influye en la presentación del ajuste o desajuste del Derecho y de su relación con el papel del Estado.

⁵⁴ Esto se entiende en la medida que del estudio sobre papel del Estado y sus transformaciones se han ocupado otras áreas del conocimiento como la ciencia política por ejemplo.

2.1 MODELO DE ESTADO LIBERAL O ESTADO DE DERECHO

La doble denominación – Estado liberal y Estado de derecho- que asume este modelo de Estado tiene la finalidad de poner de presente que el Estado de derecho siguiendo a Zagrebelsky, es un concepto “elástico que ha permitido subsistir a lo largo de los años y ser llenado de contenido, en cuanto el único valor que defiende es el de la eliminación de la arbitrariedad”⁵⁵. En esta medida el Estado de derecho sería compatible con diversas concepciones constitucionales e incluso los regímenes autoritarios han sido definidos como tal. De esta manera tal concepto debe llenarse del contenido que le corresponde al Estado de derecho liberal que lleva implícita la idea de unas funciones y fines del Estado⁵⁶.

Aclarados estos conceptos se puede afirmar que en el Estado de derecho liberal, el concepto y aplicación del derecho se encuentra enmarcado en el positivismo y formalismo jurídico⁵⁷. El derecho en este modelo tiene como paradigma la racionalidad y formalidad bajo la idea de neutralidad (en cuanto no introduce elementos materiales). Dicha neutralidad es avalada además por el carácter abstracto y general de las normas jurídicas que pretenden dotar de “igualdad formal” a los sujetos de derecho. Este Estado también denominado Gendarme cumple funciones negativas al no interferir ni en las relaciones sociales ni económicas y se encuentra asociado a la fase clásica del capitalismo⁵⁸. Adicionalmente como explica Ferrajoli, el Estado de derecho en el sentido italiano o francés, tiene un significado más amplio que el del *Rechtsstaat* alemán, en cuanto además de entenderlo como un Estado regulado por reglas, comprende el principio de legalidad de las actividades del Estado, el principio de publicidad de los actos y el principio de sujeción a control⁵⁹.

Siguiendo a Calvo⁶⁰, el derecho en este Estado cumple funciones de vigilancia y control, funciones de facilitador de acuerdos privados mediante la generación de condiciones de seguridad y funciones de resolución de conflictos. Se trata entonces de un Estado cuyas funciones deben limitarse a conciliar libertad y

⁵⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia. Madrid: Trotta, 2005. p. 22

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 22.

⁵⁷ A modo de crítica Zagrebelsky reclama que en la actualidad el positivismo jurídico se siga aplicado pues corresponde a un modelo que no es Estado constitucional. *Ibíd.*, p. 29

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 67.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 66.

⁶⁰ CALVO GARCIA, Manuel. Transformaciones del Estado y del Derecho. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 58-61 .

seguridad, mediante el establecimiento de un sistema represivo formal que protege de la arbitrariedad del modelo absolutista, en donde “la legalidad se convierte en la forma de legitimidad”⁶¹ y en el que el campo de lo público -donde el Estado interviene – “se limita a la seguridad, la salubridad y la interferencia de las libertades individuales”⁶².

Desde la perspectiva del Derecho administrativo, se ha señalado que éste “se configura a partir de 1789 dentro del denominado Estado liberal de derecho”⁶³. Según Alviar⁶⁴ en el Estado liberal el principio de libertad (donde el eje es ser humano) es un pilar del derecho administrativo que se expresa en la libertad de mercado y en la autonomía de la voluntad que se concretan en los derechos de primera generación. El principio de legalidad y el del debido proceso son también claves para este modelo. En el campo administrativo estos principios son garantizados por el poder de policía y por la vía gubernativa. De otro lado, el principio de división de poderes pasa a ser esencial para el derecho administrativo en cuanto “cristaliza la voluntad del ejecutivo”⁶⁵ y conlleva al surgimiento del acto administrativo como la manifestación de dicha rama del poder encargada de ejecutar la ley. La clásica concepción del derecho administrativo es aquella que asimila la función administrativa con la ejecución de la ley. Fundada esta definición en concepciones liberales de pensadores como Montesquieu y Rousseau, el derecho administrativo de corte liberal es “el simple defensor de intereses subjetivos e individuales con escaso contenido sustancial”⁶⁶.

Con el cambio del papel del Estado este modelo entrará en crisis. La vigencia de un nuevo orden introducido por el Welfare State hace replantear la concepción y los instrumentos de actuación de la administración pública. Tal asunto se verá a continuación.

⁶¹ Ibíd., p. 56.

⁶² ALVIAR GARCIA, Helena. (Coordinadora). Manual de derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009. p. 3.

⁶³ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Derecho Administrativo y Globalización. Madrid: Civitas Ediciones, SL, 2004. p. 33.

⁶⁴ Ibíd. p. 6.

⁶⁵ Ibíd., p. 7.

⁶⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 71.

2.2 MODELO DE ESTADO SOCIAL O LIBERAL INTERVENCIONISTA

Como consecuencia del desequilibrio que generó el libre mercado y la generación de monopolios en el Estado liberal, se gestó el desarrollo de ideas de izquierda⁶⁷ y con ello del término “Social”. Este último fue incorporado en la ideología liberal en 1929 agregando correctivos al intervencionismo público y “perfeccionando los sistemas de seguridad social al finalizar la segunda guerra mundial”⁶⁸. También se ha ubicado su inicio en Europa ya desde la mitad del siglo XIX, como “una reacción frente a la llamada cuestión social, generada por la industrialización, el crecimiento demográfico, la urbanización y el fracaso político del liberalismo económico puro. Se traduce primeramente como medidas legislativas concretas de corte social”⁶⁹.

La crisis de los años 30 trae la “desformalización del derecho”, pero a diferencia de lo que piensa Habermas, dirá Teubner, “no toda tendencia antiformalista se plasma necesariamente en una intervención profusa del Estado en las distintas áreas de la sociedad”⁷⁰. Fenómeno conocido como juridificación de la sociedad. Y, la juridificación⁷¹ estaría atada según Teubner a la re-materialización del derecho formal. Aunque hay varios significados de juridificación en la literatura jurídica, para Teubner se caracterizaría por lograr la materialización del derecho formal con la constitucionalización del Estado de derecho por parte del Estado social⁷². No entramos acá a plantear la crítica de Teubner al derecho regulatorio y a la explicación sobre cómo este derecho puede causar la desintegración del sistema mismo por hacerlo ineficaz o a la desintegración social que es lo que lo lleva a plantear su propuesta de derecho reflexivo⁷³. Lo importante es notar el cambio de

⁶⁷ Estas ideas de izquierda afirma Madriñán, se dividen en: la tendencia estatista donde se ve en el Estado una función social y en tendencia antiestatista apoyada en el materialismo histórico marxista que promueve la abolición del Estado. MADRIÑÁN, Ramón. El Estado Social de Derecho. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997.p. 34.

⁶⁸ MADRIÑÁN, Ramón. El Estado Social de Derecho. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997.p. 36.

⁶⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Perspectivas del Derecho Administrativo para el próximo milenio. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibañez, 1998. p.33.

⁷⁰ BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther, Op. Cit.,p. 42.

⁷¹ Para Teubner esta juridificación causa disfuncionalidades al sistema pues produce “cambios en la función del derecho, su legitimación y su estructura” (...) “el derecho no sería, como lo era el derecho formal, sólo un instrumento para la solución de conflictos, sino un instrumento para la intervención política del Estado Social de Derecho”.Ibíd., p. 44

⁷² Ibíd., p.44.

⁷³ Aquel en el cual se abandona la idea de la racionalidad formal y material, por una racionalidad reflexiva que se apoya en “una intervención mínima pero sustancial en la áreas reguladas,

paradigma respecto del anterior modelo, relativo a la importancia que adquiere la regulación al ocupar los espacios que dejaba en libertad el modelo liberal.

La construcción de los Estados bajo este modelo también denominados del bienestar o Welfare State⁷⁴, “fue posibilitada, en el plano de la teoría jurídica gracias a una “revuelta contra el formalismo” que dominaba el pensamiento jurídico liberal del siglo XIX y principios de siglo XX tanto en el mundo anglosajón como sobre el continente”⁷⁵. A este modelo, se lo denominó “keynesianismo en la teoría económica, socialdemocracia en la teoría política, y sustancialismo o realismo en la teoría jurídica. (...) Igualmente en materia de gestión pública, correspondió a la implementación del modelo weberiano de una administración pública racional y finalista (...) generándose como consecuencia práctica, la elaboración e implementación de políticas públicas basadas en el derecho público y administrativo”⁷⁶.

Como señala Weber, los poderes políticos “llevan por caminos antiformales la práctica jurídica” cuando tienen la pretensión de que la administración de justicia sea “algo más que un simple medio para resolver pacíficamente la lucha de

mediante normas procedimentales que regularían a su vez la forma de producción de las normas al interior de los distintos subsistemas sociales”. *Ibíd.*, p.50

⁷⁴ También se le ha llamado “Estado Interventor”, “Estado Providencia”, “Estado Benefactor”, “Estado Pedagogo”, “Papá Estado” y “Estado Social de Derecho”. Sin embargo, esta último concepto – si bien fue acuñado por Herman Heller en 1929 - no se acoge en el presente estudio como sinónimo del Estado de Bienestar pues como se verá más adelante se le atribuyen algunas diferencias. Desde la Sociología, Esping Andersen “sintetizó los estudios comparativos sobre el Estado de bienestar disponibles en 1990 (...) para dibujar tres modelos, regímenes o tipos ideales, que se han convertido desde entonces en la taxonomía de uso prácticamente universal para el análisis comparado de este tipo de políticas e instituciones: las modalidades de Estado de bienestar “liberal”, “conservadora-corporativista”, y “socialdemócrata” (...); el régimen “liberal”, aceptando básicamente los resultados del mercado y corrigiendo sus fallos más flagrantes; el “conservador-corporativista”, haciendo intervenir al Estado en el mantenimiento de las diferencias de status social y de clase y fortaleciendo los lazos familiares y; el Estado de bienestar “socialdemócrata” universalizando los derechos sociales a través de la desmercantilización, abriendo el camino hacia la ciudadanía social individual”. ESPINA, Álvaro. La sociología del bienestar de Gösta Esping Andersen y la reforma del Estado de bienestar en Europa. Versión ampliada de la sección Bienestar: Sociología y reforma, publicada en Revista de Libros, nº 66, junio, 2002, p. 4. [en línea] disponible en: <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento6142.pdf>.

⁷⁵ ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. Citado por: DEUBAL, Roth. André-Noël Roth Deubel. VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28 - 31 de Oct. 2003. Globalización, derecho y justicia: el Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material. p.1.

⁷⁶ DEUBAL, Roth. VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Globalización, derecho y justicia: el Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material. Panamá, 28 - 31 de Oct. 2003. p. 1.

intereses”⁷⁷. Fueron ideas relevantes para la construcción del modelo intervencionista en el derecho administrativo, León Duguit en el Derecho francés y Fritz Fleiner en el Derecho alemán. Duguit secundado a la sociología de Comte y Durkheim⁷⁸ “introduce la mala conciencia en el derecho administrativo francés, denunciando el desplazamiento de su centro de gravedad y promoviendo para su restablecimiento los servicios públicos. Acabando con la concepción idealista del Estado y dejándolo al servicio de la comunidad”⁷⁹.

De otro lado, la existencia de un Estado intervencionista supone el desarrollo de un “Derecho Regulativo o derecho útil” conformado por instrumentos “que surgen como respuesta a demandas de racionalización del sistema económico (...) con objetivos de estabilidad económica y social”⁸⁰. Este derecho regulativo incluye también la “regulación social” que significa “una forma determinada de intervención estatal encaminada a garantizar unos mínimos asistenciales”⁸¹. No obstante estos instrumentos regulativos, normativamente no hay un desarrollo propio y por ende no se puede hablar de una “teoría del derecho” ni “se produce una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado”⁸². Se imposibilita así la justiciabilidad y efectividad de los derechos y se traduce en lo que Ferrajoli denomina anomia o ajuridicidad.

Aunque el Estado social keynesiano tenga como eje la “cuestión social”, también se interesa por favorecer los principios del mercado y si bien algunos derechos sociales se llevan a las constituciones, no se les puede dar más que un contenido programáticos que sólo producen efecto cuando hay una intervención legislativa o administrativa. De ahí que Pisarello lo denomine como un “Estado

⁷⁷ WEBER Max. Economía y sociedad. México: FCE, 1987. p.660. Citado por: DEUBAL, Roth. VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28 - 31 de Oct. 2003 Documento Libre. Globalización, derecho y justicia: el Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material. p.2.

⁷⁸ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Derecho Administrativo y Globalización. Madrid: Civitas Ediciones, SL, 2004. p.59.

⁷⁹ GONZALEZ PEREZ, Jesús. El derecho administrativo. En: La ciencia del derecho durante el siglo XX. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. p. 290. [en línea] Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114>

⁸⁰ CALVO GARCIA, Manuel. Op., cit. p. 24. Este autor señala dos momentos en el derecho regulativo, el primero en 1929 y el segundo en 1970. El de 1970 se distingue del primero por cuanto implica hablar de regulación social o regulación moral, diferente de la regulación económica predominante ante la gran depresión de 1929. La mezcla entre intervencionismo económico y social es lo que caracteriza al que él denomina “Estado regulativo del bienestar”. p.27

⁸¹ Ibíd., p.27.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. Op., cit. p. 68

administrativo”⁸³. Se han señalado como contexto de origen del enfoque “social” la revolución de París de 1848, las ideas marxistas y manifestaciones obreras que expresaban sus descontento con el sistema de trabajo y capital vigente. El enfoque social se incorpora en la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919 que aunque incluye derechos sociales, no lo hacía desde una perspectiva jurídica⁸⁴. En América Latina, la concepción intervencionista tuvo especial acogida en el seno de la Comisión Económica para la América Latina y el Caribe (CEPAL)⁸⁵.

La función del derecho administrativo para este liberalismo de tipo social, es “llevar a cabo los planes y programas del gobierno”⁸⁶ así como la amplitud del contenido del poder de policía (imponiendo límites a la libertad) y la interpretación del principio de igualdad desde el punto de vista material. Lo anterior supone colaboración entre las ramas del poder público e instituciones con funciones judiciales y legislativas. El principio de legalidad se ve matizado por la discrecionalidad propia que exige la igualdad material y la amplitud de funciones del Estado dirigidas en razón de los fines⁸⁷. La separación entre el derecho público y privado sigue vigente aunque este último se debilita. El cambio estructural se presenta en el principio de legalidad, “el sometimiento de poderes públicos “al imperio de la ley y del derecho” se garantiza formalmente en textos constitucionales (...) los conceptos de neutralidad e imparcialidad han perdido el sentido que tuvieron tradicionalmente (...) debilitándose las garantías individuales y colectivas (...) siendo cada vez más los espacios del poder que se escapan del control judicial”⁸⁸

De todas formas, al encontrarse subyacente a este modelo el antiguo Estado de derecho, se produce una divergencia entre “las estructuras legales y estructuras reales de la organización estatal” surgiendo así, un ámbito de extrema discrecionalidad que para algunos autores ha sido visto como un punto de entrada a la arbitrariedad y con ello, a lo que posteriormente formaron los argumentos para

⁸³ PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, más democracia. En: V. Abramovich y otros. Derechos Sociales. Instrucciones de uso. México: Fontamara, 2006. p. 30.

⁸⁴ Más adelante la recepción del contenido social se dará en las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial: en la Constitución francesa de 1946, la alemana de 1949, la española de 1978 y la colombiana en 1991 con las particularidades que más adelante se comentarán en cuanto acá se sitúa más exactamente en los llamados modelos de estados constitucionales.

⁸⁵ PLAZAS VEGA, Mauricio. Derecho de la hacienda pública y derecho tributario. Las ideas políticas de la hacienda pública. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p.25.

⁸⁶ ALVIAR GARCIA, Helena. (Coordinadora). Manual de derecho administrativo. Op. cit., p. 9.

⁸⁷ Presentándose un notable aumento en la producción normativa.

⁸⁸ CALVO GARCIA, Manuel. Op. cit., p. 56.

expresar la crisis del Estado del bienestar. Se habla de crisis debido a que “las funciones de Estado se comienzan a desarrollar en ámbitos extralegales privilegiando técnicas de poder normativamente atípicas”⁸⁹, a que la regulación social genera desventajas económicas y competitivas y por la “sensibilidad a las interferencias políticas y a las presiones de los grupos de interés”⁹⁰. Esta crisis de acuerdo con Ferrajoli – particularmente la falta de control a los poderes públicos- también significa la crisis del Estado de derecho: “si el desarrollo del Welfare State ha correspondido a una crisis del Estado de derecho, la crisis del Welfare State amenaza con producir su disolución”⁹¹

Particularmente sobre el derecho administrativo, se afirma que este modelo representa o supone un cambio de paradigma en cuanto la concepción de servicio público pasa a definir una jurisdicción especializada. Sin embargo, la crisis del Welfare State llevará a que el derecho público sea “cada vez más incapaz de dar forma y legitimación a las nuevas técnicas de administración y gobierno”⁹².

La anotada crisis – la del modelo del Estado liberal y la del Estado intervencionista- produjo hacia la década de los 70’s el surgimiento de posturas neoliberales y tendencias desreguladoras como se verá en seguida.

2.3 MODELO DE ESTADO SOCIAL DESDE LA PERSPECTIVA NEOLIBERAL

La línea general que trae este modelo es su enfoque en la tesis de la minimización del Estado, la cual supone, que éste “reduzca su planta de personal y su tamaño, efectúe una acelerada política de privatizaciones, desregulación, y eliminación jurídica de diversas de sus funciones”⁹³ restringiéndose así, el carácter social que se le había asignado.

En el contexto latinoamericano el neoliberalismo se proyecta desde la década de los 70’s con mayor proyección en los 90’s, como respuesta al modelo cepalino

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op., cit. p. 71.

⁹⁰ CALVO GARCIA, Manuel. Op. cit., p. 26.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. Op., cit. p. 78.

⁹² *Ibíd.*, p. 79

⁹³ KLIGKSBERG, Bernardo. Hacia un nuevo perfil del Estado en América Latina: los cambios en las percepciones y las demandas de la ciudadanía. *En*: la Revista del CLAD Reforma y Democracia. Junio de 2005. no. 32. p. 1.

desarrollado en los años 50's. Giddens⁹⁴ afirma que a mediados de los años setenta, la socialdemocracia se vio crecientemente desafiada por las filosofías de libre mercado o neoliberales, que llevan consigo la tesis del Estado mínimo "estrechamente ligada a una visión característica de la sociedad civil como un mecanismo autogenerador de solidaridad social"⁹⁵.

No obstante, la búsqueda del "Estado mínimo" y las críticas al intervencionismo benefactor, se experimenta el fortalecimiento de la intervención del aparato estatal, pues el ajuste que debe hacer el Estado para adaptarse al *nuevo* modelo, "representa lo paradójico de la situación, ya que "el estado debe intervenir para dejar de intervenir; es decir, regular su propia desregulación"⁹⁶. Así, este modelo trae la creencia superflua de "estar viviendo una época desreguladora"⁹⁷. Aparece la Escuela de Chicago y otras teorías influyentes desarrolladas por personajes tales como Kennedy, Carter y Reagan, quienes ven la regulación social como "la bestia negra de los males económicos"⁹⁸. Sin embargo, las anunciadas reformas de tipo des-regulativo, resultaron paradójicas y de estirpe conservador, pues implicaron mayores intervenciones administrativas que generaron según Calvo "un nuevo estatismo conservador (...) que más que dismantelar el Estado pretende utilizarlo con distintos fines"⁹⁹. Bajo este contexto, las implicaciones de este modelo sobre el derecho administrativo se ven reflejadas en una mayor relevancia de la iniciativa privada, un fortalecimiento de la división de poderes, y la necesaria protección del principio de libertad¹⁰⁰.

El nuevo rol que asume el Estado entre sociedad civil y mercado, lo lleva a replantear el concepto de derecho social. Así, "el núcleo principal de los derechos sociales debería ser redefinido como el derecho a una segunda oportunidad, es decir, una serie de garantías de oportunidades de vida"¹⁰¹. Esto invoca la denominada mercantilización de los derechos sociales. "Los neoliberales suponen que con el crecimiento económico, en una economía sin atadura, con un derecho

⁹⁴ GIDDENS, Anthony. Socialdemocracia y neoliberalismo. En: Claves de razón práctica. Febrero de 1999. no. 89, p.10-14.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 12.

⁹⁶ CHAPARRO, Adolfo y GALINDO, Carolina. Génesis y transformaciones del Estado nación en Colombia. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2009. p. 125.

⁹⁷ CALVO. *Op. cit.*, p. 36.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 38.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 43.

¹⁰⁰ ALVIAR GARCIA, Helena. (Coordinadora). Manual de derecho administrativo, *Op. cit.*, p.11.

¹⁰¹ ESPING-ANDERSEN, Gosta. A welfare state for the 21st Century . En: GIDDENS, Anthony (ed.). The global third way debate. Cambridge: Polity Press, 1993. p.134 -156. Citado por: BARTOLOMÉ, Amaia. Consecuencias de la sobrecarga del Estado y la globalización en la concepción del Estado del bienestar. Hacia un régimen de prestaciones sociales condicionadas. Universidad del País Vasco-EHU. no 81, 2006. p.124.

público pasivo e incipiente, se generaría a la larga la prosperidad, el bienestar y la calidad de vida que el Estado social pretende con costosas e ineficientes políticas sociales en el corto plazo”¹⁰². Esto ocasiona que las tendencias neoliberales pretendan reemplazar las antiguas políticas públicas por políticas “asistenciales, precarias y focalizadas, ligadas a grupos excluidos del mercado laboral formal que, al mismo tiempo, resultan estigmatizados como grupos ‘no normales’, culpables de su propia exclusión”¹⁰³. Abriéndose paso con ello a la conversión “del Welfare al Workfare, del Estado social de derecho al Estado social contributivo, de deberes”¹⁰⁴. De acuerdo con Bartolomé¹⁰⁵, dentro de esta propuesta neoliberal han surgido modelos teóricos, que buscan someter la distribución de bienestar a las exigencias del mercado. Señala el modelo de Bob Jessop (Estado schumpeteriano de workfare), Philip Cerny (Estado de competición»), Philip Bobbit (Estado de mercado) y Anthony Giddens (Estado social inversor).

Como crítica a este modelo propuesto, siguiendo a Ferrajoli, no se encuentra cómo las propuestas neoliberales podrían evitar la reaparición de las crisis producto de las imperfecciones del capitalismo, las cuales a su vez se quisieron solucionar con la incorporación del Welfare State. Esto además si se tiene en cuenta que “la propuesta del neoliberalismo se reduce, en sustancia, al proyecto de una refundación sólo parcial del Estado liberal de derecho, como cobertura y sostén, simplemente, de la reducción de las funciones públicas de naturaleza social”¹⁰⁶.

¹⁰² MOLANO, Mario. Op. cit., p.203.

¹⁰³ PISARELLO, Gerardo. Op., cit. p. 32

¹⁰⁴ Ibid., p. 32.

¹⁰⁵ BARTOLOMÉ, Amaia. Consecuencias de la sobrecarga del Estado y la globalización en la concepción del Estado de bienestar. Hacia un régimen de prestaciones sociales condicionadas. Universidad del País Vasco-EHU. Papers 81, 2006. p. 119.

¹⁰⁶ Según Ferrajoli, la propuesta neoliberal resulta violatoria del principio democrático y recordando a Norberto Bobbio, señala que “Estado social y democracia son inescindibles”. Y en el contexto del Estado Italiano afirma que “Las expectativas de niveles mínimos de subsistencia y de seguridad satisfechos por servicios y prestaciones públicas están ya consolidadas y son a tal punto irreversibles que no pueden frustrarse si no es al precio de conflictos violentos que no admiten mediación” FERRAJOLI, Luigi. Op., cit. p. 81 - 82. Vale la pena preguntarse si dichos niveles mínimos de subsistencia están igualmente consolidados en Colombia y a tal fin, considerar si los efectos del neoliberalismo pueden ser mucho más intensos que en los estados europeos.

2.4 LA FÓRMULA ACTUAL: ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Se usa acá el termino Estado Social y Constitucional de Derecho en el contexto del Estado contemporáneo y si se quiere, postcontemporáneo de finales del siglo XX pues como bien anota Pisarello¹⁰⁷, pueden entenderse los anteriores modelos como estados constitucionales de tipo restringido (también denominado Estado social tradicional) e incluso hablar de un constitucionalismo anterior al Estado social – denominado clásico-. Normativamente hablando, se ha reconocido en las constituciones que siguieron a la segunda guerra mundial, la idea de una verdadera transformación que trasciende del Estado liberal intervencionista a un verdadero Estado constitucional que sirva de “instrumento de autocontención política, económica y ecológica, de la desaceleración de la acumulación poderes y de reconstrucción de la solidaridad entre los miembros más débiles de la sociedad”¹⁰⁸. Implicaría entonces, una autentica expansión de las garantías.

En este sentido, en este apartado se hará referencia al Estado Social de Derecho como clausula y principio incorporado a las constituciones del Estado Constitucional, sin desconocer que si bien su formación inicia con el Estado Social o liberal intervencionista al que ya se hizo referencia, la crisis del Estado de Bienestar y las posturas neoliberales tienen un efecto en el modelo de Estado y su fórmula actual. De ahí que no pueda afirmarse que el Estado Social de Derecho se identifique completamente con Estado Social de inicios del siglo XX.

En este contexto dos aspectos deben ser estudiados. El primero referido al contenido ideológico del Estado Social del Derecho y el segundo, el que se relaciona con los cambios que se generan a partir del entendimiento de la Constitución como norma y fuente de derecho.

¹⁰⁷ PISARELLO, Gerardo. Op., cit. p.23-53

¹⁰⁸ Ibid., p. 34

2.4.1.1 Estado Social y Democrático de Derecho

La cláusula “Estado Social” pasa a conformarse como principio jurídico de aplicación inmediata, que al tener rango constitucional, será tratado por algunos autores¹⁰⁹ como opuesto al Estado de derecho (con rango legal). Siendo la diferencia con el Estado del bienestar que éste correspondía a un nivel político y no jurídico.

Se ha señalado que el Estado Social de Derecho si bien es compatible con el Welfare State, se manifiesta de otras formas:

El llamado Estado de bienestar o **Welfare State**, tan criticado por doctrinas contrapuestas como el liberalismo tradicional o la teoría marxista, no es consecuencia necesaria del carácter social de nuestro Estado de derecho. Por el contrario, éste trasciende las contradicciones que el primero evidenció históricamente. En efecto, el Estado de bienestar, que pretendió promover a extensos sectores marginados de los beneficios sociales a través de una política económica basada en la construcción de obras públicas, en el subsidio a diversas actividades de producción y en la extensión de servicios gratuitos, desembocó en muchos casos en crisis fiscal y evidenció sus contradicciones al transferir más poder a los grupos poderosos de la sociedad contratados por el mismo Estado para acometer sus proyectos y liberados por éste de la prestación de otros servicios. A lo anterior se vino a sumar el crecimiento incontrolado del aparato burocrático administrativo y su ineficiencia para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja¹¹⁰.

Por el contrario, el Estado Social de Derecho al estar basado una economía social de mercado, posibilitar la iniciativa privada e igualmente, la intervención en la economía¹¹¹, es visto como un modelo que permite corregir

¹⁰⁹ Forsthoff observa ambos principios (Estado de derecho y Estado social) en una relación dialéctica no reductible, en donde el Estado de derecho es superior y el Estado social “es lo que en cada momento histórico realice como tal es legislador”(…) Bachof por el contrario no ve una relación jerárquica entre éstos, siendo el Estado social de derecho “la síntesis entre ambos principios” PAREJO ALFONSO, Luciano, Op. cit., p. 36.

¹¹⁰ Sentencia T – 533 de 1992. Corte Constitucional Colombiana, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹¹ El principio de solidaridad social, los derechos fundamentales y la dignidad humana son pautas que encarrilan las reglas económicas de la Constitución. “ La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir —dentro del marco constitucional— para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud. (...) El Estado social de derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derechos fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación, propiedad privada, libertad de empresa,

los errores en que incurrió el Estado Social. Como lo muestra Alviar ¹¹² se han reconocido diferencias entre las versiones intervencionista y social de derecho. En sentencia de tutela la Corte Constitucional señaló que:

El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. Por ello, el ordenamiento jurídico consagra tanto derechos programáticos, que dependen de las posibilidades presupuestales del país, como derechos prestacionales que dan lugar - cuando se cumplen los requisitos para ello - al ejercicio de un derecho público subjetivo en cabeza del individuo y a cargo del Estado. ¹¹³

Se presenta así, mayor énfasis en la finalidades del Estado y en la dignidad humana como valor normativo. La igualdad material (como opuesto al concepto formal de igualdad y libertad del Estado de derecho liberal), la redistribución de la riqueza, la efectividad de los derechos pasan a ser el eje de las decisiones políticas del Estado y la justicia social¹¹⁴, -ya no en un sentido paternalista-. La democracia pasa a tener un sentido fundamental en cuanto este modelo requiere canalizar los intereses de los diversos grupos y sectores sociales. Otra característica fundamental, se observa en el carácter vinculante que se le atribuye dentro del sistema jurídico. Es decir, todo ese contenido ideológico y político del Estado Social de Derecho pasa a servir de criterio jurídico – entre otras- de la decisiones judiciales:

En primer término, debe anotarse que el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) no es apenas una frase ingeniosa ni una declaración romántica del Constituyente sino un rasgo esencial del sistema jurídico que se proyecta más allá de los mismos textos superiores y cubija la totalidad del sistema jurídico, debiendo por tanto reflejarse en las normas legales, en la actividad del Gobierno y de las autoridades administrativas, no menos que en las decisiones judiciales. (...)

explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público” Sentencia T-505 de 1992. Corte Constitucional Colombiana M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹² “el Estado benefactor (...) tiene algunas similitudes así como diferencias con el Estado social de derecho. En algunas ocasiones la Corte Constitucional ha tratado de trazar una diferenciación tajante entre el Estado benefactor y el Estado social de derecho. En mi opinión, las diferencias trazadas se refieren más al desprestigio ideológico que sufrió el Estado benefactor durante los años ochenta con el surgimiento del neoliberalismo; los principios e ideales entre las dos concepciones siguen siendo los mismos”. ALVIAR GARCIA, Helena, Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo, Op. cit., p.13.

¹¹³ Sentencia T – 533 de 1992. Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Citada por ALVIAR GARCIA, Helena. Ibíd., p.13.

¹¹⁴ Sentencia C-1064/01. Corte Constitucional, M.P.: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y JAIME CORDOBA TRIVIÑO

En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento¹¹⁵(subrayas propias).

Lo anterior permite señalar que este modelo jurídico de Estado tiene varios ejes: distribución e igualación de bienes y la referencia a los derechos sociales. Respecto de la administración pública se resalta la idea regulativa del proceso económico¹¹⁶ y “el principio de participación que muchas veces se traduce en coadministración del interés público y orientación social del gasto”¹¹⁷. Sin embargo, este modelo en la práctica al igual que los modelos anteriores, se enfrenta a diversas situaciones que lo ponen en crisis. A pesar de su respaldo normativo constitucional, existe “una puesta en duda de la configuración y papel del Estado, tal como resulta de su caracterización constitucional, y por tanto una demanda de transformación de éste”¹¹⁸. Parejo señala ¹¹⁹que se da una pérdida de confianza en el Estado en cuanto ya no se le reconoce como el garante del progreso y con ello, ocurre una ruptura del ideal de progreso indefinido (apoyado en la idea de la evolución lineal del Estado donde cada modelo supera los modelos precedentes).

Entre otras razones de la crisis, se debe recordar que la inclusión de la cláusula del Estado social de derecho se da en una época de “desprestigio estatal” que conllevó a la racionalización, privatización y desregulación del Estado, políticas éstas cobijadas bajo el Estado neoliberal. En cuanto mayor es el éxito del Estado como regulador de políticas sociales, aumenta la resistencia de los agentes económicos privados. Y en cuanto más cumpla sus objetivos sociales se generará una crisis presupuestal. Surge así la tendencia de moverse por los lados de la economía de mercado y de vivir en una constante tensión publico/privado con prevalencia de ésta última. Pero esta crisis, “no toca a la existencia misma [del Estado] y sí a la extensión y la intensidad de lo estatal, a su forma histórica concreta”¹²⁰. Afirmar Ariño¹²¹, que la ruptura del modelo social puro no cuestiona

¹¹⁵ Sentencia T-1430 de 2000. Corte Constitucional, M.P.

¹¹⁶ El Estado Social se presenta como: “ente regulador que establece reglas de juego a la economía privada para garantizar el ejercicio de la libertad económica.”¹¹⁶. RODRIGUEZ BERNAL, Adolfo. Op. cit., p.4.

¹¹⁷ MOLANO, Mario. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 202.

¹¹⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. Perspectivas del Derecho Administrativo para el próximo milenio. Op. cit., p. 38.

¹¹⁹ Ibid., p. 38.

¹²⁰ Ibid., p.45.

¹²¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 153.

las finalidades del Estado sino la forma y los instrumentos dentro de un sistema de gestión que permita alcanzar dichos fines.

El modelo actual se complejiza más debido a que las interpretaciones sobre el Estado social de derecho no son unánimes. Por un lado, “de acuerdo con la dogmática constitucional, el principio social, le imprime al Estado una nueva dinámica y le aporta a la función administrativa un factor permanente de cambio y adaptación (...) que obliga a la ponderación bajo la orientación teleológica”¹²² pero donde la dinámica de lo fáctico, imposibilita la actuación desde lo público llamando al derecho privado a prevalecer. Esa ponderación publico/privada es percibida como la relación que debe existir entre el Estado de derecho, el Estado social y el Estado democrático. De otro lado, el Estado social de derecho puede verse, siguiendo a Madriñán¹²³, como aquel que compatibiliza el capitalismo y el bienestar social general enmarcado en la línea de los Estados providencia, pero superador de ésta; o como un modelo interrelacionado dialécticamente con el Estado de derecho y de cuya relación se desprende el Estado democrático (Elías Díaz); o como la superación del modelo liberal que garantiza la igualdad real aunque entiende la planeación estatal en función de los derechos fundamentales; o como un modelo que equilibra el principio de seguridad del Estado de derecho, con el libre desarrollo de la personalidad, siendo este principio el fin del Estado social (Doehring) o finalmente, como un modelo completamente diferente y contrario al Estado de derecho (Forsthoff)¹²⁴ o al revés, como un modelo compatible con el Estado de derecho en donde hay una conexión entre justicia social y Estado social (Abendroth, Gerber, Bachoff)¹²⁵.

A pesar de los rasgos y elementos que predominan en una y otra concepción, se tiene hasta acá un modelo que se presenta más fuerte en lo jurídico (a diferencia

¹²² MOLANO, Mario. Op. cit., p. 206.

¹²³ MADRIÑÁN, Ramón. Op. cit., p. 61-74.

¹²⁴ El planteamiento de Forsthoff “se dirige no a negar el [Estado Social], sino a separar lo que es Administración de lo que es política. Estado de derecho y Estado social son dos formas de Estado contradictorias en el planteamiento de Forsthoff, siempre que sean consideradas a nivel del texto constitucional, esto es, como organización técnico-jurídica del Estado (...). “la disputa se sitúa en torno al carácter jurídico de los llamados derechos sociales reconocidos en el texto constitucional o al carácter de norma jurídica de la Constitución. La Constitución, para Forsthoff, es, por encima de todo, un instrumento jurídico de ordenación política” Y la Administración, por el contrario (...) “tiene su ámbito de referencia únicamente en la prestación de servicios, no suponiendo, implícitamente, ningún acto de poder político”. Acá se opone función social versus poder. Ver: MEIL LANDWERLIN, Gerardo. El Estado Social de Derecho: forsthoff y abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas. En: Revista de estudios políticos, N° 42, 1984 , págs. 217. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=26806>

¹²⁵ Ibid., p. 221.

del modelo de Estado de bienestar) con una tendencia a la consagración de derechos sociales, que habitan dentro de la lógica del mercado regulado, donde operan también las tesis neoliberales. Además, un modelo teórico que dista de unanimidad a nivel doctrinal, donde la lógica de relaciones público – privadas y las formas de armonizar o superar las tensiones entre libertad e igualdad aún son objeto de discusión.

De esta manera, el Estado Social de Derecho se apropia de nuevos y viejos principios jurídicos que pretenden contribuir a la superación de las tensiones. La doctrina jurídica (y no sólo jurídica) toma estos viejos y nuevos principios; los contraponen, integra, reduce o amplía y los pone en contexto con la realidades económicas y sociales para explicar “el modelo” existente o el “modelo” que debería predominar. Así por ejemplo, Cassagne ha señalado que “en la abdicación de la regla de la intervención estatal progresiva y en la afirmación de otros principios jurídicos fundamentales, como son el de la concurrencia al mercado y el de protección de los consumidores y usuarios se encuentra la clave para comprender cabalmente las transformaciones operadas en el Estado”¹²⁶. Señala que la configuración de los procesos de reforma institucional y normativa es similar en los países de Latinoamérica que lo emprendieron, ya que las causas que los provocaron son comunes. Afirma entonces, que el nuevo modelo de Estado es el Estado subsidiario en el que se observa “un proceso de transferencia de empresas y bienes del Estado hacia los particulares, privatizándose importantes sectores de la actividad estatal”¹²⁷, y que éste, es la síntesis de los modelos anteriores, mejor aún, un nuevo modelo de Estado donde la realidad predomina sobre la ideología, “no implica una ruptura total con los modelos anteriores”¹²⁸.

En igual sentido, aparecen como principios base de la reforma del Estado del Bienestar, los denominados por Ariño¹²⁹ como principios de subsidiariedad estatal

¹²⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 7 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002 .p.62. Señala que “el flagelo de la inflación, el endeudamiento externo, el aumento de la burocracia estatal, la ineficiencia de los servicios y demás actividades que tienen a su cargo las empresas públicas, junto a un intervencionismo estatal asfixiante de la economía privada, han conducido a la necesidad imperiosa de formular un replanteo acerca de la dimensión del Estado”.Ibíd.,p.62.

¹²⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado: el Estado productor de las nacionalizaciones a las privatizaciones, el estado regulador del monopolio a la competencia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.p. 54. Ariño define el Estado Regulador como aquel en el que “la regulación es un instrumento del mercado y no un sustituto del mismo”.

¹²⁸ CASSAGNE. Op. cit., p. 64.

¹²⁹ En el mismo sentido que Casaggne, Ariño Ortiz señala que el Estado es necesario. Está en contra del “fundamentalismo liberal que quiere prescindir del Estado” (...) “la confusión entre sociedad y estado es algo pernicioso y no debe darse en la realidad; si llegara a darse, desaparecería el Estado de derecho”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. 3 ed. Granada: Editorial Comares, 2004. p.2.

y de solidaridad, que aunque provienen de dos modelos puros opuestos son complementarios. Señala que cuando se incumple el primero “se dificulta el desarrollo humano y se empobrecen las sociedades”¹³⁰ y el segundo, tiene como énfasis la necesidad de encontrar “nuevos instrumentos y modelos de gestión plural, privada y eficiente de la solidaridad estatal”¹³¹. Para Santofimio, el Estado social de derecho convive con lo que algunos han denominado un “moderno derecho” que tiene como elementos, los principios del Estado de derecho, de la democracia, regulador de lo colectivo, actuando en la economía de mercado y defendiendo los derechos individuales¹³².

De lo hasta acá presentado se puede concluir que la fórmula que impera en el Estado constitucional actual es la del Estado Social de Derecho, acompañado de una carga atribuida por las críticas al modelo neoliberal y al modelo del bienestar. La denominada crisis del Estado social de derecho incorpora para el derecho administrativo nuevos elementos normativos y valorativos, que según como se mire, pueden implicar fuertes contradicciones o complementariedades. Así, la realidad administrativa del Estado (con mayor grado en actividades discrecionales) y particularmente el juez contencioso administrativo, no tendría un modelo delimitado y predefinido bajo el cual guiarse, coexistiendo varios modelos en el mismo espacio normativo, pero en todo caso formando un sólo modelo. Esta falta de delimitación permitiría insinuar que existe un amplio margen para la toma de decisiones donde se requeriría entrar a ponderar principios jurídicos que pertenecen a los diversos modelos de Estado entrecruzados en el Estado Social de Derecho. Así, la pregunta sería ¿bajo qué criterio deberá hacerse tal ponderación?; tomando a Ferrajoli, se podría afirmar que existirían dos criterios opuestos: el primero defensor de la estrategia neoliberal al que se hizo referencia anteriormente y el segundo, crítico de éste, pretende ampliar (aunque implique complejizar) la estructura jurídica del Estado para garantizar las prestaciones sociales, desarrollando “modelos de legalidad garantista”¹³³.

Bajo este segundo criterio, Ferrajoli propone la creación de un Estado Social de Derecho que pueda asegurar: “la reducción de los espacios de discrecionalidad (...) por medio de la programación jurídica y por vía de leyes generales y abstractas (...); la conexas rehabilitación de las funciones legislativas (...); la reactivación de los controles políticos y legales (...); la multiplicación (...) de garantías jurídicas de tutela no sólo de los derechos y de las libertades

¹³⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico Op. cit., p. 167.

¹³¹ Ibid., p.172.

¹³² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 71.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. Op., cit. p.88.

individuales tradicionales sino también de los derechos sociales”¹³⁴. Así mismo es de resaltar, como señala este autor, que para el logro de este Estado Social de Derecho se requiere que el derecho administrativo sea innovador en la medida que “carece todavía de una teoría de los derechos sociales y de las correlativas obligaciones públicas capaces de dar forma y garantía de efectividad a las expectativas correspondientes a las funciones positivas del Welfare State”¹³⁵.

