Indira Latorre González

EL JUEZ ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

¿Un actor influyente en el
fortalecimiento del Estado social y
constitucional de derecho?

Colección Textos de Jurisprudencia

Serie maestría

UR

El juez administrativo colombiano
¿Un actor influyente en el fortalecimiento
del Estado social y constitucional de derecho?

Latorre González, Indira

El juez administrativo colombiano: ¿Un actor influyente en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho? / Indira Latorre González. – Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015.

xxvi, 204 páginas.— (Colección textos de Jurisprudencia, Serie Maestría)

ISBN: 978-958-738-586-1 (rústica)

ISBN: 978-958-738-587-8 (digital)

Derecho administrativo / Procedimiento administrativo / Derecho constitucional / Administración pública / Derecho y política / Estado // I. Título / II. Serie.

342.066

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Marzo 10 de 2015

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

El juez administrativo colombiano

¿Un actor influyente en el
fortalecimiento del Estado social
y constitucional de derecho?

Indira Latorre González

Colección Textos de Jurisprudencia, Serie Maestría

© Editorial Universidad del Rosario
© Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© Indira Latorre González
© Julio Gaitán Bohórquez, por la presentación

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Fecha de evaluación: 20 de junio de 2014
Fecha de aceptación: 28 de noviembre de 2014

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Primera edición: Bogotá D.C., abril de 2015

ISBN: 978-958-738-586-1 (rústica)
ISBN: 978-958-738-587-8 (digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Irina Florián
Diseño de cubierta: Kelly Narváez
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Agradecimientos	xiii
Presentación	xv
<i>Julio Gaitán Bohórquez</i>	
Introducción	xix
1. ¿Son las decisiones judiciales permeables a los modelos de Estado?: una relación entre derecho y política	1
1.1. El derecho y la política son sistemas autónomos	2
1.2. El derecho está integrado en la política	4
1.3. El derecho está intersecado con la política	7
1.4. La relevancia del rol de los actores legales	11
2. La perspectiva jurídica de los modelos de Estado	15
2.1. Estado liberal o Estado de derecho	16
2.2. Estado social o liberal intervencionista	18
2.3. Estado social desde la perspectiva neoliberal	23
2.4. La fórmula actual: Estado social, constitucional y democrático de derecho	25
2.4.1. Los contenidos del Estado social y democrático de derecho	26
2.4.2. El Estado constitucional y la Constitución como fuente de derecho	34
3. La dinámica de las transformaciones en el derecho administrativo	41
3.1. Las transformaciones del derecho administrativo: perspectiva europea	42

3.1.1. Insuficiencia de la concepción del derecho administrativo y de sus instrumentos de intervención.....	48
3.1.2. Insuficiencia de los derechos fundamentales, del control judicial y la relevancia de la finalidad social del Estado	49
3.1.3. Elementos polémicos en la relación derecho administrativo y constitución	52
3.2. Las transformaciones del derecho administrativo: perspectiva colombiana	57
3.2.1. Dinámicas anteriores a la Constitución Política de 1991	62
3.2.2. La administración pública y el derecho administrativo entre la crisis del bienestar y el Estado social de derecho.....	68
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	79
4. El rol del juez administrativo colombiano: entre la estática y la dinámica de las transformaciones del derecho.....	85
4.1. El juez frente a la tensión entre la eficacia del Estado social de derecho y el principio de legalidad	86
4.2. El juez como dueño de la complejidad del derecho	90
4.3. La teoría de la argumentación jurídica y el método de decisión e interpretación en el Estado constitucional.....	92
4.4. La aplicación de normas fundamentales por el juez contencioso administrativo colombiano: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	97
4.5. El juez contencioso administrativo colombiano: un juez fragmentado y con características propias.....	105
4.5.1. Juez administrativo de legalidad garantista	107
4.5.2. Juez administrativo de constitucionalidad.....	108
4.5.3. Juez administrativo de derecho común	112
4.5.4. Iniciativas legales para mitigar la fragmentación del juez administrativo	114