2.4.1.2 El Estado Constitucional y la Constitución como fuente de derecho

El Estado constitucional ha tenido diferentes instancias de evolución. Según Santofimio¹³⁶ la versión original fue la del Estado liberal, la segunda la del Estado del bienestar o interventor y la tercera la del Estado social de derecho. Tal evolución se expresa al afirmar que dentro de la ideología del constitucionalismo político se parte de la idea de garantizar el respeto de los derechos y el equilibrio o límite a las dominaciones políticas. En palabras de Aguiló¹³⁷, se trata de limitar la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política y la exclusión social; ideales todos que se identifican respectivamente con el Estado de derecho, el Estado Liberal, el Estado democrático y el Estado social.

Atendiendo a esta evolución y a la ideología que subyace al constitucionalismo, se toma acá la definición dada por Aguiló, quien define el constitucionalismo como: una “ideología política que ha propugnado ‘darse una Constitución’ (una Constitución rígida o formal) como garantía de vivir en Constitución”¹³⁸. Esto último, referido a la práctica de dichos ideales constitucionales.

Pero más allá, también se ha revelado el Estado constitucional como aquel que transforma el paradigma del Estado de derecho. Transformación que opera gracias al denominado modelo que Ferrajoli denomina “garantista” y que se comporta como un sistema de garantías para la protección de los derechos fundamentales que son llevadas al derecho positivo. Lo relevante será comprender que existe una “sujeción al derecho” ya que la Constitución definirá tanto el procedimiento como el contenido sustancial de la nuevas normas. “Ocurre

¹³⁴ Ibíd., p.89.

¹³⁵ Ibíd., p.90.

¹³⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 243.

¹³⁷ AGUILÓ, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. Bogotá: Temis. 2004. p 38-41.

¹³⁸ Ibíd., p. 43.

una innovación de la estructura misma de la legalidad, que es acaso la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del mismo derecho positivo, no sólo por lo que hace a las formas de producción, sino en cuanto a los contenidos producidos”¹³⁹. Vale la pena nombrar dos consecuencias que según este modelo garantista, se derivan para la teoría positivista o “paleopositivista” como también la denomina: (i) la necesidad de revisar la teoría de la validez (formal) para adaptarla a las relaciones entre sustancia y forma y (ii) la necesidad de redefinir el papel del juez.

El modelo del Estado constitucional es quizás uno de los más relevantes para el objeto de estudio pues es en este en donde recaen algunas de las transformaciones del derecho más importantes. Tal y como lo ha señalado Zagrebelsky, el derecho asume unas características diferentes a las que se percatan en el que denomina Estado de derecho Legislativo. Su mayor efecto tiene que ver con el cambio que se genera frente a la posición de la Ley y con esto, la crisis que se producirá frente al principio de legalidad.

De otra parte se produce en el Derecho un aumento de su carácter heterogéneo. Se trata ahora, de un Estado que tiene como pilares el principio democrático y pluralista en el que se acepta la confluencia de valores. Así, difícilmente puede hablarse del aspecto homogéneo y estable en el Derecho como se hacía antes. Sin embargo, todos estos cambios de aspecto, contenido y forma del derecho que han llevado a caracterizar el escenario actual como caótico, desordenado e inestable, logra solucionarse con el denominado principio de constitucionalidad. “Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”¹⁴⁰. De esta manera, la importancia que recae en el Estado constitucional respecto de las transformaciones del derecho, es quizás más fuerte y de vigente discusión que aquella que dada para los otros modelos de Estado. Esto es así, porque implica “una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo legislativo lo ha reducido”¹⁴¹. Así pues, el principio de constitucionalidad pasa a otorgar un especial rasgo de unificación al derecho. Unificación caracterizada, no por un orden jerárquico dirigido por la Constitución que subordine/reduzca las

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Estudios. El Derecho como sistema de garantías. En: Revista Jueces para la democracia, N° 16-17, 1992, p. 63 Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2551827>

¹⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., p. 39.

¹⁴¹ Ibid., p. 39.

otras normas, se trata más bien, de una serie de divisiones que fragmentan el derecho y que conforman una unidad¹⁴².

Esta división consiste, en que se genera una separación entre “Ley y Derechos Humanos”. Una separación que no era dada en el Estado decimonónico de Derecho, donde los derechos eran *creados* por el Legislador más no *reconocidos*. “El concepto jurídico de los derechos era marginal o secundario, lo que derivaba en la asunción de una idea fundamental: la prioridad del Estado y de sus exigencias de unidad, expresadas en la ley, frente a las posiciones subjetivas de los individuos”¹⁴³. Era pues el resultado de la doctrina de los derechos públicos subjetivos del siglo XIX que no era el siglo de los derechos individuales inviolables o fundamentales -previos a la autoridad pública- eran más bien un producto o consecuencia de la voluntad del Estado. Ahora, ante el Estado constitucional se les da a los derechos¹⁴⁴, un valor independiente de la Ley. “El tema de los derechos representa, así, un punto de encuentro en las transformaciones constitucionales que siguieron a la caída de los totalitarismos, tanto de derecha como de izquierda”¹⁴⁵.

Ante estos cambios, surge la cuestión sobre cuál es el grado de autonomía con el que cuenta la Ley, qué tan limitada queda respecto de la Constitución para desarrollar sus contenidos. Para responder a estas inquietudes, Zagrebelsky incorpora como categorías el “legalismo” y el “constitucionalismo” que se encontrarían vinculadas al control que se acepte sobre el legislador y si el énfasis opera sobre la ley o sobre la Constitución. El primero daría un margen de acción mayor al legislador, sólo debe respetar la Constitución y sobre él se efectúa un control que debe tener en cuenta tal autonomía. Lo contrario sucedería con el segundo, donde existe mayor control y el margen de acción del legislador se circunscribe a desarrollar la Constitución¹⁴⁶. Sin embargo, es importante resaltar que el Estado constitucional le sigue reconociendo importancia a la Ley para el

¹⁴² Según Zagrebelsky, esta reducción es lo que caracteriza el positivismo jurídico del Estado de derecho decimonónico, resaltando que bajo este nuevo escenario no es una teoría válida, sin embargo reconoce que si se continúa aplicando es porque “las ideologías jurídicas son adaptables” y continúan operando como “residuos históricos”. *Ibíd.*, p 41.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 48.

¹⁴⁴ Zagrebelsky se refiere a la concepción originaria de los derechos en la tradición francesa y americana para señalar su profundo distanciamiento. Caracteriza a la primera como estatista, objetivista y legislativa; y a la segunda como preestatista, subjetivista y jurisdiccional. Sin embargo señala que la actual concepción constitucional europea se sitúa en medio de ambas tradiciones. *Ibíd.*, p.58.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, 65.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p.151.

equilibrio constitucional, esto es, no puede ser tomada como una “mera técnica”¹⁴⁷ que reduzca el Derecho a las reglas constitucionales¹⁴⁸.

Estas dos categorías están relacionadas con las dos opciones de interpretación que se dan en la “dimensión regulativa”¹⁴⁹ de la Constitución que propone Aguiló¹⁵⁰. La dimensión regulativa opera considerando que la Constitución sí regula e impone deberes – a diferencia de la dimensión constitutiva-, pero en todo caso, ese nivel de regulación puede ser interpretado de dos formas: La primera opción de interpretación, entendería que la Constitución impone límites al ordenamiento jurídico y por ende, éste cuenta con un grado de autonomía que permite que el control que se ejerza sea de tipo negativo y jerárquico. La segunda opción, entendería que el ordenamiento jurídico no es igual de autónomo, ya que, debe desarrollar las exigencias regulativas de la Constitución. El control acá será entonces mucho más expansivo (no será suficiente el principio de jerarquía normativa sino que se introduce el de coherencia valorativa). En esta última opción es donde se habla de constitucionalización del derecho que desplaza la teoría de la autoridad por la teoría de la justicia¹⁵¹.

La otra dimensión - que convive en el Estado Constitucional junto a la regulativa- es la “constitutiva”. La dimensión constitutiva establece un nivel de escepticismo por el cual la Constitución no cumpliría un papel regulativo o de imposición de deberes. La eficacia de los fines y valores de la Constitución esta dada o depende del diseño institucional que establezca la Constitución. La importancia de distinguir entre estas dos dimensiones – constitutiva y regulativa- tiene efectos relevantes para el control como lo demuestra Aguiló. Así por ejemplo, frente al principio de independencia judicial, la dimensión constitutiva revisaría el *diseño de la posición institucional del juez*, evaluando el grado de independencia según factores institucionales como la remuneración, el autogobierno etc. Una dimensión regulativa en cambio, interpretaría la independencia judicial como un deber y

¹⁴⁷ Se ha considerado que, tomar la Ley como “mera técnica” y permitir que sean las cortes constitucionales las que impongan las reglas presentándolas como lo exigido por la Constitución, puede significar un exceso de juridificación y constitucionalización de la vida política. *Ibíd.*, p.153.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 153.

¹⁴⁹ La dimensiones regulativa y constitutiva – ambas opuestas- que establece Aguiló, permiten determinar el grado de eficacia de la Constitución y la forma de control que recaerá sobre la misma.

¹⁵⁰ AGUILÓ, Josep. La Constitución del Estado Constitucional Op. Cit., p. 50.

¹⁵¹ Estas opciones se resumen así: “de la consideración de la Constitución como límite al orden jurídico a la consideración del orden jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales”. Aguiló señala, que la prevalencia de una u otra interpretación no es un tema pacífico y que si bien se ha presentado como una evolución de la primera la segunda opción, sus matices se encuentran muy vinculados a la cultura jurídica, pues sin duda es un tema que se expresará en el método jurídico y en la concepción del derecho. *Ibíd.*, p. 57 – 50.

llevaría a exigirle ciertas actitudes al juez sin que se interese por el diseño institucional¹⁵².

Finalmente vale la pena señalar que dentro de la segunda dimensión, opera la concepción de la Constitución como fuente del Derecho, en oposición a la concepción política de la Constitución. Tal concepción “requiere que se conciba la Constitución como algo más que un mapa de poderes normativos o fuentes de derecho, o ambos, que se considere que incorpora bienes que deben ser protegidos o promocionados por las normas de ese sistema jurídico”. Y si es así, entonces “la Constitución permite emitir juicios jurídicos de invalidez” y, en línea con Ferrajoli “el razonamiento jurídico penetra en el razonamiento político”¹⁵³.

Con estas tensiones presentes, el Estado constitucional se presenta como aquel que: (i) cuenta con una Constitución rígida o formal que se distingue de la Ley y que supone una diferencia de grado respecto de otras fuentes del derecho; (ii) responde a la ideología del constitucionalismo - limitación del poder y la garantía de los derechos- e incorpora fines y valores para el desarrollo del poder político, entendiendo que la Constitución es regulativa (en los fines propios del Estado liberal y del Estado social) y constitutiva (en los fines que establece el Estado de derecho y Estado democrático); (iii) al entender la Constitución como fuente de derecho, considera que los valores (lo regulado) es anterior a los diseños institucionales (lo creado); y (iv) la Constitución debe ser practicada lo cual supone la consolidación de una práctica jurídica y política¹⁵⁴.

Lo anterior permite observar que es una constante en los modelos de Estado, la existencia de tendencias y tensiones que se oponen al interior de cada modelo. Así por ejemplo, como complemento del ya anotado énfasis que puede darse al interior de este modelo entre “legalismo” y “constitucionalismo” o entre “Constitución constitutiva y regulativa”; también se ha puesto de presente la existencia de dos tipos de constitucionalismo. Pablo Riberi¹⁵⁵ afirma que se puede identificar una primera versión de tipo “legalista” caracterizada por un énfasis en la libertades negativas del liberalismo filosófico y por promover la neutralidad y los “consensos hegemónicos”. Y en oposición a ésta, otra versión, política o democrática, que promueve las libertades positivas, la institucionalización de procesos deliberativos y la legitimidad a partir de procedimientos participativos.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 50.

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 97.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 50-53.

¹⁵⁵ RIBERI, Pablo. Derecho y política: Tinta y Sangre. *En*: GARGARELLA, Roberto. Coordinador. La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 240.

Este autor encuentra que “el constitucionalismo contemporáneo es mayormente “legalista”. “Ambas constitucionalismos presentan concepciones de derechos muy diferentes (...) [el legalista] ha edificado una concepción racional autónoma de derechos, el constitucionalismo político, en cambio, no acepta desprender sus predicados de una voluntad comunitaria de origen”¹⁵⁶. El primero protege los consensos y el segundo el conflicto.

¹⁵⁶ Ibid., p. 244.

3. LA DINÁMICA DE LAS TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Este capítulo pretende describir los cambios del derecho administrativo general - como dogmática - atribuidos principalmente al paradigma constitucionalista del siglo XX. Presenta una referencia a la forma en que estos cambios son abordados desde la perspectiva europea (particularmente alemana) y las fases de desarrollo que se observan en el derecho administrativo colombiano. Debe reconocerse que al tratarse del derecho administrativo general, los ámbitos jurídicos o sectoriales que lo integran (por ejemplo ambiental, fiscal, laboral) pueden en principio comportarse de un modo diferente al acá enunciado.

Por otra parte, el tema de este capítulo representa la intersección entre el ámbito político (expresado en los modelos de Estado) y el jurídico como producto que recaerá en el juez quien será una vía para la interpretación y adaptación del derecho.

Es de resaltar las diferencias conceptuales que en principio podrían pasar desapercibidas en palabras como renovación y adaptación del derecho administrativo¹⁵⁷. Esto tiene gran importancia para el derecho administrativo ya que hablar de la adaptación del derecho administrativo será diferente a hablar de la renovación del derecho administrativo pues como se verá, es una variable que supone dos procesos de desarrollo del derecho administrativo diferente. En tal sentido por ejemplo, Luciano Parejo invita a un proceso de reflexión para determinar si el “Derecho administrativo actual puede dominar los retos actuales mediante simple evolución por adaptación (encajando nuevas soluciones en el edificio existente) o si, por el contrario, precisa de reforma o incluso, renovación”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Mathias Ruffert (ed) en la introducción a su libro “The Transformation of Administrative Law in Europe” señala que existe una transformación real y no simplemente una evolución del derecho administrativo. Ver reseña del libro en SCHMITZ, Thomas. European journal of international law. Oxford Journals Law. vol 19. no. 3, 2008. 625-631 [en línea] Disponible en: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/19/3/625.full.pdf+html>

¹⁵⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. Problemas actuales del Derecho administrativo En: Hacia la modernización del procedimiento administrativo. XIV Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2009. p. 1. Disponible en: [http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/html/sites/presidencia/contenidos/la_consejeria/Gabine te_Juridico/documentacion_migracion/1236597592353_ponencia_luciano_parejo.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/html/sites/presidencia/contenidos/la_consejeria/Gabine%20Juridico/documentacion_migracion/1236597592353_ponencia_luciano_parejo.pdf)

3.1 LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: PERSPECTIVA EUROPEA

La antigua visión del derecho administrativo particularmente en Alemania, simbolizada por la ya comentada frase de Otto Mayer, observa un complejo normativo estático que supone estabilidad y continuidad¹⁵⁹. Es decir, un derecho administrativo impermeable a los cambios del entorno normativo. No obstante, esta visión ha sido abandonada por la doctrina europea, quienes han advertido que diversas situaciones – globalización, privatización, participación ciudadana, responsabilidad fiscal global- ocasionan una fuerte transformación en el derecho administrativo y por consiguiente en su método de estudio. Sobre estas transformaciones, Sabino Cassese¹⁶⁰ hace una presentación de dos visiones opuestas que en el derecho comparado orientan la transformación del Derecho Administrativo. Así, señala una primera visión – de origen Belga y Francés- que se orienta hacia “el fin del derecho administrativo” al encontrar que diversas causas¹⁶¹ como globalización, constitucionalización, desestatización, privatización y descentralización, debilitan y causan la pérdida del Derecho Administrativo.

Por el contrario, una segunda visión – sostenida por doctrinantes alemanes- afirma que se trata de un “nuevo derecho administrativo” inserto en un proceso de modernización y reforma que lo lleva a ser más abierto, a requerir aproximaciones interdisciplinarias y a reformularse conforme al cambio del rol del Estado. Un Estado que se convierte en promotor, facilitador, regulador y controlador de riesgos. En este sentido de acuerdo con Cassese, múltiples aspectos inciden en el desarrollo del derecho administrativo como las ideologías, las condiciones económicas, las tradiciones sociales, el tiempo, la historia y las disposiciones constitucionales¹⁶².

Profundizando el pensamiento de la dogmática alemana, pero particularmente las transformaciones atribuidas al Derecho constitucional, Martin Ibler¹⁶³ expone los cambios en el derecho alemán identificando cuatro fases. En la primera, durante el *Imperio Alemán – 1871 a 1918-* no se puede hablar de una conexión entre el

¹⁵⁹ Señaló Otto Mayer: “Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht” que en inglés se ha traducido como constitutional law passes, administrative law remains.

¹⁶⁰ CASSESE, Sabino. New paths for administrative law. A manifesto. [En línea] consultado julio 1 de 2012 <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/New-paths-for-administrative-law.-A-manifesto.pdf>

¹⁶¹ Assmann agrega otras causas como la revolución genética, la sociedad del riesgo, concepciones de cooperación y consenso entre administración y la sociedad. SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. Op. Cit., p.22.

¹⁶² Ibid., p. 18.

¹⁶³ IBLER, Martin. Op. Cit., p.5 – 22.

Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional¹⁶⁴. Una segunda fase se identifica con la *República de Weimar -1919 a 1933-* llamando la atención sobre la poca incidencia que tuvo el cambio o transición de monarquía a la primera República Alemana. El antiguo derecho administrativo siguió vigente pese a que la nueva Constitución contenía un régimen de derechos fundamentales (estos eran entendidos como prescripciones programáticas). Durante esta fase el Derecho Administrativo y el Constitucional continuaban siendo materias separadas y se trataba entonces de un Derecho Administrativo que correspondía al modelo de Estado de derecho.

Posteriormente en una tercera fase, durante *el período 1933 – 1945*, los nazis suspendieron la Constitución de Weimar. No había Estado de derecho y se exigía interpretar la leyes en un sentido nacional socialista¹⁶⁵. Finalmente y como última fase, el Derecho administrativo pasa a desenvolverse en un contexto constitucional bajo la *ley fundamental de Bonn de 1949*. En ésta, el individuo y la dignidad humana pasan a ser el epicentro del sistema jurídico. Se debe proteger al ciudadano de injerencias injustificadas por parte del Estado, para lo cual, algunos mecanismos toman relevancia práctica y teórica: la vinculación directa de todos los poderes del Estado a los Derechos fundamentales; la materialización de éstos favorecida por la posición del Tribunal Constitucional Alemán y por la tutela judicial efectiva reconocida expresamente en la Constitución. Esta nueva fase y mecanismos para sus operatividad producen el tránsito de la frase acuñada por Otto Mayer a la frase de Fritz Werner “Derecho administrativo como Derecho constitucional concretizado”¹⁶⁶. Esta última fase permite llevar a otro extremo las interpretaciones sobre los cambios en el Derecho administrativo, manifestándose la constitucionalización del Derecho Administrativo como un factor polémico que conllevaría a discusiones sobre a su pérdida de valor.

Por otra parte, desde el derecho administrativo español Luciano Parejo pone de presente como problema actual del derecho administrativo, la necesidad de cuestionar la vigencia y utilidad de la dogmática administrativa frente a la realidad. Esto, por cuanto es innegable el proceso de transformación que el derecho administrativo ha asumido en toda Europa. “En muchos Estados europeos, el Derecho administrativo ha cambiado sustancialmente durante las pasadas dos

¹⁶⁴ Durante este período, según resalta Ibler, los principios generales del derecho administrativo como el de reserva de ley, principio de certeza y prohibición de exceso; que hoy se reconocen como principios del Estado de derecho, se originaron en el derecho administrativo creado por los tribunales contenciosos. *Ibíd.*, p.8.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p.9.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 12.

décadas, y continúa haciéndolo aún; cambio, a cuyos diversos aspectos aluden conceptos clave tales como gobernanza (Governance), dirección (Steuerung), nueva gestión pública (new public management), crítica managerial (critique managériale) y privatización, pero también constitucionalización y europeización”¹⁶⁷.

En este sentido, el proceso de transformación puede ser abordado de dos formas. La primera, entendiéndolo como un proceso de adaptación, en el cual el derecho administrativo sin necesidad de renovaciones extremas tiene la capacidad de seguir orientando a la administración pública y generando confianza. Tal es el caso del Derecho administrativo francés, donde según Luciano Parejo el rol del Conseil d'État con su jurisprudencia y su “relativa autorrestricción del control jurídico (no obstante su desarrollo y completa judicialización), el mantenimiento de un grado apreciable de confianza en la Administración” han permitido su flexibilidad para adaptar el derecho administrativo¹⁶⁸. Tal situación se contrapone a la del derecho administrativo en España que requeriría una “reforma innovadora” puesto que es notoria “la distancia existente entre el Derecho administrativo como construcción dogmática y el Derecho administrativo jurídico-positivo y real”¹⁶⁹ así como la dificultad de hacer frente a los desafíos impuestos por la fórmula constitucional de Estado autonómico social y democrático de Derecho¹⁷⁰ y la integración europea. Cuando tales desafíos se afrontan simplemente encajando lo antiguo a lo nuevo, se observa “una comprensión demasiado rígida de la relación entre Derecho constitucional y administrativo” y se restringen “las posibilidades de generación de las condiciones para la puesta en marcha de un verdadero proceso de reforma del Derecho administrativo como tal. La prueba está en la visible pérdida por la ciencia jurídico-administrativa de su papel orientador, cuyo efecto más visible es la huida hacia el estudio de cuestiones concretas de alcance sectorial”¹⁷¹.

En el fondo de estos problemas aparece un derecho administrativo que pertenece a la versión clásica del Estado de derecho lo cual, lleva a Luciano Parejo a

¹⁶⁷ Ibid., p. 2.

¹⁶⁸ Ibid., p. 3.

¹⁶⁹ Ibid., p. 5.

¹⁷⁰ Poniendo de presente la dificultad para lograr la consolidación del proceso de constitucionalización del derecho.

¹⁷¹ Tal situación termina por causar lo que Parejo denomina un “resultado esquizofrénico” en donde se mantiene el modelo, pero hay una constante integración de propuestas y soluciones que provienen de otros sistemas ajenos. Esto simplemente se adicionan pero no renueva “el edificio dogmático”. Ibid., p. 7-11.

comparar la situación del derecho administrativo español con el Alemán y por ello, hace referencia a la propuesta de Schmidt Assmann como fórmula para renovar el derecho administrativo. Así, desde la doctrina alemana, el aporte de Eberhard Schmidt Assmann¹⁷² consiste en defender la necesidad de cambiar la teoría de Otto Mayer al observar que ha quedado sin sustento tras las transformaciones del siglo XX. Propone iniciar la construcción de un derecho administrativo general sistémico que esté en capacidad de ver las contradicciones y de adaptarse a los cambios que suceden en el derecho administrativo especial. La dimensión sistemática del Derecho administrativo se halla condicionada por la estructura normativa de la Constitución y por lo mismo puede decirse que la Administración se halla sujeta a tres principios: la sujeción a los derechos fundamentales, el sometimiento a la ley y al Derecho y la vinculación a la garantía de la tutela judicial¹⁷³.

De otra parte, este autor propone caracterizar el derecho administrativo como un instrumento de dirección¹⁷⁴. Esto significa que el Derecho administrativo aspira a dirigir los procesos sociales, ya no es un límite para la administración sino un instrumento para “recomendarle a la administración que adopte decisiones correctas que sean fruto de la interacción entre legalidad, optimización, aceptabilidad o consenso y viabilidad”¹⁷⁵. Con eso se busca que el derecho sea eficaz y eficiente.

En el análisis efectuado por Assmann¹⁷⁶ se señalan algunas insuficiencias del Derecho administrativo que para el propósito de este estudio se han dividido en dos categorías como se verá a continuación.

¹⁷² Este autor hace un estudio dogmático y pretende mostrar que la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo permite lograr un avance científico dejando atrás antiguos conceptos que ya no son explicativos de la realidad.

¹⁷³ SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. Op. Cit., p.4

¹⁷⁴ La doctrina de la dirección es conocida en el área de las ciencias políticas y sociales y también tiene que ver con la forma en que trabaja la administración. Crea categorías -eficacia y responsabilidad- que sirven de puente entre el derecho administrativo y la ciencia de la administración.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p. 19

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p. 22

3.1.1 Insuficiencias de la concepción del derecho administrativo y sus instrumentos de intervención

La concepción del derecho administrativo formada bajo el Estado liberal no es útil para entender las nuevas realidades, especialmente en cuanto al lente de la tridivisión de poderes y de la ley como elemento omnicomprensivo. Así, se debe reconocer la incapacidad de la Ley para regularlo todo y se propone una visión en la que el poder del Estado está sujeto a exigencias constitucionales. Con el mismo fundamento no debe entenderse que el Derecho Administrativo se ocupe únicamente de acciones administrativas individuales de defensa o protección sino además de “la organización administrativa, información administrativa y procesos de toma de decisión”. Es decir, no es un derecho reducido a los ámbitos que proporciona la tutela judicial sino a aquellos ámbitos en los que el control judicial no llega.

En este sentido, la única finalidad del Derecho administrativo no debe ser la de garantizar la protección del individuo frente al Estado. Para Assmann¹⁷⁷ se debe tratar más bien de una doble finalidad, por un lado, la vertiente de defensa o libertad como límite del poder -que es insuficiente- y por el otro, garantizar el cumplimiento y ejecución de los objetivos de la acción administrativa. Las tendencias de modernización de la administración pública se articulan en los postulados del management y el mercado, los cuales son puntos centrales en la teoría de dirección. Nuevos conceptos como producto, cliente, holding, mercado, competencia, transparencia y calidad, son conceptos que llevan a pensar en una administración que no sólo se dedica a ejecutar el derecho sino también a prestar servicios relacionados con la racionalidad económica¹⁷⁸.

El Estado Cooperativo -denominado “Kooperativer Staat”- supone la existencia de procesos de toma de decisión basados en el consenso y la negociación, producto de las relaciones entre las autoridades públicas y el sector privado. Esto produce la mutación de los clásicos instrumentos de intervención del Estado modificándose la idea de un derecho jerárquico por la de un derecho consensuado que utilice estrategias para convencer y persuadir¹⁷⁹. Señala Assmann, que el principio del Estado de derecho y la Democracia son la base del Derecho administrativo alemán y europeo. Este a su vez, comprendido por el principio de legalidad, la separación de poderes, los derechos fundamentales y la tutela judicial. Sin

¹⁷⁷ Ibid., p. 25 – 26.

¹⁷⁸ Ibid., p. 36.

¹⁷⁹ Ibid., p. 36.

embargo, actualmente estos principios requieren ser comprendidos dentro de un proceso de “elaboración sistémica que tenga en cuenta sus distintas expresiones – como derecho material y como derecho procedimental y organizativo – y sus distintos niveles – derecho nacional, europeo e internacional”¹⁸⁰. Aunque la Ley – ley parlamentaria- sigue ocupando una posición preferente, a ésta se suman el derecho constitucional, el judicial, el derecho internacional y el comunitario, lo que puede dar lugar a relativizar la vinculación de la administración a la Ley, debiendo hacerse la interpretación de las norma conforme a la Constitución.

3.1.2 Significado e insuficiencia de los derechos fundamentales para el Derecho Administrativo

Los derechos humanos son entendidos como uno de los elementos que ha causado la transformación del Derecho Administrativo Alemán, destacándose como efecto principal, la subjetivización de los enunciados jurídicos y la profundización de la relación entre interés públicos e intereses privados¹⁸¹.

Los derechos fundamentales han sido el componente del Estado de derecho que más decisivamente ha influido en la evolución del Derecho administrativo de posguerra (...) los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas¹⁸². (...) “También imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas(...)”¹⁸³.

No obstante, existe otra posición en la doctrina alemana, que según Ibler, propone no otorgar legitimidad para demandar ante lo contencioso “por causa de la vulneración a un Derecho fundamental si no se vincula a una vulneración de un derecho público subjetivo ordinario, esto es, aquel que determina el Estado no mediante la Constitución misma sino mediante sus restantes instrumentos normativos”. En opinión de Ibler esto es incorrecto, en cuanto los derechos fundamentales son derechos subjetivos por excelencia y directamente aplicables¹⁸⁴. Independientemente de esto, Assmann afirma que no es suficiente contar con un derecho administrativo protector de las situaciones de riesgo o

¹⁸⁰ Ibíd., p. 57.

¹⁸¹ Ibíd., p. 71.

¹⁸² Ibíd., p. 71.

¹⁸³ Ibíd., p. 99.

¹⁸⁴ IBLER, Martin. Op. Cit., p 15.

peligro que eran propias del Estado liberal de derecho. Así por ejemplo, la visión de los derechos fundamentales (del Estado democrático de derecho) no es suficiente para la solución de problemas actuales, de ahí que, tome relevancia la finalidad social del Estado¹⁸⁵. Aunque no existen funciones del Estado por naturaleza y tampoco debe ser la Constitución el único referente para hacer un catálogo definitivo de las funciones del Estado¹⁸⁶, en opinión de Assmann, “no existe ninguna esfera de la vida privada o social en que [el Estado] no tenga al menos la posibilidad de desempeñar algún papel, como, por otro lado, tampoco cabe imaginar ninguna función respecto de la cual los poderes públicos tengan que asumir necesariamente la responsabilidad integral de su satisfacción”.¹⁸⁷ Así, se observa que a las funciones del Estado subyace un criterio de mínima protección pero también un rango de acción estatal que se mueve por los límites constitucionales.

La relevancia que se atribuye al Estado social – como precepto de derecho- implica considerarlo como un Estado que se ejecuta con arreglo a un Estado de derecho pero además como un Estado abierto para el cumplimiento de objetivos sociales. “El principio social constituye un parámetro de referencia de toda actuación de los poderes públicos. Cualquier decisión, cualquier medida, incluso cualquier omisión, tiene que estar justificada desde el punto de vista del principio social”¹⁸⁸. En este sentido, la cláusula del Estado social se convierte en una máxima interpretativa y directriz orientadora de la discrecionalidad de la administración en la aplicación de las leyes. No significa la obligatoriedad de asumir los servicios públicos y prestaciones, ni dejar de ejecutar disposiciones que generen resistencias políticas o sociales¹⁸⁹.

Finalmente afirma Assmann que el papel de los derechos subjetivos en el derecho administrativo se relaciona fuertemente con el papel del control judicial. En este punto plantea una situación problemática al entender que las decisiones administrativas siempre están antecedidas de un “contexto más amplio (...) en el que la decisión conflictiva es tan sólo un elemento más, condicionado por las

¹⁸⁵ SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. Op. Cit., p. 168 - 171

¹⁸⁶ No obstante que los fines del Estado representan los grandes campos de actuación política, a los que de acuerdo con el diseño constitucional, los poderes públicos deben prestar una especial atención. “En muchos ámbitos, el desarrollo y desempeño de funciones por parte de los poderes públicos no supone, en consecuencia, una ejecución de la Constitución, sino una decisión política”. Se trata pues de la existencia un marco constitucional que sirve de guía a la decisión política. *Ibíd.*, p.171.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 170.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 173.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 173.

decisiones precedentes y difícilmente aislables de otras paralelas”¹⁹⁰. Debido a esto “el proceso [judicial] implica necesariamente una mutilación, en la medida en que en él sólo se puede dar entrada a constelaciones de intereses desde una perspectiva muy determinada (...) sin tomar en cuenta el contexto global de los intereses en juego”¹⁹¹. Y aunque hay una preeminencia del control judicial, a raíz de la existencia de decisiones compleja Assmann propone “recurrir más al procedimiento administrativo como garantía jurídica autónoma a fin de poder examinar los criterios decisorios que han sido relevantes en la formación de dicha voluntad” lo cual no implica que el Derecho administrativo abandone la tutela de los derecho individuales¹⁹². Igualmente vale la pena resaltar que para Assmann el control de la administración realizado por el poder judicial debe evolucionar a un control pluridimensional que incluya además el control financiero.

3.1.3 Elementos polémicos en la relación Derecho administrativo y Constitución

Según sean las interpretaciones sobre la relación entre derecho administrativo y derecho constitucional, se dificulta o facilita la convivencia y desarrollo de ambos. Así por ejemplo bajo el enfoque sistémico abordado por Assmann, el derecho administrativo es entendido como un elemento transformador del derecho constitucional pero a su vez, se entiende que la Constitución permea el derecho administrativo¹⁹³. Para este lado de la doctrina alemana, la constitucionalización del derecho administrativo no se presenta como algo positivo si la tendencia es “sustituir” el derecho administrativo; de ahí que se proponga rescatar su autonomía sin desconocer el enfoque constitucional que lo permea. Para construir esta visión se resaltan los conceptos de *dependencia*, *autonomía* y *complementariedad* del Derecho Administrativo que introduce el citado autor y que permiten llevar la discusión al plano de “graduación” o “intensidad” de un derecho sobre el otro¹⁹⁴: “La idea del Derecho administrativo como derecho constitucional

¹⁹⁰ Ibid., p. 241.

¹⁹¹ Ibid., p. 241.

¹⁹² Ibid., p. 342.

¹⁹³ Ibid., p. 7-15.

¹⁹⁴ La relación entre el derecho constitucional y el administrativo no implica únicamente que el constitucional tenga una capacidad de determinación sobre el segundo. También el derecho administrativo “ejerce su influencia sobre la dogmática y la evolución del Derecho constitucional. Desde el punto de vista histórico, son numerosas las institucional jurídico-administrativas que, habiendo nacido en la parte especial, han sido ulteriormente incorporadas a la Constitución (el

concretizado puede ser, pues, malinterpretada por dos vías: de un lado, exagerando la capacidad de ordenación que tienen cada uno de los preceptos constitucionales y de otro relativizando o diluyendo el sentido más alto y omnicomprensivo que la Constitución posee para iluminar sistemáticamente la teoría general del derecho administrativo”¹⁹⁵.

Ante la pregunta de si la supremacía constitucional implica la aplicación del derecho inferior o la aplicación de la Constitución directamente, se ha señalado – sin obviar que es un tema polémico en la doctrina –, que los jueces no deberían buscar soluciones inmediatas en la Constitución en la medida en que la ley – válida y conforme a la Constitución- es más precisa (operacional) en la búsqueda de soluciones. Por esto se afirma que el Derecho constitucional “entreteje” pero no “sustituye” el administrativo¹⁹⁶. Cuando sucede lo contrario, se da una aplicación de la Constitución fundada en una concepción más política que jurídica que terminan por restringir o sesgar otro tipo de razonamientos que pertenecerían al propio ámbito del derecho administrativo¹⁹⁷. De este modo, al derecho constitucional no le correspondería sustituir el derecho administrativo sino contribuir a su formación. Por ejemplo, se ha visto que la labor del Tribunal Constitucional frente a la interpretación de los derechos fundamentales ha sido muy expansiva logrando que casi todas las actuaciones que competen al Derecho administrativo rocen el ámbito de protección de un derecho fundamental¹⁹⁸. Se presenta entonces una especial unión (de doble vía) entre estos dos derechos sin que uno subsuma o desintegre al otro:

El Derecho administrativo representa el campo de verificación y experimentación del Derecho constitucional, es decir, donde han de contrastarse y ponerse a prueba los nuevos conocimientos, las reformas y los cambios; el lugar de encuentro y de confrontación de los criterios de actuación. La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales”. (...) “Con base en la Constitución, en efecto, el Derecho administrativo ha de establecer los procedimientos, formas y organizaciones que resulten idóneas para (...) [la protección de los derechos fundamentales]; los criterios de resolución de conflictos o colisión entre derechos fundamentales en las relaciones multilaterales”¹⁹⁹.

principio de proporcionalidad constituye un ejemplo paradigmático) y que hoy han adquirido carta de ciudadanía como principios constitucionales”. *Ibíd.*, p. 17.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 16.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 195.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 16.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 1.

¹⁹⁹ *ibíd.*, p. 18.

Desde la perspectiva francesa Louis Joseph Favoreu, mostrándose a favor de la constitucionalización del derecho administrativo, se refiere a este proceso y a la necesaria unión que ha existido entre derecho administrativo y derecho constitucional. Le otorga relevancia a las “condiciones” de difusión de las normas constitucionales como vehículos que permiten identificar procesos de constitucionalizarían en los ordenamientos jurídicos²⁰⁰ y pone de relieve dos obstáculos para que opere una adecuada relación entre estos dos derechos: el primero, se refiere a la ausencia de un mecanismo para que el juez ordinario respete las decisiones del Consejo Constitucional y el segundo, denominado “pantalla legislativa” es una técnica usada por el juez administrativo para oponerse a revisar la constitucionalidad de un acto administrativo por considerar que “descansa en una disposición legislativa y teniendo entonces la ley el efecto de una pantalla entre el acto administrativo y la Constitución, le es imposible operar un control porque sino lo conduciría a apreciar la constitucionalidad de la ley, lo que le es prohibida”²⁰¹. Según Favoreu, aunque este es un argumento correcto, hace uso abusivo de la noción de “pantalla legislativa” quedando el juez administrativo o judicial sometido a la ley y no a la Constitución. Sin embargo, han habido casos en que usando el concepto de “pantalla transparente” se ha aplicado la Constitución directamente. Un tercer obstáculo es la falta de sensibilización de los abogados para la invocación de normas constitucionales.

3.2 ESCENARIOS DE TRANSFORMACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

Aproximarse al modo en que son comprendidas las transformaciones del Derecho administrativo colombiano atribuibles a los cambios en el modelo de Estado²⁰²,

²⁰⁰ FAVOREU, Louis Joseph. La constitucionalización del derecho. En: Revista de Derecho (Valdivia). Agosto, 2001. vol 12. no. 1, p.5

²⁰¹ Ibíd., p. 7

²⁰² Los modelos descritos previamente, son de utilidad para apoyarnos en la comprensión de las implicaciones de un modelo determinado en las transformaciones del derecho administrativo colombiano. Acogemos el concepto de derecho administrativo planteado por Santofimio es cuanto contiene diversas variables que ponen de relieve la complejidad ideológica del mismo: “Entendemos el derecho administrativo como el subsistema normativo o rama del derecho positivo que tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y

resulta útil para comprender a mayor profundidad el marco de análisis sustantivo del juez administrativo. Hacer referencia a las transformaciones de este Derecho, implica observar y señalar, al menos someramente, los cambios en la función administrativa, en la administración pública y en el contenido de los derechos que le son exigibles a la administración por parte de los ciudadanos. Esto último se aborda sobre todo mediante la interpretación que el juez administrativo plasma en sus decisiones.

Como punto de partida cabe tener en cuenta que:

El derecho administrativo (...) se parte en dos versiones cuyos orígenes son claramente identificables: por un lado se trata del conjunto de procedimientos y acciones que buscan defender al particular contra la arbitrariedad del poder público (y, en ese sentido, se trata de un derecho administrativo liberal e individualista); pero del otro lado, y particularmente a partir del welfarismo y desarrollismo del siglo XX, el derecho administrativo es la plataforma normativa necesaria para activar la legítima intervención del Estado como igualador social, como estimulador del empleo y del desarrollo, en fin, como agente activo del bienestar social (derecho administrativo del bienestar)²⁰³.

La primera versión, enfatiza en la defensa del individuo mientras que la segunda tiende a preguntarse sobre la forma de administrar el Estado. Si bien éste es un campo bastante amplio, se considera válido resaltar este aspecto pues son dos versiones del derecho administrativo que marcarán dos modelos de Estado diferentes. El reflejo de los modelos de Estado en el derecho administrativo, es explicado por la doctrina colombiana bajo la idea de la evolución progresista del Estado²⁰⁴. Además, las transformaciones no se presentan expresamente atadas a dichos modelos; éstas pueden percibirse de alguna manera en lo que *clásicamente* se explica (i) sobre la evolución de este Derecho por medio del cambio en *los criterios* para definir su objeto; (ii) en las *influencias* de la doctrina y jurisprudencia extranjera (particularmente Francia) y (ii) por la evolución en la

finalidades de la administración pública y de sus relaciones con los asociados y la comunidad”
Ibíd., p. 171.

²⁰³ LOPEZ MEDINA, Diego. El sueño Weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano. En: Revista de Derecho público. Junio, 2006. no. 19, p.9. [en línea] Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=19&idarticulos=2&tipos=Artículos>

²⁰⁴ ALVIAR GARCIA, Helena. (Coordinadora). Manual de derecho administrativo. Op. cit., p.2 .Alviar afirma que Libardo Rodríguez y Vidal Perdomo presentan una evolución progresista del derecho administrativo en sus fundamentos teóricos: empieza por el liberalismo clásico, pasa por el liberalismo intervencionista y en los últimos 20 años la consolidación del Estado neoliberal.

*asignación de competencias a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los conflictos*²⁰⁵.

De esta manera, en primer lugar, cuando las transformaciones se abordan desde la *evolución de los criterios para definir el objeto de la administración*, se señala que en “el derecho administrativo positivo colombiano se observa una evolución acorde con la doctrina predominante según la época (...) nuestras concepciones sobre la conceptualización oscilan entre los radicales defensores del criterio orgánico (como el único y predominante) y las más recientes y modernas posturas pluricriteriales²⁰⁶. Santofimio distingue las siguientes etapas en el tratamiento del problema a nivel doctrinal, jurisdiccional y legislativo: (i) predominio del criterio orgánico como regla general, y aceptación de una regla de excepción en el criterio material; (ii) predominio del criterio material sobre el orgánico; (iii) inexistencia de la regla predominante, juego simultáneo e igualitario de todos los criterios para la conceptualización del derecho administrativo y de su objeto, la administración pública. Este último, según Santofimio²⁰⁷ es el más adecuado por su perfil teleológico. Teniendo en cuenta que la Constitución Política de 1991, aunque tiene rasgos predominantemente funcionales, otorga un papel esencial al criterio finalístico en la conceptualización de lo administrativo.

Sobre las influencias de la doctrina y la jurisprudencia extranjera en el análisis del derecho administrativo colombiano se ha señalado que presenta la influencia del constitucionalismo norteamericano, el proceso revolucionario francés²⁰⁸ y las instituciones y principios impuestos durante la época colonial de América. Sobre

²⁰⁵ Esto también lleva a considerar (i) que no todos los cambios en el derecho administrativo obedecen a cambios en el modelo de Estado, pero también y siguiendo a Diego López (ii) que los autores utilizan la técnica del normativismo puro y por ende, no se tienen en cuenta procesos, ideas y presiones. Se aísla el análisis del derecho administrativo de “la noción de “diálogos sociales” la cual “busca resaltar el conjunto de ideas y procesos sostenidos por períodos largos de tiempo y entre muchos actores políticos y económicos en los que finalmente se van logrando balances sobre los sistemas normativos que una sociedad expide y pretende aplicar”. LOPEZ MEDINA, Diego. Op. cit., p. 5.

²⁰⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 129.

²⁰⁷ *Ibíd.*, p.129.

²⁰⁸ “Aunque es diferente en cuanto el colombiano es un derecho legislado y no jurisprudencial como el francés, “de la perspectiva clásica se puede concluir que nos encontramos frente a una rama del derecho transplantada del sistema francés, caracterizada por la coherencia normativa consecuencia del principio de legalidad, la racionalidad, la consagración de un conjunto de garantías para el individuo en su relación con sus gobernantes”. ALVIAR GARCIA, Helena. Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo. *En: Revista de Derecho público*. Junio de 2007. No 19, p. 8. [en línea] Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=19&idarticulos=1&tipos=Articulos>.

esta última, una parte de la doctrina colombiana²⁰⁹ ha demostrado cómo el régimen jurídico impuesto por la corona española fue conservado durante el siglo XIX.

En tercer lugar, sobre la evolución en la *asignación de competencias a la jurisdicción* contencioso administrativa para conocer de los conflictos, se ha señalado que la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa permite tener un acercamiento a las transformaciones del derecho administrativo, en cuanto éstas, lo han llevado a ser: juez de legalidad, de constitucionalidad y juez de derecho privado²¹⁰. Desde 1914 cuando el Consejo de Estado comienza a desarrollar funciones jurisdiccionales, se ha visto influido por la delimitación de la función administrativa, la amplitud del control de legalidad y el control que asumen como juez constitucional, entre otros.²¹¹

Además de las anteriores tres líneas de evolución, otros autores han observado que “el derecho administrativo es un área caracterizada por la incoherencia y fragmentación, la difusión de la separación de poderes, la dependencia del derecho administrativo a factores tales como los ideales de modernización y desarrollo económico, la marginalidad de la jurisdicción contenciosa administrativa frente al peso institucional que dentro de la rama han tenido actores como ministerios o el Departamento Administrativo de Planeación”²¹². Este tipo de

²⁰⁹ Santofimio observa que el Interés de las revoluciones, norteamericana y la francesa se da, porque de éstas emanan principios básicos y fundamentales en la impulsión del Estado liberal y por las repercusiones en el derecho administrativo (Op. cit., p. 220). Así, los principios de la revolución francesa que generaron transformaciones en la doctrina iupublicista fueron, soberanía nacional, supremacía de la ley, principio de legalidad, la idea de Constitución, división de poderes, supremacía de la administración y declaración de derechos (Op. cit., p.230). No obstante, sostiene que la tesis evolucionista del derecho administrativo y de la administración ofrece la posibilidad de entender que la formación de esta disciplina tuvo lugar con anterioridad a los hechos históricos de la revolución francesa (Op. cit., 217) por lo que no cree que nuestro derecho administrativo y administración correspondan a la esencia misma de la evolución del estado, rechazando la denominada la generación espontánea de la administración a partir de la instauración del estado constitucional de derecho (Op. cit., p.218).

²¹⁰ URUETA, Manuel. Evolución de la jurisdicción contencioso administrativa en el Derecho colombiano. En: RESTREPO, Manuel. ed., Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Bogotá Universidad del Rosario, 2009. p. 302.

²¹¹ Ibid., p. 297-336.

²¹² ALVIAR GARCIA, Helena. Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo. En: Revista de Derecho público. Junio de 2007. No 19, p. 9. [en línea] Disponible en:

<http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=19&idarticulos=1&tipos=Artículos>. La autora, deja ver cómo los tratadistas clásicos abordan varios de los hitos reformativos del derecho administrativo “como la evolución necesaria de un proceso histórico paralelo a las transformaciones del derecho público administrativo en Francia; como un tema esencialmente constitucional, más que de derecho administrativo; reconocen la influencia de autores franceses; y

mirada deja percibir el dinamismo que se pide al derecho administrativo como variable dependiente de los cambios del modelo de Estado. Como afirma López, “en la metodología normativista de investigación jurídica no existe un esfuerzo sistemático por hacer reconstrucciones completas de los componentes políticos e ideológicos que tienen influencia en la estructura de la administración pública y cómo estos componentes se tradujeron en normas jurídicas en un determinado momento histórico”²¹³

Asumiendo esta última mirada y siguiendo la evolución de las instituciones administrativas que presenta Santofimio, compuesta por cinco fases - periodo de independencia (1810-1821); periodo unitario: de la Gran Colombia a la Nueva Granada (1821-1858); periodo federal: de la Confederación Granadina a los Estados Unidos de Colombia (1858-1885); periodo de la reconstrucción unitaria (1885-1991); periodo del Estado social y democrático de derecho (desde 1991)²¹⁴ - para nuestro objeto de estudio resulta de interés las etapas que corresponden a la reconstrucción unitaria y al Estado social y democrático de derecho, las cuales pasan a exponerse:

3.2.1 Dinámicas anteriores a la Constitución Política de 1991

El modelo del liberalismo clásico según Santofimio se sitúa en las constituciones anteriores al año 1886 en cuanto en éstas la introducción del interés colectivo permitió la intervención para favorecer el interés general²¹⁵. “Entre los años de 1900 a 1910 surgió una creciente necesidad de crear un derecho público interno que sirviera como árbitro imparcial e incruento de los conflictos entre los partidos (...) El Estado resultaba enredado en las composiciones políticas, su Administración estaba basada en el “sistema de las influencias”(…) se buscaba así, construir un esquema unitario que simplificara el derecho aplicable a la diversidad de actividades de la administración y se lograban así certeza y

sin hacer referencia a los programas contratados para hacer un diagnóstico sobre el Estado de la administración en Colombia” *Ibíd.*, p. 11.

²¹³ LOPEZ MEDINA, Diego, *Op. cit.*, p. 8.

²¹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *Op. Cit.*, p. 293-310.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 306.

seguridad jurídicas”²¹⁶. Hacia 1914 tras la muerte de Uribe Uribe, “otros liberales comenzaron a hablar de reformas sociales y laborales, al menos en la medida en que fueran necesarias para mitigar la amenaza potencial de pequeños núcleos socialistas y radicales que empezaron a surgir (...). Estos grupos habían sido influidos en cierto grado por eventos del exterior, como las revoluciones rusa y mexicana”²¹⁷.

Este periodo se encuentra enmarcando en la institucionalidad, en una Constitución “centralista de ejecutivo predominante, católica y conservadora”²¹⁸ a nivel territorial se instituyó la teoría de la centralización política y descentralización administrativa, lo cual también logró un fortalecimiento administrativo a nivel territorial, que además generó el engrandecimiento de la administración, comienzan a generarse “poderes exorbitantes en cabeza del presidente de la república y conceptos como los de utilidad pública, interés público e interés privado y lo que se denomina “incipiente tendencia intervencionista que aumentará en la reforma constitucional de 1936”. Dentro de la diversidad de reformas constitucionales producidas en este periodo, tienen una importante incidencia en la administración pública las de los años 1910, 1936, 1945, 1968.

Si bien la jurisdicción contencioso administrativa comienza a operar hacia 1914, llama la atención que no se veía dispuestamente activa para la creación de teorías del derecho administrativo, se concentraba más bien la elaboración de interpretaciones exegéticas²¹⁹.

En 1923 se observa²²⁰ como transformación de la administración pública la generada con ocasión de la misión extranjera Kemmerer, que tenía como objeto dar recomendaciones para el manejo de los empréstitos con los que contaba el país, fruto de la indemnización proveniente de la separación de Panamá. Resultado de esta misión fue, la creación del Banco de la República, nueva

²¹⁶ LOPEZ MEDINA, Diego. Prólogo. p. XV. En: PEÑA PORRAS, Diego. La construcción del derecho administrativo colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2008. 144 p.

²¹⁷ BUSHNELL, David. Colombia. Una Nación a pesar de sí misma. 3 ed. Bogotá: Editorial Planeta, 2009. p. 237.

²¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 394

²¹⁹ PEÑA PORRAS, Diego. La construcción del derecho administrativo colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2008. p. 51.

²²⁰ En este periodo “las funciones del Estado aumentaban. Pero los conservadores que controlaban el gobierno —así como la mayoría de los liberales— todavía creían que la función principal del Estado era crear las condiciones para que la empresa privada pudiera prosperar²²⁰(...) No había suficiente interés en el empleo de los ingresos en programas de educación y bienestar social destinados a las clases populares. Solamente se hicieron lentos avances en lo que respecta a la eliminación del analfabetismo, que todavía en 1930 cobijaba a la mayoría de los colombianos”. BUSHNELL, David, Op. cit., p. 241- 242.

nomenclatura ministerial, creación del ministerio de Industrias y el de Minas y Petróleos y el de Correos y Telégrafos, se crea la Contraloría General así como la Superintendencia Bancaria²²¹. Esta misión permitió actualizar las técnicas administrativas así como “fomentar la inversión foránea para poder implementar plenamente el liberalismo económico cambiando el proteccionismo que caracterizaba al país”²²².

La reforma de 1936²²³, en la que tuvieron fuerte influencia pensadores como Duguit, la Constitución de 1931 de España y la de 1917 de México fue conocida como la “reforma liberal” que introdujo cambios en “los conceptos rectores del Estado”. Se insertó la fórmula “deberes e intereses sociales del Estado, la función social de la propiedad, la expresa consagración de los derechos laborales: la obligación social del trabajo y el derecho de huelga”²²⁴ y en general la institucionalización de la intervención del Estado. Señala Younes²²⁵, que las concepciones de Estado benefactor, prestador de servicios públicos que favorece a las clases débiles son las que se encuentran en esta reforma. De esta manera, en la reforma constitucional de este año y en algunas introducidas en 1945 se determinó que “El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la

²²¹ MALAGÓN, Miguel y BRITO, Fernando. Influencia del derecho administrativo norteamericano en nuestra administración pública, las misiones Kemmerer y Currie. En: VIDAL PERDOMO, Jaime, et al. Teoría de la Organización Administrativa Colombiana. Una visión jurídico-administrativa. Bogotá: Universidad del Rosario, ESAP, 2005. p. 28.

²²² *Ibíd.* p. 29.

²²³ “López Pumarejo sucedió a Olaya Herrera en 1934 y desempeñó en un papel similar al de su contemporáneo Franklin D. Roosevelt en los Estados Unidos, y en algunos asuntos sin duda estuvo influenciado por el New Deal del jefe de Estado norteamericano. Adoptó un programa que, se denominó la “revolución en marcha”. La revolución mexicana (...) pasaba por su momento más radical como movimiento por el cambio socioeconómico; y el caso mexicano sirvió como modelo para algunas de las reformas que se adelantarían en Colombia. La reforma agraria, por ejemplo, tenía antecedentes en México, mas no en los Estados Unidos. Con la esperanza de calmar el descontento campesino, López patrocinó la primera ley Colombiana de reforma agraria, adoptada en 1936. (...) López remató su programa con una serie de reformas constitucionales adoptadas en 1936 y que involucraron tres puntos principales. Primero que todo, aumentaron explícitamente los poderes del Estado en asuntos económicos, dejando entrever, en términos que inevitablemente evocan los de la Constitución mexicana de 1917, la doctrina de que los derechos de propiedad deben ser limitados por los derechos y obligaciones sociales. BUSHNELL, David, Op. cit., p. 269-271.

²²⁴ YOUNES MORENO, Diego. Las reformas del Estado y de la Administración pública. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2008. p. 34.

²²⁵ *Ibíd.* p. 34.

producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho”²²⁶.

Esta intervención, tiene expresión en la noción “descentralización por servicios” que anteriormente no era una categoría dogmática o administrativa clara. Es a finales de los años treinta, cuando se adoptó la teoría francesa de la “descentralización por servicios”. Y dentro de esta categoría, el concepto de Establecimiento Público, suponía un encuentro entre el Estado y la sociedad civil. (...) Se denominaban “establecimientos públicos” no sólo a aquellas personas morales creadas por el Estado para el desempeño de funciones públicas, sino también a aquellas personas de derecho privado de “utilidad pública” que fueron adquiriendo cargas y protecciones especiales por parte del Estado. Hasta ese momento entonces, no hay una clara delimitación de la descentralización administrativa ni de los espacios publico/privados²²⁷. Se trataba de “establecimientos públicos” que buscan realizar las típicas funciones de “desarrollo económico y social” que se estilan en esta época de keynesianismo social y económico posterior a la segunda guerra mundial.²²⁸ De esta manera “la expansión del Estado se solidifica en Colombia a finales de la década de los treinta del siglo XX. La teoría política de la época, igualmente, empujaba a los Estados a cumplir con estas funciones bien sea bajo la forma del “solidarismo”, expresión de la teoría jurídica francesa en que se fundaba el Estado administrativo del “servicio público” o, alternativamente, bajo las prescripciones del keynesianismo económico”²²⁹.

Frente a la transformación de la jurisprudencia se ha dicho que durante este lapso “se introdujo (...) una especie de obsesión, que en la actualidad no desaparece del todo, relacionada con el deseo de realizar construcciones “científicas” del derecho administrativo”²³⁰ llevando a una nueva forma de entender el derecho y a la introducción de nuevos conceptos basados en los principios y no ya en lo puramente normativo. En los años sesenta la apuesta para la conducción del Estado es la de “crear herramientas para gestionarlo” se produce el intento de

²²⁶ HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del derecho constitucional colombiano. 11 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1998. p. 79.

²²⁷ En Colombia fueron “la Universidad Nacional, la Federación Nacional de Cafeteros, los Fondos Ganaderos y las Cámaras de Comercio, señalados como “entidades semi-públicas” hasta los años sesenta y setenta, época en la cual finalmente consiguieron autonomía considerable al lograr un amojonamiento más claro entre las esferas de lo público y lo privado”. LOPEZ MEDINA, Diego, Op. cit., p.21.

²²⁸ Ibíd., p. 22.

²²⁹ Ibíd., p.11.

²³⁰ PEÑA PORRAS, Diego, Op. cit., p. 59-60.

incorporar las entidades “descentralizadas” que tanto engrosaban al Estado en la estructura de la administración, a lo que según López, los jueces administrativo se oponían la mayoría de las veces “invocando la protección de sujetos privados”²³¹.

Con la reforma de 1968, se profundiza el carácter social que quería asignarse al Estado, otorgándole mayores responsabilidades al ejecutivo²³². Pero no obstante ese carácter social que desde el 36 estaba enmarcado en el servicio público y que a su vez era la principal construcción del derecho administrativo, hacia 1961 se comienza a advertir que desde 1930 la noción de servicio público entró en crisis debido al surgimiento de servicios industriales y comerciales, afirmando que no era del todo aplicable en Colombia la teoría del servicio público francés²³³. El Estado tiene la dirección general de la economía y con ello el poder de planificación para racionalizarla y desarrollarla. Esta intervención está dirigida al “logro del pleno empleo de los recursos humanos y naturales, para obtener la justicia social”²³⁴. Como antecedente de esta reforma, se presenta la *misión extranjera Currie*²³⁵ quien en 1950 elaboró el informe para la “Reorganización de la rama ejecutiva del gobierno de Colombia” la cual a su vez, sustentó sus recomendaciones en el mejoramiento del sistema democrático. En sus conclusiones la misión señaló que “la reforma administrativa debe considerarse como una condición imperativa del desarrollo coordinado. Dicha reforma debe permitir (...) objetividad en los esfuerzos administrativos, y mayor eficiencia en las intervenciones del poder público (...). La estabilidad del personal, especialmente del técnico, constituye un elemento esencial de la reforma”²³⁶. Currie observó que la existencia de un sector descentralizado excesivamente grande es ineficiente porque cada ente descentralizado tiene una burocracia autónoma de ejecución de políticas y porque se rompe la línea de mando y responsabilidad frente al

²³¹ LOPEZ MEDINA, Diego, Op. cit., p.11.

²³² Así, el acto legislativo número 1 de 1968 en su artículo 6 “modifica los alcances jurídicos del anterior y el contenido mismo de la intervención. Siempre, por mandato de la ley el Estado deberá intervenir en el proceso económico y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía en busca de una meta deseada: el desarrollo integral (...) El sector privado sigue siendo parte esencial de nuestro sistema económico-social; pero el director de la economía, el planificador del desarrollo, es el Estado”. HENAO HIDRÓN, Javier, Op. cit., p.83.

²³³ PEÑA PORRAS, Diego, Op. cit., p. 78.

²³⁴ YOUNES MORENO, Diego. Las reformas del Estado y de la Administración pública, Op. cit., p. 76.

²³⁵ “Tanto Currie como Hirshcman tenían una influencia keynesiana y consideraban que el crecimiento por sí solo era insuficiente y que se debía combinar con la redistribución del ingreso, promovida y estructurada por la rama ejecutiva tal y como había operado durante el New Deal para incrementar la demanda de bienes y servicios ALVIAR GARCIA, Helena. Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo. Op. cit., p. 10.

²³⁶ YOUNES MORENO, Diego, Las reformas del Estado y de la Administración pública, Op. cit., p. 43.

presidente y sus ministros, recomendando entonces la “unidad del ejecutivo”²³⁷. Estas recomendaciones de 1950, no suponen todavía una crítica a la legitimidad del Estado providencia, es “por ahora, de una crítica a un Estado que está mal organizado ya que ha permitido que el sector descentralizado sea en realidad paraestatal y corporativista”²³⁸.

La reforma del 68 garantizó la libertad de empresa y la iniciativa privada armonizado con el bien común. La reforma administrativa planteada supuso la distinción entre gestión pública y gestión privada (que se reflejó en la estructura administrativa y en el juez competente) teniendo como eje fundamental las prerrogativas otorgadas al poder público. “El aporte más valioso que tuvo la reforma administrativa de 1968 fue la teoría jurídica de la organización, propuesta por los decretos 1050 y 3130”²³⁹. Estatutos a partir de los cuales el derecho administrativo colombiano ha podido ser llamado “moderno”²⁴⁰ y además “la primera vez que se expedía un estatuto completo que en consonancia con la Constitución, establecía lo indispensable para la organización y funcionamiento de la rama ejecutiva (...) insertando técnicas de planeación, carrera administrativa, descentralización administrativa de ciertos servicios y controles administrativos”²⁴¹. En resumen “los grandes cambios que la reforma legal y constitucional de los años 1967/68 ocasionó en la relación entre centralización y descentralización administrativa fueron fundamentalmente tres: se buscó definir y racionalizar el sector descentralizado, se buscó “incorporar” a todos los entes a la política del Estado (reconceptualizando, por tanto, la “autonomía” de los mismos) y finalmente se buscó una delimitación más clara entre lo público y lo privado”²⁴². Sin embargo, la clara delimitación publico/privada de la reforma del 68 cambiará con los procesos de apertura económica que amplía los espacios para la aplicación del derecho privado que además, ha matizado los criterios para decidir sobre el juez de conocimiento”²⁴³.

²³⁷ LOPEZ MEDINA, Diego, Op. cit., p.25.

²³⁸ *Ibíd.*, p. 33.

²³⁹ “La incorporación del sector descentralizado se completa, finalmente, con el Decreto 3130 de 1968 en el que se separan definitivamente las esferas de lo público y de lo privado que tanto se habían confundido durante el período de la “descentralización social o sindical”. *Ibíd.*, p.32.

²⁴⁰ VIDAL PERDOMO, Jaime. La reforma administrativa de 1968: Antecedentes, teoría de la organización y funcionamiento, sus principales consecuencias. En: VIDAL PERDOMO, Jaime, et al. Teoría de la Organización Administrativa Colombiana. Una visión jurídico-administrativa. Bogotá: Universidad del Rosario, ESAP, 2005. 200 p.49.

²⁴¹ *Ibíd.* p. 64 - 65.

²⁴² LOPEZ MEDINA, Diego. Op. cit., p.31.

²⁴³ “En el estado actual de cosas (...) se ha asistido a un proceso involutivo, que reivindica los fueros del derecho privado como norma rectora de la función pública, con el agravante de que la

Un profundo cambio ideológico se manifestó en el Informe Bird- Wiesner de 1981. Este “revela un cambio fundamental en la concepción económica que se da hacia la época y que habrá de orientar la gestión administrativa y haciendística colombiana durante el último cuarto del siglo XX (...). El Informe propone un argumento fundamental para probar la crisis del Estado bienestar al mostrar que la prestación de servicios de providencia a través del sector descentralizado no tiene el efecto distributivo que se le asignaba”²⁴⁴.

3.2.2 La administración pública y el derecho administrativo entre la crisis del bienestar y el Estado social de derecho

Durante los últimos 20 años se puede observar tanto el modelo del Estado social de derecho como la crisis del mismo, ocasionada entre otras razones, por la crisis de la ideología del bienestar²⁴⁵. Estas dos tendencias son expresadas por la doctrina administrativista colombiana como la causa de una situación que si bien es compleja para el derecho administrativo, para algunos es armónica y ordenada, mientras que para otros es la llamada al replanteamiento de muchas de las categorías con las que se construyó el derecho administrativo.

Por ejemplo, Cassagne señala que a causa de una huida masiva del positivismo y de técnicas puramente deductivas de interpretación de normas, los cimientos de la pirámide Kelseniana se han debilitado de tal forma que “el derecho administrativo, puede describirse partiendo de una cadena formada por principios generales que se encuentran en la base del sistema jurídico. Son los principios generales del

aplicación de ese derecho se ha asignado al juez administrativo”. Situación causada con la unificación de los contratos de derecho común y contratos de derecho privado en la categoría contratos estatales (ley 80 de 1993)”. URUETA, Manuel. Op. cit., p 337-338. Hoy, con el nuevo Código, ley 1437 de 2011, se da prevalencia el criterio orgánico.

²⁴⁴ LOPEZ MEDINA, Diego. Op. cit., p. 34.

²⁴⁵ Sobre crisis del Estado bienestar, se observa que “La nueva oleada de críticas proviene tanto de posturas de izquierda como de derecha. Para las primeras, por ejemplo, el incipiente Estado del bienestar colombiano liderado por el ejecutivo ha significado, en realidad, un mayor autoritarismo a través del papel desmedido que han ganado los decretos de estado de sitio y las continuas leyes de autorizaciones en que el Congreso renuncia a su poder legisfaciente (...) Incluso la Corte de los ochenta se encontró muy alarmada por el excesivo presidencialismo al que había llegado el esquema constitucional. (...) La crítica de derecha es sencilla pero muy poderosa: el tamaño del Estado y sus niveles de intervención son, en sí mismos, un problema a resolver.(...) se da una preocupación por aumento de gastos de funcionamiento y se empieza a dudar de los beneficios de redistribución que presuntamente prometía el Estado del bienestar a través de sus entes descentralizados” LOPEZ MEDINA, Diego. Op. cit., p. 33-34

derecho que tiene un carácter dinámico y que van de la mano del derecho administrativo como derecho en formación, que siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora sus soluciones frecuentemente asistemáticas²⁴⁶. Otras orientaciones hacen énfasis en la incidencia que el carácter social del Estado comporta para el derecho administrativo; que debe ocuparse del papel de lo colectivo. Esta tesis se encuentra basada en Forsthoff, para quien el individuo ya no puede dominarse a sí mismo en cuanto es partícipe de un contexto que él no puede influir. De acuerdo con Santofimio²⁴⁷ esta tesis es retomada en sentencias de tutela (T- 406 de 1992 y T-005 de 1995) de la Corte Constitucional al reconocer la orientación social del derecho administrativo colombiano. De todas formas, esta orientación social es distinta al intervencionismo anterior, se pasa a un “sistema de derecho, que rompía los senderos meramente prestacionales y se enfoca en un compromiso de Estado social de derecho que se viene a consolidar con la Constitución de 1991²⁴⁸. El título I de nuestra Carta Política reúne gran parte de los principios fundamentales en los cuales se basa el modelo de Estado social de derecho²⁴⁹. Los principios constitucionales suponen un marco para la construcción e interpretación del derecho administrativo pero también, se encuentran principios opuestos a aquellos que le sirvieron de base para su creación²⁵⁰, lo cual a su vez genera una crisis en el tradicional derecho administrativo pues incide en las fuentes de producción del mismo²⁵¹.

²⁴⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009. p. 23

²⁴⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 27

²⁴⁸ Ibid., p. 310

²⁴⁹ “Entre los principios más importantes que rigen la actual concepción de Estado, encontramos los siguientes: dignidad humana, solidaridad social, justicia distributiva, igualdad, separación de poderes, eficacia social de la función administrativa, prevalencia del interés general y los que se refieren a los derechos fundamentales, entre otros. Para ver el desarrollo jurisprudencia de los mismos, se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-406 de 1992, T-505 de 1992, T-124 de 1993, T-230 de 1994, T-056 de 1994, T-309 de 1995, T-477 de 1996, SU-111 de 1997, C-237 de 1997, C-569 de 2004, T-792 de 2005 y C-367 de 2006”. VEGA ARENAS. Johana. La ponderación como técnica de solución al conflicto de principios en el Derecho Administrativo. Tesis de Magíster en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Colegio Mayor del Rosario. Facultad de jurisprudencia, 2009. p. 13.

²⁵⁰ Señala Santamaría Pastor que las bases profundas de este Derechos son, “por duro que resulte reconocerlo, de corte inequívocamente autoritario”. Además observa que las cláusulas de la Constitución española -Estado de derecho, Estado Social, Estado Democrático y Estado autonómico- “son principios de principios y constituyen el correlato de otros tantos valores (...) la libertad valor exponente de la idea de Estado de derecho, la igualdad, valor representativo del principio de Estado Social” SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 49 - 50.

²⁵¹ A la luz del principio de constitucionalidad del derecho administrativo, se plantea que debe darse un análisis de legalidad diferente en: la teoría del acto administrativo en virtud de los

En el contexto de la crisis del Estado bienestar, Luciano Parejo señala que el papel del Estado y la administración en un régimen de mercado, (...) tiene como prioridad la regulación e inspección de los servicios públicos²⁵². Se reduce entonces el papel protagónico de la administración siendo ahora la competencia y el mercado los “nuevos abastecedores de las necesidades de la sociedad”²⁵³. Es en este sentido, que Santofimio reconoce que la administración se ve fuertemente incidida por la ideología neoliberal, particularmente el modelo de mercado y libre competencia, pero que no obstante las tesis del Estado mínimo, observa en mayor medida una “mudanza de papeles” y no un abandono de responsabilidades sociales²⁵⁴. Entra así la configuración de lo que se ha denominado la *huida del derecho administrativo*, en donde el derecho privado es el instrumento de acción para las empresas públicas y para las actividades que antes se desarrollaban bajo un esquema eminentemente público; “lo que implica que el papel de la administración resulta relativamente débil (...) para la satisfacción de las necesidades sociales”²⁵⁵. Esta tendencia de acercamiento al derecho privado “sería negativa si el derecho administrativo, al avanzar sobre campos antiguamente sometidos al derecho civil, lo hiciera con una aplicación rígida de sus principios clásicos”, pero en realidad lo que opera es una “suerte de transacción entre el derecho administrativo y el derecho privado”²⁵⁶.

Lo anterior se expresa en una administración que actúa siempre como persona de derecho público, pero sin los antiguos privilegios y siendo responsable si comete un daño. Esto lleva a pensar en un derecho menos arbitrario y autoritario. De igual modo, esta tendencia puede encontrarse en la Constitución económica del Estado social de derecho, en cuanto se puede evidenciar esta coincidencia publico/privada. El “fenómeno constitucional económico (...) consolida la

derechos fundamentales, los derechos colectivos y la discrecionalidad reglada; la teoría de la seguridad jurídica en cuanto el principio de legalidad queda sujeto a los principios constitucionales. Circunstancias éstas que dan un rol activo al juez. NARANJO, Carlos. Op. cit., p. 118-153

²⁵² PAREJO ALFONSO, Luciano. El Estado social administrativo. En: Rap, no. 53, 2000. Citado por: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 31.

²⁵³ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Servicio público y mercado, 1998: Citado por: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 31.

²⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 31.

²⁵⁵ Ibíd., p. 32.

²⁵⁶ “Sin embargo, es de advertir que estos nuevos rasgos del derecho administrativo contemporáneo no se hallan todavía suficientemente asentados, ni tampoco compartidos por todos los autores, por lo cual se encuentran todavía en doctrina y jurisprudencia algunas aplicaciones indebidamente autoritarias de principios superado” GORDILLO, Agustín. Op. cit., p. VIII. 5.

economía de mercado sobre la libre competencia; la intervención en áreas clave de la economía en pro de los derechos económicos, sociales y culturales; responsabilidades estatales y empresariales para la prestación de los servicios públicos básicos y esenciales que trae la publicación de actividades privadas; actividad planificadora de carácter indicativo y regulación económica”²⁵⁷.

Para Santofimio por ejemplo, estas dos orientaciones (social y neoliberal) pueden ser comprendidas armónicamente porque el derecho administrativo hoy en día, es entendido como “un moderno derecho que tiene como elementos, los principios del Estado de derecho, de la democracia, regulador de lo colectivo, actuando en la economía de mercado y defendiendo los derechos individuales (...) El entendimiento de su objeto debe tener en cuenta el criterio funcional e interrelacionarlo con el criterio teleológico, siendo que “cualquier fenómeno estatal debe ser dominado por la presencia de las finalidades en que se sustenta el estado”²⁵⁸. Este autor llama la atención sobre no problematizar acerca de la incidencia del derecho privado en el derecho administrativo ni sobre la publicación de los fenómenos regulados tradicionalmente por el derecho privado²⁵⁹. Aún así, no está del todo resuelto este asunto, diversos estudios han tenido el interés de investigar sobre el papel del llamado Estado “regulador” y su incidencia en la garantía de los derechos y fines sociales del Estado²⁶⁰.

Con las dos ideas -mercado y justicia social- se ha afirmado que la Constitución Política de 1991 se caracteriza por una mezcla de modelos²⁶¹. El contexto

²⁵⁷ MOLANO, Mario. Op. cit., p. 129-145.

²⁵⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 70.

²⁵⁹ *Ibid.*, p.181.

²⁶⁰ La adaptación del Estado al modelo regulatorio ha sido vista como otra transformación del Estado atribuida a los procesos de globalización económica y jurídica. Ver: RESTREPO, Manuel y otros. Globalización del derecho administrativo, estado regulador y eficacia de los derechos. Bogotá: Universidad del Rosario. 2012

²⁶¹ Al respecto se ha señalado que “la confluencia de por los menos tres proyectos políticos en una misma Constitución (multiculturalismo, Estado social y economía neoliberal), evidencian no solo un cambio jurídico, sino una estrategia política desarrollada por las élites encaminada a evitar cualquier tipo de negociación con los demás actores de poder”. MEJIA QUINTANA, Oscar. Alienación, ideología, y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana. *En*: Pensamiento jurídico. 2009. no. 24. p.132. Esta confluencia de modelos también ha sido planteada desde la relación entre Constitución y modelo económico en Colombia sobre la cual se ha señalado que la Constitución de 1991 busca satisfacer al máximo las decisiones económicas que corresponden a los órganos políticos dentro de los límites impuestos por los derechos constitucionales. Se la caracteriza como una Constitución valorativa y normativa “que reconoce principios y derechos, así como formas judiciales para su protección” pero abierta, “porque no institucionaliza un modelo económico rígido y otorga, dentro de los límites estudiados, una amplia libertad de decisión al Legislador y un margen apreciable de actuación al Ejecutivo y a las otras autoridades económicas”. UPRIMNY, Rodrigo y RODRIGUEZ, César. Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. 2007.

económico hacia esa década se concentró en la eliminación de obstáculos al comercio exterior y a la inversión extranjera apoyada en el consenso de Washington y por ende acoge las políticas neoliberales²⁶². La premisa neoliberal está insertada en la Carta en las fórmulas que tenían como intención restringir la discrecionalidad del gobierno, al fortalecimiento de los municipios y la empresa privada, entre otros. Por otro lado, el título II de la Carta, supone la integración de las ideas del liberalismo social dándosele al Estado una clara orientación social. “Declara que la empresa es la base del desarrollo, pero insiste en el papel del Estado Benefactor para procurar “la igualdad efectiva” (...) en el acto constituyente de 1991 (...) no hay una concepción monolítica”²⁶³.

Sobre los sistemas de organización administrativa, los principios de la actuación y el régimen de la función pública, ha señalado Molano²⁶⁴ que el constituyente del 91 incorporó criterios legales y jurisprudenciales que se venían construyendo desde las reformas del 36 y del 68. Pero a pesar de tales influencias la Constitución de 1991 “marca el final del siglo XX y el comienzo del siglo XXI en Colombia²⁶⁵”; Se introduce para la administración pública un sistema de control integral que se amplía con las acciones de cumplimiento y populares; el principio de control posterior a la gestión administrativa para el control fiscal y la función autónoma de control y prevención a cargo del Ministerio Público. El artículo 209 de la Constitución señala los principios de la función administrativa y sienta las bases para el desarrollo del sistema de organización administrativa construido bajo las técnicas de desconcentración, descentralización, delegación, coordinación y subsidiariedad. Consagra funciones administrativas autónomas, amplía las competencias del gobierno bajo el esquema de las leyes marco y consagra la

Debates de Coyuntura Económica, Bogotá, Fedesarrollo. p. 16.

²⁶² Como expresiones de esta apertura neoliberal, Bushnell señala: reformas en los sistemas laborales que impedían despidos arbitrarios y en los fondos de cesantía así como privatización de empresas estatales. BUSHNELL, David. Op. cit., p. 402-403.

²⁶³ PLAZAS VEGA, Mauricio. Op. cit. p.202. “Aunque la concurrencia de individualismo y Estado social, característica de la Carta permite que la marea estructuralista tenga en nuestro país un marco institucional acorde con sus planteamientos (...) sería un error pretender que nuestra Constitución es una simple expresión normativa del neoestructuralismo. Tras su contexto subyacen las más variadas tendencias políticas, desde el liberalismo Burgués hasta el colectivismo; desde las proclamas libertarias de los marginados hasta la continuidad del sistema precedente. Es un documento que sintetiza la pluralidad de ideas e intereses que conforman nuestra compleja estructura”. Ibíd.. p. 206

²⁶⁴ MOLANO, Mario. Op. cit., p. 101.

²⁶⁵ PEÑA PORRAS, Diego. Op. cit., p. 103. “Esta carta política se presenta (...) como la respuesta a un periodo de convulsión social (...) la ampliación del catalogo de los derechos fundamentales y la consagración de los derechos sociales y colectivos son algunos de los cambios más significativos. Ibíd., p. 103.

intervención ciudadana para el control del poder público²⁶⁶. Uno de los puntos relevantes para señalar el cambio del modelo de Estado tiene que ver con la consagración de los derechos sociales. Esto amplía los “deberes prestacionales a cargo de la administración pública sobre el criterio según el cual, cada uno de estos derechos (...) implica un derecho si se mira con la óptica de las personas e implica un servicio público, que requiere de una infraestructura de prestaciones directa o indirecta, pero siempre a cargo del Estado”²⁶⁷.

Todo este panorama social y de crisis del bienestar complejiza la delimitación de la función administrativa y por su puesto los criterios ideológicos que ingresan al derecho y a la interpretación que del mismo se haga. La integración actual del “marco funcional de la administración pública constituye un problema (...) ante las constantes variaciones en los papeles estelares del Estado y de la administración (...) a partir de las más variadas influencias ideológicas, políticas o económicas” lo que a título enunciativo lleva a decir, siguiendo a Santofimio²⁶⁸, que las principales actividades de la administración pública son: actividad de policía; actividad de fomento; de prestación de servicios públicos²⁶⁹; de intervención, control y vigilancia²⁷⁰; normativa y reguladora; planificadora y programadora; actividad económica y de banca central todas ellas entendidas bajo la orientación social del Estado de derecho. Y aunque un hito en la Constitución de 1991 es el establecimiento de principios para el servicio público, la ubicación de los servicios públicos en la carta política no indica que sean el fin del Estado mismo; sino una parte para lograr la universalidad material de lo social²⁷¹.

De esta manera, en cuanto a los cambios de la función administrativa, el desarrollo constitucional del Estado social de derecho ha influido en: la prevalencia

²⁶⁶ MOLANO, Mario. Op. cit., p. 102- 106.

²⁶⁷ Ibíd. p.105.

²⁶⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit.,p. 40.

²⁶⁹ De tal envergadura resulta la actividad de prestación de servicios públicos que fue una de las formas de identificar el significado del derecho administrativo, conformar un régimen especial y permitir el conocimiento de las controversias por parte de la jurisdicción especializada. Santofimio observa un rompimiento de la idea esencial de identificar el servicio público a la actividad administrativa cuando se introduce el modelo de libre economía y mercado (Ibíd., p.42). Citando a Ariño precisa que de una titularidad pública, concesiones cerradas, exclusividad, obligación de suministro y regulación total de la actividad, se pasa a un sistema abierto con libertad de entrada, en la que el Estado no se ha reservado la titularidad. Ibíd., p.43.

²⁷⁰ Sobre la intervención control y vigilancia, es la función que desempeñan los órganos de control, y otros que supervizan la actividad de los particulares, lo resalta con la aparición de las políticas neoliberales privatizadoras y muchas otras actividades entregadas a los particulares, donde se controla y vigila que el ejercicio de las actividades no vulneren el interés general. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Op. Cit., p. 43.

²⁷¹ Ibíd., p. 90.

de los derechos frente a los actos de autoridad, la participación como sustento de la actividad administrativa, la llamada Constitución económica y la diversificación y fragmentación de la función administrativa.²⁷² De otra parte, la importancia tradicionalmente dada a la “acción” y a los “conceptos” cede y la teoría del acto administrativo se transforma como resultado de las acciones constitucionales, debiendo conciliar el “clásico” control del acto administrativo con la protección de los derechos²⁷³.

Adicionalmente, los principios de la función administrativa²⁷⁴ tienen valor normativo al positivizarse en la Constitución política de 1991 con lo cual cumplen función de integración del derecho público, una función de integradora en la interpretación y desenvolvimiento de las relaciones jurídicas en las que intervenga o forme parte la administración del Estado, también, son un instrumento para la protección de derechos²⁷⁵ siendo el “fundamento de impugnación de las decisiones de la administración”²⁷⁶. Algunos de los principios de la administración pública, tienen mayores ajustes de interpretación según el modelo de Estado en que se apliquen. Bajo la cláusula del Estado social de derecho se resalta el principio de *separación funcional*, según el cual, no es posible sin justificación alguna referente a ventajas comparativas y a la especialidad del *sujeto particular*, hacerlo titular de prerrogativas del poder público²⁷⁷. El *principio de responsabilidad* deducido del principio de legalidad, supone para quienes desempeñen función administrativa un mayor grado de responsabilidad jurídica aun cuando tengan carácter de particulares²⁷⁸. Igualmente, la administración pública se debe sujetar al *principio de objetividad*, de modo que quien ejerza función administrativa debe ser neutral y aplicar la igualdad material. Lo que implica tener en cuenta todos los intereses en

²⁷² MOLANO, Mario. Op. cit., p. 107.

²⁷³ Diego Peña expone como cambios relevantes en el control de los actos administrativos el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la teoría de los móviles y las finalidades y sobre la acción de tutela y el acto administrativo. Respecto al Consejo de Estado muestra la existencia de un cambio, en cuanto allí, se ha desarrollado la que denomina “incipiente” teoría sobre el control de los actos mediante las acciones populares. Ver: PEÑA PORRAS, Diego. Op. cit., p. 104- 113.

²⁷⁴ El artículo 209 de la Constitución Política consagra como principios de la función administrativa los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo como principios orientadores de las actuaciones administrativas se señalan los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción. En la Ley 489 de 1998 en su artículo 3 indica que la función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

²⁷⁵ MOLANO, Mario. Op. cit., p. 36.

²⁷⁶ *Ibíd.*, p. 37.

²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 59.

²⁷⁸ *Ibíd.*, p. 62.

juego debiendo ponderar valores contrarios y resolviendo el caso concreto consultando el interés general²⁷⁹. El principio de *servir a los intereses generales* encuentra expresión en algunos conceptos de las normas constitucionales como los intereses difusos, la utilidad pública, el interés social, el interés colectivo, el interés público, la función social de la propiedad y de la empresa, los bienes de uso común y el interés nacional. Este principio además se convierte en la justificante de la intervención administrativa en las actividades de los demás sujetos²⁸⁰ y también conlleva la necesaria ponderación de intereses generales y particulares.

Respecto de la administración pública, siguiendo con el ideal Weberiano de los años 40, se consagran en la Constitución los mecanismos de burocratización, consagrando el principio de la carrera administrativa como regla general y una burocratización especializada²⁸¹. Así mismo “se promueve un proceso de simplificación del organigrama mediante la supresión de entidades ineficientes, innecesarias y redundantes - artículo 20 transitorio de la Constitución – (...) Y, aunque se buscó reducir el tamaño del sector descentralizado, la tipología de sus entes creció²⁸² bajo las presiones de una mayor especialización funcional²⁸³. Estos procesos de reforma de la administración, se vieron reforzados con Ley 489 de 1998 que de alguna manera vino a ser el remplazo de los estatutos del año 68 y posteriormente hacia el año 2002 con la creación por parte del gobierno del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP). Sobre las reforma del PRAP²⁸⁴ que pretendieron la modernización institucional también se crearon medidas de protección social a modo de alivios sociales en los procesos de

²⁷⁹ Ibíd., p. 84.

²⁸⁰ Molano propone seguir la hoja de ruta planteada por Nieto para el estudio del interés general como objeto de la administración pública eficaz (Ibíd., p. 58).

²⁸¹ LOPEZ MEDINA, Diego, Op. cit., p. 37.