5. Posibilidades del juez administrativo colombiano para extender los postulados del Estado social y constitucional de derecho.....	117
5.1. Desarrollos recientes sobre la construcción del derecho judicial administrativo en Colombia.....	118
5.1.1. La revisión eventual de sentencias por parte del Consejo de Estado para unificar su jurisprudencia.....	120
5.1.2. La aplicación del precedente judicial en materia administrativa	121
5.1.3. La relevancia de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	123
5.2. Perspectiva crítica sobre la obligatoriedad del precedente judicial: el debilitamiento del Estado democrático y la parálisis del derecho	131
5.2.1. El precedente judicial: ¿vinculante considerativo u obligatorio?	132
5.2.2. El precedente obligatorio limita la discrecionalidad judicial y es violatorio del artículo 230 de la Constitución Política de 1991	133
5.2.3. El precedente obligatorio usurpa las competencias de los otros poderes públicos.....	135
5.3. La interpretación judicial como herramienta política.....	139
6. Elementos metodológicos para determinar el modelo de Estado que subyace a las decisiones judiciales	143
6.1. La jurisprudencia como objeto susceptible de análisis ideológico	144
6.2. Un ejemplo de análisis ideológico: la suspensión provisional del acto administrativo y su interpretación por el Consejo de Estado.....	148
6.2.1. Delimitación de los referentes ideológicos	151
6.2.2. Reflexión sobre la interpretación de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.....	164

7. Conclusiones	185
------------------------------	------------

Bibliografía	191
---------------------------	------------

Decisiones de la Corte Constitucional citadas.....	201
--	-----

Decisiones del Consejo de Estado citadas	202
--	-----

A mis padres

Agradecimientos

Este libro contiene gran parte de los resultados del trabajo de grado que presenté para la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario hace unos años. Es el producto de mi primera maestría y, por lo mismo, de un prolongado proceso de aprendizaje con aciertos y desaciertos. Por este motivo, y quizás debido a una mayor cantidad de los segundos que de los primeros, debo aceptar desde ya que la tesis de este libro es muy ambiciosa; ante esto, y porque de alguna manera supone una debilidad en el texto, solo puedo excusarme diciendo que mi prioridad fue la de buscar, sobre todo, unos lentes distintos para mirar el derecho administrativo colombiano. Le pido al lector que también use estos lentes.

Este libro fue posible gracias a quien en su momento fue mi director de trabajo de grado, doctor Julio Gaitán Bohórquez. A él le agradezco por su permanente motivación y guía, por sus reflexiones interdisciplinarias y por su gran paciencia y exigencia.

Igualmente, agradezco al doctor Manuel Alberto Restrepo Medina, director de la Maestría en Derecho Administrativo, por su continua colaboración en este proceso y porque muchas de sus enseñanzas como docente durante mis estudios de pregrado fueron un elemento fundamental para desarrollar las ideas base de este trabajo.

Este libro tampoco habría sido posible sin los valiosos aportes de los doctores Diego Younes Moreno y Oscar Vargas Roza. A ellos les agradezco por haberme honrado con sus comentarios, los cuales enriquecieron y dieron mayor solidez a esta publicación. Al doctor Younes Moreno no solo le debo sus sugerencias a este texto, también el haber podido aprender de su experiencia, de su docencia y, sobre todo, de su calidad humana.

No puedo dejar de agradecer a la doctora *iur* Helen Ahrens y a la doctora María Aurora Mejía, porque siempre me regalaron parte de su tiempo para conversar sobre los problemas e inquietudes que me propuse explorar en este trabajo.

A Felipe le agradezco por haberme contagiado de su maravillosa disciplina, pero, sobre todo, por haber escrito el libro detrás de este libro. Aquí Felipe comenzó a escribir nuestra historia. Mi mejor historia.

También agradezco a mi familia. Este libro es una muestra del gran afecto que siento por ellos. En especial agradezco a mi abuelita, una mujer excepcional.