²⁸² “La mayor parte de las entidades creadas corresponden al sector salud –por efecto de haber escindido el componente de prestación de servicios del ISS en clínicas que en primera instancia se crearon adscritas al Ministerio de Protección Social, pero que fueron liquidadas posteriormente en forma progresiva y sistemática. También se crearon nuevas entidades que reemplazaron las competencias de otras que se suprimieron en el caso del sector agropecuario –Incoder-; sector de comunicaciones –Colombia Telecomunicaciones S.A.-; las entidades especializadas en diferentes misiones del sector de minas y energía –Agencia Nacional de Hidrocarburos; Sociedad Promotora de Energía de Colombia; y vías con INCO”. GONZALEZ SALAS, Edgar. La reforma de la administración pública 2002 – 2009. En: Política Colombiana. Octubre-diciembre, 2009. p. 32. [en línea] Disponible en: http://revistapoliticacolombiana.com/contenido_segundaEdicion.html

²⁸³ LOPEZ MEDINA, Diego, Op. cit., p. 38.

²⁸⁴ Sobre estas reformas, el balance es un cambio radical del mapa institucional, una supresión de 39.424 empleos, y un ahorro de 1,3 billones año en costos de funcionamiento. GONZALEZ SALAS, Edgar. Op. Cit., p. 31.

despido²⁸⁵. Igualmente el discurso del modelo privatizador que se asume en este contexto de renovación, es el de aquel que tienen por finalidad el “hacer sostenible lo estatal”²⁸⁶. Adicionalmente dentro de este periodo “el ente autónomo, ha mostrado una enorme capacidad de perpetuarse en una nueva reencarnación que cuadra muy certeramente con el nuevo constitucionalismo económico. (...) Se trata, usualmente, de una comisión en la que participan diversos “sectores” y en la que se estructura la regulación básica de un determinado sector económico.”²⁸⁷

Finalmente, sobre las reformas verticales de la administración pública, se ha considerado que “las reformas de toda la década anterior se vieron abocadas a grandes improvisaciones, por cuanto no se partió de un modelo de Estado bien definido. La Constitución Política de 1991 fue un intento de definirlo, pero como es lógico, tan general como puede serlo el texto constitucional. Sin embargo las primeras interpretaciones sobre cómo debería ser, han sido modificadas una y otra vez desde entonces, sin que se logre avizorar una concepción precisa sobre el tipo de Estado que queremos y que necesitamos. En segundo lugar y más grave aún es el hecho de la forma en que se efectúan las reformas. Generalmente están asignadas a grupos de expertos, que obran sobre supuestos tecnocráticos, sin efectuar una gran discusión pública”²⁸⁸.

3.2.3 El escenario propuesto por la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

La reciente creación y aplicación de este código impiden por el momento un análisis profundo sobre su funcionamiento, sin embargo es importante hacer una breve referencia, ya que dentro de sus razones de elaboración, aparece la necesidad de adaptar el procedimiento administrativo y contencioso al modelo de Estado establecido en la Carta Política. Esto permite agregar un escenario más para la comprensión del panorama de transformaciones del derecho administrativo en Colombia.

²⁸⁵ URIBE VELEZ, Álvaro. Prólogo. En: YOUNES MORENO, Diego. Las reformas del Estado y de la Administración pública. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2008 p. 17-18.

²⁸⁶ *Ibíd.*, p. 17-18.

²⁸⁷ LOPEZ MEDINA, Diego, Op. cit., p. 39.

²⁸⁸ GONZALEZ SALAS, Edgar. Op. cit., p. 32.

De esta manera, según lo expuesto por algunos de los miembros de la Comisión de Reforma, este nuevo código (vigente a partir del 2 de julio de 2012) marca un hito en el desarrollo del derecho administrativo colombiano -tanto en el procedimiento administrativo como en lo contencioso administrativo-. Dentro de las razones que llevaron a la adopción de un nuevo código, se encuentra la necesidad de adaptarlo a la Constitución de 1991 ya que el anterior código fue creado en vigencia de la Constitución de 1886 la cual estaba concentrada en una lectura orgánica y no de derechos. Aponte Santos señala que el objetivo de este nuevo código es adecuarlo al Estado Social de Derecho previsto en la Constitución Política de 1991. Así, William Zambrano²⁸⁹ señala que la primera parte del código, referida al procedimiento administrativo, responde al marco constitucional integrado por el principio de supremacía constitucional, los fines del Estado, el principio de Estado Social de Derecho, el principio de dignidad humana y el debido proceso. También resalta su compatibilidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución. En definitiva se trata de una nueva concepción de procedimiento administrativo que ya no es “un elemento para la eficacia del poder” sino de “una garantía para la protección de los derechos de las personas y de (...) un instrumento para realización de los mismos”²⁹⁰.

Adicionalmente, otras razones para adoptar este código están referidas a la necesidad de fortalecer la labor del Consejo de Estado frente a la unificación de jurisprudencia ya que la entrada de los juzgados en el año 2006 significó una especie de “federalización de jurisprudencia” existiendo casos que se quedan sin conocer por esta Corporación; también para lograr la agilización de los procedimiento judiciales y para adecuar el proceso judicial a las tecnologías de la información²⁹¹.

De la misma manera, para la adopción de la segunda parte del código se observa que el principio del Estado Social de Derecho también se tuvo presente. El artículo 103 señala que los procesos que se adelanten ante tal jurisdicción, tienen por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, la ley y la preservación del orden jurídico. Para la aplicación e interpretación del

²⁸⁹ ZAMBRANO CETINA, William. Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 37- 77.

²⁹⁰ *Ibíd.*, p. 51.

²⁹¹ APONTE SANTOS, Gustavo. Retos para la implementación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 509 – 510.

código se exige observar los principios constitucionales y los del derecho procesal y adicionalmente, se hace referencia expresa al principio de igualdad al señalar que todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa, suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. Incluir estos principios guía en el nuevo código tienen el propósito, según lo afirmado por Ruth Stella Correa, de orientar a la jurisdicción al logro de la “Tutela Judicial Efectiva” como derecho de rango constitucional que tiene toda persona para acudir ante la administración de justicia y obtener una respuesta de fondo motivada, autónoma e imparcial dentro de un plazo razonable²⁹². Tal fue la finalidad que se expresó en la exposición de motivos: “lograr la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, sistemáticamente desconocidos por la administración, por lo general bajo el pretexto de falta de recursos, prefiriendo dilatar en el tiempo el reconocimiento de unos derechos que la más de las veces se revelan como indiscutibles, dada la claridad del buen derecho del reclamante o la reiteración de las tesis jurisprudenciales”²⁹³.

Con una visión comparada, Luciano Parejo tuvo la oportunidad de comentar la reforma realizada y dentro de sus apreciaciones resaltó el carácter innovador de algunas de las instituciones incorporadas, destacando la figura de la extensión de la jurisprudencia (art. 102) como una garantía de aprendizaje para la administración pública²⁹⁴. Señaló que, en buena medida el código responde a la evolución del derecho administrativo y en tal sentido, que la primera parte del código se puede asimilar a la nueva ciencia del derecho administrativo elaborada en Alemania que como se vio anteriormente, la entiende como un marco directivo de la actuación pública.²⁹⁵

Las razones expuestas anteriormente, aunque mantienen un hilo principalístico similar, resaltan en mayor medida el rol de la administración pública que el del juez contencioso administrativo. Así, la intervención del juez es excepcional (no obstante que también se fortalece el rol del juez como se mostrará más adelante) mientras que a la administración pública se le direcciona con el fin de que cumpla

²⁹² CORREA PALACIO, Ruth Stella. Fundamentos de la reforma del libro segundo del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 79.

²⁹³ *Ibíd.*, p. 79.

²⁹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desde la perspectiva comparada. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 105 – 110.

²⁹⁵ *Ibíd.*, p.108.

mejor su papel. Por esto, podría pensarse que el punto de partida del código es, el de atribuir a la administración pública la falta de implementación del Estado Social de Derecho²⁹⁶, reconocer que el juez administrativo se encarga en sus decisiones de corregir tal falencia y de ahí, considerar que si su jurisprudencia se hace obligatoria (la del Consejo de Estado) entonces se garantiza la correcta aplicación de este modelo de Estado. Si esto es así, se podría afirmar que con el actual código opera una transformación del derecho administrativo promovida desde el legislativo que pretende empoderar a la administración en la implementación del Estado Social de Derecho. Es decir, una transformación que en virtud de la ley adapta el derecho de la administración pública al Estado Social de Derecho. ¿Esto indica que el derecho administrativo sólo se adapta a un determinado modelo de Estado por vía legal? ¿Sólo bajo la Ley 1437 de 2011 puede hablarse de una administración pública adaptada al Estado Social de Derecho? ¿en qué medida el juez puede contribuir a estos procesos de transformación cuando los códigos no han sido adaptados?.

Estas preguntas permiten iniciar un acercamiento a las transformaciones del derecho administrativo desde la perspectiva del juez sin desconocer, como se ha mostrado, el papel fundamental que juegan las reformas legales en adaptar el derecho administrativo a la dinámica impuesta por los modelos de Estado, particularmente al Estado Social y Constitucional de Derecho. Ahora bien ¿qué sucede cuando la Ley logra adaptar y actualizar el Derecho a los cambios producidos por el Estado Social y Constitucional de Derecho, pero el juez asume criterios de interpretación ajenos a este modelo de Estado? en este caso, ¿puede seguirse afirmado que existe una verdadera adaptación del Derecho? Si se acepta que el juez con sus decisiones también es creador de derecho (el Consejo de Estado por ejemplo con el nuevo código), resultará relevante preguntarse por el rol que representa en la adaptación del derecho, pues es el operador jurídico quien pone en movimiento el derecho pudiendo interpretarlo bajo la idea de un Estado Social de Derecho o de un Estado liberal de derecho. Y si esto ocurriera se configuraría un elemento que relativiza la idea de una transformación del derecho en un sentido lineal.

²⁹⁶ En este sentido Aponte Santos manifiesta que “tal vez” la administración pública no cumplía los postulados del Estado Social de Derecho porque el código del año 84 no estaba permeado de Constitución, mientras que “el nuevo código está impregnado de constitución desde el artículo 1 (...) porque quisimos introducir eso para que se reflejara un cambio grande en la concepción que tiene la administración pública sobre el otorgamiento y el reconocimiento de derechos de las personas. APONTE SANTOS, Gustavo. Op. Cit., p.511.

4. EL ROL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Este capítulo tiene como finalidad, usando el anterior marco conceptual, problematizar el rol del juez administrativo y comenzar a indagar por la carga interpretativa que se impone a éste dada la consagración del principio de Estado Social de Derecho en el contexto del Estado Constitucional. Se examinará desde la óptica del actor central de este estudio, el juez, la función y rol que cumple en este marco de transformaciones y tensiones ideológicas y, en ese sentido, mostrar las distintas aristas y los elementos con los que cuenta para potenciar el Estado social de derecho. Estas distintas aristas permiten ver la otra cara de las transformaciones del derecho administrativo; una cara compleja y dinámica atada al control judicial.

Poco se habla del rol del juez administrativo en el Estado Constitucional, pues como el propio modelo de Estado lo impone, es el juez constitucional quien pasa a asumir la defensa de este modelo. Por esto, y sin pretender confundir los roles de ambos jueces, en la primera parte de este capítulo se tomarán prestados los aportes que la doctrina y la jurisprudencia ha usado para determinar el rol del juez constitucional para a partir de ahí, ir decantando el espacio otorgado al juez administrativo bajo este modelo de Estado.

Respecto del juez administrativo se deben tomar en consideración dos aspectos: (i) el ordenamiento jurídico que el juez interpreta “ha dependido, no del desarrollo aislado y apolítico de normas positivas (ubicadas en la así llamada “parte orgánica” de la Constitución y en el derecho legislado que las configura), sino de concepciones políticas, ideológicas y administrativas en las que se buscaba plasmar una cierta idea del papel que la administración pública debía cumplir en el desarrollo del país²⁹⁷ y, (ii) que el derecho procesal administrativo como herramienta para poner en marcha la efectividad del derecho sustantivo, mantiene un vínculo inescindible con éste por lo que la interpretación que sobre el mismo se haga, potencia o debilita la función del derecho administrativo.

²⁹⁷ LOPEZ MEDINA, Diego, Op. cit., p. 1.

4.1 LA TENSIÓN ENTRE LA EFICACIA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: IMPLICACIONES PARA EL JUEZ

El principio de eficacia en el Estado Social de Derecho implica un deber positivo y una “actitud o cualidad exclusiva y específica de la administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones, para alcanzar los resultados propuestos o buscados por el ordenamiento jurídico”²⁹⁸. Este principio es un referente para el control de la actividad de la administración e implica establecer una valoración o medida de la relación medios-fines, y su exigencia supone solicitar la realización efectiva del interés general²⁹⁹. A su vez, este principio se concreta -según la jurisprudencia constitucional- en el acatamiento del precedente judicial³⁰⁰.

Desde la perspectiva de la interpretación que realiza el juez constitucional se señala que su eficacia se traduce en el mayor valor que se otorga a los derechos fundamentales por sobre otros principios constitucionales³⁰¹. Sin embargo, no significa que el Estado Social de Derecho sea una regla de solución de casos sino más bien, un marco de directrices de entendimiento (al más alto nivel) para otros principios y reglas constitucionales, que por su mismo carácter nuclear exige ser invocado como unidad y aplicado mediante un ejercicio de ponderación, de ahí que frecuentemente termine dirimiendo enfrentamientos entre bienes constitucionales³⁰².

No obstante las tensiones entre Constitución y derecho administrativo, conceptualmente pareciera no reflejarse esta tensión:

El Consejo de Estado se ha referido a los diversos mandatos y obligaciones que surgen por la adopción de esta nueva concepción de Estado, afirmando que de acuerdo a los artículos 1, 2, 350 y 366 de la Constitución, al Estado Colombiano, como Estado Social de Derecho, le corresponde garantizar a las personas el

²⁹⁸ MOLANO, Mario. Op. cit., p. 68

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 72.

³⁰⁰ Sentencia C- 359 de 2011. El acatamiento al precedente también es un desarrollo de los fines esenciales del Estado; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fé de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.

³⁰¹ VEGA ARENAS. Johana. Op. Cit., p. 15

³⁰² MADRIÑÁN, Ramón. Op. cit., p. 101.

mínimo de condiciones para lograr una existencia digna, adoptando las disposiciones legales para cimentar un orden político, económico y social justo, para así realizar y desarrollar sus fines . (...) La interpretación de la nueva concepción de Estado para esta Corporación es similar a la realizada por la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos, ya que el Consejo de Estado le da un lugar especial a la protección de los derechos.³⁰³

La conocida sentencia T- 406 de 1992 al referirse a las implicaciones del Estado Social de Derecho resalta el rol del juez como “interventor” del sistema jurídico a través de adaptaciones y correcciones al mismo. Rol que a su vez se traduce en un medio de comunicación entre el Estado y la sociedad; desempeñándose de nuevas formas frente al legislador y frente a la administración pública. Esto se debe al papel de los principios y valores de la Carta política; a los cuales se les reconoce incidencia normativa y no se les otorga aplicación directa³⁰⁴. Al contrario, los principios constitucionales “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata”³⁰⁵.

Según Madriñán, la clausula Estado social de derecho tiene eficacia hermenéutica, eficacia anulatoria y proyección normativa. La primera “deviene en presupuesto inexcusable a la hora de interpretar el sentido de cualquier norma inmersa dentro del ordenamiento que ésta preside”³⁰⁶ la segunda hace posible anular una disposición normativa y la tercera, es uno de los alcances más discutidos, en cuanto supone la aplicación directa de la norma constitucional en caso de un vacío legal³⁰⁷.

³⁰³ VEGA ARENAS. Johana. Op. Cit., p. 17

³⁰⁴ Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto. Sentencia T - 406 de 1992.

³⁰⁵ Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. (...) Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

³⁰⁶ *Ibíd.*, p. 102.

³⁰⁷ *Ibíd.*, p.107.

Ahora bien, este principio aplicable tanto a la función de la administración pública como a la del juez, entra en tensión con el principio de legalidad pues es en éste en donde la doctrina mayoritaria observa la ruptura entre el Estado de derecho y el Estado Social de Derecho. El principio de legalidad referido a la administración pública, se sustenta en la teoría de la vinculación positiva según la cual “el poder público y sus titulares sólo pueden hacer aquello que para cada caso les está expresamente permitido”³⁰⁸ creando un área de conflictividad y tensión entre su rigidez, característica del Estado liberal y el principio de eficacia característico de la función administrativa del Estado social³⁰⁹. Frente a dicha tensión y “en un horizonte de desarrollo constitucional se debe buscar el punto de equilibrio entre el mandato de determinación legal de la actividad administrativa, derivado del tradicional principio de Estado de derecho por una parte, y la flexibilidad o capacidad de adaptación eficaz de los procedimientos de la administración, derivada de los principios de Estado social y Estado democrático”³¹⁰.

La doctrina ha encontrado dos formulaciones de legalidad, la primera basada en la validez, es decir, fundamentada en la norma superior y la segunda identificada con la legitimidad y la justicia³¹¹; ambas podrían convivir según la interpretación que se haga de este principio. Así, la Corte Constitucional ha definido el principio de legalidad como “... *consiste* (el principio de legalidad) *en el hecho de que, a partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado (artículos 3º, 6º, 121 122 y 123 constitucionales)...*” Igualmente, equipara el principio de legalidad con la “*supremacía del derecho*” que se refiere a que el Estado y sus autoridades están sometidos a un ordenamiento jurídico positivo (Constitución Política)³¹².

Pero sin actualizar este principio al modelo de Estado constitucional, se debe

³⁰⁸ Ibíd., p. 48. Ver: origen de las dos vertientes de interpretación del principio de legalidad, entendido como vinculación positiva y vinculación negativa en SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 51.

³⁰⁹ “Ni la eficacia puede comprender una renuncia a la legalidad y a los demás principios consagrados en la Constitución – fundamentalmente el que propugna por la realización efectiva de la igualdad-, ni el sometimiento a la ley y al derecho puede llegar a comportar condicionamiento o requerimientos que imposibiliten una acción eficaz” PAREJO. Citado por: MOLANO, Mario. Op. cit., p. 73.

³¹⁰ STOLLEIS, Michel. Citado por: MOLANO, Mario. Op. cit., p. 53. Esa tensión va de la mano de la tensión entre flexibilidad y determinación legal, lo cual lleva a Stolleis a preguntar ¿De qué manera han de variar los procedimientos administrativos para la adopción de las determinaciones en desarrollo de los amplios márgenes de actuación que la ley le desplaza a la administración? Ibíd., p. 53.

³¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 119.

³¹² VEGA ARENAS. Johana. Op. cit., p. 43.

reconocer que lo que ocurre es una crisis de este principio, ¿por qué entra en crisis el principio de legalidad con el Estado Social de Derecho?. Las razones vienen dadas por la insuficiencia de la Ley para regular todos los supuestos posibles originados en los cambios económicos, sociales y tecnológicos; haciendo necesario, comenzar a conceder espacios de reglamentación para el ejecutivo³¹³. Esto es, el legicentrismo se convierte en la posibilidad de la creación de normas por diferentes sujetos tanto de derecho público como de derecho privado, rompiendo el paradigma del positivismo legalista para dar paso a la justicia material. Esta última busca hacerse efectiva mediante la tónica y los principios generales del derecho³¹⁴. A esta crisis se suma la aparición de la constitucionalización de la legalidad, al haberse incorporado a la Constitución numerosos principios y declaraciones de derechos que operan como garantías de las libertades y demás derechos de los ciudadanos³¹⁵ y en donde a los derechos fundamentales del Estado liberal se agregan los derechos sociales y económicos. Bajo este marco, al juez -particularmente el colombiano- se le asiga la obligación de lograr la efectividad de los contenidos materiales de la Constitución que en su artículo 228 dispone que "Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial".

De otra parte, esta crisis del principio de legalidad en el Estado social de Derecho se manifiesta mediante la teoría de la vinculación estratégica de la administración a derecho, en cuanto es factible que la ley asigne poderes discrecionales e introduzca conceptos jurídicos indeterminados, permitiendo espacios de reserva para la administración. Esto se sustenta en la capacidad que debe tener la administración para adaptarse e innovar en pro del cumplimiento de sus funciones. Así, el poder discrecional de la administración como matización del principio de legalidad tiene una alta importancia para el papel que asumirá juez que con su interpretación, podrá ser el eje para la definición del modelo de Estado imperante

³¹³ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 117.

³¹⁴ *Ibíd.*, p. 118.

³¹⁵ *Ibíd.*, p.119. "El problema, según apunta el propio Ferrajoli, es que esa crisis del derecho 'corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia', porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, a la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder político, carentes de límites y controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos" Aparicio Wilhelmi, Marco. Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El artículo 93 de la Constitución Española como cláusula de apertura a la interrelación ordinamental en un marco pluralista, Universidad Autónoma de Barcelona, 2002, p. 141 en www.tdx.cesca.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-1104102-180214//maw2de3.pdf, Citado por: VEGA ARENAS, Johana. Op. cit., p. 19

en donde resuelva tensiones entre la eficacia de la Constitución y el principio de legalidad. El juez pasa a mediar en la relación entre poder discrecional-poder reglado que “plantea un problema de orden político en donde va envuelta la concepción de Estado que tiene el legislador al regular las competencias de las autoridades administrativas, o el interprete al aplicar la ley”³¹⁶. El inclinarse por uno de las dos “lleva envuelto el riesgo de aniquilar la iniciativa del funcionario a través de numerosas y prolijas reglamentaciones, o de estimular la arbitrariedad al dejarle un margen de libertad demasiado amplio en el cumplimiento de sus funciones”³¹⁷.

4.2 EL JUEZ COMO DUEÑO DE LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO

Los cambios atribuidos al derecho con el paradigma constitucional restablece la tensión que tanto luchó por superar el Estado de derecho liberal. Los principios constitucionales comienzan a abrir un espacio en el que se integran “elementos políticos” y que contradice la tradicional función asignada al juez alejado de la indeterminación y de las expresiones políticas³¹⁸. En su estudio, Zagrebelsky propone para manejar el derecho del Estado Constitucional lo que denomina una “actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente” y que se refiere al carácter práctico del derecho entre la *ley y caso*³¹⁹ *atado a la razonabilidad*. Esta actitud es requerida para enfrentar la “problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas”³²⁰.

³¹⁶ URUETA, Manuel. Op. cit., p. 316.

³¹⁷ URUETA, Manuel. Op. cit., p. 316. El amplio margen de competencia se observa según Urueta en: los reglamentos constitucionales, materias económicas, orden público, declaratoria de insubsistencia del nombramiento de empleados públicos. *Ibíd.*, p. 317 -319. Según el ex Consejero de Estado Urueta, el derecho público en la actualidad se orienta a reducir a su mínima expresión los márgenes de discrecionalidad. *Ibíd.* p.323.

³¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 112.

³¹⁹ *Ibíd.*, p. 120. Señala este autor que la razonabilidad en la práctica judicial implica dos cosas: categorización de los casos a la luz de los principios tomando todos aquellos implicados y la búsqueda de la regla aplicable al caso, esto es, una regla individualizada que responda a las exigencias del caso. *Ibíd.*, p.147.

³²⁰ *Ibíd.*, p. 147.

Se pone en evidencia entonces la existencia de dos caminos: una posición pasiva del juez que sólo mira una dimensión (la ley) propia de la tradición francesa o, una posición multidimensional (derecho, justicia y ley) propia de la tradición anglosajona³²¹. Este último camino lleva a entender al juez como los “actuales señores del derecho” NO en el sentido en que lo era el legislador del siglo XIX sino en el sentido de asumir un rol de garante “de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre todos sus elementos. Entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho hay una radical incompatibilidad pues el derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos”³²².

4.3 LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y EL MÉTODO DE DECISIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Para Aguiló, la teoría de la argumentación jurídica debe estar presente en el método jurídico que siga el juez en el Estado Constitucional. Esto conlleva a un cambio del paradigma formalista del derecho. Aún así, bajo este paradigma, el silogismo jurídico o el método de la subsunción se concibe útil para la resolución de casos fáciles, pero no para los difíciles³²³. En el formalismo jurídico, el método jurídico se concreta en el procedimiento usado para “pasar de las normas generales a las normas particulares”³²⁴ lo cual lo presenta como algo técnico y mecánico que responde a la fuerte separación que el formalismo hace entre creación de normas y aplicación de normas. De ahí que, se encuentre en la teoría de la argumentación no un método para *descubrir* sino para *justificar* una decisión.

³²¹ *Ibíd.*, p. 58

³²² *Ibíd.*, p. 153

³²³ “Atienza citando a MacCormick señala algunos elementos a tener en cuenta en la identificación de un caso difícil a partir de los problemas que se deben resolver: a) problemas referidos a la existencia de dudas sobre la norma a aplicar; b) problemas sobre la interpretación a dar a la norma aplicable; c) problemas sobre las pruebas en torno a los hechos; y d) problemas de calificación de los hechos, en donde no se puede determinar con precisión bajo qué presupuesto juzgarlo” (Atienza, 2001, p. 16). Citado por: AGUIRRE ROMÁN y otros. ¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? Una mirada en el estado constitucional. En: revista Derecho. no. 32 julio – diciembre 2009. p. 17.

³²⁴ AGUILÓ, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. Op. Cit., p. 160.

En este sentido, en el Estado constitucional el método se definiría como “un procedimiento para justificar soluciones particulares usando normas generales”³²⁵.

Conforme al significado del Estado Constitucional, se espera que el juez asuma un rol que exprese y concrete su contenido. Es decir, se trata de establecer cuáles son las tareas que le corresponden al juez a partir de los fines que se propone el Estado Constitucional. Esto es ¿existe algún valor que el juez deba privilegiar? ¿qué implicaciones tiene la Constitución sobre la interpretación del ordenamiento jurídico?. A lo cual se podría responder que al convivir nuevos y más principios en el Estado Constitucional - legalidad y el principio de justicia – el juez debe hacer uso de nuevos métodos de interpretación que en todo caso estén guiados por la efectividad de los derechos constitucionales. El enfoque retórico de Chaïm Perelman ha servido para solicitar del juez el uso de la argumentación jurídica en sus decisiones judiciales. Decisiones que además deben contar con un grado de legitimidad en tanto el Estado constitucional es un Estado Democrático.

La teoría de la argumentación jurídica de Perelman tiene las siguientes particularidades:

Existe un tiempo razonable para alcanzar una decisión definitiva, mediante procedimientos establecidos, con lo que se cuida del principio de legalidad; la solución debe mostrarse conforme a la ley, pero también debe aparecer como equitativa (debe ser una decisión que respete la noción de justicia de la sociedad, o de las justicias cuando se trata de sistemas pluralistas como el colombiano (...)) razonable (que parta de premisas aceptadas y posea una motivación adecuada), y aceptable (que sea una decisión que intente persuadir a los auditorios jurídicos)³²⁶.

Así mismo, Uprimny ha señalado que existen tres exigencias que se hacen a las decisiones judiciales en los Estados constitucionales: “1) garantizar decisiones previsibles (seguridad jurídica); 2) dentro del marco de la soberanía popular (que respete los consensos mayoritarios sin excluir a las minorías); y 3) que se traten de decisiones materialmente justas”³²⁷.

Ahora bien, algunas de las críticas a este modelo de decisión basado en la argumentación observan que tal modelo puede derivar en arbitrio. Aunque es un

³²⁵ Ibid., p.163.

³²⁶ AGUIRRE ROMÁN y otros. Op. Cit., p. 24.

³²⁷ UPRIMNY, Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. 1997. Citado por: AGUIRRE ROMÁN y otros. Ibid., p. 24.

tema muy discutido por la doctrina, se observa, según lo señalado por Atienza, que debe distinguirse entre la labor de decidir y el “decisionismo” en donde “el juez olvida los límites de sus funciones y deja de lado la justificación y motivación de sus decisiones, que es el extremo opuesto a su facultad de privilegiar escenarios de argumentación”³²⁸. Escenarios que al proveer la necesidad de argumentar y fundamentar garanticen la menor posibilidad de extralimitación del juez. Además, debe tenerse en cuenta que al “decisionismo” se equipararía en lo perjudicial– en el otro extremo– al “determinismo” que puede darse como extremo al uso de la subsunción y en los cuales el juez toma una decisión sin decidir³²⁹.

En otro sentido, también se ha resaltado la importancia de la teoría de la argumentación jurídica a la hora de interpretar la *independencia e imparcialidad de los jueces*³³⁰. Así, la teoría “estándar” de la argumentación distingue entre: los móviles psicológicos e ideológicos que llevan al juez a dictar sentencia y las razones que utiliza para justificar que su decisión es correcta. Habría entonces una distinción inicial entre el proceso de decisión y la justificación de la misma³³¹. A raíz de esta distinción es que se ha señalado como erróneo criticar las decisiones del juez a partir de los móviles que lo llevaron a decidir: “nada hay más distorsionador que para el funcionamiento de Estado de derecho que el hecho de que las decisiones judiciales se interpreten como motivadas por razones extrañas al derecho”³³². Sin embargo, según Aguiló podrá afirmarse que tal distinción entre explicación-descubrimiento y justificación no opera cuando se habla de independencia e imparcialidad. Así, frente al principio de independencia e imparcialidad no cabe hacer tal distinción. La independencia del juez trata de aislar las razones del juez que no provienen del derecho sino del sistema social. Y la imparcialidad, pretende aislar los motivos proveniente del proceso judicial mismo (las partes y el proceso mismo) pero no busca distanciarse sino obedecer al derecho, creando además *sistemas de recusaciones e incompatibilidades*. La existencia de estos principios y deberes y de normas que pretenden solucionar

³²⁸ Ibíd., p. 25.

³²⁹ Ibíd., p. 25.

³³⁰ AGUILÓ, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. En: Isonomía no. 6, Abril. 1997. p. 71- 83. [en línea] Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89835.pdf>

³³¹ Aguiló hace referencia a la distinción que en teoría de la argumentación se hace entre contextos de descubrimiento y contextos de justificación. Para otra visión sobre esta distinción y los límites para el estudio del derecho ver NETTEL, Laura. La distinción entre contexto de descubrimiento y justificación y la racionalidad de la decisión judicial. En: Revista Isonomía no. 5, 1996. Disponible en: http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/02405065325240496976613/isonomia05/isonomia5_06.pdf

³³² AGUILÓ, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. Op. Cit., p. 78.

conflictos de intereses a que esté sometido el juez, llevan a afirmar que al Derecho sí le interesan los contextos de justificación y también le interesan los motivos por los cuales actúan los jueces³³³, aspectos que tienen una fuerte relación con el método jurídico de debe usar el juez desde la perspectiva de la argumentación jurídica.

4.4 LA APLICACIÓN DE NORMAS FUNDAMENTALES POR EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO: UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Preguntarse por el papel que tiene el juez administrativo en la aplicación de normas fundamentales es un asunto que puede ser analizado desde dos puntos de vista. El primero de tipo procesal se refiere a la compatibilidad entre las acciones contencioso administrativas, la figura de la suspensión provisional y la acción de tutela; y a los requisitos de la demanda en la jurisdicción contencioso administrativa. El segundo, con un alto componente sustancial referido a la eficacia de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento para conocer controversias sobre servicios públicos domiciliarios. Estos dos puntos de vista, comparten un eje en común en la jurisprudencia constitucional, cual es, considerar que el juez administrativo debe dar aplicación a las normas fundamentales y en virtud de la primacía constitucional, dar aplicación oficiosa a ellas e incluso inaplicar normas legales que contradigan las constitucionales.

A partir de la Sentencia No. 1 de 1992, se puede establecer una línea de argumentación que permite extraer, más allá de lo fáctico, una idea sobre las relaciones que la Corte Constitucional ha establecido entre acciones contencioso administrativas, la figura de la suspensión provisional y la acción de tutela. El resultado de esta relación permite definir, cómo debería actuar juez administrativo cuando se alega una violación de derechos fundamentales y qué se entendería como una indebida intromisión del juez de tutela en la labor del juez contencioso. Así, en el año 92 a la Corte Constitucional le correspondió revisar varias sentencias de tutela fruto de las acciones iniciadas por ex - contralores departamentales que habían sido nombrados en 1990 y posteriormente

³³³ *Ibíd.*, p.75.

desvinculados en virtud de una nueva elección de contralores realizada por las asambleas departamentales sin que los periodos anteriores hubieran concluido. Durante estos procesos, en primera instancia algunas acciones prosperaron y otras no, las que prosperaron señalaron que se estaba ante un perjuicio irremediable; frente a lo cual la Corte señaló que “los jueces no estaban facultados para invadir la órbita propia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (...) al dejar sin efectos, así fuera en forma transitoria, los actos administrativos emanados de las asambleas (..) por medio de los cuales fueron elegidos nuevos Contralores”³³⁴. Se procedió a revocar las sentencias de tutela por considerar que se disponían de un medio judicial de defensa contenido en la pertinente acción prevista en el Código Contencioso Administrativo teniendo en cuenta además que no se configuraba la existencia de un perjuicio irremediable.

Posteriormente en Sentencia T-203/93 la Corte se refiere al alcance del inciso final del artículo 8 del decreto 2591/91 y para esto distinguió entre la suspensión provisional del acto y su inaplicación respecto de la situación jurídica concreta que se solicita con la acción de tutela. Consideró que “lo que es posible decretar (...) es una inaplicación temporal al caso concreto, considerada la particular y específica situación en que se encuentra el solicitante, así que no recae propiamente sobre la materialidad del acto administrativo, como sí acontece con la figura de la suspensión provisional”. En el mismo sentido que la sentencia anterior, afirmó que “ante acciones instauradas respecto de actos administrativos, el juez de tutela no puede asumir la facultad que le confiere la norma mencionada como una autorización de la ley para sustituir al Contencioso Administrativo en la definición sobre la validez de aquellos, ni suponer que podría suspenderlos provisionalmente pues ello representaría invadir el ámbito constitucional de dicha jurisdicción (...)”. El mismo criterio se siguió - sobre la interpretación de la referida norma- en sentencia T-440 de 1994 y en sentencia T-142/95.

En sentencia T-131A de 1996 de nuevo se pone en evidencia que la acción de tutela no procede cuando existe otra acción judicial y es posible solicitar la suspensión provisional. Esto garantiza la no intromisión del juez de tutela en la labor del juez contencioso:

Cuando se puede ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y existe, además, la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos, la tutela no es procedente. En el presente evento cabía la solicitud

³³⁴ Sentencia No. T-001/92. Corte Constitucional. M.P.: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

de suspensión provisional del acto administrativo, la cual efectivamente fue pedida y negada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, no resulta procedente conceder el amparo, menos aún cuando se encuentra establecido que no se ejercitó el recurso de apelación en contra del auto mediante el cual se negó la suspensión provisional³³⁵.

De lo dicho hasta ahora se tiene que bajo una primera interpretación de la Corte, sólo es viable la acción de tutela tratándose de un perjuicio irremediable y en todo caso cuando no procede la suspensión provisional ante lo contencioso administrativo. Hay pues una primera fase con límites bien definidos en donde el juez de tutela se sitúa en el campo de los “perjuicios irremediables” pero donde todavía no se señala a profundidad, cuál debe ser el “ámbito” del estudio que hace el juez administrativo.

Posteriormente la Sentencia SU-039 de 1997 ajusta las reglas hasta ahora utilizadas por la Corte desde el año 92³³⁶. Asume el conocimiento de una acción de tutela que fue instaurada paralelamente a la demanda de nulidad -ante lo contencioso administrativo- y a la solicitud de suspensión provisional del acto (dicha suspensión fue negada). Bajo tal contexto la Sentencia SU-039 de 1997 procede a precisar o reconceptualizar su posición sobre compatibilidad entre la acción de tutela, las acciones contencioso administrativas y la suspensión provisional. Con tal objeto en esta sentencia se manifestó que:

- Procede la tutela como *mecanismo definitivo* cuando (i) la persona afectada en su derecho fundamental no cuenta con acción contenciosa administrativa, como en el caso de los actos preparatorios o trámite y de ejecución o de los actos policivos no administrativos; y (ii) cuando no sea posible a través de la acción contenciosa administrativa, controvertir la violación del derecho fundamental o dicha acción se revela insuficientemente idónea o ineficaz para la efectiva protección del derecho³³⁷.

³³⁵ Sentencia T-131A de 1996, Corte Constitucional, M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

³³⁶ En esta sentencia la Sala Plena de la Corte Constitucional revisa el proceso de la acción de tutela instaurada por el Defensor del Pueblo en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc. Expediente T-84771 Peticionario: Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Etnico Indígena U'WA. Magistrado ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL

³³⁷ Sobre la ineficacia de las acciones contenciosas se ha señalado “la acción de tutela viene a suplir el espacio de desamparo o desprotección del derecho fundamental que deja el mecanismo alternativo de defensa judicial, por no ser adecuado y carecer del atributo de la eficacia requerida para la efectiva y real protección del referido derecho fundamental”. Ver: sentencia T-256/95 M. P. Antonio Barrera Carbonell, en relación con los concursos de mérito para acceder a cargos públicos de carrera.

- Procede la tutela como *mecanismo transitorio* para evitar un perjuicio irremediable cuando: (i) el afectado en su derecho fundamental dispone de acción contenciosa pero *no procede la suspensión provisional* (...) la no procedencia de la suspensión provisional se refiere a los casos en que se ejercitan acciones que no involucren la anulación de actos administrativos (contractuales o de reparación directa); (ii) cuando el interesado dispone de la acción contenciosa administrativa y la suspensión provisional es procedente.

Sobre la procedencia en este último caso, la Corte expone las siguientes razones:

- Con la finalidad de asegurar la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales (...) el art. 7 [del decreto 2591 de 1991 prevé] la adopción de medidas provisionales, cuando el juez expresamente lo considera necesario y urgente para proteger el derecho(...). Así mismo el inciso final del art. 8 (...) permite ejercer la tutela como mecanismo transitorio conjuntamente con las acciones contencioso administrativas.

- La institución de la suspensión provisional tiene un rango constitucional, conforme al art. 238 que dice: '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' (...). A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos.
(...)

-La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre la viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe

fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que si puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado.

En conclusión, es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo (...).

-La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan.

El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

- La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)
- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución.
- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), mas aún cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales.
- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. (...) Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.
- La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales.

Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos³³⁸. (Subrayas fuera de texto).

Con esta sentencia se observa una segunda fase que viabiliza la procedencia de la acción de tutela incluso cuando se ha solicitado la suspensión provisional del acto administrativo. Sin embargo lo que es de resaltar, es la visión que se otorga del juez administrativo como garante y aplicador directo de los derechos fundamentales – no en sede de tutela- sino mediante la aplicación de la figura de la suspensión provisional.

Desde otro ángulo, la Sentencia C-197/99 estudió la constitucionalidad del artículo 137 numeral 4 del Código Contencioso Administrativo, para determinar si es o no violatorio de la Constitución, el hecho de establecer que las demandas contra actos administrativos, deban contener el señalamiento de las normas violadas y, explicar el concepto de violación. Dentro de su análisis – y en lo que se refiere al tema del juez contencioso administrativo- la Corte señala que si bien este requisito no es contrario a la Constitución, no debe llegar al punto de un rigorismo procesal extremo y agrega, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo debe aplicar la correspondiente norma constitucional -en forma oficiosa- así la demanda no la haya señalado expresamente. Esto último, lleva a la Corte a declarar la exequibilidad condicionada: “no obstante, la norma será declarada exequible condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución³³⁹”.

De otra parte, en sentencia T - 1252 de 2005 se expresa el mismo entendimiento sobre la labor del juez administrativo pero esta vez, con la revisión de una sentencia de tutela sobre una controversias relacionadas con servicios públicos

³³⁸ Sentencia SU-039/97.Corte Constitucional. M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL

³³⁹ Sentencia C-197/99. Las mismas consideraciones se tuvieron en cuenta en la sentencia de constitucionalidad C – 596 de 2000 la Corte Constitucional efectuó el control de normas de tipo laboral y civil sobre los requisitos para el recurso de casación.

domiciliarios³⁴⁰. Se afirma en esta sentencia, que – en principio- tanto la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento pueden considerarse acciones adecuadas y eficaces para la protección de los derechos fundamentales de los usuarios en caso de que éstos sean violados por las empresas de servicios públicos domiciliarios. Esto, porque se asumen que por el carácter normativo de la Constitución Política, el juez administrativo tiene el deber de “aplicar primordialmente los derechos fundamentales, dar preferencia a las disposiciones constitucionales frente a las restantes normas jurídicas que las infrinjan, procurar la prevalencia de lo sustancial frente a lo formal e, incluso, suspender provisionalmente el acto o decisión sometido a su escrutinio cuando amenace o vulnere no sólo derechos de rango legal sino también – y con mayor razón – fundamental”³⁴¹. La eficacia de dichas acciones haría improcedente la acción de tutela³⁴², no obstante sí sería procedente cuando se vulnere un derecho fundamental y se esté frente a un inminente perjuicio irremediable, y en donde según el análisis que se haga del caso concreto, las acciones administrativas no sean eficaces.

De lo anteriormente expuesto dos aspectos deben resaltarse, (i) se reconoce que el juez administrativo juega un rol importante en la protección de derechos fundamentales desde las acciones contencioso administrativas y la figura de la suspensión provisional y (ii) aunque se hace tal reconocimiento, las decisiones de la Corte terminan ampliando el espectro de la acción de tutela a ámbitos que pueden son conocidos por el juez administrativo porque se halla un grado de ineficacia en dichas acciones, o un grado de complementariedad entre jurisdicciones que hace compatible los mecanismos judiciales existentes.

³⁴⁰ Acción de tutela instaurada por Juan Adonis El Koure Chaia contra Empresa de Energía del Pacífico S.A. – E.S.P.- “EPSA E.S.P.Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil cinco (2005).

³⁴¹ T - 1252 de 2005. Corte Constitucional. M.P.: ALVARO TAFUR GALVIS

³⁴² Tal improcedencia se dejó establecida desde la Sentencia SU-458/93, M.P.: JORGE ARANGO MEJÍA al dar aplicación al numeral 1o. del artículo 6o. del decreto 2591 de 1991, el cual señala, que la acción de tutela "procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial", salvo que "se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". Esta sentencia cambia la jurisprudencia establecida en la Sentencia T- 422 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz en donde no se analizó que existiera otro medio de defensa judicial.

4.5 EL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO: UN JUEZ FRAGMENTADO Y CON CARECTERÍSTICAS PROPIAS

Sobre el lugar que debe ocupar el juez administrativo en el diseño institucional de cada Estado, Gil Botero³⁴³ pone de presente que cada ordenamiento jurídico lo regula según sus propias particularidades. Así, el modelo francés se permite dejar el control judicial de la actividad administrativa a la propia administración. Se trata entonces de una desconfianza hacia el juez y mayor confianza en la administración. Cuando ocurre lo contrario, es decir, cuando el control judicial se asigna exclusivamente al contencioso administrativo, puede suceder que el control lo ejerza la jurisdicción ordinaria como en el caso anglosajón, o por jueces especializados dentro de la jurisdicción ordinaria o por una jurisdicción diferente y separada a la ordinaria como en el caso colombiano³⁴⁴. No obstante la influencia francesa señalada en el contencioso colombiano, particularmente en lo que tiene que ver con la existencia de un juez especializado, también se ha observado que el juez colombiano ha formado su propio carácter³⁴⁵.

Aunque se restablece el Consejo de Estado – con funciones contenciosas y consultivas - con la carta de 1886 es mediante el acto legislativo 3 de 1910 que se ordena la implementación de la jurisdicción, orden que se cumple con la expedición de la ley 130 de 1913 que asigna al Consejo de Estado el rol de máximo tribunal de lo contencioso administrativo. En la concepción de esta institucionalidad se observa como caracteres que identifican al juez colombiano: La separación de poderes bajo la idea de ser un juez que defiende el interés general; al lado de la separación de poderes también se identifica como característica del juez colombiano la necesidad de asegurar la independencia y la imparcialidad³⁴⁶. Igualmente, se atribuye al juez administrativo colombiano la creación de instituciones con base en su jurisprudencia – ya no en la ley- como el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado, pero se reconoce que el legislador provee por lo general de una actualidad legislativa que evita que el juez

³⁴³ GIL BOTERO, Enrique. La Constitución de 1991: poder judicial, principio democrático y novedades institucionales. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez; [Buenos Aires]: Depalma, 2011. p. 121.

³⁴⁴ También en Alemania existe una jurisdicción separada de la ordinaria pero no cumple funciones consultivas.

³⁴⁵ *Ibíd.*, p.124.

³⁴⁶ Gil Botero se refiere a la independencia judicial en términos de diseños institucionales (forma de designación de los magistrados, separación de la función consultiva y jurisdiccional, separación de la jurisdicción ordinaria) lo que correspondería a la visión constitutiva de la Constitución a la cual se hizo referencia en el punto 1.2.4.

deba hacer esfuerzos para justificar su competencia como generalmente ocurre en el caso francés.

De otra parte, el papel del juez administrativo puede ser observado desde el ámbito de protección que tiene a su cargo, así, en un primer momento en el derecho colombiano surge la posibilidad de controlar que las decisiones administrativas no violen la ley, sin que ello implique la protección de un derecho subjetivo³⁴⁷. Posteriormente “cambia el paradigma, y el contencioso administrativo se transforma en un sistema de protección de derechos subjetivos e intereses legítimos, abriéndose también la puerta (tímidamente) a la protección de los derechos fundamentales”³⁴⁸. “La finalidad y principal justificación de la creación de una jurisdicción contencioso administrativa (...) es la preservación de la legalidad, pero no de una legalidad formal sino incluyente de los derechos individuales de los ciudadanos”³⁴⁹.

Dentro de este contexto el papel del juez aparece fragmentado – en cuanto a la evolución de los múltiples objetos que ha ido asumiendo y los métodos de interpretación que usa para cada uno de ellos- haciéndose notoria la incidencia de los cambios en la concepción del derecho y los modelos de Estado-. Uno será el juez administrativo tradicional y otro, un juez administrativo con un lente constitucional. Lo llamativo de estos dos tipos, es que conviven simultáneamente en cabeza del mismo juez. A continuación se toma prestada la clasificación que efectúa Urueta³⁵⁰ para mostrar diversidad de roles que asume el juez administrativo.

³⁴⁷ Sin embargo, el contencioso objetivo no es reconocido expresamente en algunos ordenamientos jurídicos: “la mayoría de los ordenamientos realizaron una construcción que obedece al clásico concepto de derecho subjetivo, reconociendo que el interés individual se extiende, en el caso de una relación jurídico pública, a la defensa del derecho positivo” Gil Botero. p. 127. En Alemania por ejemplo la “Jurisdicción Administrativa se ocupa de la protección de los derechos subjetivos primordialmente, no de la protección de la legalidad de la administración (...) no hay ninguna acción popular el demandante siempre tiene que demostrar la violación de un derecho subjetivo”. GTZ/GIZ. Memorias del Foro Internacional en Derecho Administrativo: 27, 28 y 29 de agosto de 2008. Bogotá, Colombia. Fortalecimiento del Estado de derecho. 2010 p.98.

³⁴⁸ GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit., p. 129.

³⁴⁹ Ibid., p. 131.

³⁵⁰ URUETA, Manuel. Op. Cit., 466 p.

4.5.1 Juez administrativo de legalidad ampliada

En su papel originario el juez de legalidad es la expresión de la supremacía del legislador y de la ley en sentido formal. Es decir, el objeto de la jurisdicción contenciosa se enmarca en el control de legalidad de los actos administrativos. Al pasar la Constitución a ser fuente del derecho, se amplía esta idea de legalidad bajo el entendido de aceptar que el juez tenga posibilidad creadora del derecho y vaya más allá de la subsunción de la norma. En principio, el juez contencioso debe ajustar su control al marco normativo que las partes disponen, es pues, una jurisdicción rogada. Sin embargo se ha venido aceptando la posibilidad – restringida- de confrontar la decisión administrativa con normas que no han sido señaladas por la partes por ejemplo cuando el juez observa la vulneración de un derecho fundamental y en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado³⁵¹. Dentro de esta concepción de legalidad el juez – además de confrontar la decisión con el ordenamiento jurídico superior- puede ordenar la realización de prestaciones a favor del demandante como garante de los derechos subjetivos, así, puede “anular actos y contratos, remplazar o modificar la decisión de la administración cuando esto sea indispensable para conseguir el restablecimiento del derecho, imponer una obligación de hacer o prohibir determinado comportamiento”³⁵².

Esta tipología de juez entra en crisis con la Constitución de 1991. Al entrar en vigencia nuevas acciones constitucionales – populares, cumplimiento, tutela- se exige al juez nuevos instrumentos de interpretación y además “el rol hasta el momento desarrollado se moderniza al tener que aplicar normas con estructura de principio y al reconocer que, en algunos supuesto de hecho sometidos a su consideración a través de las denominadas acciones ordinarias, se admite la posibilidad de aplicación directa de normas constitucionales”³⁵³.

4.5.2 Juez administrativo de constitucionalidad

Con la Constitución Política de 1991 y la consagración de acciones constitucionales³⁵⁴ se generan nuevas competencias para el juez administrativo y

³⁵¹ Ibid., 136.

³⁵² Ibid., p.137.

³⁵³ Ibid., p.140.

³⁵⁴ En todo caso, Urueta señala que antes de 1991 el Consejo de Estado ejercía control constitucional de forma indirecta mediante la acción simple de nulidad de actos administrativos y de forma directa, con la excepción de inconstitucionalidad y mediante el control de los reglamentos constitucionales. Ibid., p. 324 – 328.

sobre todo, se abre un espacio para la interpretación y aplicación directa de normas constitucionales. Ante tal situación, el juez administrativo cambia el método de la subsunción por el de la ponderación y argumentación e igualmente, se convierte en garante de derechos fundamentales. De esta manera, los elementos que caracterizan al juez de legalidad se debilitan y relativiza su función. “Es en los pronunciamientos en sede de acciones populares en los que se ha presentado mayor desarrollo en la aplicación directa de normas constitucionales y en la asunción de decisiones mediante la metodología de la ponderación y de la argumentación”³⁵⁵. Así, el principio de justicia rogada, la legitimación procesal por activa y el principio dispositivo se atenúan dejando de ser requisitos indispensables para conocer y dar trámite a un asunto. Se le concede mayores herramientas al juez para impulsar los procesos, decretar de oficio medidas cautelares e impartir ordenes en la sentencia³⁵⁶.

Botero, en un estudio sobre el control de los actos administrativos mediante acciones populares encontró las más variadas posiciones que van de un extremo al otro (garantismo vs. rigidez formal). Sin embargo – en línea con el rol del juez administrativo de constitucionalidad señalado arriba- afirma que la “nulidad ha dejado de ser una sanción para proteger con exclusividad el bien jurídico de la legalidad formal, para convertirse junto con las acciones constitucionales y el mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad, en las herramientas con que cuenta el juez para dar cumplimiento concreto a la Constitución”³⁵⁷.

La anterior descripción sobre el rol del juez administrativo como juez de constitucionalidad, no ha sido pacífica ni muchos menos fácil de abordar por el juez administrativo tradicionalmente acostumbrado a ser juez de legalidad. Así, surge una nueva problemática sobre ¿bajo qué óptica debe el juez administrativo abordar el estudio de las normas constitucionales? ¿en qué se distingue el juez administrativo constitucional del juez constitucional propiamente dicho? ¿el nuevo rol del juez administrativo de constitucionalidad debería extenderse o permear la labor del juez administrativo de legalidad?. Para Quinche, existe una “fortaleza comprensiva de la Constitución desde el derecho administrativo” en cuanto la falta de mecanismos de control constitucional durante el siglo XIX favoreció una lectura

³⁵⁵ GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit., p.146.

³⁵⁶ Sobre las medidas que el juez puede adoptar en la sentencia, Gil Botero identifica tres posiciones doctrinales: 1. El juez puede definir cuál es la mejor manera de proteger el derecho 2. El juez no puede señalar cómo se protege sino que debe ordenarle a la administración que ella sea la que decida 3. El juez sólo puede definir cuál es la mejor manera de proteger el derecho si es la única forma de proteger el derecho. *Ibíd.*, p. 152.

³⁵⁷ BOTERO, Luis Felipe. *Acción Popular y nulidad de actos administrativos*, Bogotá: Legis. Universidad del Rosario, 2004. Citado por: PEÑA PORRAS, Diego. Op. cit., p. 113.

administrativa de la misma (...) dando prevalencia en el siglo XX a una la lectura de la parte orgánica en desmedro de la “carta de derechos”³⁵⁸. El principio de supremacía constitucional establecido desde la Constitución de 1886, sólo tuvo eficacia y aplicación a partir de 1991³⁵⁹ por parte de la Corte Constitucional³⁶⁰. Para la demostración de la tesis sobre “la lectura administrativa de la Constitución Política” este autor toma como objeto las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa frente a la interpretación y construcción de los derechos humanos y del bloque de constitucionalidad. Encuentra que se asume una actitud restrictiva y de rechazo frente a las tesis de la prevalencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional “desconociendo el valor de la cosa juzgada constitucional y el carácter normativo de la Constitución”³⁶¹. Se fortalece esta tesis al encontrar que la jurisdicción contenciosa avala el proceso que sigue el ejecutivo consistente en colocar a sus actos “ropaje de norma administrativa”³⁶² para evitar el control constitucional; y al asumir el control de los decretos de declaratoria de estados de excepción y de las resoluciones ejecutivas que expide el gobierno.

Con base en la anterior problemática también se ha querido demostrar³⁶³ “que la herramienta de la ponderación es el método de interpretación adecuado, útil y verdaderamente justo para la solución de conflictos entre principios en la jurisdicción contencioso administrativa (...) esto garantizaría una visión

³⁵⁸ “De allí que resulte comprensible que la carta de derechos de la Constitución de 1886, tuviese que ser incluida en el código civil (...) y que solamente hasta 1968 el derecho constitucional tuviese presencia orgánica en una de las salas de la Corte Suprema de Justicia”. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Op. cit., p. 152. En países como España la carencia durante muchos años de Constitución “llevó a un desarrollo considerable de las instituciones del Derecho Administrativo que, junto con los principios generales reconocidos por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal supremo, pasaron a cumplir una función garantística de las libertades y demás derechos fundamentales”. CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p.126.

³⁵⁹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Op. cit., p.153.

³⁶⁰ El principio de supremacía tiene implicaciones para la Constitución como norma jurídica: su aplicación directa; su capacidad de llenar la ley y los procedimientos de Constitución; de someter y determinar la vigencia de otras normas y su aplicación directa como resultado de conflicto entre la ley y la Constitución. Ibíd. p. 153-156.

³⁶¹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Op. cit., p. 160.

³⁶² Ibíd., p. 161

³⁶³ La tesis de maestría de la universidad del Rosario “La ponderación como técnica de solución al conflicto de principios en el Derecho Administrativo” plantea entre otras, las siguientes preguntas de investigación de relevancia para la nuestra: ¿el principio de legalidad está relegado como quiera que pasó a segundo plano en la actual principalística colombiana? ¿El principio de legalidad cómo se desarrolla en este nuevo estado de cosas? ¿El Consejo de Estado como máximo exponente de la jurisdicción contencioso administrativa cómo aplica estos novedosos principios? ¿El Consejo de Estado realmente utiliza, para argumentar sus fallos, los principios de la actual concepción de Estado, o sigue otorgándole la importancia de siempre al principio de legalidad como máximo representante del derecho administrativo? Ver: VEGA ARENAS. Johana. Op. cit., p. 20-22.

contemporánea del ordenamiento jurídico administrativo.³⁶⁴ Al respecto se ha encontrado que:

La Sección Tercera del Consejo de Estado realiza un análisis constitucional y principalístico al momento de fallar las acciones populares, pero cuando debe resolver sentencias ordinarias, esto es, reparación directa, laudos arbitrales, contractuales, nulidades, etc., regresa a la concepción legalista y exegeta típica del juez administrativo antiguo. Nos atrevemos a afirmar que el alto Tribunal sufre de “doble personalidad”, toda vez que el mismo juez se desdobra: por un lado, tiene una mentalidad abierta, constitucional, ponderada, proporcional y principalística para fallar sentencias constitucionales y de otro lado, una mentalidad cerrada, lególatra, exégeta, legalista y anticuada para fallar sentencias ordinarias.

Tal fenómeno es inexplicable e inconcebible, especialmente tratándose de una alta Corporación; inicialmente se podría justificar afirmando, que esto ocurre como respuesta a un novedoso régimen constitucional impuesto con posterioridad a la creación del Consejo de Estado, sin embargo, el derecho en general y el administrativo en particular, no puede mantenerse estático ante los cambios de perspectiva jurídica a los que lógicamente se ven sujetos los ordenamientos³⁶⁵.

En síntesis, los anteriores planteamientos permitirían afirmar que debido a las dos concepciones de juez administrativo anotadas – legalidad y constitucionalidad- se presentan divergencias en los métodos interpretativos que usa el juez administrativo y con ello se expresa la tensión entre dos modelos de Estado. Esto es, según el método interpretativo acogido por el juez se fortalece o se debilita un determinado modelo de Estado. Así mismo, el cambio del tradicional rol que asume el juez a causa de las acciones constitucionales incorporadas en la Constitución Política de 1991 – como norma jurídica-, conlleva a que la doctrina comience a reconocer el papel del juez administrativo en la creación del derecho y con esto, a reconocer “el paso de un Estado legislador a un Estado judicial”³⁶⁶.

De otra parte, se observa que la tendencia hacia uno u otro juez (de legalidad o de constitucionalidad) se relaciona en gran medida con la noción de Constitución (expresadas por Aguiló) que impere en la cultura jurídica. Así por ejemplo, cuando

³⁶⁴ VEGA ARENAS, Johana. Op. cit., p. 5. También pretende demostrar que el consejo de Estado aún es tímido a la hora de aplicar un método de ponderación novedoso (Ibíd., p.64). “Esta ponderación es la que determina cuál principio será aplicado en un caso determinado y cuál principio debe desplazarse para dar paso al principio con más peso. Igualmente dicha ponderación es la que soluciona la colisión de principios y es el juez quien debe realizar este proceso para determinar finalmente cuál principio se debe aplicar en un caso determinado” (Ibíd., p.29).

³⁶⁵ Ibíd., p. 87.

³⁶⁶ GIL BOTERO, Enrique. Op. Cit., p. 143

la noción de Constitución es primordialmente regulativa, se dará mayor espacio para que el juez de administrativo asuma un rol de juez de constitucionalidad; y cuando la noción sea constitutiva, el papel que se espera del juez será uno de simple control de legalidad.

4.5.3 Juez administrativo de derecho común

Esta tercera categoría es usada por el ex Consejero de Estado Manuel Urueta³⁶⁷ para referirse al juez administrativo que aplica derecho privado y que se explica como efecto de las tendencias privatizadoras en el derecho administrativo. Este tipo de juez no conforma un juez opuesto a los anteriores, pues podría integrarse tanto al juez de legalidad como al de constitucionalidad³⁶⁸. La problemática que parece surgir acá es ¿cuál es el papel del juez administrativo al interpretar el derecho privado? ¿cuáles principios tienen mayor peso en la interpretación teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho?. Sin embargo, y sin desconocer la importancia práctica que este tipo de juez supone para el análisis del modelo de Estado que se encuentra subyacente, se considera que este solo tema da para una investigación autónoma y profunda relacionada con las tendencias que desde hace años se ubicaron en la llamada “huida del derecho administrativo hacia el derecho privado”. Corresponde simplemente, para el objeto del presente estudio, poner de presente que en el modelo de Estado Constitucional el juez administrativo presenta características que le permiten defender la legalidad, la constitucionalidad y la lógica del libre mercado. Todo ello – entre mezclado en el mismo juez- supone una gran complejidad para la interpretación judicial y para el significado y norte del derecho administrativo.

De otra parte, al estar de por medio la aplicación del derecho privado por el juez administrativo, vale la pena mencionar que desde la visión económica del derecho (particularmente el movimiento derecho y economía)³⁶⁹ se afirma que el juez debe tomar sus decisiones basado en la eficiencia del mercado, esperando que tenga

³⁶⁷ URUETA, Manuel. Op. Cit., p.332

³⁶⁸ En este sentido se habla también de “constitucionalización del derecho privado” entendiendo que el juez en sus decisiones toma en cuenta principios constitucionales que debilitan la autonomía de la libertad y otros principios que defienden la lógica del libre mercado. Al respecto ver: VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia Bogotá: Editorial Temis, 2010. 192 p.

³⁶⁹ Movimiento originado en los años 60 con el trabajo de Ronald Coase sobre costos de transacción.

en cuenta la disminución de costos de transacción y la maximización de la riqueza. Desde esta perspectiva, como señala García Villegas “el derecho convierte al juez en un instrumento para perfeccionar el mercado”³⁷⁰ y por ende aparece una nueva oposición entre un juez que defendería el mercado y el principio de eficiencia económica (en defensa de la perspectiva neoliberal) y un juez administrativo de constitucionalidad que debe sopesar otros principios. Sin embargo estas discusiones han estado mayormente enfocadas en el impacto económico y social de las decisiones de los tribunales constitucionales que administrativos señalando que la lógica de la subordinación jurídica a la económica se impone en las reformas judiciales basadas en la necesidad entre otras, de “eliminar el activismo judicial en lo constitucional, para dar seguridad jurídica a los derechos de propiedad”³⁷¹.

La distinción entre juez de legalidad, juez de constitucionalidad y juez de derecho común facilita la explicación pedagógica acerca de las funciones y competencias jurisdiccionales del juez administrativo. Sin embargo también puede observarse como una expresión tanto de pérdida de especialidad del juez administrativo (que es uno de los fundamentos de su creación), como de la multiplicidad de expresiones interpretativas que utiliza el juez sin un eje transversal que lo caracterice. Por eso, aparece como fragmentado. Esto no significa que se deba esperar que el juez administrativo asuma una competencia restringida, sino más bien fortalecer un rol para el juez administrativo que permee tanto al llamado juez de legalidad, constitucional y el de derecho común. Bajo la situación descrita, sólo parece aceptarse el principio de “supremacía constitucional” – propio del modelo de Estado constitucional- cuando el juez administrativo actúa como “juez constitucional” (en acciones constitucionales), quedando el campo abierto para la aplicación e interpretación de otras fuentes del derecho cuando actúa como juez de legalidad. Con la ley 1437 de 2012 parecen abrirse nuevas posibilidades como se verá más adelante.

Lo anterior debe llevar a cuestionar si existen – desde la perspectiva de la interpretación judicial- dos modelos de Estado conviviendo en la jurisprudencia del juez administrativo, que finalmente sería el reflejo de la crisis del modelo actual

³⁷⁰ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. No sólo de mercado vive la democracia: el fenómeno del (in) cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo la justicia y la democracia. En: Revista de Economía Institucional, vol. 6, No. 10, primer semestre. 2004 p. 108

³⁷¹ *Ibíd.*, p. 109

donde luchan por posicionarse el Estado liberal de derecho y el Estado social y constitucional de derecho.

4.5.4 Iniciativas legales actuales para mitigar la fragmentación del juez administrativo

La segunda parte la ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” incorpora nuevos poderes para el juez con el objeto de fortalecen su rol y adaptarlo al modelo de Estado social de derecho. Sin embargo según señala, se trata de un rol excepcional; espera que sean la administración y el ciudadano los actores principales en la resolución de los conflictos. Al respecto se ha señalado que la iniciativa de esta nueva ley es lograr un juez más “suelto” para que actúe de igual manera a como lo hace en conocimiento de acciones constitucionales³⁷², de ahí que la ley establezca: la creación de un recurso extraordinario; el mecanismo de revisión; la figura de la extensión de jurisprudencia; el fortalecimiento de la función consultiva; la utilización de medios electrónicos; y la regulación que se hace de las medidas cautelares.

Del mismo modo, se observa una ampliación de los poderes del juez en la regulación que hace de la acción de nulidad por inconstitucionalidad la cual permite al Consejo de Estado declarar la nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional así como pronunciarse en la sentencia sobre las normas que a su juicio conformen unidad normativa con aquellas que declare nulas. Es decir que no debe limitarse a los cargos formulados en la demanda. Se observa entonces que la tendencia inicial ha sido la de considerar que el nuevo código significa el rompimiento de la justicia rogada que logre decisiones de fondo y evite el aumento de fallos inhibitorios³⁷³.

De otra parte, se ha señalado que “las distintas escuelas jurídicas encontrarán en el nuevo código elementos para justificar y ampliar sus marcos teóricos” en la

³⁷² ÁLVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 36.

³⁷³ CORREA PALACIO, Ruth Stella. Fundamentos de la reforma del libro segundo del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Op. cit., p. 94.

medida que desde cualquier teoría jurídica podrá ser justificada y abordada. Así por ejemplo se ha señalado que incluso el realismo jurídico tendría cabida al encontrarse con medidas para que se use la jurisprudencia del Consejo de Estado como fuente principal del derecho. Esto es, para el presente trabajo, la consagración de un elemento que facilita la expansión de la preferencia ideológica del juez (consciente o inconsciente) por determinado modelo de Estado³⁷⁴. Sin embargo, tal situación es negada al afirmar que toda esta confluencia de teorías lo que supone es una “trivialización ideológica” o “desideologización prima facie” del nuevo código. No se comparte esta afirmación por cuanto como ha quedado demostrado – Capítulo 1- desde la más positivista hasta la más crítica teoría del derecho admite una relación entre política y derecho que impide señalar una absoluta desideologización. Además, resulta paradójico señalar que entre haya más presencia y mezcla de varios elementos, éstos dejen de existir. Sin duda podrán transformarse o modificarse debido a las relaciones que entre estos se establezcan. Y si esto es así, lo relevante será entender cuáles son las nuevas relaciones y tensiones a las que el juez deberá enfrentarse.

La consagración de la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado en el nuevo código permite aportar nuevos argumentos para reconocer que el juez administrativo es un actor decisivo en la definición del papel del Estado y por ende, en la importancia de reparar en el modelo ideológico que sus decisiones expresan. Así, en la medida que su jurisprudencia se torna obligatoria, se logrará extender la preferencia ideológica que tenga el juez (consciente o inconsciente) por determinado modelo de Estado. A continuación se describe el desarrollo que se ha dado a la idea de la obligatoriedad de la jurisprudencia del juez contencioso administrativo.

³⁷⁴ ROJAS BETANCOURTH, Danilo. Legitimidad, validez y eficacia del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 441.

5. POSIBILIDADES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA PARA EXTENDER LA APLICACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En el anterior capítulo se pudo observar que el rol que asuma el juez administrativo es un elemento que expresa y a la vez potencia los modelos de Estado. De modo que su papel -que puede ser consciente o inconsciente-, influye en el debilitamiento o fortalecimiento del Estado Social y Constitucional de Derecho e incidiendo en las transformaciones del derecho administrativo desde una perspectiva judicial. La creación de derecho por parte del juez deberá comprenderse como parte del derecho administrativo y con ello dar una lectura “judicial” a las transformaciones del derecho administrativo. Esto corresponde a una visión dinámica en el sentido de considerar que el juez cuenta con herramientas – más ágiles- para actualizar con su interpretación el “derecho escrito” e ir al día con el cambio de la realidad social, política, económica³⁷⁵.

Estos efectos tendrán mayor relevancia, si se le concede al juez administrativo la posibilidad de crear derecho³⁷⁶. Es decir, en la medida en que la jurisprudencia tenga mayor grado de obligatoriedad y se reconozca que el juez tiene la posibilidad de crear reglas jurídicas, se logra un efecto expansivo en las decisiones y con ello mayor impacto (homogéneo) sobre la defensa o no de un determinado modelo de Estado. Ya no se trataría de un juez individual, sino de todos los jueces administrativos y de la administración pública siguiendo las reglas creadas por éste; que dinamizan o restringen los ideales que persigue el modelo de Estado constitucional y social de derecho. Es la concreción de la denominada dimensión vertical de la jurisprudencia que a su vez requiere la superación de la dimensión horizontal en donde el tribunal supremo no se contradiga en su propia jurisprudencia.

³⁷⁵ No obstante en un contexto de congestión judicial como el colombiano, debe reconocerse que es difícil pretender tal actualización. A veces podrá resultar más ágil la realización de una reforma normativa que la creación de reglas judiciales decantadas.

³⁷⁶ En Sentencia C - 836 de 2011. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL. La Corte afirmó que la función creadora del juez mediante su jurisprudencia se lleva a cabo a través de la construcción y ponderación de principios de derecho, que informan el ordenamiento jurídico a través de la tarea de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, y que es allí precisamente donde radica la importancia de la tarea del juez y del precedente judicial.

Sin embargo, cabe señalar que una visión opuesta consideraría que es a la misma ley a la que le corresponde actualizarse para regular la nueva realidad social, política y económica. En la primera mirada, hay una prevalencia del juez y en la segunda, de la ley. Esta última parece ser la que predomina en el contexto del juez administrativo colombiano, en donde es el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo el que ha comenzado a construir las bases para que las decisiones judiciales tengan un efecto vinculante y extensivo. Con esto se mantiene la tradición del derecho administrativo colombiano que ha sido visto como un derecho primordialmente legislado aunque igualmente nutrido y retroalimentado por los desarrollos jurisprudenciales.

5.1 DESARROLLOS RECIENTES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO JUDICIAL ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

No es del caso retomar toda la discusión doctrinal al rededor de si el precedente jurisprudencial debe o no ser tomado como fuente primaria³⁷⁷; se trata más bien de colocar en evidencia que cada día es más común hablar del derecho creado por el juez y construir herramientas judiciales que se orientan a hacer expansiva y obligatoria la aplicación del precedente.

Por lo demás, también debe ponerse de presente, que la posibilidad de hablar de un precedente judicial del Consejo de Estado se enmarca en la discusión que existe sobre la obligatoriedad o no de que el juez administrativo también obedezca el precedente constitucional. Frente a esto, el Consejo de Estado ha señalado que no es obligatorio en virtud del principio de autonomía funcional del juez. El Consejo de Estado en sentencia del año 2009, en donde trató el problema de si el retiro de las personas nombradas provisionalmente en cargos de carrera administrativa debe ser o no motivado, afirma que aplicar el precedente del

³⁷⁷ “Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar. Sobre el precedente y su fuerza vinculante ver: C-037 de 1996, T 175 de 1997, T-321 de 1998, T 566 de 1998 y SU 047 de 1999; C-836 de 2001

Consejo de Estado y no el de la Corte Constitucional no implica una vulneración a derechos en cuanto es dable “escoger entre los precedentes de las Corporaciones judiciales” pues “constituye una expresión legítima del principio de la autonomía funcional de los jueces”³⁷⁸. No es el espacio para resolver acá esta tensión, pero sí para hacer énfasis sobre la falta de coherencia interna que se presenta en el ordenamiento jurídico a causa de la posibilidad de escoger entre precedente contradictorios, que por lo general estarían respondiendo a modelos de Estado diferentes. Como se verá, aunque el nuevo CPACA incorpora directrices para que la administración y jueces siga sus precedentes, la respuesta de la Corte Constitucional al CPACA fue la de incluir en la interpretación de este código el precedente constitucional quedando aparentemente en la situación original: una tensión entre ambos precedentes.

Por otra parte, indagar un poco más en el campo del precedente administrativo puede resultar enriquecedor para el derecho administrativo por cuanto casi siempre estas discusiones se han dado en el campo del juez constitucional, dejando el rol del juez administrativo un poco alejado de sus implicaciones y aportes para el Estado constitucional. De esta manera, en lo que tiene que ver con el campo del juez administrativo se puede intentar la siguiente construcción:

5.1.1 La revisión eventual de sentencias por parte del Consejo de Estado para unificar su jurisprudencia

En la Sentencia C-713 de 2008 en la cual se efectuó la revisión previa del proyecto de ley estatutaria “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia” y que corresponde a la hoy vigente Ley 1285 de 2009, la Corte hace una importante aclaración sobre la imposibilidad que tiene el Consejo de Estado para actuar como tribunal de casación y en tal sentido, señala que no es válido que la revisión eventual (de fallos de acciones populares y de grupo) que realice el Consejo de Estado se pueda hacer para asegurar la protección de los derechos constitucionales fundamentales, ni para

³⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil nueve (2009).

ejercer el control de legalidad respecto de los fallos correspondientes. Únicamente es válido que realice tan revisión para unificar la jurisprudencia.

Consideró la Corte que la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado si bien es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa³⁷⁹ no lo es en estos dos propósitos que contemplaba el proyecto y que están relacionados con aquellos que son de la naturaleza de la casación en la jurisdicción ordinaria. “Las funciones que la ley puede atribuir al Consejo de Estado son sólo en su calidad de “Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo” y no como una “Corte de Casación”, pues en el diseño constitucional colombiano estas dos calidades no son asimilables en los términos que pretende hacerlo el proyecto bajo examen”. Y agrega la Corte que la revisión eventual que ejerce el Consejo de Estado no impide interponer acción de tutela contra la sentencia que se revisa, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión.

Finalmente, declara que también es procedente la revisión eventual para los procesos originados en el ejercicio de otras acciones de conocimiento de esa jurisdicción, por lo cual afirma que debe entenderse se trata de una competencia adicional del Consejo de Estado contra sentencias o providencias que pongan fin a un proceso que sean proferidas por los tribunales administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia, y sin que ello impida la interposición de la acción de tutela.

5.1.2 La aplicación del precedente judicial en materia administrativa

La Sentencia C - 539 de 2011 conoce la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 (parcial) de la Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”³⁸⁰. En ésta, la Corte entra a resolver si la norma

³⁷⁹ La idea de un Tribunal Supremo supone la búsqueda de una perspectiva de orden sistémico que pretenda integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley. Ver: Sentencia C-713/08. Corte Constitucional. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

³⁸⁰ El Artículo 114 señala: las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de

acusada viola los artículos 2º, 4º, 13, 83, 209, 230 y 241 de la Constitución Política al regular la aplicación del precedente judicial en materia administrativa, delimitando las entidades y materias a las cuales se debe aplicar, y al referirse únicamente al precedente judicial dictado por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Esta sentencia reitera distintas reglas jurisprudenciales que sitúan el panorama en el que se da la aplicación del precedente judicial en materia administrativa para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos y con ello el rol del juez administrativo en la construcción del precedente.

Entre estas reglas se resaltan las siguientes:

Aquellas que señalan el carácter vinculante del precedente de las altas cortes para todas las autoridades administrativas³⁸¹ y la obligación de interpretar las normas conforma a la Constitución y la ley:

- a. Todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley por expreso mandato constitucional lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes.
- b. El entendimiento del imperio de la ley a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales.

actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”(expresiones subrayadas demandadas).

³⁸¹ Incluso, la Corte ha reconocido que en los fallos con efectos inter partes, debe tenerse en cuenta que la ratio decidendi sí tiene efectos vinculantes “específicamente en cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional en materia de amparo tutelar frente a las autoridades administrativas, ha afirmado esta Corte que no son de recibo las razones de algunas autoridades administrativas para no aplicar el precedente judicial argumentando que las decisiones de tutela únicamente tienen efectos inter partes, y ha insistido al efecto que si bien es cierto que la parte resolutoria de una sentencia de tutela tiene efectos inter partes, no puede sostenerse lo mismo respecto de la ratio decidendi, la cual es el fundamento directo e inescindible de la decisión y en cuanto tal constituye una norma que adquiere carácter general, y por tanto su aplicación se convierte en obligatoria para todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, en aras de garantizar el derecho a la igualdad y el debido proceso”. Ver: Sentencia C- 539 de 2011 Corte Constitucional. M.P.: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA.

c. Todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley.

Aquellas que explica por qué las autoridades administrativas deben respetar el precedente judicial:

a. El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa; en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos; y en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley³⁸².

Observa la Corte sobre las autoridades administrativas, que éstas gozan de menor autonomía que los jueces a la hora de aplicar el precedente judicial pues su desconocimiento implica afectación de derechos fundamentales. Así, la reiteración de su jurisprudencia le permite señalar a la Corte que la aplicación del precedente judicial en materia administrativa para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, no puede ser asimilado completamente a la aplicación en materia judicial pues la autoridad administrativa tiene un “estricta” sujeción al precedente judicial. Tal grado estricto de sujeción al precedente permite señalar a la Corte que las materias que señala el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 no son taxativas, pues es la regla general que las autoridades deban acatar el precedente de las Altas Cortes en otros asuntos administrativos.

Finalmente, la Corte encuentra que en el tema estudiado se configuró una omisión legislativa y en tal sentido, la norma demandada debió incluir que la autoridad administrativa también debe tener en cuenta el precedente constitucional de la Corte Constitucional tanto en control abstracto como concreto de constitucionalidad. Aspecto último que lleva a declarar la exequibilidad

³⁸² Sentencia C - 539 de 2011. Corte Constitucional. M.P.: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA.

condicionada de la expresión “*que en materia ordinaria o contenciosa administrativa*” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010.

5.1.3 La relevancia de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo

El artículo 230 de la Carta Política colombiana está en el centro de la discusión cuando se trata de otorgar fuerza vinculante al precedente jurisprudencial. Diversas interpretaciones se han sostenido sobre este artículo. La Corte ha considerado que por “imperio de la ley” no debe entenderse la ley en sentido formal, sino también su interpretación y aunque hay una línea que desde 1995 comenzó a atribuir fuerza vinculante al precedente³⁸³, también se ha puesto de presente la diversidad de posturas que sobre la aceptación de esta jurisprudencia se reflejan en sentencias del Consejo de Estado, por ejemplo, sobre tutela contra providencias judiciales donde de manera opuesta y en la misma corporación, algunas decisiones aceptan la obligatoriedad del precedente y otras no³⁸⁴.

Con la expedición de la Ley 1437 del 2011, el legislador pareciera dar inicio a una comprensión si se quiere más homogénea sobre el carácter obligatorio del precedente judicial. Así, la ley 1437 de 2011 *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo (CPACA)* da un tratamiento relevante a la jurisprudencia del Consejo de Estado. En diversas partes del articulado incorpora nuevas categorías y herramientas tanto para la administración pública como para el juez administrativo a fin de garantizar la aplicación del precedente jurisprudencial. Se trata de un tema novedoso para esta jurisdicción,

³⁸³ “[la] percepción minimalista de la jurisprudencia en nuestro sistema de fuentes ha sido morigerada progresivamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir especialmente de las sentencias C-083 de 1995 y T123 del mismo año”. HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. La jurisprudencia en el nuevo Código. p. 237.

³⁸⁴ Tal situación puede observarse al comparar la Sentencia de la Sección Segunda del 2 de febrero de 2012 (Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado) con la Sentencia de la Sección Quinta del 26 de enero de 2012 (Consejera Ponente Susana Buitrago Valencia). Es de resaltar que la sentencia que acepta la tutela contra providencia por desconocimiento del precedente (sección segunda) se refiere a un precedente establecido por el Consejo de Estado, mientras que, la sentencia que no lo acepta (sección quinta) se refiere a un precedente establecido por la Corte Constitucional.

por cuanto el anterior Código -del año 84- no incluía tales categorías, pero en todo caso, un tema que ya comenzaba a construirse desde la reforma a la ley estatutaria (ley 1285 de 2009) y la ley 1395 de 2010 a las que se hizo referencia anteriormente. De esta manera, el CPACA termina por dibujar el esquema para garantizar que el precedente jurisprudencial sea aplicado por las autoridades administrativas.

Por lo pronto, sobre el nuevo Código sólo puede mirarse la “intención” de quienes participaron en su configuración y algunas de las consideraciones que la Corte Constitucional ha realizado sobre éste. Estudios posteriores deberán mostrar su correspondencia con la aplicación e interpretación del mismo. Así, sobre lo primero, Hernández Becerra³⁸⁵ considera que en el nuevo código se expresa la llamada constitucionalización del derecho administrativo y dentro de esto observa que hay un cambio en la cultura jurídica nacional que otorga la posibilidad de atribuir a la jurisprudencia un importante rol en la orientación de la actuación de las autoridades administrativas y en las decisiones de los jueces. Para el ex -miembro de la Comisión de Reforma, la jurisprudencia en el CPACA es un tema transversal que comunica la primera con la segunda parte del Código³⁸⁶. Señala que el CPACA “propone en cinco artículos (10, 102, 269, 270, 271), un práctico sistema de reglas que convierte a la jurisprudencia en guía segura para que el Estado de a los ciudadanos un trato más igualitario y justo”³⁸⁷. Este sistema de reglas estaría compuesto por (i) Las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado³⁸⁸ (ii) El deber que tienen las autoridades de dar aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia³⁸⁹; (iii) El deber que tienen las autoridades de extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado³⁹⁰.

En su redacción original – sin la interpretación que la Corte ha venido dando a estos artículos- las normas que incorporan estas reglas hacen énfasis en “las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado”, es decir, dando a entender que cuando se haga referencia a la “aplicación uniforme de la jurisprudencia” debe comprenderse no cualquier sentencia, sino únicamente las

³⁸⁵HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. La jurisprudencia en el nuevo Código. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 233- 244.

³⁸⁶ *Ibíd.*, 233.

³⁸⁷ *Ibíd.*, p. 235.

³⁸⁸ Ver artículo 270 del CPACA.

³⁸⁹ Ver artículo 10 del CPACA.

³⁹⁰ Ver artículo 102 del CPACA.

sentencias de unificación jurisprudencial. Esta tipología de sentencias ha sido prevista en el artículo 270 del CPACA expresando que aquellas son las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado: (i) por importancia jurídica; (ii) por trascendencia económica o social; (iii) por necesidad de unificar jurisprudencia; (iv) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y, (v) las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 el cual fue comentado anteriormente. Este artículo 270 fue declarado constitucional en sentencia C-588 de 2012.

En una primera lectura este articulado (arts. 10, 102, 269, 270, 271), permite cuestionar si el único precedente judicial vinculante para la autoridad administrativa y los jueces es el construido en este tipo de sentencias unificadas. Con la interpretación posterior que ha realizado la Corte se respondería que no, y que el campo “jurisprudencial” vinculante es mucho más amplio que el comprendido en estos artículos. Así, la sentencia C-634 de 2011 estudió el artículo 10 del CPACA y resolvió que las autoridades administrativas tendrán en cuenta junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. La Corte encuentra que frente a dicho artículo se configura una omisión legislativa, reiterando lo señalado en la sentencia C-539 de 2011 antes referida, considerando entonces que las autoridades administrativas deben tener en cuenta en la adopción de sus decisiones, no sólo las reglas de derecho expresadas por las sentencias de unificación que adopte el Consejo de Estado, lo cual resulta plenamente compatible con la Constitución, sino también la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y concreto. Esto tiene su fundamento en el principio de supremacía constitucional (art. 4º C.P.) y en los efectos de la cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.).

En igual sentido, en sentencia C-816 de 2011 la Corte se pronunció sobre el deber de las autoridades de extender la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, particularmente la extensión de los efectos de las sentencia de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado en la que se haya reconocido un derecho. En esta sentencia, se estudian los incisos 1º y 7º del artículo 102 y los declara exequibles condicionadamente, de modo que se entienda que las autoridades al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte

Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. A pesar de que el artículo 102 se encuentra en la primera parte del CPACA y por ende su énfasis está en las autoridades administrativas, la Corte reitera que la jurisprudencia tiene fuerza vinculante tanto para los funcionarios judiciales cuando se trata de los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, como para las autoridades administrativas. Observa entonces que también se configura la omisión legislativa y que debe aclararse que “el concepto de imperio de la ley al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales hace referencia a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos”³⁹¹.

Por otra parte, como forma de lograr la efectividad y respeto de las sentencias de unificación jurisprudencial, en la segunda parte del CPACA (sobre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo) se crea el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia con el fin de “asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida”³⁹². Es un recurso que procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos cuando la sentencia impugnada contrarie o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado. Aunque la importancia de los recursos extraordinarios en la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha sido puesta de presente por la doctrina e implementada por la legislación desde 1975, también se ha advertido sobre su ineficacia y dificultad en lograr su cometido: “cuando han existido se han desnaturalizado hasta el punto de convertirse en una especie de tercera instancia y en un elemento más promotor de la congestión judicial y del alargamiento excesivo de los procesos”³⁹³.

Un breve recuento sobre la evolución de los recursos extraordinarios, particularmente el de Súplica permite observar que paradójicamente lo que quedó planteado en el actual CPACA es muy similar a lo que en su momento el Consejo de Estado consideró incompatible con la Constitución de 1991. Así, la ley 11 de

³⁹¹ Sentencia C-816 de 2011. Corte Constitucional. M.P.: Mauricio González Cuervo.

³⁹² Ver artículos 256 – 258 del CPACA.

³⁹³ CHAÍN LIZCANO, Guillermo. El Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 374.

1975 en su artículo 2 establecía que el recurso de súplica procedía respecto de sentencias dictadas por las secciones en las que se acogiera – sin aprobación de la Sala Plena- doctrina contraria a alguna jurisprudencia. Esta norma pretendió modificarse con el Decreto 01 de 1984 (art. 197) mediante la incorporación del recurso de anulación, estableciendo como causal única la violación directa – por parte de la sentencia o autos interlocutorios- de la Constitución Política o de la Ley sustantiva (y no de la jurisprudencia). Sin embargo a causa de una sentencia de inexequibilidad de la Corte Suprema de Justicia se terminó reviviendo el recurso extraordinario de súplica y posteriormente con el Decreto Ley 597 de 1988 se derogó el de anulación.

Con la Constitución de 1991 el Consejo de Estado comenzó a considerar que el recurso extraordinario de súplica tal y como estaba previsto no era compatible con el artículo 230 de la Constitución, esto porque la jurisprudencia de la Sala Plena debía ser tomada como un criterio auxiliar más no como obligatorio³⁹⁴. Posteriormente el artículo 57 de la ley 446 de 1998 reformó este recurso señalando que éste procede por la violación directa de normas sustanciales, ya sea mediante su aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas³⁹⁵. En el año 2005 se deroga este recurso mediante la ley 954. Pero a pesar de la derogatoria – motivada principalmente en el mal funcionamiento del recurso-, es una constante reconocer la necesidad de contar con una herramienta que garantice la unificación de la jurisprudencia³⁹⁶. Tal necesidad puso de relieve este tema en la comisión redactora del actual CPACA, que según se observa, tenía la idea inicial de crear un recurso para unificar la jurisprudencia que incluyera como causal “la violación de normas sustanciales constitucionales – derechos fundamentales- y legales”³⁹⁷. Se intentó diseñar un recurso de casación en cabeza del Consejo de Estado pero la Corte constitucional declaró inexecutable tal artículo (mediante sentencia C-713 de 2008 antes referida) al considerar que el Consejo de Estado no puede cumplir funciones de Corte de Casación en cuanto éstas no fueron asignadas por el constituyente primario.

³⁹⁴ Ibid., p. 375.

³⁹⁵ “ El primero corresponde a que en la sentencia se aplique una norma que no corresponda 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”. Por estas causales este recurso fue asimilado a la casación civil.

³⁹⁶ Como se expresó en sentencia C- 180 de 2006.

³⁹⁷ ROMERO DIAZ, Héctor. El Consejo de Estado como Unificador de Jurisprudencia. En: Memorias Seminario Franco colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. p. 106.

Las anteriores referencias permiten observar que la unificación de jurisprudencia en la jurisdicción contencioso administrativa es un tema reconocido legalmente desde 1975 sin que ello significara el reconocimiento expreso de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial. Las posteriores reformas muestran que no puede hablarse de una tendencia constante en esta materia más bien, se trata de un tema no definido y de discusión actual como puede observarse en las posibilidades legales y constitucionales sobre el rol del Consejo de Estado como tribunal o no de casación. Esto, más que aclarar permite generar las siguientes inquietudes: ¿en qué medida la incorporación de un recurso extraordinario de unificación cuya única causal es la violación de una sentencia de unificación intenta recuperar el antiguo recurso de súplica del año 75? ¿las nuevas categorías que incorpora el CPACA son una expresión jurídica del modelo de Estado Constitucional?. Significaría lo anterior que el juez administrativo debe acercarse a la lógica del juez constitucional – no sólo cuando los jueces y corporaciones profieran decisiones de tutela o resuelvan acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales - y, si esto es así ¿cuál es el espacio propio del juez administrativo?.

Del texto original del CPACA y del posterior análisis efectuado por la Corte, se observan dos posiciones: la primera – tomada del texto inicial del CPACA- pretendería entender un juez administrativo cuya jurisprudencia es vinculante para el propio juez y para la administración, y la segunda – tras el análisis de exequibilidad de la Corte- entendería que a dicha fuerza vinculante de la jurisprudencia debe incorporarse además el precedente constitucional. Además, no existe una posición unificada ni pacífica al respecto, creando una encrucijada en las posibilidades que el juez administrativo tiene para expandir el desarrollo del Estado social y constitucional de derecho:

Tres posiciones han sido expuestas así:

Para el ex magistrado de la Corte Suprema Javier Tamayo Jaramillo, el asunto es claro: estas normas legalizaron lo que, por vía jurisprudencial, ya había tornado obligatorio la Corte Constitucional. En su opinión, la Ley 1395 introduce varias normas que intentan desarrollar legalmente la obligatoriedad de la jurisprudencia de las altas cortes, pero es el nuevo CCA el que se despacha a favor del precedente, al consagrar el recurso extraordinario de unificación. (...) Para Luis Fernando Álvarez, presidente saliente del Consejo de Estado, es importante tener en cuenta que el mecanismo de unificación de sentencias está más orientado a la administración que a los jueces: “El código, más que consagrar el precedente, que juega para el juez, obliga a la administración a aplicar las sentencias de unificación

que han salido del Consejo de Estado. Ahí hay una diferencia conceptual, por eso ni siquiera hablamos de precedente jurisprudencial” [y] Carlos Bernal Pulido tiene otra percepción (...) las nuevas normas sí implementan la fuerza vinculante de la jurisprudencia: “Con el recurso extraordinario de unificación, por ejemplo, se trata de crear un precedente claro, cuando hay disparidad de criterios³⁹⁸”.

5.2 PERSPECTIVA CRÍTICA DE LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE JUDICIAL: EL DEBILITAMIENTO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y EL ANQUILOSAMIENTO DEL DERECHO

A continuación se presenta brevemente la perspectiva crítica que existe sobre la obligatoriedad del precedente en la jurisdicción contencioso administrativa. Esto sin desconocer que obedece a una postura doctrinaria más amplia que integra distintas posiciones críticas sobre el rol del juez y el activismo judicial y que puede contextualizarse en los extremos presentes en las teorías antiformalistas³⁹⁹ y formalistas del derecho. Siguiendo a Diego López, no obstante el grado de diversidad en su interior, clasificarlas así provee la facilidad de explicar que las primeras han permitido incorporar al derecho colombiano categorías que no han estado en el texto legal tales como: la teoría del abuso del Derecho (josserand); la visión ampliada del precedente con posterioridad a la CP de 1991; la crítica a distinciones radicales entre fuentes primarias y secundarias (Pound); la imposibilidad de pensar en la plenitud del derecho y en la necesidad de una regla preexistente para todos los casos (Gény) y con ello, la facultad de darle libertad de decisión al juez⁴⁰⁰. Pero a estas tesis antiformalistas se oponen otras que pretenden asegurar una conformidad con el orden institucional y legalista. A continuación se hace una breve referencia a algunos de los argumentos expuestos para controvertir la tesis de la obligatoriedad del precedente que tampoco ha sido un tema tratado doctrinalmente respecto del juez administrativo, sin embargo, debido a las tendencias anteriormente vistas en la ley 1437 de 2011 resulta relevante indagar por éstas.

³⁹⁸ AMBITO JURIDICO. La obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley. En: ÁMBITO JURÍDICO. Bogotá, 4, febrero, 2012. p. 2. [en línea] Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/>

³⁹⁹ Una caracterización del antiformalismo sería aquel que lleva implícitas nociones como “renovación del derecho a la vida moderna” como estrategia retórica “modernidad u “nuevo”, “dinamismo”, decisiones jurídicas que pasan a explicarse por motivos de utilidad social o conveniencia y no por la existencia de textos o normas preexistentes.

⁴⁰⁰ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. 2 ed. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. 2006, p.269.

5.2.1 El precedente judicial administrativo: ¿vinculante u obligatorio?

Una posición minoritaria (tal vez aislada) pero perteneciente a la jurisdicción contenciosa, observa que en ésta los criterios jurisprudenciales han sido acogidos por la “persuasión y la razón” y no porque sean considerados obligatorios. Así lo expone Cerra Jiménez⁴⁰¹ magistrado del Tribunal del Atlántico. Como se ha señalado tales criterios fueron obligatorios hasta la expedición de la ley 446 de 1998 que modifica las causales de procedencia del recurso extraordinario de súplica - dejando de ser la violación de la *jurisprudencia* la única causal- e impone nuevas causales referidas a la violación de *normas*. La posterior eliminación del recurso en el año 2005 “demuestra que durante la mayor parte de la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, sólo el poder persuasivo de la razonabilidad ha hecho que la jurisprudencia del Consejo de Estado se acoja por la comunidad jurídica de los académicos, de los litigantes y, muy especialmente, por los tribunales y juzgados, con convicción y respeto, sin que haya sido necesaria la coerción”⁴⁰².

Agrega el citado autor que la sentencia C-836 de 2001 que otorgar valor obligatorio a la jurisprudencia, no es aplicable a la Jurisdicción Contencioso Administrativa ya que la ley que se revisa en dicha sentencia se refiere únicamente a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación y porque la figura de la “doctrina probable” es concebida en la jurisdicción ordinaria y no en la contenciosa⁴⁰³. Haciendo una distinción entre precedente obligatorio y precedente vinculante señala que “a lo que obligaría a la jurisdicción contencioso administrativa las reflexiones consignadas en la sentencia C-836 de 2001 es a considerarlas, es decir, a no desconocerlas o ignorarlas, es decir, a tenerlas en cuenta en su análisis, a fin de preservar el principio de igualdad y el derecho a la seguridad jurídica”⁴⁰⁴. Señala como positivo, el hecho de ser el Consejo de Estado el Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo y no un Tribunal de Casación, pues esto último limita el número de asuntos que debe revisar. Esta posición es contraria a otras encontradas en magistrados y ex magistrados del Consejo de Estado que al contrario, reclaman la importancia de ver en dicha corporación un Tribunal de Casación susceptible de contar con los recursos de

⁴⁰¹ CERRA JIMENEZ, Luis Eduardo. Valor persuasivo del precedente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia. sf. 23p. Disponible en: <http://consejodeestado.gov.co>

⁴⁰² *Ibíd.*, p. 6.

⁴⁰³ *Ibíd.*, p.7 .

⁴⁰⁴ Sentencia C-634 de 2011. Corte Constitucional. M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

casación y de conocer pocos y representativos casos que sirvan de parámetro interpretativo para las instancias inferiores.

De lo anterior se tendría entonces que para la jurisdicción de lo contencioso administrativo la categoría “precedente obligatorio” no es admisible. Las nuevas normas que trae el CPACA y que en el anterior acápite fueron referidas como un paso hacia la obligatoriedad del precedente para la autoridad judicial, es considerado por este magistrado como obligatorio pero sólo para las autoridades que cumplan funciones administrativas. Señala Cerra Jiménez, refiriéndose al artículo 114 y 269 del CPACA que “desde el punto de vista legal tampoco el nuevo ordenamiento extiende a las autoridades judiciales, específicamente a las de la jurisdicción contencioso administrativa, la obligatoriedad del precedente originado en providencias del Consejo de Estado”⁴⁰⁵. Se tiene entonces que son las autoridades en ejercicio de funciones administrativas, las obligadas a acatar el precedente del Consejo de Estado plasmado en las sentencias de unificación, no así el juez donde “históricamente el precedente ha tenido carácter meramente persuasivo, y ahora, a lo sumo vinculante considerativo, pero no obligatorio”⁴⁰⁶.

5.2.2 El precedente obligatorio limita la discrecionalidad judicial y es violatorio del artículo 230 de la Constitución Política de 1991

Se ha señalado como argumento en contra del precedente obligatorio para las autoridades judiciales que el efecto de tal obligatoriedad iría en detrimento del desarrollo del derecho y de su evolución. Por esto, y en respuesta a tal cuestión, se ha considerado en Sentencia C-836/01 que el juez tiene la posibilidad de apartarse del precedente exponiendo clara y razonadamente los fundamentos de su decisión⁴⁰⁷.

En la discusión sobre la obligatoriedad del precedente subyace una tensión entre seguridad jurídica y discrecionalidad judicial. El primer principio sirve de

⁴⁰⁵ Ibid., p.19.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 21.

⁴⁰⁷ En el mismo sentido se ha expresado que “las sentencias de unificación del Consejo de Estado no serán una camisa de fuerza para el juez: “Si el juez encuentra argumentos que le permitan apartarse, puede hacerlo, siempre y cuando encuentre fundamentos de hecho y de derecho. Pero también es importante que tenga unos lineamientos que le permitan saber para dónde va”.. AMBITO JURIDICO. Op. Cit., p. 3.

fundamento para avalar la obligatoriedad del precedente, pero a su vez, impide el desarrollo argumentado de diversas posturas jurídicas. Así por ejemplo, se ha señalado que

la obligatoriedad de la jurisprudencia limita la discrecionalidad judicial. (...) la idea de que el juez no tuviera discrecionalidad para la resolución de los conflictos partía de la concepción de “nulo poder” del órgano jurisdiccional, cuyo fin político último era garantizar una posición neutral del juzgador para convencerlo de que no creaba, sino que era un simple aplicador del derecho. Esto tuvo sentido en el Estado liberal del siglo XIX, pero no en el Estado constitucional actual. Un juez que se encuentre maniatado por la obligación de aplicar la jurisprudencia superior es un juez que no puede crear derecho, es un regreso al juez del absolutismo francés⁴⁰⁸.

De esta manera, un sistema que permita el precedente obligatorio tendría un mayor desafío de saber cómo reconocer dentro de la gama de posibles respuestas “correctas”, aquella que sea válida en determinado momento y contexto.

De otra parte, lo establecido en los artículos del CPACA (10, 102, 269, 270, 271), puede ser visto como contrario al artículo 230 de la Constitución Política pues es un asunto que al menos doctrinalmente, no es del todo pacífico, además porque después de todo, el artículo 230 no ha sido modificado. Tal posición es asumida por Tamayo Jaramillo al señalar que “las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, en forma expresa, legalizaron lo que ya por vía de jurisprudencia había tornado obligatorio la Corte Constitucional”⁴⁰⁹ y más adelante señala “la obligatoriedad consagrada en la Ley 1437 es inconstitucional porque viola lo dispuesto en el artículo 230”⁴¹⁰.

Así, si bien la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de estos artículos avalando su compatibilidad con la Constitución, se observa que existirían dos posturas: (i) el precedente sólo es vinculante para las autoridades administrativas o (ii) el precedente es vinculante para las autoridades administrativas y para las autoridades judiciales. Una u otra opción tiene gran

⁴⁰⁸ NIETO CASTILLO, Santiago. Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución Mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional. En: VALADÉS y CARBONELL. El proceso constituyente mexicano. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2007. p. 706 [en línea] Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/09santiago-nieto-jurisprudencia-e-interpretacion-juridica.pdf>

⁴⁰⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Decisión Judicial. Tomo II. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike. p. 1795.

⁴¹⁰ Ibid., p. 1803.

trascendencia, en cuanto ello influirá en la interpretación que asuma el juez administrativo tanto cuando conozca de acciones constitucionales como de las acciones ordinarias.

De todas formas debe tenerse en cuenta que ésta no es una discusión nueva, diversos argumentos se han dado a favor⁴¹¹ y en contra del precedente judicial vinculante para el juez administrativo. Además de ser un asunto relacionado con el artículo 230 de la Constitución, subyace a éste la tensión entre modelos o tradiciones jurídicas y la tensión entre la primacía de la Constitución – amparada por un tribunal constitucional- frente a un modelo contencioso administrativo tradicionalmente basado en la legalidad. Vale la pena preguntarse si con la formulación que trae el CPACA se resuelven estas tensiones o más bien se acentúan.

5.2.3 El precedente obligatorio usurpa las competencias de los otros poderes públicos

El debilitamiento del principio democrático es una crítica generada principalmente en los estudios sobre la revisión judicial y la supremacía judicial pertenecientes al denominado constitucionalismo popular⁴¹² el cual considera que “el gobierno le pertenece al pueblo antes que a sus representantes, y mucho menos antes que a la justicia”⁴¹³. Así, aunque es una tendencia enfocada generalmente en el juez constitucional, en lo que respecta a este estudio vale la pena trasladar la discusión al juez administrativo colombiano debido a los recientes cambios legales que se incorporan y que pretenden fortalecen su rol para vincular con sus decisiones a otros jueces y a las autoridades administrativas. ¿Significa esto que el juez

⁴¹¹ En aclaraciones de voto del Consejo de Estado por ejemplo, se ha llamado la atención sobre la necesidad de reconocer fuerza vinculante a lo que denomina “antecedentes jurisprudenciales” como mecanismo de garantía de igualdad. “Doctrinalmente ha dado en denominarse “regla de la universalización” o “regla de la universalidad” y ella se conecta, directamente, con la exigencia de respeto o la fuerza vinculante del precedente, que coincide con el denominado por Chaim Perelman «principio de inercia»; principio-derecho a la igualdad; la buena fe y la confianza legítima. Ver: Aclaración de voto. Mauricio fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera - Consejero ponente: Ramiro Saavedra becerra - 4 de marzo de 2008.

⁴¹² Se agrupan dentro de esta tendencia Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet o Jeremy Waldron.

⁴¹³ “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The people themselves de Larry Kramer”. En: Revista de Libros n. 112, abril 2006 , Madrid, España. p. 1.

administrativo – más exactamente el Consejo de Estado- podrá ser creador de normas y reforzar el anotado debilitamiento democrático?

Igualmente adquieren importancia estas críticas desde la perspectiva de la supremacía judicial, en cuanto como se anotó, los últimos pronunciamiento jurisprudenciales sobre el nuevo CPACA – al encontrar una omisión legislativa- incorporan y dan preferencia al precedente constitucional sobre el del juez administrativo. Esto pone de presente el enfrentamiento que se viene dando en Colombia entre el precedente administrativo y el precedente constitucional, pero más allá, su importancia también radica en que las diferencias entre unos u otros precedentes judiciales estarían orientando y fortaleciendo modelos de Estado distintos.

Desde la doctrina colombiana, Tamayo Jaramillo afirma que la Corte Constitucional colombiana al acoger en sus decisiones la “teoría de la interpretación evolucionista de valores”, termina creando normas que remplazan la Constitución del Estado de derecho. Señala que en la jurisprudencia constitucional hay una serie de contradicciones: “la teoría de justicia verdadera sirve cuando la Corte la necesita para fallar algún caso que contradice las normas legales y constitucionales, y en cambio acude al formalismo literalista y al originalismo cuando los intereses políticos le exigen cambiar un precedente constitucional, pacíficamente establecido por la misma Corporación”⁴¹⁴. Esas críticas, se orientan a llamar la atención sobre la creación de normas por parte de los tribunales, que no debe corresponder al juez ya que es una función que le pertenece únicamente al legislador. Observa Tamayo que aunque las decisiones judiciales “parezcan justas a buena parte de la sociedad, atenta contra el Estado social de derecho, pues no respeta el principio de legalidad y en no pocas oportunidades, por repartir directamente por vía de tutela los recursos del Estado, atenta contra la igualdad del principio solidarista de nuestra Constitución escrita”⁴¹⁵.

En definitiva, bajo esta tesis, la creación de derecho es vista con recelo por su potencial puesta en jaque del principio democrático y de la separación de poderes así como a la falta de sumisión de los poderes públicos “a la ley y al mundo normativo en general”⁴¹⁶ pudiendo incurrir en lo que denomina un totalitarismo judicial al imponer un particular valor de justicia. El protagonismo del juez debe estar restringido bajo el entendido de estar la ley acorde con Constitución – formal

⁴¹⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier . Op. Cit., Ibíd, 1321.

⁴¹⁵ Ibíd, p. 1311.

⁴¹⁶ Ibíd., p. 1311.

y material- y por ello el juez solo se debe limitar a interpretarla sin desconocerla, en cuanto por principio ya está constitucionalizada⁴¹⁷.

En la crítica expuesta por Tamayo se reconoce la existencia de una posición ideológica⁴¹⁸ en la jurisprudencia constitucional, contenida en lo que denomina interpretación valorista que según él, diluye el principio de seguridad jurídica, de separación de poderes, de Estado de derecho y de legalidad. A esta posición ideológica contraponen lo que denomina una posición racional en la toma de decisiones judiciales en la que el juez no modifica normas, ni las desconoce ni crea nuevas. Lo anterior permite observar que, más allá de las críticas a la obligatoriedad del precedente per se, el método de interpretación que asuma el juez es un factor que influye en la aceptación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia. A su vez, el método de interpretación que se utilice será la expresión y orientación del modelo de Estado imperante. Esto permite afirmar que el método interpretativo asumido por el juez es definitivo para la sobrevivencia de un determinado modelo de Estado⁴¹⁹: ¿Qué sucede entonces si el juez administrativo y el constitucional utilizan diferentes métodos interpretativos? Y si tanto la jurisprudencia administrativa como la constitucional son obligatorias para las autoridades administrativas ¿cuál modelo de Estado servirá de guía a su actuación?.

No se trata de defender la labor de un juez activista, es tan activista el juez que decide sin referencia a la norma y sólo en valores, que aquel que fundado en la norma escrita la interpreta como si esta fuera inamovible y estática. No se trata de considerar como dice Tamayo que “las premisas de la Corte están basadas en sofismas, al suponer que para que haya Estado social de derecho y no simplemente Estado liberal de derecho, se hace imprescindible el activismo legislativo de los tribunales constitucionales y el desconocimiento de la ley formal (...) “solo las tribus primitivas pequeñas y los totalitarismos de izquierda o de derecha desconocen el principio de legalidad, y se apoyan en la ideología de la justicia del régimen⁴²⁰.

⁴¹⁷ Ibid., p. 1333.

⁴¹⁸ Bajo otro tipo de interpretación que no sea la semántica, se deja en manos del interprete lo que Tamayo denomina la posibilidad de cambiar las normas “dentro de la ideología política de los interpretes”. Y por eso ve en el precedente un arma de lucha política.

⁴¹⁹ Señala Tamayo que ante una interpretación no ajustada a la semántica de la norma, sino basada en “apreciaciones axiológicas” se pone en entre dicho la supervivencia del Estado de derecho.

⁴²⁰ Ibid., p.1327.

Una de las respuestas dadas a la crítica sobre la falta de legitimidad de la creación de derecho por parte de los jueces expuesta por Sanchís, señala que “el derecho judicial presenta una legitimidad indirecta, mediatizada y, en definitiva, débil” pero que se encuentra fundamentada en la Constitución e incluso nombrada como “poder” en la Constitución española⁴²¹ (también en la colombiana art. 113 es nombrada como rama del poder público). Para este autor la legitimidad viene dada de las condiciones y requisitos que impone la Constitución para el desarrollo del poder judicial. Así, “el cumplimiento de tales requisitos compensa, en la ideología constitucional, el reclutamiento no democrático de la judicatura”⁴²² Fortaleciendo el argumento Sanchís agrega – citando a Kelsen- que el proceso judicial puede ser visto como una forma de participación ciudadana en la producción del Derecho. En igual sentido, el derecho de acceso a la justicia además de ser un derecho fundamental, puede ser también visto como una forma de legitimación de la administración de Justicia⁴²³.

Igualmente, frente a la crítica que se hace sobre el déficit democrático de los jueces en la creación de Derecho se ha presentado como argumento a favor de la fuerza vinculante, el tener presente que el juez viene a llenar un espacio que no puede ser ocupada por el legislador. La jurisprudencia tendría carácter unificador que otorga certeza y seguridad al aplicar el derecho. Ahora bien, como precisamente el mundo de los textos legales puede hacer surgir diversidad de criterios y enfoques jurídicos que puede llevar a tesis contrapuestas, resulta más conveniente que exista un criterio común. Así, “ es más democrático que la jurisprudencia del Tribunal Superior fije un criterio uniforme y vinculante para los tribunales inferiores, pues entonces el Parlamento puede ‘dialogar mejor’ con el poder judicial”⁴²⁴

Finalmente, y tal vez la respuesta más relevante para el presente estudio, es la de considerar que el juez “encuentra en el cumplimiento de la Constitución y de la ley el fundamento primero de su legitimidad”⁴²⁵. Con esto, queda por fuera una legitimidad sometida únicamente a valores, pero que en todo caso no desconoce una actitud creativa y dinámica del juez – actividad política- cuya interpretación

⁴²¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. Cit., p. 119.

⁴²² *Ibíd.*, p. 119.

⁴²³ *Ibíd.*, p. 119.

⁴²⁴ FERRERES, Víctor y XIOL, Juan Antonio. El carácter vinculante de la jurisprudencia. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2009. p. 68.

⁴²⁵ *Ibíd.*, p. 124.

(cuando no pueda ser justificada con la simple subsunción) deberá ser inferida razonablemente de la ley y la Constitución⁴²⁶.

5.3 LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL COMO HERRAMIENTA POLÍTICA

Los recientes desarrollos que se han dado en Colombia con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) para fortalecer el rol de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, consolidan aún más, a pesar de las críticas, la posibilidad de que los jueces, ahora los administrativos, puedan crear derecho. En un país como Colombia perteneciente a la cultura jurídica continental europea, llevar a Ley la obligatoriedad del precedente logra un mayor seguimiento a la figura por parte de los operadores judiciales. Sin embargo, aunque la ley incorpore la fórmula del “precedente judicial” no significa que se actúe en desarrollo de un Estado constitucional de derecho en su sentido pleno. Y esto es así, porque un precedente judicial basado en una interpretación tradicional y otro basado en un método de ponderación, tiene el potencial de orientar modelos de Estado diferentes. Ese potencial es lo que lleva a plantear la interpretación judicial como una herramienta política que al tomar la forma de precedente obligatorio logra expandirse y servir de fundamento (reglas) en la toma de decisión políticas, administrativas y judiciales. De modo que la imparcialidad del juez no implicaría el desconocimiento de un contenido político en sus fallos⁴²⁷.

Aunque no suele encontrarse una postura política explícita en las decisiones judiciales, pues para ello diversas teorías jurídicas sirven de manto protector, López Medina ha identificado dos posiciones subyacentes a las reformas que proponen el incremento del papel de la jurisprudencia en la resolución de casos y ahora en la toma de decisiones administrativas. Una primera posición plasmada por el “Nuevo Derecho”⁴²⁸ que tiene por objeto un fin redistributivo, y una segunda planteada por el “proyecto internacional de reforma judicial” que pretende la

⁴²⁶ *Ibíd.*, p. 121.

⁴²⁷ LOPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Op. cit., p. 330.

⁴²⁸ Desde la perspectiva constitucional se señala que el “nuevo derecho” pretendía “la extensión y profundización de los derechos civiles, sociales, económicos y culturales que la Constitución establecía”. *Ibíd.*, p. 330.

seguridad jurídica del inversionista extranjero⁴²⁹. Esto confirma aún más que la obligatoriedad de la jurisprudencia no expresa en sí mismo un determinado modelo de Estado aunque sí tiene un gran potencial para orientarlo.

La postura crítica asumida por Tamayo permitiría afirmar que la única interpretación no ideologizada es la semántica, por lo cual, sería la única interpretación defensora de Estado de derecho. Sin embargo, creer en esta postura implica concebir el Estado como uno carente de ideología, separado de la política y contrario a la tendencia actual observada en el rol de juez del Estado constitucional de derecho al que se hizo referencia anteriormente (ver capítulos 1,2,y 3). Se trata más bien de entender que esta crítica se enmarca en la oposición que plantea el “tradicionalismo” al “nuevo derecho”⁴³⁰ y que en el fondo, siguiendo lo señalado por López Medina “el control de las fuentes del derecho es una confrontación con contenido político entre ramas del poder público y, detrás de dichas ramas, entre formaciones sociales con maneras alternativas de entender el Estado y la sociedad en la que cada grupo interesado usa recursos político- constitucionales para modelar a su favor los contornos del sistema”⁴³¹.

De esta manera recuerda López Medina que frente a la interpretación literalista propia de un derecho legislado, que es situado en una vertiente conservadora, “el sistema jurídico ha buscado ventanas antiformalistas en otras fuentes del derecho” sin embargo, “la vasta mayoría de sentencias judiciales [constitucionales] en Colombia en el siglo XX constituyen un ejemplo de un sistema jurídico legocéntrico, positivista y conceptualista” identificándose excepcionalmente sólo dos momentos en que la jurisprudencia se ha mostrado más progresista y permeable al “cambio social ideológico”: el período que va de 1936 a 1940 y el período que inicia en el año 1991.⁴³² También el derecho legislado ha tenido ciertos momentos extraordinarios de producción progresista pero regularmente, éste se ha caracterizado por acudir a una interpretación literalista que requiere un texto legislado; la codificación de las principales materias jurídicas bajo la idea de plenitud; y la consideración de que los códigos no requieren ajuste y adaptación a los cambios sociales⁴³³.

⁴²⁹ Ibid., p. 331.

⁴³⁰ Según Diego López Medina las críticas del tradicionalismo al nuevo derecho se agrupan así: la dificultad contra mayoritaria; el respeto que la jurisprudencia deben tener hacia las decisiones políticas; el carácter auxiliar de toda la jurisprudencia y; la idea de basar la hermenéutica constitucional en el originalismo interpretativo. Ibid., p. 327.

⁴³¹ Ibid., p. 268.

⁴³² Ibid., p. 297.

⁴³³ Ibid., p. 297.

Lo anterior permite concluir que la jurisprudencia y la ley se mueven tanto en tendencias antiformalistas como formalistas por lo que no siempre la jurisprudencia debe agruparse en el primer grupo, ni la Ley en el segundo.⁴³⁴ A su vez, esto permitirá afirmar que no por el hecho de consagrar la obligatoriedad de la jurisprudencia en el CPACA se está actuando conforme a tesis antiformalista o formalistas; será en la interpretación judicial en la que se pueda observar esta tendencia y establecer si la jurisprudencia consagra caminos más o menos progresistas y servir así como herramienta política.

⁴³⁴ *Ibíd.*, p. 298.

6. ELEMENTOS METODOLÓGICOS PARA DETERMINAR EL MODELO DE ESTADO QUE SUBYACE A LAS DECISIONES JUDICIALES

Lo señalado en los anteriores capítulos (cuarto y quinto) permite afirmar que en la tensión entre el juez administrativo y el juez constitucional colombiano se observa una discusión sobre a cuál de las jurisdicciones le corresponder definir el papel del Estado. Como señala Alviar⁴³⁵, muchas de las tensiones jurídicas tienen de fondo una discusión ideológica sobre el papel del Estado. Esto lleva a plantear la posibilidad de efectuar un análisis ideológico de la jurisprudencia y con ello, la importancia de establecer una metodología con el fin de obtener una tendencia sobre cuál es el modelo de Estado que consciente o inconscientemente termina siendo apoyado por las decisiones del juez administrativo.

Los estudios doctrinales que ponen de presente las tensiones entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, o que califican como polémicas algunas interpretaciones que el juez administrativo hace sobre los principios del Estado constitucional, sirven de marco para visualizar varios objetos de estudio sobre los cuales se podría usar tal metodología. Por ahora en lo que se refiere a este estudio, se tomará la figura de la suspensión provisional no para convertirlo en el centro de esta investigación, sino de aportar un argumento más al reconocimiento de un juez administrativo que con su interpretación potencia o debilita un particular modelo de Estado. Para enfocar este tema al ámbito jurídico, los referentes directos del análisis se delimitarán en dos de los modelos anteriormente expuestos: el Estado liberal de derecho y el Estado social y constitucional de derecho. De esta manera, corresponde ahora plantear la siguiente pregunta: ¿cómo puede determinarse metodológicamente que el juez administrativo defiende consciente o inconscientemente un determinado modelo de Estado?. Como se dijo en la introducción del presente estudio, el uso del término “consciencia/inconsciencia” reconoce la imposibilidad de conocer el fuero interno del juez y descubrir su ideología, no se pretende hacer un estudio psicológico, sino de identificar patrones y posibilidades en el comportamiento del juez que lo inclinan a un modelo de Estado en particular.

⁴³⁵ ALVIAR GARCIA, Helena. ¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado Social de Derecho?. En: Revista de Derecho público. Febrero de 2009. No 22, p. 1-17. [en línea] Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=22&idarticulos=188&tipos=Articulos>

De esta manera, una metodología para efectuar un análisis de la jurisprudencia permitirá identificar e interpretar patrones que se identifiquen con una preferencia ideológica. Así, la pregunta planteada puede ser resuelta por medio del trabajo que presenta Courtis⁴³⁶ en el cual se propone una metodología para el análisis ideológico del derecho.

Tener en cuenta los lineamientos metodológicos que este autor señala permiten además integrar los elementos descritos en los anteriores capítulos y fortalecer el componente práctico de este estudio. En lo que sigue, se tomarán los planteamientos de este autor relacionados con el análisis ideológico de la jurisprudencia sin pretender abordar el papel que ocupa la ideología en el derecho (aspecto que en este estudio se delimita a los modelos de Estado) sino para conocer cuáles elementos de partida son útiles en el análisis de la jurisprudencia desde una perspectiva ideológica, concretamente, respecto de la influencia de los modelos de Estado en una decisión judicial.

6.1 LA JURISPRUDENCIA COMO OBJETO SUSCEPTIBLE DE ANÁLISIS IDEOLÓGICO

Courtis ofrece una clasificación sobre el término “ideología” con el ánimo de orientar el desarrollo de la investigación jurídica. Propone la existencia de una concepción descriptiva o neutra y de una concepción crítica o negativa de ideología. Para ambas concepciones la ideología es “un modo de ver, aprehender, interpretar, valorar, simbolizar o producir significado sobre la realidad, el mundo o al menos alguna parte de ellos”⁴³⁷; pero la primera concepción pretende mostrar la existencia de pluralidades ideológicas, hacer explícito su contenido y contrastar los diversos puntos de vista; y la segunda tiene por objeto evaluar las distintas visiones o interpretaciones entendiendo que la ideología constituye un modo sesgado de interpretar de la realidad⁴³⁸.

Pero ¿de qué forma se introducen estas dos concepciones en el análisis jurídico?. Courtis reconoce tres niveles discursivos en los que hay lugar a introducir estas

⁴³⁶ COURTIS, Christian. Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 349-392.

⁴³⁷ Ibid., p.350.

⁴³⁸ Ibid., p. 350.

categorías. El primero estaría formado por las normas jurídicas, el segundo, por el producto discursivo de los operadores del derecho tales como los jueces en sus sentencias judiciales y el tercero estaría conformado por la labor de los juristas en la creación de la doctrina jurídica. El segundo nivel, el de los operadores jurídicos, está directamente relacionado con el tema de este estudio y su ámbito se circunscribe a “la construcción de decisiones cuando median espacios de indeterminación o discrecionalidad en la interpretación de normas que aquellos operadores están llamados a aplicar”⁴³⁹. Así, se trata de efectuar un análisis del discurso jurídico que para mantener su utilidad no debe analizarse con excesiva generalidad ni con excesivo detalle⁴⁴⁰.

La aplicación de la concepción descriptiva o neutra de la ideología al ámbito jurídico, particularmente al discurso jurídico, implica considerar que las decisiones tomadas por un juez responden a una concepción ideológica más extensa. Esto sería, “los casos de frustración ideológica encarnada por la norma aplicada a partir de interpretaciones judiciales que modifican, desplazan o sencillamente niegan su sentido”⁴⁴¹ por ejemplo, cuando no se aplica una ley por parte de los jueces (Courtis se refiere al desconocimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia argentina de una ley que derogó la exención del pago de un impuestos a los magistrados). Según el citado autor “todo caso en el que los jueces ejercen algún poder interpretativo frente a opciones significativas que derivan de la indeterminación del orden jurídico puede ser reconstruido a partir de su conexión con una concepción ideológica más amplia”⁴⁴². La indeterminación normativa que lleva a tener opciones interpretativas es un espacio propicio para la realización de análisis ideológicos. Se encuentra así una “instancia privilegiada (...) en la medida en que las tomas de decisión hechas por los jueces –y, especialmente, los motivos o construcciones discursivas empleados para justificar esas tomas de decisión– pueden ser leídas como manifestaciones particulares de concepciones ideológicas más amplias”⁴⁴³.

Por otra parte, la concepción negativa o crítica de la ideología se encuentra asociada a teorías feministas, multiculturalistas, estudios coloniales, poscoloniales y tesis marxistas o postmarxistas. En general “el análisis ideológico en clave negativa es un rasgo común de muchas de las denominadas teorías críticas,

⁴³⁹ Ibid., p 352.

⁴⁴⁰ Ibid., p.352.

⁴⁴¹ Ibid., p.365.

⁴⁴² Ibid., p.366.

⁴⁴³ Ibid., p. 365.

incluyendo sus formulaciones jurídicas”⁴⁴⁴ pretendiendo evaluar el conjunto de ideas a partir de un parámetro o referente empírico o normativo. Realizar un estudio bajo esta concepción, requiere como punto de partida explicar muy bien cuál es el referente o parámetro que se utilizará para la evaluación crítica. El elemento a resaltar cuando se trata de un referente normativo es “la desviación explícita o implícita de un modelo legal con respecto a un parámetro normativo de justicia – y ello puede incluir parámetros normativos externos al sistema legal, o bien parámetros normativos propios del sistema legal, como aquellos incorporados en normas o principios constitucionales, o en normas internacionales de derechos humanos”⁴⁴⁵. Adicionalmente, el análisis crítico suele hacerse mediante el estudio de sentencias particulares en las que el estudio de casos lleve a responder si las decisión tiene elementos prejuiciosos que alteran el curso normal de un método argumentado y con ello, evaluando si la decisión judicial termina por alterar o causar situaciones de dominio o discriminación (por ejemplo por al uso de estereotipos sociales)⁴⁴⁶.

Otro de los lineamientos metodológicos propuestos por Courtis es la existencia de tres planos de análisis ideológico: el primero se integra por los mecanismos de producción ideológica presentes en el proceso de producción de ideas; el segundo está compuesto por las manifestaciones o productos resultantes de ese proceso de producción de ideas y el tercer plano se refiere a los efectos ideológicos de un determinado discurso jurídico, es decir, la determinación de los efectos sociales de ese conjunto de ideas que requiere la realización de estudios empíricos⁴⁴⁷. Por último, este autor advierte sobre los inconvenientes de realizar análisis ideológicos del derecho. Sin embargo tales inconvenientes deben llevar a la realización de este tipo de análisis en el ámbito jurídico dado que la mayoría de estudios se centran en la dogmática jurídica. Igualmente, al señalar la complejidad de término “ideología” aconseja explicar el alcance que se dará al mismo.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Ibid., p. 371. “Entre las corrientes dominantes en el campo de la teoría jurídica han hecho uso de una noción negativa del concepto ideología, por ejemplo, Hans Kelsen, Alf Ross y – entre nosotros – Carlos Santiago Nino” Ibid., p. 371.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 376.

⁴⁴⁶ Ibid., 370 – 373.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 353. Además de estos tres planos Courtis se refiere un asunto tratado en la teoría de la ideología denominado el problema de la autorreferencia o reflexividad conocido como la “paradoja de Mannheim”. Esta paradoja consistente en un círculo de análisis que se crea al hacer análisis ideológico del análisis ideológico. Para Courtis este tipo de análisis sería válido si permite saber “algo más del derecho, o explicarlo mejor”.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 386 – 387.

6.2 UN EJEMPLO DE ANÁLISIS IDEOLÓGICO: LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU INTERPRETACIÓN POR EL CONSEJO DE ESTADO

Como se anotó, aunque no es el centro ni tema principal de este trabajo, la figura de la suspensión provisional contiene elementos que permiten ejemplificar la categorías de permanencia y dinámica del derecho administrativo a través de una lectura judicial, y poner de relieve, la importancia práctica de los temas expuestos en los anteriores capítulos. Es decir, además de construir una estructura conceptual que sustenta la relevancia del rol del juez administrativo en la aplicación del derecho y sus implicaciones en el papel del Estado, resulta enriquecedor observar cómo tales conceptos se ven reflejados en sus decisiones.

En esta sección se presenta una revisión sobre el alcance interpretativo de la medida cautelar denominada “suspensión provisional del acto administrativo” con el fin de explorar un análisis ideológico que sirva para construir un enfoque de estudio que articule el derecho administrativo con su rol en la definición del papel del Estado. Se advierte que no se trata de examinar la interpretación que el juez hace del caso en el cual se pide la medida cautelar – de hecho como se verá el juez no efectúa este tipo de análisis- sino de la interpretación que hace al evaluar su procedencia, es decir, sobre la medida cautelar misma.

Así, la revisión de la forma en que el juez interpreta la procedencia o no de la suspensión provisional de los actos administrativos, pretende identificar dos cuestiones: (i) cuál es la concepción del Derecho que en este tema subyace en las decisiones del Consejo de Estado y la segunda (i) observar si existe una inarmonía entre la concepción del derecho y el papel del Estado constitucional y con ello, la existencia de un derecho (judicial) que no siempre responde a las necesidades y funciones que se solicitan de éste. En tal sentido, aplicando los lineamientos metodológicos expuestos por Courtis a la figura de la suspensión provisional se tomará como mapa la descripción realizada en el segundo capítulo sobre el Estado liberal de derecho y del Estado social y constitucional de derecho así como su reflejo o lo que significan para esta medida cautelar. La delimitación a estos dos modelos se justifica porque como se demostró, estos dos tipos de Estado tienen una incidencia representativa en la interpretación judicial; cada uno marca un rol de juez diferente que responde a expectativas jurídicas distintas.

De esta manera, el engranaje conceptual presentado en los anteriores capítulos, se retoma en los siguientes apartados de manera selectiva y delimitada con el fin

de encontrar un ejemplo que se sume a los argumentos dados para exponer por qué el juez administrativo con sus decisiones termina por defender consciente o inconscientemente un determinado modelo de Estado. Si tal afirmación es aceptada, también se aceptará como resultado de aquella, que el derecho judicial administrativo evoluciona o se transforma de un modo no lineal, que puede no coincidir con el modelo del Estado social de derecho consagrado en la Constitución política de 1991 ni con la evolución misma del derecho administrativo legislado; aceptando entonces que nuestra hipótesis inicial sería acertada al considerar que: el juez contencioso administrativo colombiano cuenta con elementos para influir en el desarrollo del Estado social y constitucional de derecho y consciente o inconscientemente decide sobre su uso, generando bien el fortalecimiento de este modelo o el del antiguo Estado liberal de derecho.

La selección de este tema se debió principalmente a que la figura de la suspensión provisional (i) cuenta con un recorrido histórico en el derecho contencioso administrativo anterior a la Constitución política de 1991 por lo cual, (ii) se ha podido interpretar bajo modelos de Estado diferentes. Además, (iii) es una herramienta procesal cuya regulación legal ha dejado espacios de indeterminación normativa que por ende plantea varias opciones interpretativas y espacios de creación al juez. Adicionalmente ha sido una figura procesal (iii) a la que se le reconoce un gran potencial para la protección de los derechos fundamentales pero que (iv) debido al desarrollo jurisprudencial, la figura se ha tornado insuficiente o poco efectiva para el logro de tal cometido. Debe reconocerse sin embargo, que el reciente código – ley 1437 de 2011- incorporó en el capítulo sobre medidas cautelares una serie de requisitos con el fin de lograr la efectividad de tales mecanismos y aunque no es este el espacio para entrar a considerar – además de ser muy pronto- si la nueva legislación resulta o no efectiva, se intentarán explorar los puntos de partida “metodológicos” que facilitarán dar respuesta a la cuestión sobre por qué a pesar de la legislación y de su aparente evolución que culmina hoy en un Estado social de derecho, la interpretación del juez administrativo puede potenciar o tergiversar el fin de la norma jurídica escrita. Las razones, como lo trata de mostrar este trabajo, no pertenecen únicamente al mundo del derecho, sino que se entrecruzan con el mundo político.

Esta exploración de puntos de partida metodológicos también pretende servir de modelo replicable a otros objetos, temas sustanciales y/o procesales del derecho administrativo. Por ejemplo, la doctrina colombiana ha efectuado diversos análisis – que aunque no los integra en un ámbito ideológico- sus resultados han servido

como antecedente a este trabajo. Por ejemplo en un estudio sobre acciones populares (particularmente en el tema moralidad administrativa y patrimonio público) se ha observado que el juez administrativo “en unos casos utiliza la legalidad de manera rígida y formalista, en otros casos, especialmente cuando resuelve acciones constitucionales, adopta una posición novedosa y revitalizante para la fundamentación de sentencias”⁴⁴⁹. Y criticando el escaso uso que el Consejo de Estado hace sobre el principio de proporcionalidad, se señala que en las acciones de repetición el Alto Tribunal Administrativo es en extremo legalista en extremo haciendo inoperante esta acción.

Desde una perspectiva constitucional, dentro de una investigación que tuvo por objeto resaltar la existencia de una actividad de la modulación de sentencias por parte del Consejo de Estado colombiano, se ha señalado que en la actividad judicial del Consejo de Estado como agente de control de constitucionalidad en asuntos de contenido de orden público económico “es común encontrar una interpretación más política que jurídica por la ponderación de derechos que implica, lo que supone una actividad judicial más extensa, y que en ocasiones, da lugar al uso de alguna tipología de las sentencias”⁴⁵⁰ como las manipulativas, aditivas, reductoras y sustantivas.

6.2.1 Delimitación de los referentes ideológicos

Como lo advierte Courtis un estudio ideológico de la jurisprudencia requiere señalar los referentes con los cuales se realizará el correspondiente análisis. Estos referentes responden esencialmente a lo descrito en el capítulo primero pero ahora, se encuentran delimitadas al ámbito de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. En tal sentido los referentes para el análisis propuesto se integran con las características del Estado liberal de derecho y las del Estado social y constitucional de derecho. Estos dos modelos pueden ser observados desde dos ángulos: el primero, enfocado en los principios jurídicos que delinean y orientan el accionar del papel del Estado y de la administración

⁴⁴⁹ VEGA ARENAS. Johana. Op. Cit., p. 46.

⁴⁵⁰ ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. La actividad constitucional del Consejo de Estado colombiano. En: Vniversitas. Bogotá (Colombia). Pontificia Universidad Javeriana. N° 111: 65-94, enero-junio de 2006. p.20

pública, y el segundo, enfocado en el método jurídico que utiliza el juez y que responde a una determinada concepción del Derecho.

Ambos enfoques se corresponden y retroalimentan y esto es lo que precisamente hace tan relevante del rol de juez administrativo ya que, aplicar e interpretar el derecho de una u otra forma (segundo enfoque), redundará en el accionar de la administración pública (primer enfoque) pudiendo afirmar para clarificar dicha relación, que el juez administrativo es para la administración pública, lo que el derecho procesal es para el derecho sustancial. Sin un juez que adapte e interprete el derecho conforme al modelo de Estado imperante⁴⁵¹, difícilmente se logra dar efectividad y poner en práctica tal modelo de Estado. Igualmente debe señalarse que, retomando los lineamientos dados por Courtis, para este trabajo no se partirá de una concepción crítica de ideología sino de una concepción descriptiva o neutra.

En la medida cautelar de la suspensión provisional aparecen en tensión principios como el de ejecutividad vs. justicia o en igual sentido legalidad vs. supremacía constitucional. Hay una tendencia mayoritaria según la cual la suspensión provisional debe ser la regla general. El valor dado a la ejecutividad y al principio de legalidad predomina en países como España, Francia e Italia. En Alemania es diferente, allá la regla general es la suspensión provisional, es “el efecto generalizado de la interposición de recursos administrativos (*widerpruch*) y de las demandas de anulación (*Anfechtungsklage*)”⁴⁵² sólo en los casos que señala la ley no opera la suspensión provisional. Lo interesante de este modelo es ver cómo el ámbito de la suspensión provisional se mueve en ambos extremos. La situación alemana ha sido criticada por la afectación al principio de eficacia de la administración pública y la posición francesa ha sido vista como limitante de las tendencias provenientes del Estado constitucional⁴⁵³.

Sobre todo en aquellos ordenamientos en donde la suspensión no es la regla general- como el colombiano-, se requiere del juez un rol más activo que medie entre eficacia y tutela judicial efectiva. Así, señala Rodríguez Arana que “la ejecutividad no debería operar de una forma tan automática como en el Estado liberal del siglo xix o en el Estado autoritario, con lo que la suspensión deberá

⁴⁵¹ Tal como se afirmó en Sentencia C - 157 de 1998, las interpretaciones restrictivas y formales limitan los contenidos del Estado Social de Derecho.

⁴⁵² RODRIGUEZ ARANA, Jaime. La funcionalidad de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en España: nuevas perspectivas. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, 1987. Enero- Junio, no. 151-152-153.p. 169.

⁴⁵³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español. Madrid: Civitas. 2004. p. 296 – 321.

ampliar notablemente su campo de juego”⁴⁵⁴. En este sentido cuestiones como la valoración de las pruebas, el reconocimiento del daño y la concepción del interés público deberán ponerse en la balanza entre permanencia y dinámica, entre formalismo y antiformalismo e incidir en un mejor control de la administración. Por ejemplo sobre el interés común protegido tras el principio de legalidad, se ha dicho que no debe pensarse que se genera “un perjuicio hipotético al interés social con el otorgamiento de la medida cautelar, sino que el juzgador debe analizar de qué forma se sirve mejor al bien común en el caso particular: tutelando el derecho fundamental de un individuo, o los derechos de una colectividad” (...) “en determinadas ocasiones la salvaguarda de los derechos fundamentales de una sola persona sirve más al interés social, que la tutela de los derechos de una mayoría”.⁴⁵⁵

Respecto de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo se ha señalado que la interpretación inicial que asumió el Consejo de Estado a la figura de la suspensión provisional plasmada en el Código Contencioso de 1984 fue demasiado rigurosa al no conceder la mayoría de suspensiones por considerar que no se cumplía con el requisito de “ostensible y manifiesta ilegalidad”. Tras la Constitución política de 1991 y ante la ineficiencia que cobijaba a esta figura procesal, la Corte Constitucional propuso una lectura de la suspensión provisional señalando 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”⁴⁵⁶ (ver apartado 4.4). Esta situación que ha sido entendida por algunos como un vaciamiento de competencias del juez administrativo por parte del juez de tutela, ha tratado de ser enmendada y con el fin de lograr la tutela judicial efectiva y unificar los poderes del juez, el nuevo código – ley 1437 de 2011- introduce nuevas medidas cautelares de tipo preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Esta última corresponde a la ya mencionada figura de la suspensión

⁴⁵⁴ RODRIGUEZ ARANA, Jaime. Op. Cit., p. 172.

⁴⁵⁵ ÁNGELES GONZÁLEZ, Luis Darío. Entre el Acto Administrativo y la Tutela Judicial Efectiva. Consideraciones en Relación a la Procedencia de la Suspensión del Acto Administrativo en un caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En: Letras jurídicas: revista electrónica de derecho, N°. Extra 12, 2011. [en línea] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12271>. p. 15

⁴⁵⁶ BARRERA CARBONELL, Antonio . Hacia una nueva concepción de la suspensión del acto administrativo en Colombia. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México) Num. 090. vol. XXX. 1997 [en línea] <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=427>.p. 899 – 912.

provisional que desde 1913 ha sido regulada en Colombia y que como se observa se encuentra inmersa en la tensión entre dos modelos de Estado; la interpretación judicial que correspondería al Estado liberal de derecho en el que prima el principio de legalidad y un Estado social y constitucional de derecho en el que primaría la tutela judicial efectiva por encima del principio clásico de legalidad.

La revisión de la legislación que ha regulado la medida cautelar de tipo suspensivo en un lapso de setenta años permite identificar cuatro periodos que a continuación se describen:

6.2.1.1 La suspensión provisional en la Ley 167 de 1941

El primer Código Contencioso Administrativo en Colombia fue dado mediante la Ley 130 de 1913 que reguló la figura de la suspensión provisional en su artículo 59 el cual señalaba: “recibida la demanda en el Tribunal Administrativo Seccional y repartida que sea, se dicta por el Magistrado sustanciador un auto en que se ordene: a) Su notificación al Agente del Ministerio Público. b) La petición de la copia del acto acusado, dirigida al demandante o cualquier otro ciudadano que quiera, coadyuvar o impugnar la demanda, puedan solicitar la práctica de pruebas; y d) La suspensión provisional del acto denunciado, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave”. Posteriormente se reguló en la Ley 80 de 1935 (art. 1) y más adelante se consagró constitucionalmente (en la Carta de 1886) señalando que “la Jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”.

En el año 1941 con el segundo código contencioso administrativo, la **Ley 167** (que entró a regir a partir del primero de abril de mil novecientos cuarenta y dos) reguló con mayor alcance la suspensión provisional. Esta ley también pretendía suspender los efectos de un acto o de una providencia siempre que se hiciera para evitar un perjuicio notoriamente grave. Pero agregó que tratándose de la acción de nulidad, bastaba que hubiera una “manifiesta violación de una norma positiva de derecho” para que procediera la suspensión. Cuando se tratara de una acción distinta de la de nulidad, debía aparecer comprobado (al menos sumariamente) el agravio. Adicionalmente, esta medida debía ser solicitada de

modo expreso en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio y no podía tratarse de una suspensión prohibida por la ley⁴⁵⁷.

6.2.1.2 La suspensión provisional en el Decreto 01 de 1984

Un segundo periodo está marcado por el **Decreto 01 de 1984** que también consagró la figura de la suspensión provisional (entró a regir el 1° de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro). Sin embargo, a diferencia del anterior, en su artículo 152 sólo señaló la procedencia de la suspensión para los actos (suprimiéndolo para las providencias). También dispuso como reglas para su procedencia, el que para el caso de la acción de nulidad bastaba con una “manifiesta violación de una norma superior” y adicionó, “que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas”. Cuando se tratara de acciones distintas a la de la nulidad del acto, se mantuvo la regla de comprobar (al menos sumariamente) el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor. Igualmente se mantuvo el deber de solicitar y sustentar de modo expreso en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella.

Adicionalmente en este código se reguló una nueva figura denominada *suspensión provisional en prevención* la cual “procedía contra actos preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o legal que no sería susceptible de ningún recurso, contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos ante él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra”. Se ha señalado que esta figura se “anticipó a la acción de tutela”⁴⁵⁸ e Ibañez ha anotado la inconveniencia de su desaparición (en el año 89 mediante el Decreto 2304). Esta figura fue utilizada

⁴⁵⁷ El artículo 98 de la ley 167 de 191 señalaba que: “No habrá lugar a suspensión provisional en los siguientes casos: 1. En los juicios electorales de que trata el Capítulo XX de esta Ley; 2. En las acciones referentes a cambios, remociones suspensión o retiro en el personal militar o en el ramo educativo.

3. En las acciones sobre el monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasas, cuando no se trata de un acto de carácter general creador o regulador del tributo; 4. Cuando la acción principal está prescrita; 5. Cuando la ley expresamente lo dispone”.

⁴⁵⁸ BARRERA CARBONELL, Antonio. Op. Cit., p. 902.

por única vez (...) en 1988, para solicitar la suspensión en prevención de la actuación cumplida por el Gobierno Nacional encaminada a convocar una asamblea constituyente para reformar la Constitución Política, y así lo decretó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia del Doctor Guillermo Benavides Melo (...). No se pudo apreciar la bondad y la eficacia de la acción de suspensión en prevención para impedir la expedición de actos ostensiblemente violatorios del orden jurídico y hoy hay que esperar que se perpetre o que se consuma la violación de la Constitución y de la ley para después sí acudir al juez administrativo a demandar el acto y a solicitar su suspensión provisional con el grave inconveniente que mientras ello ocurre se ha producido la violación amparado en la presunción de constitucionalidad y legalidad⁴⁵⁹.

6.2.1.3 La suspensión provisional en el Decreto 2304 de 1989

El tercer periodo tiene lugar en el año de 1989 cuando el gobierno expidió el **Decreto 2304** por el cual se modificaron algunas de las disposiciones del anterior código. Tal es el caso del artículo 152 del Decreto 01 de 1984 que fue modificado de tal modo que se dispuso como requisito de procedencia de la suspensión provisional, el que existiera una “manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”. En este sentido, con este Decreto se modifica lo estipulado en el año 84 en cuanto que cambia la frase “manifiesta violación de una norma superior” por “manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas” y la frase “que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o, del examen de las pruebas aportadas” por “confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”.

⁴⁵⁹ IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. 20 Años De Vigencia Del Código Contencioso Administrativo Colombiano. En: Revista Civilizar No. 5. Diciembre 2003. Universidad Sergio Arboleda. sp. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/archivo_publicacion_5.htm. Para una explicación mayor sobre las desventajas de la derogatoria de esta figura ver: ARENAS CEBALLOS, Julieta. La suspensión en prevención como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo. En: Revista Civilizar, Vol. 9, Núm. 16, enero-junio, 2009, pp. 91-103. Universidad Sergio Arboleda. Colombia.[en línea]. <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/1002/100212247007.pdf>

6.2.1.4 La suspensión provisional en la Ley 1437 de 2011

Finalmente, el cuarto período se refiere a la reciente **Ley 1437 de 2011** “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” el cual pretendió introducir cambios sustanciales frente las medidas cautelares de las cuales hace parte la suspensión provisional. Sobre estos cambios sustanciales el Ex presidente del Consejo de Estado, Mauricio Fajardo Gómez puso de presente el propósito de esta nueva reforma y si se quiere, las mejoras que supone para la figura de la suspensión provisional⁴⁶⁰. Así, el nuevo código incorpora medidas de índole positiva para las actuaciones y operaciones de la administración (denominadas preventivas, conservativas, anticipativas) y mantiene la suspensión provisional, de tipo negativo. Con estas medidas se pretende que el juez pueda “adoptar medidas provisionales que realmente garanticen la efectividad y el cumplimiento de sus sentencias, de modo que tenga entidad sustancial la protección del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia por parte del juez administrativo y que se evite un incesante y creciente vaciamiento de las competencias de éste por el juez de tutela”⁴⁶¹.

De esta manera, esta nueva consagración de medidas cautelares tiene como propósito dejar al juez administrativo en igualdad de armas (frente a la fragmentación que presentaba con el juez constitucional – ver apartado 4.5.2) y garantizar la efectividad del derecho de acceso a la administración de justicia. Así, la nueva ley incorpora una listado taxativo de medidas a ser ordenadas por el juez. Listado que en todo caso utiliza “conceptos jurídicos indeterminados y nociones incompletas”⁴⁶². Dentro de este listado la suspensión provisional aparece simplemente como la posibilidad que tiene el juez de “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo” por lo que debe preguntarse: ¿esta nueva regulación incorporó algún cambio si se compara con los periodos anteriores?. De acuerdo con lo señalado por Fajardo podría señalarse que sí. No obstante como se verá, si bien hay aspectos novedosos, otros ya habían sido consagrados en periodos anteriores. Es decir, si en el año 1984 existió una norma que vuelve a aparecer (con algunas modificaciones) en el 2011 ¿significa esto que el derecho

⁴⁶⁰ FAJARDO, Mauricio. Medidas Cautelares. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 327 – 351.

⁴⁶¹ *Ibíd.*, p. 340.

⁴⁶² *Ibíd.*, p. 342.

es estático y no se ve afectado por los modelos de Estado? o ¿significa más bien que es el juez el que toma un rol protagónico y es quien debe dar sentido a la norma según el modelo de Estado imperante?.

Los cambios anotados en esta nueva legislación -ley 1437 de 2011- son los siguientes: (i) la solicitud de suspensión ya no está atada a las normas que se invoquen en la petición de la medida cautelar, ahora la solicitud se puede realizar en cualquier tiempo del proceso, (ii) para la procedencia de la suspensión provisional se eliminó la frase “manifiesta infracción”, aspecto que limitaba su procedencia. Ahora, la ley señala que “procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. Esto según Fajardo evita “que la suspensión provisional quede absolutamente restringida a casos excepcionales⁴⁶³ y adicionalmente, hace que se pueda dar un cambio en las tesis que se plasmaron con el anterior desarrollo jurisprudencial y que restringían el análisis del juez, pues ahora (iii) el juez puede ampliar su análisis a la confrontación de normas que se invocan tanto en la demanda como en la petición de la medida. Finalmente (iv) la nueva ley incluye la posibilidad de que el juez pueda confrontar el acto demandado con las pruebas allegadas para formular la petición. Debe recordarse que esta opción ya existía hace 28 años en el Decreto 01 de 1984 – art. 152 antes de la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989.

A continuación se transcriben los apartes de los artículos comentados que regulan la figura de la suspensión provisional en el nuevo Código:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. (...) Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se

⁴⁶³ Ibíd., p. 344.

regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

Particularmente, en lo que a la suspensión provisional se refiere y su procedencia, se señala que:

“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:
(...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
(...)”(subrayas propias).

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos (...). (subrayas propias).

Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

Finalmente, comparando las disposiciones anotadas en los cuatro periodos se tendría:

Cuadro 1. La regulación de la suspensión provisional del acto administrativo durante el periodo 1941 - 2011

Primer periodo. Ley 167 de 1941 – art. 94	Segundo periodo. Decreto 01 de 1984 – art. 152	Tercer periodo. Decreto Nacional 2304 de 1989 - art. 31	Cuarto periodo. Ley 1437 de 2011 -arts. 229,230,231
El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender <u>los efectos de un acto o providencia, mediante las siguientes reglas:</u> 1o. Que la suspensión sea necesaria para <u>evitar un perjuicio notoriamente grave.</u> Si la acción es la de nulidad, basta que haya <u>manifiesta violación de una norma positiva de derecho.</u> Si la acción ejercitada es distinta de la de simple nulidad del acto, debe aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el agravio que sufre quien promueve la demanda. 2o. Que la medida <u>se solicite de modo expreso, en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla”.</u> 3o. Que la suspensión no esté prohibida por la ley. (subrayas propias)	El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender <u>los efectos de un acto mediante las siguientes reglas:</u> Si la acción es la de nulidad, basta que haya <u>manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas.</u> Si la acción ejercitada es distinta de la nulidad del acto deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor. 2. Que la medida <u>se solicite y sustente de modo expreso, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella.</u> Que la suspensión no esté prohibida por la Ley. (subrayas propias)	El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender <u>los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:</u> 1. Que la medida <u>se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.</u> 2. Si la acción es de nulidad, basta que haya <u>manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.</u> 3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor. (subrayas propias)	Art.229.En todos los <u>procesos declarativos (...)</u> antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o <u>en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada,</u> podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (...). Art. 230. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o <u>de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.</u> Art. 231.Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, <u>la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas (...)</u> cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando (...) se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos (...)

Fuente: Ley 167 de 1941, Decreto 01 de 1984, Decreto 2304 de 1989 y Ley 1437 de 2011

En primer lugar debe señalarse que la regulación hecha en estos cuatro periodos permite ver que en el nivel puramente legal no hay una historia de grandes cambios. Es decir, hay cuestiones que se repiten de un periodo a otro y otras que no tienen modificaciones sustanciales. En su mayoría, los artículos comprenden conceptos que pueden ser entendidos como “indeterminados”, de ahí que sea tan importante el rol que desempeña el juez pues es fundamental para darle un alcance efectivo a esta medida cautelar. Sería el juez el primer protagonista en la transformación del derecho. Es decir, no porque la ley 1437 señale que la suspensión provisional obedece al Estado social y constitucional derecho como modelo imperante en el Estado colombiano significa que ello así sea, el juez como elemento dinamizador del derecho, puede lograr con su interpretación realizar un viaje en la historia del derecho y transportar el Estado colombiano a un Estado liberal de derecho. Tal situación se observa cuando la doctrina afirma que la suspensión provisional ha resultado insuficiente queriendo decir que se aplica la suspensión provisional como algún día se aplicó en el año 84. Pero además, este asunto no debe verse como un “lugar común” al que llegan todas las críticas de las figuras jurídicas que no logran su efectividad. Se trata de resaltar que en el fondo de este aparente “lugar común” se está definiendo el rol del Estado colombiano y que el juez tiene un papel fundamental a la hora de determinar cuál es el mensaje que se envía a la administración pública bien para privilegiarla frente al ciudadano o para colocarla a su servicio.

De la lectura de estos artículos puede observarse que en los tres primeros periodos siempre se mantuvo la idea de una **“manifiesta infracción o violación”** y que sólo en el cuarto periodo se ha eliminado. En segundo lugar, sobre los elementos que se incorporan para determinar la violación de normas superiores por parte del acto administrativo, es decir, sobre el ejercicio que debe hacer el juez para percibir tal infracción o violación (los medios), se observa que la ley sólo lo reguló a partir del año 84 estableciendo que la violación se debía percibir **“a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas”**, aspecto que en el 89 se hizo **“por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”** y ahora, a partir del 2 de julio del 2012 tal violación se percibe por el juez a partir del **“análisis del acto demandado y su confrontación (ya no directa) con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”**. Como se observa, es un camino cercado de conceptos indeterminados: infracción manifiesta, sencilla comparación, confrontación, confrontación directa.

Adicionalmente es importante resaltar que en el año de 1941 se incluyó en la ley como *finalidad* de esta medida cautelar el “evitar un perjuicio notoriamente grave” y que después de 70 años la ley 1437 volvió a señalar expresamente una *finalidad* para la medida cautelar: “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”.

En síntesis se observa que:

- En el año 41 la legislación le señala al juez cuál debe ser la *finalidad* de la medida cautelar. Y establece los *requisitos* para que proceda la medida pero NO le señala la forma en que debe establecer la violación (los *medios*).
- En los años 84 y 89, la ley NO establece la *finalidad* pero establece los *requisitos* y los *medios* para establecer la procedencia.
- En el año 2011 la ley 1437 señala tanto la *finalidad*, como los *requisitos* y los *medios*. Por medios nos referimos a que estas normas -de tipo procesal- contienen una guía sobre la forma en que debe interpretarse la procedencia.

El hecho de que la ley consagre expresamente la *finalidad* de la medida, servirá al juez para orientar (incluso limitar) su interpretación y discrecionalidad sobre los requisitos y los medios. Antes del 89 – y ante la inexistencia de una idea de Constitución vinculante- el principio de legalidad y la ejecutoriedad del acto administrativo prevalecen; de ahí que es de esperar que las disposiciones legales en estos periodos legislativos sean interpretados restringidamente por juez. Sin embargo llama la atención que en el año 41 no se observa tal rigidez, pues la ley consagra la finalidad de la medida y no le dice al juez cómo debe hacer para percibir la “manifiesta violación”. Por el contrario, en vigencia de la Constitución de 1991 se ha señalado que el juez no interpretó tales normas conforme al Estado social de derecho esto implica que aun en vigencia de un Estado social de derecho el juez con su interpretación, potenció el Estado liberal de derecho. Ahora, en vigencia de la ley 1437 año 2011 se consagra como finalidad la tutela judicial efectiva, aspecto que fortalece el Estado de derecho constitucional lo que debería implicar una diferencia radical frente a la interpretación restrictiva de los años anteriores.

Otro punto de referencia a tener en cuenta para la lectura de las decisiones sobre suspensión provisional es, que en la interpretación el juez puede acudir a argumentos “estáticos y dinámicos” o “conservadores o no conservadores”.

Citando a Wroblewski, Sanchís sostienen que el juez adopta una posición estática cuando “rinde culto a la autoridad de la norma y de su autor, en perjuicio de las exigencias sociales o de la opinión pública, lo que le llevará a primar el argumento gramatical o psicológico, que remite a la voluntad del legislador” y conservador sería aquel argumento que según Tarello, “tiende a mantener el significado de una disciplina jurídica en su conjunto, que no propician la innovación o los que limitan o restringen el cambio producido en el sistema como consecuencia de la promulgación o derogación de una norma”⁴⁶⁴. De todas formas “un juez estático no tiene por qué ser inmovilista político y un juez conservador puede mantener posiciones ideológicas avanzadas, pero en ambos casos en la elección de los métodos de interpretación difícilmente podrá hacer abstracción de su actitud subjetiva o ideológica ante las normas y las circunstancias de hecho”⁴⁶⁵.

A continuación se hará una reflexión sobre el desarrollo jurisprudencial de esta figura en lo que tiene que ver con (i) los requisitos de procedencia de la medida cautelar y con (ii) la forma que utiliza el juez para determinar tal procedencia o lo que es igual, cómo percibe la violación de normas superiores por parte del acto administrativo.

6.2.2 Reflexión sobre la interpretación de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo

El análisis sobre la interpretación que ha efectuado el Consejo de Estado a la figura de la suspensión provisional debe tener en cuenta que esta figura tiene rango constitucional. En el artículo 238 de la Constitución Política de 1991 se establece que “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”. Este artículo en principio no es muy diferente al que estaba consagrado en la Constitución de 1886. Como se comentó en los anteriores capítulos, las concepciones constitucionales son completamente diferentes en estos dos periodos y por lo mismo, la suspensión provisional debería tener una interpretación distinta a la del período del 86 para garantizar su conformidad con el Estado social y constitucional de derecho. Sin embargo ese no ha sido el resultado

⁴⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. Cit., p. 103.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 103.

y como se señaló al inicio de este apartado, la interpretación que ha seguido el Consejo de Estado ha sido restrictiva limitando sus efectividad a casos muy especiales, pero también, en algunos casos específicos ha sido más amplia, admitiendo su procedencia incluso cuando la ley no lo plantee así.

A continuación se pondrá de presente esta interpretación y se podrá observar que no puede hablarse de una línea “ascendente” o “evolutiva” de interpretación que tienda a ser más acorde con el Estado social y constitucional de derecho. Más bien se podrá observar que el recorrido interpretativo obedece a la concepción del derecho que tiene el juez y que no siempre está en concordancia con el modelo de Estado imperante.

6.2.2.1 El carácter estático de las decisiones judiciales sobre suspensión provisional del acto administrativo

La interpretación judicial realizada sobre la aplicación de esta medida cautelar durante el periodo que va desde 1913 hasta el 2012 (con anterioridad a la entrada en vigencia ley 1437 de 2011) presenta una tendencia que podría denominarse siguiendo a Sanchís, estática y conservadora. A pesar del cambio de modelo de Estado y de las influencias que tiene para interpretar el derecho, el juez puede evitarlo y expresar en sus decisiones un modelo de Estado diferente al imperante. Esto, responde más a modelos ideológicos que llevan a la aplicación de concepciones estáticas que no corresponden a las realidad social. Lo paradójico de este aspecto es que mientras se tiende a pensar que la jurisprudencia permite “actualizar” el derecho, alguna veces resultará siendo la que impida su evolución.

Los cambios legislativos (en los tres primeros periodos anotados) parecen no estar alineados con la interpretación del juez. Es decir, a pesar de los cambios legales, la interpretación judicial se mantiene sin modificaciones sustanciales durante todo este periodo, sin hacer referencia a si se modificó o no la ley que regula la suspensión provisional. Más aún, la interpretación judicial – en ciertos periodos- parece ser la que sirve de inspiración a las posteriores reformas legales. Es así como con anterioridad a la ley 167 de 1941 es decir, en vigencia de la ley 130 de 1913, ya se establecía la necesidad de que el perjuicio debiera manifestarse

prima facie, de tal manera, que para notarlo baste la sola presentación del asunto sin que sean necesarios profundos razonamientos o disquisiciones que se requerirían para sostener un fallo de fondo. Así, pues, una violación o contradicción ostensibles y manifiestas de la Constitución o de la ley, o en general, de normas superiores, por el acto acusado, debe estimarse como un perjuicio notoriamente grave inferido a las instituciones que, como manifestación de voluntad soberana, rigen la vida civil de los ciudadanos⁴⁶⁶.

Resultaba ser, según se observa de la lectura de varios autos, que para esa época resultaba ser un mecanismo de control que parecía ser generalmente procedente en el análisis de competencia y extralimitación de funciones de la administración siempre que no supusiera un examen mayor que no fuera advertido con una simple comparación de normas⁴⁶⁷. Igualmente, se señalaba que tal medida cautelar debía plantearse sobre cuestiones de derecho, de modo que cuando éstas estuvieran unidas a cuestiones de hecho sobre las cuales no es dable adelantar concepto alguno, no procedería la suspensión provisional pues esto significa que la violación constitucional o legal no es ostensible, manifiesta o prima facie⁴⁶⁸.

Y aunque no es común encontrar en los autos que resuelven sobre la procedencia de esta medida el uso de citas jurisprudenciales, en auto del año 40 se observa que tales interpretaciones obedecían ya a lo establecido por jurisprudencia anterior:

Es y ha sido desde tiempo atrás, doctrina constantemente sostenida por el Consejo de Estado, la de que la suspensión provisional de un acto acusado por vía particular o privada, no puede alcanzarse sino cuando aparece, de un lado, de manera clara, una ostensible transgresión del orden jurídico establecido, y de otro, demostrado, un grave perjuicio sufrido a causa de esa ostensible transgresión, por la parte que demanda la nulidad del acto violatorio del aludido orden jurídico (...)⁴⁶⁹.

Así mismo, cuando la ley señalaba que la suspensión se hacía para “evitar un perjuicio notoriamente grave”, por daño grave debía entenderse aquel que no proceda de una actividad legal, pues cuando la medida tiene asidero en la ley no

⁴⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO Consejero ponente: GONZALO GAITAN. Bogotá, enero veintisiete (27) de mil novecientos cuarenta y dos (1942)

⁴⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO Consejero ponente: GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS, Bogotá, diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941)

⁴⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO Consejero ponente: CARLOS RIVADENEIRA G. Bogotá, julio doce (12) de mil novecientos cuarenta (1940).

⁴⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO Consejero ponente: CARLOS RIVADENEIRA G. Bogotá, julio doce (12) de mil novecientos cuarenta (1940)

puede jurídicamente invocarse el perjuicio. Direccionando la procedencia de la medida a que el juez no tuviera duda alguna sobre la ilegalidad del acto⁴⁷⁰. Ilegalidad que se definiría cuando “el acto demandado rompa el equilibrio jurídico vulnerando ostentosamente derechos de particulares o trastornando el orden social imperante⁴⁷¹”.

Bajo la ley 167 de 1941 se observa que el Consejo de Estado siguió fiel a su jurisprudencia sobre la procedencia de la suspensión provisional:

Ya ha dicho y repetido constantemente el Consejo de Estado que para que proceda la suspensión provisional de un acto o providencia administrativa es preciso que haya manifiesta violación de las normas que se señalan como quebrantadas, cuando la acción ejercitada es de simple nulidad, y que cuando la acción es distinta debe aparecer comprobado el agravio que sufre quien promueve la demanda. Pero es claro que este agravio, para que pueda invocarse, tiene que proceder de una actividad irregular del Estado que quebrante el orden jurídico y que a virtud de ello afecte legítimos intereses del actor. Es obvio, además, que tales perjuicios no pueden invocarse cuando la administración actúa sin violentar ostensiblemente -esas normas; cuando ejercita actividades que le son propias y para las cuales está expresamente facultado⁴⁷².

Igualmente se continúa reiterando que no se requiere hacer un estudio de fondo sobre el problema planteado en la demanda. De modo que “cuando de ese estudio superficial no aparezca esa flagrante oposición, no puede decretarse suspensión provisional, porque todo acto administrativo lleva implícitamente una presunción de legalidad”⁴⁷³.

Se presenta entonces, con dificultad, encontrar la procedencia de esta figura dado el carácter excepcional de la misma. Los asuntos que con mayor frecuencia prosperan son aquellos referidos a los asuntos de competencia que aparezcan con la simple comparación de las normas. Es de resaltar cómo en varias ocasiones se utilizó para solicitar la suspensión de decretos reglamentarios por considerar que se excedían o contradecían la Ley:

⁴⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO. Consejero ponente: GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS . Bogotá, agosto veinticuatro (24) de mil novecientos treinta y nueve (1939)

⁴⁷¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE DECISION. Consejero ponente: PEDRO MARTIN QUIÑONES. Bogotá, dos (02) junio (06) de mil novecientos treinta y uno (1931)

⁴⁷² Consejero ponente: GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS Bogotá, tres (03) de agosto de mil novecientos cuarenta y tres (1943).

⁴⁷³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejero ponente: DANIEL ANZOLA ESCOBAR Bogotá, enero trece (13) de mil novecientos cincuenta y uno (1951)

Es que la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (Art. 120, ordinal 3º, Constitución política) no llega hasta el punto de facultarlo para modificar o adicionar las leyes. En el caso sub judice, mientras la Ley 6ª de 1975, en su artículo 6º faculta a los contratantes para determinar la entrega al aparcero, de una porción de tierra para su uso y goce exclusivo, las normas acusadas, convierten esa facultad de los contratantes, esa posibilidad de que mediante mutuo acuerdo el aparcero reciba el citado beneficio, en una obligación para el propietario⁴⁷⁴.

Teniendo como generalidad este contexto, es de resaltar la interpretación que se presentó durante un recurso de súplica en el año 68 y que solicitó revisar la negación de la suspensión provisional de una orden de cerramiento de una mina de carbón. En dicho auto el Consejo de Estado revoca la posición inicial del Tribunal señalando que a pesar de la doctrina de dicha Corporación⁴⁷⁵,

“debe entenderse que en la vía contenciosa de plena jurisdicción encaminada contra vías de hecho procede el pedimento de suspensión provisional puesto que los hechos son en cierto modo actos de la administración que se producen como resultante de una actividad suya; están, como esos otros revestidos con el lleno de ciertos requisitos formales, amparados por la presunción de legalidad, presunción que puede atacarse y desvanecerse no solamente con pruebas aducidas dentro de la oportunidad procesal, sino con el mero confrontamiento que se haga entre el hecho, su fundamento y una norma superior que prima facie se estime como quebrantada”⁴⁷⁶.

Conforme a tal interpretación procede el Consejo de Estado a considerar que el actor ha demostrado suficientemente la violación de sus derecho de propiedad, impidiendo la explotación de la misma y causando perjuicios para él y sus trabajadores. Adicionalmente el Consejo entra a determinar si era o no legal que el funcionario laboral pudiera clausurar una empresa como medida preventiva ante el incumplimiento de obligaciones laborales. Se puede observar que el juez no hace

⁴⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Bogotá, D. E., nueve (09) junio (06) de mil novecientos setenta y seis (1976)

⁴⁷⁵ “cuando quiera que se trate de cuestiones de hecho, o de indemnización de perjuicios todo lo cual debe acreditarse dentro del juicio a través del acervo probatorio, no es procedente la suspensión provisional, puesto que solamente concluido dicho proceso, es cuando el juzgador puede apreciar el quebranto de la norma positiva. Reafirma su tesis el honorable Consejero con lo dicho por esta corporación en auto de noviembre 4 de 1944, Anales Nos. 341-346, según el cual cuando no se trata únicamente de una cuestión de derecho en la demanda, sino que resultan hechos por probar, no se puede decretar la suspensión provisional”.

⁴⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO. Consejero ponente: ENRIQUE ACERO PIMENTEL Bogotá, D. E., agosto treinta (30) de mil novecientos sesenta y ocho (1968)

una simple comparación pues entra a considerar qué se debe entender por medida preventiva señalando que dentro de éstas, no puede estar la clausura de la empresa, “puesto que si las medidas preventivas de que habla la disposición se encaminan a proteger a los trabajadores en sus derechos laborales, es claro que esa protección no puede consistir precisamente en cegar la fuente de trabajo de la cual derivan su subsistencia y aseguran sus prestaciones sociales”⁴⁷⁷. No obstante lo anterior en el año 82 volverá a plantearse la imposibilidad de declarar la suspensión provisional cuando “la violación de las normas señaladas como infringidas en la demanda y que le sirvieron de base al Tribunal, tienen como causa hechos cuya prueba solo puede ser examinada en el fallo de mérito, después que hayan sido controvertidas por las partes. Por eso ha dicho esta Corporación que cuando la violación de una norma se funda en hechos que deben ser probados durante el proceso, no hay lugar a la suspensión provisional”⁴⁷⁸.

Se observa así que hay una dificultad en la determinación de qué significa hacer un examen de fondo. En el caso del cerramiento de la mina se entró al estudio de pruebas y posteriormente a la calificación de la actuación (clausura de la mina) en legal o ilegal siendo que no aparecía expresamente en la ley. Situación contraria a la tesis que se seguirá manteniendo por el mismo Consejo de Estado cuando se le presenta la posibilidad de considerar por ejemplo, qué implica la creación de un monopolio; ante lo cual señala que “esta violación no es manifiesta porque esa afirmación (el actor afirma que la resolución implica la creación de un monopolio) requiere un examen de fondo para precisar qué se entiende por monopolio o privilegio en la Constitución Nacional y para examinar las finalidades que se persigan con la resolución impugnada en función de aquellos conceptos, lo cual no es posible hacer en un auto de suspensión provisional, sino en la sentencia”⁴⁷⁹.

Finalmente, también llama la atención otro caso en el que el Consejo de Estado interpreta la violación manifiesta con la “indebida aplicación de una norma” y

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, sp

⁴⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: JACOBO PEREZ ESCOBAR Bogotá, D.E., veintidós (22) de abril (04) de mil novecientos ochenta y dos (1982)

⁴⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO. SECCION PRIMERA Consejero ponente: CARLOS GALINDO PINILLA Bogotá, D. E., veinte (20) de agosto (08) de mil novecientos setenta y nueve (1979). Igual aspecto se señala en auto tres (03) de agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981) de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: ROBERTO SUAREZ FRANCO. Bogotá, D.E., respecto del la imposibilidad de visibilizar la manifiesta violación: “no se puede concluir la violación directa, ostensible y manifiesta de la norma superior, por las inferiores. Primero que todo tendría que analizarse cuáles son los alcances de la norma constitucional en cuanto a donaciones se refiere, para luego, a través de un estudio detenido, en el que habrá de recurrirse a la ley a la jurisprudencia y quizás a la doctrina, deducir si es o no aplicable al caso de las Fundaciones y más concretamente del caso de autos, lo que solo es posible en un fallo de mérito”.

acepta la procedencia de la suspensión provisional tratándose del acto que liquida una pensión. Para esto, indaga por la finalidad de la ley que se desprende de lo “querido por el legislador” y revisa la liquidación realizada por Caja Nacional de Previsión⁴⁸⁰.

Bajo el Decreto 01 de 1984 el artículo que regula la suspensión provisional continua siendo interpretado en el sentido de considerar que su declaración requiere que “el quebranto sea apreciable prima facie, esto es, sin necesidad de disquisiciones jurídicas profundas o de examen minucioso del contenido del acto acusado o de las normas que se citan como infringidas”⁴⁸¹. En este sentido es que por ejemplo se considera que el juez debe tener límites a la hora de hacer valoraciones probatorias ya que podrían ser calificadas como temerarias.⁴⁸²

Tras la reforma de este decreto en el año 1989 se presenta una situación no muy diferente a la anterior, la suspensión provisional sigue manteniendo (al menos en el discurso) para su procedencia, la condición de poder detectar la violación “prima facie”. Sin embargo como se señaló anteriormente esos y otros requisitos “indeterminados” resultan siendo explicados con otros conceptos “indeterminados” dando como efecto la ampliación y no la concreción de los conceptos. Por ejemplo en el año 90 el concepto “prima facie” también fue interpretado como la imposibilidad de “indagar la intención del legislador”⁴⁸³. De nuevo, en el periodo que comienza en el año 89 se llama la atención sobre la prevalencia del principio de legalidad. Se requiere que la violación alegada sea ostensible, flagrante, protuberante “sin que sea necesario recurrir a razonamientos complejos ni a silogismos jurídicos, ni a disquisiciones profundas”⁴⁸⁴. Tal situación se ha

⁴⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: IGNACIO REYES POSADA. Bogotá, D.E., dos (02) de febrero (02) de mil novecientos ochenta y tres (1983). “Pero la Caja Nacional de Previsión en la resolución acusada practicó una liquidación con base en el promedio mensual devengado durante el año de 1980 y sobre dicha liquidación decretó en forma retroactiva reajustes pensionales ordenados por la ley 4a. de 1976 para los años de 1978, 1979 y 1980, con lo cual se produjo el fenómeno de que además de los aumentos salariales que el beneficiario obtuvo en esos mismos años de su sueldo en actividad, vio incrementada su pensión indebidamente por el acto de Caja que violó ostensible y palmariamente las normas de la Ley 4a. de 1976 por su indebida aplicación”.

⁴⁸¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: SAMUEL BUITRAGO HURTADO Bogotá, D. E., nueve (09) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987)

⁴⁸² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: SAMUEL BUITRAGO HURTADO. Bogotá, D. E., primero (01) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

⁴⁸³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Bogotá, D.E., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa (1990)

⁴⁸⁴ BARRERA CARBONELL, Antonio. Op. Cit., p. 903

entendido así, debido a que no debe implicar un prejuizgamiento o análisis de fondo. Tratándose de acciones (hoy pretensiones) de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario demostrar el perjuicio.

En este periodo, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991 y con las implicaciones que como se anotó en los capítulos 2 y 3 de este trabajo se generan para el rol del juez y la interpretación judicial, llama la atención que se sigue manteniendo la tendencia estática sobre la aplicación de la suspensión provisional. En el año 95 por ejemplo se afirmó de nuevo (fiel a la jurisprudencia de las décadas anteriores) que:

para la prosperidad de una petición de suspensión provisional es necesario, (...) que se observe a primera vista la flagrante violación de la norma que se invoca como infringida para estos precisos efectos (...). En cualquiera de los dos casos es indispensable que no haya necesidad de emprender labor alguna de interpretación, porque en tal caso la violación no será la ostensible requerida por la norma y, por lo mismo, resultará improcedente la medida. En otras palabras, el alcance de la disposición debe ser tan preciso que se logre observar la violación a primera vista y no mediante un análisis que sólo puede efectuarse al momento del fallo⁴⁸⁵.

De todas formas el elemento constitucional no pasa desapercibido – como sí lo era en épocas anteriores-. La supremacía de la Constitución y la existencia de principios constitucionales lleva a señalar al Consejo de Estado que aunque en algunos casos puedan infringirse las disposiciones constitucionales directamente al invocarse principios constitucionales (art. 1, art. 95 por ejemplo) se debe entender que “esas normas constitucionales exigen para su aplicación de desarrollos legales. De modo que la eventual violación de tales cánones pasará necesariamente por la de las normas legales o reglamentarias que los desarrollan, de suerte que no es posible establecer una manifiesta violación de los mismos por la decisión acusada, mediante la simple confrontación entre unos y otra⁴⁸⁶.

En el mismo sentido, y como se plasma en las decisiones durante la vigencia de la ley 130 de 1913, se le impide al juez efectuar silogismos para llegar a la conclusión de que un acto infringe una norma superior. Por el contrario lo que debe hacer es

⁴⁸⁵ CONSEJO DE ESTADO. SECCION QUINTA, Consejero ponente: AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

⁴⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA . Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo del dos mil uno (2001).

mediante los elementos que se le aportan, surja de golpe el quebrantamiento, aprecie la infracción de la mera confrontación entre el acto acusado y la norma o normas que le sirven de fundamento o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. Por ello, si el juez tiene que hacer estudios e interpretaciones sistemáticas de las normas para llegar a formarse el concepto de la infracción de la norma, o de igual forma, si la disposición cuyo quebrantamiento se acusa, admite diversas interpretaciones, no puede decretarse la suspensión provisional, pues en tal evento, se estaría frente a un prejuzgamiento del juez⁴⁸⁷.

Por otra parte se ha considerado que la certeza que debe tener el juez sobre la flagrante violación se genera cuando existen los elementos documentales suficientes. Al no ser aportados los documentos se niega la suspensión provisional⁴⁸⁸.

Finalmente, y contrario a lo observado en los primeros periodos donde parecía un tema casi siempre procedente el del análisis de facultades reglamentarias, en el 2010 se pone de presente - en el estudio de la facultad reglamentaria otorgada por la ley 909 de 2004- que “de la simple lectura de la norma parcialmente demandada con las normas aludidas como violadas, no observa la Sala la violación flagrante de preceptos superiores, además, en el presente caso se requiere un estudio de fondo de todas las normas que se relacionan, y la facultad del Gobierno Nacional para expedirlas. La Suspensión Provisional, por su parte, es una medida sujeta a condiciones y requisitos exigentes como son la flagrancia y la violación de textos superiores⁴⁸⁹.

De todo lo anterior se observa que cada juez es quien decide si cuenta o no con los criterios para determinar la procedencia, la indeterminación de la norma parece haber dificultado la generación de reglas jurisprudenciales sobre qué entender concretamente por violación manifiesta o flagrante. A lo sumo, se observa que el criterio que se siguió generalmente es el de aceptar la procedencia de la medida cuando no hay necesidad de interpretar; cuando el caso es fácil, pero ¿tienen acaso más derecho a la tutela judicial efectiva las partes que se encuentran dentro de un caso fácil?. Así, a pesar de que la ley establezca requisitos de procedencia,

⁴⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ. Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil tres (2003).

⁴⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007).

⁴⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).

el juez es quien decide - discrecionalmente- si encuentra que puede hacer una “confrontación”; cada juez decide si cuenta o no con los elementos de juicio, si debe indagar o verificar más normas. En definitiva esta no es una tendencia que fortalezca el modelo de Estado social y constitucional de derecho. Si se leen los autos en orden cronológico –de 1940 a 2012- el resultado es el mismo si se lee del 2012 a 1940. Hay una posición inamovible que sólo puede resultar positiva para quienes pretendan ver al estilo del jurista medieval, un derecho estático; ahistórico. La razón de tal inamovilidad es fácilmente entendible con todo el marco expuesto en los capítulos anteriores, pero que no dejan de hacer notar que el juez puede cambiar su rol porque cuenta con el marco del Estado constitucional que lo legitima.

También llama la atención la escasa motivación de estos autos que resuelven la procedencia de la medida cautelar. Casi como un texto estándar se reproduce la decisión sin que su estructura argumental permita entender por qué el juez no vio posibilidades de una “manifiesta flagrancia” o de una “ostensible violación”. Es frecuente encontrar que la motivación viene dada por argumentos de tipo tautológico o circulares como serían por ejemplo: se observa que no hay una ostensible violación porque no se encontró una flagrante violación de la ley o, es una violación *prima facie* porque no requiere un razonamiento profundo.

A tal fin, resulta importante el reconocimiento al deber de motivación que hace explícito el artículo 229 de la ley 1437 de 2011 “podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”. Este es un reconocimiento muy importante a la hora de decidir una cuestión que puede llegar a afectar derechos fundamentales y que de nuevo, legitima la labor del juez. Tal y como ha reconocido la jurisprudencia colombiana el deber de motivación controla la arbitrariedad judicial y permite el control sobre los actos:

... El derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia que existe como garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad

(...) Esta garantía fue prevista en una norma positiva expresa en nuestro ordenamiento constitucional anterior [la Constitución Política de 1886, art. 161 - Toda sentencia deberá ser motivada], ahora el art. 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, impone al juez

el deber de hacer referencia a los hechos y asuntos esgrimidos por los sujetos procesales...

(...) Una sana argumentación es la explicación de las razones que conducen a adoptar una determinación y permite el control de la legalidad de la principal manifestación del Poder Judicial propio de todo Estado Democrático. Así se somete la providencia al escrutinio de los sujetos procesales y de la sociedad pues si bien el pronunciamiento jurisdiccional tiene un efecto inter-partes, también concita el interés general, amén del fin pedagógico que demuestra y persuade que se trata esa de la mejor solución posible, no la expresión cruda del ejercicio de una competencia sino el caro fruto de la lógica y la razón. Desde otra perspectiva, la respuesta judicial genera un elemento de estudio y doctrina para casos similares, creando jurisprudencia y una fuente de Derecho⁴⁹⁰.

De esta manera el deber de motivación asegura un ejercicio argumentado por parte del juez que responde a su rol en el Estado constitucional. Se reconoce en todo caso que este deber de motivación hace pensar en la existencia de un juez apolítico que falla sin consideración a preferencias ideológicas, lo cual no contradice lo acá señalado sobre la permeabilidad ideológica de las decisiones judiciales sino que la concreta en el deber de motivar las decisiones de tal forma que se pueda controlar que su razonamiento obedece al deber de implementar y respetar el Estado constitucional de derecho.

6.2.2.2 La suspensión provisional para la protección de derechos constitucionales fundamentales

⁴⁹⁰ Sentencia del 26 de octubre de 2006, radicado 22733 Citada por: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil diez (2010).

Bajo el numeral 4.4 de este trabajo se enunciaron buena parte de las tensiones surgidas entre el juez administrativo y el constitucional con ocasión de la compatibilidad de la acción de tutela con la suspensión provisional. Lo relevante ahora es mostrar brevemente cómo esa tensión ha sido presentada por el Consejo de Estado. En vigencia del código 01 de 1984 – modificado por el decreto 2304 de 1989 (art. 31)- se presentó una discusión acerca de las relaciones entre la acción de tutela y la suspensión provisional en caso de interponerse al mismo tiempo. El Decreto 2595 de 1995 dispuso que “cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, 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”.

Frente a esta posibilidad, la Corte Constitucional estableció en su momento que en caso de proceder la acción de tutela no procedería la suspensión provisional ya que son mecanismos con idéntica finalidad⁴⁹¹. Posteriormente se agregó en el año 94 que en todo caso no puede confundirse el poder del juez de tutela con la suspensión provisional. Esto es, que inaplicar el acto (juez de tutela) no equivale a suspenderlo provisionalmente, lo segundo recae sobre la materialidad del acto, mientras que su inaplicación sobre el juez de tutela “lo deja incólume” hasta que sea suspendido o anulado por el juez administrativo⁴⁹². Como ejemplos concretos de esta tensión se ha señalado los fallos de tutela de la Corte Constitucional en los cuales deja sin efectos los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia de cargos de empleos en provisionalidad por considerar que su falta de motivación es violatorio del debido proceso⁴⁹³.

Barrera Carbonell se refiere a la ineficacia de esta figura (suspensión provisional) para la protección de derechos constitucionales fundamentales debido a la forma como se regulaba en el Decreto 01 de 84 modificado por el Decreto 2304 de 1989. Observa que al tratarse de normas preconstitucionales, no estaban concebidas

⁴⁹¹ Sentencia T- 443 de 1992. Corte Constitucional. José Gregorio Hernández Galindo. En igual sentido Sentencia T-090 de 1995 y T- 100 de 1994.

⁴⁹² Sentencia T- 203 de 1993. M.P.: Corte Constitucional. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁹³ En sentencia de tutela T-696 del 1º de julio de 2005, la Corte Constitucional señaló: “En reciente jurisprudencia, la Corte ha considerado casos que guardan gran similitud con el que ahora se estudia. En efecto las sentencias T-1206, T-1240, y T-597 de 2004 y T-031, T-123, T-132, T-374 y T-454 de 2005, han tratado casos en los cuales entidades estatales han declarado insubsistentes los nombramientos de personas que en provisionalidad ocupaban cargos de carrera; en tales circunstancias, la decisión de la Corte ha sido siempre (i) tutelar los derechos de los demandantes y (ii) ordenar a estas entidades dejar sin efecto los actos administrativos de desvinculación”.

para la protección de estos derechos y sin embargo propone dar esta nueva visión a las acciones contenciosas, y contemplarlas como mecanismos para la protección de tales derechos⁴⁹⁴. Es pues el principio de “efectividad de los derechos” el que debe estar por encima del temor al prejuzgamiento o entre principio de legalidad y suspensión de provisionalidad⁴⁹⁵ (como se ha plasmado en los fundamentos del nuevo código contencioso administrativo).

Adicionalmente y como resultante de las tesis producidas entorno a esta tensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado comenzó a declarar la improcedencia de las acciones de tutela bajo el argumento de ser tanto las acciones (hoy pretensiones) contenciosas y la medida cautelar de suspensión provisional “un mecanismo judicial que no solamente es apto para la protección de los derechos fundamentales, sino que es expedito, toda vez que debe ser resuelta de manera previa por el juez de lo contencioso administrativo en el auto admisorio de la demanda”⁴⁹⁶.

6.2.3 La búsqueda de nuevos enfoques de interpretación que potencien el Estado social y constitucional de derecho

La situación de la regulación anterior a la ley 1437 de 2011 y la interpretación que se daba a la procedencia de esta figura, comparten alguna similitud con lo señalado por la doctrina francesa. García de Enterría citando a Tsiklitis, pone de presente cómo el juez constitucional ha tenido una fuerte intervención en la tradicional forma de entender la suspensión provisional, incluso también la jurisprudencia comunitaria ha tenido avances en ese sentido. Estas nuevas interpretaciones

⁴⁹⁴ BARRERA CARBONELL, Antonio. Op. Cit., p. 909.

⁴⁹⁵ CORREA PALACIO, Ruth Stella. Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia. En: Memorias Seminario Franco colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. p. 145 – 159 <http://190.24.134.67/pce/memorias/medidas%20cautelares.pdf>

⁴⁹⁶ En esa medida, no puede ser la tutela el remedio judicial para discutir las inconformidades de la señora Liliana Rodríguez frente a la decisión de la Comisión de la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo de que como consecuencia de la terminación de las pruebas publicara la lista de elegibles, en la que la actora tiene el puesto 40, pues como es sabido, esta acción se caracteriza por ser un remedio residual y excepcional, que no reemplaza los mecanismos ordinarios de defensa que ha creado el legislador para la efectiva protección de los derechos de los coasociados. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS Bogotá, dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010)

llevan a observar que se “ha modificado la concepción clásica del contencioso administrativo [lo cual] producirá, inevitablemente, consecuencias profundas”⁴⁹⁷. Sin embargo, se ha puesto de presente que tal intervención parece no haber influido en el Consejo de Estado, quien ha mantenido una “actitud de inmovilismo”⁴⁹⁸. Esto a su vez ha sido calificado como la manifestación “de un respeto más supersticioso que razonable de las prerrogativas de [la administración]”⁴⁹⁹. Superstición que de acuerdo con este estudio, termina avalando (consciente o inconscientemente) los principios del Estado liberal de derecho. Se reclama entonces una mirada a la suspensión provisional como garantía de los derechos.

A continuación se ponen en evidencia dos asuntos cuyos impactos todavía no están definidos y que pueden significar un apoyo a la búsqueda de un enfoque tal.

6.2.3.1 Interpretar la Ley 1437 de 2011 de tal modo que la suspensión provisional sea un mecanismo de protección de derechos subjetivos

Recordando el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como aquella que tiene por objeto “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y en la ley y la preservación del orden jurídico”, se podría esperar que la interpretación de la suspensión provisional avanzara en lograr tal objetivo. El artículo 138 de la ley 1437 establece que “toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño (...), esto supone igualmente mayor cobertura para ver en el rol del juez la posibilidad de avanzar en la protección de derechos fundamentales bajo la concepción del Estado social de Derecho”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Op. Cit., p. 306.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 306.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 309.

⁵⁰⁰ Para un estudio sobre el concepto de derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho ver: ARANGO, Rodolfo. El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales. p. 35-36.

La reciente entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 dificulta cualquier referencia crítica sobre si se ha producido o no un cambio sustancial que otorgue efectividad al uso de la suspensión provisional y que se oriente bajo el Estado social y constitucional de derecho. Sin embargo, también resulta interesante observar cuáles son los primeros pasos que se dan en la conformación de este camino:

De esta manera, en Auto del 13 de septiembre de 2012 se señalan los presupuestos que establece la norma – ley 1437- para que proceda la suspensión provisional. Para el Consejo de Estado la variación de esta figura se presenta o radica en que “ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud. En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional”. Aspecto que como se anotó no es del todo innovador ya que la misma posibilidad de estudiar pruebas se presentó en el año 1984. Tal vez lo que debiera calificarse como innovadora sería la jurisprudencia si con el análisis de las pruebas logra moverse de la tradicional posición que operaba desde esa fecha.

Continúa este Auto señalando lo desafortunado de la interpretación anterior: “ la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, la procedencia de esta medida excepcional (...) estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas (...) fuera manifiesta, apreciada por confrontación directa con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud. De las expresiones “manifiesta” y “confrontación directa” (...) tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio”. Es decir, este Auto recuerda que el juez no debía realizar ningún esfuerzo analítico, dando a entender que el nuevo CPACA representa un cambio y ahora el juez sí podrá realizar este análisis y estudiar pruebas.

Sin embargo también agrega que a pesar de esta nueva legislación y el nuevo rol del juez, el artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares-procedencia), señala que “La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, de ahí que el juez debe ser “muy cauteloso” y debe guardar “moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo

produjo o al demandado (...), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba”⁵⁰¹.

6.2.3.2 Aproximar la interpretación de la suspensión provisional a las tendencias internacionales

Al entrar a considerar las tendencias internacionales de interpretación en materia de medidas cautelares se llega de nuevo a cuestionar una vez más el por qué preferir una interpretación estática que privilegie el principio de legalidad, en lugar del derecho a la tutela judicial efectiva, la supremacía constitucional y con ello, el modelo de Estado social y constitucional de derecho. Aunque debe tenerse presente que inicialmente la finalidad principal de las medidas cautelares eran garantizar la actividad jurisdiccional, – y no un derecho subjetivo- que se apoyaba en “un cierto formalismo jurídico [que daba] la impresión de tomar el proceso como un fin en sí mismo, y no como un medio para la realización de la justicia”⁵⁰², no deberían valer los argumentos históricos para justificar que ello sea así todavía. Como se ha señalado, ésta sería más bien una explicación que puede entenderse desde una perspectiva ideológica y no tanto jurídica.

Es entonces en el campo del derecho internacional donde puede percibirse mejor el cambio de enfoque solicitado en pro de la tutela judicial efectiva. Como pone de presente Cançado, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “las medidas provisionales se liberan del formalismo jurídico de la ciencia jurídica del pasado. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las medidas provisionales van más allá en materia de protección, (...) además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a la persona humana como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos”⁵⁰³.

Bajo este contexto surgen dos cuestiones. La primera es la posibilidad de que el derecho y el juez nacional pudiera tomar o aprender algo del derecho

⁵⁰¹ Auto de 13 de septiembre de 2012. C.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.

⁵⁰² CANÇADO TRINDADE, Antonio. Reflexiones sobre el instituto de las medidas cautelares o provisionales de protección: desarrollos recientes en el plano internacional. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T.IX, Derechos humanos y Tribunales Internacionales. México. Universidad Autónoma de México. 2008. p. 344.

⁵⁰³ *Ibíd.*, p. 348.

internacional – no tanto en lo legislado- sino en la interpretación judicial y lo segundo es tener presente que algunos casos han llegado al conocimiento internacional por considerar que no ha habido efectividad⁵⁰⁴ del derecho nacional pues no primó el principio de protección de los derechos fundamentales. En estos casos no se podría sostener un vaciamiento de competencias entre jueces (como se argumentaba frente al uso de la tutela y su compatibilidad con la suspensión provisional) sino que existe el deber de cumplimiento de sentencias internacionales⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ “El principio de subsidiariedad en el marco del DIDH supone que, no obstante la existencia de normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos o precisamente en virtud de ellos, es a los Estados a los que corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y sólo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional (ahí donde exista) puede y debe ejercer su competencia”. TORO HUERTA, Mauricio Iván. El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano. En: Becerra Ramírez, Manuel. La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2007. p. 24.

⁵⁰⁵ Por ejemplo (más allá del caso de fondo), en el caso llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos -López Mendoza vs. Venezuela Sentencia de 1 de septiembre de 2011- el actor sostiene entre otras cosas, en lo que respecta a la violación de la protección judicial y efectividad de los recursos, que las distintas instancias judiciales no observaron los recursos judiciales interpuestos y que no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho a ser elegido. Igualmente la Comisión consideró que los recursos interpuestos por la víctima en la jurisdicción interna, “en la práctica, resultaron ineficaces”.

7. CONCLUSIONES

Recordando la pregunta de investigación planteada al inicio de este trabajo, referida a determinar si el juez administrativo colombiano cuenta con elementos para influir en las transformaciones del derecho administrativo y en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho, se presentan a continuación, teniendo en cuenta la lógica que estructuró el presente texto, las siguientes conclusiones:

- ❖ La influencia del juez contencioso administrativo colombiano en las transformaciones del derecho administrativo y en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho es permitida por el carácter permeable tanto de las decisiones judiciales como del derecho a la ideología de los modelos de Estado. La relación entre política y derecho se encuentra presente en las relaciones Estado-derecho, Estado-juez, derecho-juez.
- ❖ La fórmula actual consagrada en la Carta Política de 1991 es el de un Estado social de derecho entendido como constitucional y democrático. Al ser un modelo teórico, en la práctica no se predica como un modelo puro, en él subyacen una confluencia de tendencias que se mueven dentro de los extremos de la corriente del liberalismo jurídico. Sin embargo al estar consagrado en las constituciones, se muestra como una orientación que direcciona la política y el derecho.
- ❖ Los procesos de adaptación y renovación en el derecho administrativo (como instrumento y límite de la Administración pública) es una pregunta constante en su desarrollo. El papel del Estado y su relación con el ciudadano es un asunto que el derecho administrativo mantiene en su propia concepción y es uno de los elementos que contribuye a formar sus dinámicas de transformación. Estas dinámicas pueden verse incididas e influidas por el rol que asuma el juez al interpretar el derecho administrativo porque con sus decisiones puede “actualizar” el derecho o impedir su evolución.

- ❖ La constitucionalización del derecho administrativo es una tendencia que puede verse como un obstáculo o pérdida de las tradicionales bases del derecho administrativo; o como un aporte a su redefinición y retroalimentación al derecho constitucional.
- ❖ En Colombia se observa una continua tensión entre Constitución y derecho administrativo que vuelve confuso el marco de decisión del juez administrativo. De la aplicación y manejo que se haga sobre estas tensiones se observan dos procesos distintos: uno estático en el cual el derecho administrativo se aplica independientemente de su contexto y uno dinámico en el cual el derecho se aplica con un sentido de actualización. La permanencia atribuible al derecho administrativo colombiano se atribuye a la falta de innovación y actualización jurisprudencial, al no asumir las nuevas corrientes jurídicas que responden a la introducción del modelo de Estado social de derecho.
- ❖ Las dinámicas de las transformaciones del derecho administrativo y las tensiones ideológicas que las permean, forman un panorama de principios y reglas antagónicas que se comportan como un espacio en donde el juez puede decidir (consciente o inconscientemente) cuál usar. Se presenta así, como un juez fragmentado pero con un enorme potencial para direccionar el papel del Estado.
- ❖ En el espacio que existe para la creación judicial, el juez puede tomar una opción (dinámica o estática) y terminar por potenciar el modelo de Estado liberal de derecho o el Estado social y constitucional de derecho. Hay un inevitable espacio en la interpretación judicial que se encuentra permeado por la ideología – o modelo de Estado-, con lo cual, el decisionismo judicial no estaría atado únicamente a la idea de la “incorporación del valores”, también se es decisionista cuando se asumen tesis “conservadoras” y estáticas, que fortalecen un modelo que no corresponde al Estado social de derecho. Así, tanto el juez autómatas como el absolutamente discrecional están permeados por la ideología. De ahí la importancia del control a las decisiones, de la argumentación y la necesidad de legitimación de las decisiones judiciales por medio de mecanismos que concreten la razonabilidad judicial conforme al modelo de Estado imperante.

- ❖ La obligatoriedad del precedente judicial administrativo es una tendencia que cada vez se impone como mecanismo para el logro de seguridad jurídica e igualdad. Esto además supone que el juez cuenta con posibilidades más amplias para potenciar la aplicación de un determinado modelo de Estado.
- ❖ El uso de metodologías para el análisis ideológico del derecho, particularmente de la jurisprudencia, permite aportar a la investigación jurídica nuevos contextos o tendencias subyacentes a las decisiones judiciales y contribuir con ello a integrar las miradas o enfoques dogmáticos.
- ❖ A través del ejemplo de la suspensión provisional se puede observar una tendencia estática en las decisiones judiciales que resuelven sobre su procedencia, demostrando que para este caso específico, el juez administrativo tiene en sus manos la voluntad de usar o no métodos y discursos jurídicos aptos al modelo de Estado constitucional logrando con ello la efectividad de esta medida cautelar. La mayoría de decisiones niega la procedencia de esta medida, y podría ser una señal del predominio del principio de eficiencia de la administración pública y del principio de ejecutoriedad del acto administrativo. No obstante esta tendencia, a partir de la intervención de la Corte Constitucional colombiana y de la ley 1437 de 2011 es posible que la balanza se incline en pro de la garantía de la tutela judicial efectiva. Pero como ya se dijo, el juez tiene tal relevancia, que a sí se cambie la ley o contexto jurídico, podrá seguir manteniendo la “permanencia” del derecho.
- ❖ El espacio de creación que existe para decidir la procedencia o no de la figura de la suspensión provisional podría ser cubierto con un mejora en los mecanismos de control judicial. Es de resaltar el deber de motivación de los autos interlocutorios evitando – mediante su regulación- que se presente de forma encubierta una ideología subyacente contraria al Estado constitucional. Ante esto Sanchís recuerda que se han “recomendado algunas medidas como el empleo de un lenguaje y sobre todo de una construcción gramatical más transparente y directa en la redacción de las sentencias”⁵⁰⁶. Ya existe un avance importante en la nueva ley 1437 de 2011 que en su artículo 229 señala que “podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que

⁵⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. Cit., p. 126.

considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”.

Con base en lo anterior puede concluirse que el juez contencioso administrativo colombiano sí tiene elementos para influir en las transformaciones del derecho administrativo. Estos elementos provienen de las preferencias ideológicas (modelos de Estado) que permean la dinámica de las transformaciones del derecho administrativo legislado, las herramientas y métodos de interpretación y las transformaciones y cambios institucionales. Al ser preferencias ideológicas, las decisiones judiciales pueden alterar el curso de acción del derecho administrativo legislado e influir o cambiar el modo en que éste se transforma. El uso de estas preferencias -que puede ser consciente o inconsciente- lleva a que el juez asuma un rol y un concepto de derecho que fortalezca el Estado social de derecho o el antiguo Estado liberal de derecho.

BIBLIOGRAFIA

AGUILÓ, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. En: Isonomía no. 6, Abril. 1997. p. 71- 83. [en línea] Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89835.pdf>

----- . La Constitución del Estado Constitucional. Bogotá: Temis, 2004. 178 p.

AGUIRRE ROMÁN y otros. ¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? Una mirada en el Estado constitucional. En: Revista de Derecho. no. 32, julio – diciembre 2009. 1- 29 p. [en línea] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0121-8697.

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. Derecho Administrativo y Globalización. Madrid: Civitas Ediciones, SL, 2004. 393 p.

ÁNGELES GONZÁLEZ, Luis Darío. Entre el Acto Administrativo y la Tutela Judicial Efectiva. Consideraciones en Relación a la Procedencia de la Suspensión del Acto Administrativo en un caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En: Letras jurídicas: revista electrónica de derecho, no. extra 12, 2011. 1- 27 p. [en línea] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12271>.

ALVIAR GARCIA, Helena. (Coordinadora). Manual de derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009. 273 p.

----- ¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado Social de Derecho?. En: Revista de Derecho público. Febrero de 2009. No 22, p. 1-17. [en línea] Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=22&idarticulos=188&tipos=Artículos>

----- Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo. En: Revista de Derecho público. Junio de 2007. No 19, p. 3-14. [en línea] Disponible en:

<http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=19&idarticulos=1&tipos=Artículos>

ÁLVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 31-36

APARICIO WILHELMI, Marco. Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. Citado por VEGA ARENAS. Johana. La ponderación como técnica de solución al conflicto de principios en el Derecho Administrativo. Tesis de Magíster en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Colegio Mayor del Rosario. Facultad de jurisprudencia, 2009. 112 p.

APONTE SANTOS, Gustavo. Retos para la implementación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 509 – 510.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado: el Estado productor de las nacionalizaciones a las privatizaciones, el estado regulador del monopolio a la competencia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. 524 p.

----- Principios de Derecho Público Económico. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. 933 p.

ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. Citado por DEUBAL, Roth. VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28 - 31 de Oct. 2003 Documento Libre. Globalización, derecho y justicia: el Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material. 9 p.

BARRERA CARBONELL, Antonio . Hacia una nueva concepción de la suspensión del acto administrativo en Colombia. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México) Num.090 Vol. XXX 1997. [en línea] <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=427> . p. 899 – 912

BOTERO, Luis Felipe. Acción Popular y nulidad de actos administrativos, Bogotá: Legis. Universidad del Rosario, 2004. Citado por PEÑA PORRAS, Diego. Op. cit., p. 113.

BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. La fuerza del derecho. Estudio Preliminar de Carlos Morales de Satien Rabian. Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores. Año 2000. 220 p.

BUSHNELL, David. Colombia. Una Nación a pesar de sí misma. 3 ed. Bogotá: Editorial Planeta, 2009. 485 p.

CALVO GARCIA, Manuel. Transformaciones del Estado y del Derecho. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2005. 144 p.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. Reflexiones sobre el instituto de las medidas cautelares o provisionales de protección: desarrollos recientes en el plano internacional. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y otro. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo IX, Derechos humanos y Tribunales Internacionales. México: Universidad Autónoma de México. 2008. p. 343 – 349

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 7 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. 2 t.

----- El principio de legalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009. 239 p.

CASSESE, Sabino. New paths for administrative law. A manifesto. [En línea] consultado julio 1 de 2012 <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/New-paths-for-administrative-law.-A-manifesto.pdf>

CERRA JIMENEZ, Luis Eduardo. Valor persuasivo del precedente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia. sf. 23 p. Disponible en: <http://consejodeestado.gov.co>

CHAÍN LIZCANO, Guillermo. El Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 373 - 384

CORREA PALACIO, Ruth Stella. Fundamentos de la reforma del libro segundo del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Memorias Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 79 – 103

----- Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia. En: Memorias Seminario Franco colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. p. 145 – 159

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp1.pdf

COURTIS, Christian. Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2006. 409 p.

CHAPARRO, Adolfo y GALINDO, Carolina. Génesis y transformaciones del Estado nación en Colombia. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2009. 345 p.

ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. La actividad constitucional del Consejo de Estado colombiano. En: Vniversitas. Bogotá (Colombia) Pontificia Universidad Javeriana. N° 111: 65-94, enero-junio de 2006. p.20

ESPINA, Álvaro. La sociología del bienestar de Gösta Esping Andersen y la reforma del Estado de bienestar en Europa. Versión ampliada de la sección Bienestar: Sociología y reforma, publicada en Revista de Libros, n° 66, junio, 2002, 26 p. [en línea] disponible en: <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento6142.pdf>.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. A welfare state for the 21st Century. En: GIDDENS, Anthony (ed.). The global third way debate. Cambridge: Polity Press, 1993. p.134-156. Citado por BARTOLOMÉ, Amaia. Consecuencias de la sobrecarga del Estado y la globalización en la concepción del Estado del bienestar. Hacia un régimen de prestaciones sociales condicionadas. Universidad del País Vasco-EHU. Papers 81, 2006. p.124.

FAJARDO, Mauricio. Medidas Cautelares. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 327 - 351

FARIÑAS DULCE, María José. La sociología del derecho de Max Weber. México: Universidad Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas serie g. Estudios doctrinales, núm. 121. 1989. 331 p. [en línea] Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=969>

FAVOREU, Louis Joseph. La constitucionalización del derecho. En: Revista de Derecho (Valdivia). Agosto, 2001. vol 12. no. 1, p.31- 43.

FERRAJOLI, Luigi. Estudios. El Derecho como sistema de garantías. En: Revista Jueces para la democracia, N° 16-17, 1992 , págs. 61-69 Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2551827>

----- El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2000. 198 p.

FERRERES, Víctor y XIOL, Juan Antonio. El carácter vinculante de la jurisprudencia. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2009. 137 p.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español. Madrid: Civitas. 2004. 480 p.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. No sólo de mercado vive la democracia: el fenómeno del (in) cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo la justicia y la democracia. En: Revista de Economía Institucional, vol. 6, No. 10, primer semestre. 2004 p. 108.

GARGARELLA, Roberto. "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The people themselves de Larry Kramer". En: Revista de Libros n. 112, abril 2006 , Madrid, España.

GERARDO MEIL LANDWERLIN. El Estado social de derecho: forsthoff y abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas. En: Revista de estudios políticos, N° 42, 1984 , págs. 211-226. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=26806>

GIDDENS, Anthony. Socialdemocracia y neoliberalismo. En: Claves de razón práctica. Febrero de 1999. no. 89, p.10-14.

GIL BOTERO, Enrique. La Constitución de 1991: poder judicial, principio democrático y novedades institucionales. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez; [Buenos Aires]: Depalma, 2011. 157 p.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. El derecho administrativo. En: La ciencia del derecho durante el siglo XX. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998. 1029 p. [en línea] Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114>

GONZALEZ SALAS, Edgar. La reforma de la administración pública 2002 – 2009. En: Política Colombiana. Octubre-diciembre, 2009. p. 28-45. [en línea] Disponible en: http://revistapoliticacolombiana.com/contenido_segundaEdicion.html

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 8 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. 4 t. [en línea] Disponible en: <http://www.gordillo.com/Tomo1.htm>

GTZ/GIZ. Memorias del Foro Internacional en Derecho Administrativo. 27, 28 y 29 de agosto de 2008. Bogotá, Colombia. Fortalecimiento del Estado de derecho. 2010. 161.p

HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del derecho constitucional colombiano. 11 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1998. 409 p.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. La jurisprudencia en el nuevo Código. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 233 – 244.

IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. 20 Años de vigencia del Código Contencioso Administrativo Colombiano. En: Revista Civilizar No. 5. Diciembre 2003. Universidad Sergio Arboleda. sp. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/archivo_publicacion_5.htm.

IBLER, Martin. Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania. En: Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol no. 50/51, p. 5-22.

KENNEDY, Duncan. A critique of Adjudication. {fin de siècle}. Harvard University Press. 1997. 424 p.

KLIGKSBERG, Bernardo. Hacia un nuevo perfil del Estado en América Latina: los cambios en las percepciones y las demandas de la ciudadanía. En: la Revista del CLAD Reforma y Democracia. Junio de 2005. no. 32. 24 p.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. 2 ed. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2006. 366 p.

----- El sueño Weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano. En: Revista de Derecho público. Junio, 2006. no. 19, p.1-42. [en línea] Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=19&idarticulos=2&tipos=Artículos>

MACCORMICK, H. L. A. HART, supra at 126. See, e.g., Bojan Bugarcic, Courts As PolicyMakers: Lessons From Transition, 42 HARV. INT'L L. J. 257-269, 277-279 (2001), Citado por ZAMBONI, Mauro. Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory. Springer-Verlag, Berlin Heidelberg. 2008. p 143.

MADRIÑÁN, Ramón. El Estado Social de Derecho. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997.163 p.

MALAGÓN, Miguel y BRITO, Fernando. Influencia del derecho administrativo norteamericano en nuestra administración pública, las misiones Kemmerer y Currie. En: VIDAL PERDOMO, Jaime, et al. Teoría de la Organización Administrativa Colombiana. Una visión jurídico-administrativa. Bogotá: Universidad del Rosario, ESAP, 2005. 200 p.

MEIL LANDWERLIN, Gerardo. El Estado social de derecho: forsthoff y abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas. En: Revista de estudios políticos, N° 42, 1984 , págs. 217. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=26806>

MOLANO, Mario. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. 377 p.

MOLINA BETANCUR, Carlos. Grandes aportes del Consejo de Estado colombiano. En: RESTREPO, Manuel. ed., Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Bogotá Universidad del Rosario, 2009. 466 p.

NARANJO, Carlos. Crisis del Derecho Administrativo clásico frente al “principio de constitucionalidad” de la actividad pública. Incidencia de las acciones constitucionales en el Derecho Administrativo. En: RESTREPO, Manuel. ed., Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Bogotá Universidad del Rosario, 2009. 466 p.

NIETO CASTILLO, Santiago. Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución Mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional. En: VALADÉS y CARBONELL. El proceso constituyente mexicano. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2007. p. 679-730 [en línea] Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/09santiago-nieto-jurisprudencia-e-interpretacion-juridica.pdf>

ROMERO DIAZ, Héctor. El Consejo de Estado como Unificador de Jurisprudencia. En: Memorias Seminario Franco colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. p. 106

PAREJO ALFONSO, Luciano. El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desde la perspectiva comparada. En: Memorias Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 105 - 110

----- Perspectivas del Derecho Administrativo para el próximo milenio. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibañez, 1998. 140 p.

----- Problemas actuales del Derecho administrativo En: Hacia la modernización del procedimiento administrativo. XIV Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico

de la Junta de Andalucía, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2009. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/html/sites/presidencia/contenidos/la_consejeria/Gabinete_Juridico/documentacion_migracion/1236597592353_ponencia_luciano_parejo.pdf

PEÑA PORRAS, Diego. La construcción del derecho administrativo colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2008. 144 p.

PISARELLO, Gerardo. El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, más democracia. En: V. Abramovich y otros. Derechos Sociales. Instrucciones de uso. México: Fontamara, 2006. p.23-53.

PLAZAS VEGA, Mauricio. Derecho de la hacienda pública y derecho tributario. Las ideas políticas de la hacienda pública. Bogotá: Editorial Temis, 2000. 989 p.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Ideología e interpretación jurídica. España: Tecnos. 1987. 152 p.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La Lectura Administrativa de la Constitución Política. En: Univérsitas Jurídica. Diciembre, 2002. no. 104, p.149-165.

RIBERI, Pablo. Derecho y política: Tinta y Sangre. En: GARGARELLA, Roberto. Coordinador. La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. 392 p.

RODRIGUEZ ARANA, Jaime. La funcionalidad de la suspensión del acto administrativo en vía contenciosa en España: nuevas perspectivas. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, 1987. Enero- Junio, no. 151-152-153. 159 - 187 p.

RODRIGUEZ BERNAL, Adolfo. Enfoque cognitivo: construcción de referenciales globales de la acción de transformación del Estado y de la administración pública. En: Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública (9: 2-5, noviembre: 2004 Madrid, España. p.5.

RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. La globalización del Estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008. 88 p. [en línea] Disponible en: http://expresa.la/interna.php?tipo=documentos&id_elemento=7

RODRIGUEZ, Libardo. Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. En: FERNANDEZ RUIZ, Jorge. (Coordinador). Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI. México: Instituto de Investigaciones

Jurídicas de la UNAM, 2002.p.93-104. [en línea] Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=316>

ROJAS BETANCOURTH, Danilo. Legitimidad, validez y eficacia del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 441 – 448

ROMERO DIAZ, Héctor. El Consejo de Estado como Unificador de Jurisprudencia. En: Memorias Seminario Franco colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. p. 97-113

RUIZ, Jorge. Panorama del Derecho mexicano. Derecho Administrativo. México: Mac Graw-Hill, 1997. 177 p. [en línea] Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1920>

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de derecho administrativo. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. 645 p.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. 4 t.

SCHMIDT ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003. 475 p.

SCHMITZ, Thomas. European journal of international law. Oxford Journals Law. vol 19. no. 3, 2008. 625-631 [en línea] Disponible en: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/19/3/625.full.pdf+html>

SCHUBERT Glendon. *The Political Role of the Courts: Judicial Policy-Making*. Review by: Paul L. Puryear. En: *American Sociological Review* , Vol. 31, No. 5 (Oct., 1966), pp. 739-740. Published by: American Sociological Association. Article Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/2091888>

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Decisión Judicial. Tomo II. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike. 1286 p.

STOLLEIS, Michel. Citado por: MOLANO, Mario. Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. 377 p.

TORO HUERTA, Mauricio Iván. El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano. En: Becerra Ramírez, Manuel. La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2007. 346 p.

TREVES, Renato. La doctrina del Estado de Hermann Heller. En: Revista de la Facultad de Derecho de México. Enero-Junio, 1957. no. 25-26, 341 – 364 p.

UPRIMNY, Rodrigo y RODRIGUEZ, César. Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. En: Debates de Coyuntura Económica, Bogotá, Fedesarrollo. 2007.

URUETA, Manuel. Evolución de la jurisdicción contencioso administrativa en el Derecho colombiano. En: RESTREPO, Manuel. ed., Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Bogotá Universidad del Rosario, 2009. 466 p.

VEGA ARENAS, Johana. La ponderación como técnica de solución al conflicto de principios en el Derecho Administrativo. Tesis de Magíster en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Colegio Mayor del Rosario. Facultad de jurisprudencia, 2009. 112 p.

VIDAL PERDOMO, Jaime. La reforma administrativa de 1968: Antecedentes, teoría de la organización y funcionamiento, sus principales consecuencia. En: VIDAL PERDOMO, Jaime, et al. Teoría de la Organización Administrativa Colombiana. Una visión jurídico-administrativa. Bogotá: Universidad del Rosario, ESAP, 2005. 200 p.

WEBER Max. Economía y sociedad. México: FCE, 1987. p.660. Citado por DEUBAL, Roth. VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28 - 31 de Oct. 2003. Globalización, derecho y justicia: el Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material. 9 p.

YOUNES MORENO, Diego. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá: Temis, 2004. 276 p.

----- Las reformas del Estado y de la Administración pública. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2008. 490 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia. Madrid: Trotta, 2005. 156 p.

ZAMBONI, Mauro. Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory. Springer-Verlag, Berlin Heidelberg. 2008. 172 p.

ZAMBRANO CETINA, William. Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En: Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. p. 37- 77