Finalmente, a mis padres les dedico este libro, más de ellos que mío, como muestra de mi admiración y cariño.

Presentación

Durante décadas, el Estado colombiano ha diseñado e impulsado medidas que buscan mejorar la efectividad de la justicia. Estudiantes y profesores de las facultades de derecho, abogados litigantes y funcionarios judiciales tienen aproximaciones intuitivas a los orígenes de los distintos problemas que la aquejan. También los ciudadanos perciben y experimentan que la justicia colombiana tiene dificultades. Estos problemas conforman un conjunto sistémico integrado por elementos de tipo procedimental, sustantivo, institucional y de gestión. Sin duda, a cada uno de estos problemas puede atribuírseles diferentes causas que, entre otras cosas, han sido ampliamente diagnosticadas y discutidas en las diversas reformas judiciales que el país ha llevando a cabo.

Así es como una parte de estos problemas puede imputársele a las grandes transformaciones que los sistemas políticos y jurídicos comenzaron a sufrir desde mediados del siglo xx: el auge del Estado regulador, el paradigma neoconstitucionalista y su acento en los derechos fundamentales, la inclusión de derechos sociales en las constituciones, por nombrar algunos. Aunque estas transformaciones impactan el sistema jurídico en general, definitivamente, ni el derecho administrativo ni la jurisdicción contencioso administrativa han escapado a estas.

La Constitución Política de Colombia de 1991 ha tenido una particular relevancia en la actividad de la administración pública. La existencia de nuevos principios, de nuevos derechos y de nuevas acciones para reclamarlos han hecho que tanto a nivel práctico como teórico surjan discusiones sobre el alcance del derecho constitucional y, con ello, del rol del juez constitucional en la actividad de la administración. Pero, a pesar de dichas discusiones, parece haber un mayor esfuerzo por construir una relación entre el derecho administrativo y el derecho constitucional. Hace solo un par de años entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece que tanto la administración pública como el juez administrativo tienen el deber de desarrollar su actividad a la luz

de los principios de la Constitución Política. Se trata entonces de un profundo cambio que mueve las estructuras sobre las cuales se arraigaba el derecho administrativo del antiguo Estado liberal.

En buena medida, esta transformación también impacta el papel de los jueces y, por ende, de la jurisprudencia. En el paradigma actual del Estado constitucional, los tribunales constitucionales se sitúan en el centro del sistema jurídico pretendiendo irradiar las decisiones de la administración y de los mismos jueces. Esto es, que también comienza a transformarse el rol (no vinculante) que las decisiones judiciales, tradicionalmente, han tenido en los sistemas de derecho continental como el colombiano.

Pero afirmar que el juez constitucional y las constituciones adquieren un rol, en algún sentido, preeminente, no implica restarle importancia ni al derecho administrativo ni al juez administrativo. Por el contrario, invita a profundizar sobre los impactos que se generan sobre estos y a promover el ajuste del rol del juez administrativo dentro de este panorama de transformaciones. A este propósito general apuntó Indira Latorre con la elaboración de este trabajo.

De esta manera, el lector de este libro tiene en sus manos un texto que aporta a la comprensión de las transformaciones del derecho administrativo y, específicamente, a mejorar el conocimiento sobre el rol del juez administrativo colombiano en el Estado social y constitucional de derecho.

Es de resaltar la forma como la autora presenta este tema. No lo hace dando por sentado que el rol del juez administrativo ha cambiado, sino preguntándose por esas posibilidades de cambio. Y es que, como bien lo afirma la autora, no porque se encuentre vigente el paradigma constitucional debe entenderse, necesariamente, un cambio automático en su rol. De hecho, el motor de dicho cambio es el propio juez, de ahí que se deba indagar primero por los elementos que este tiene a su alcance para influir en las transformaciones del derecho administrativo y, con ello, en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho. Entonces, si bien es cierto que el Estado social de derecho provee una idea de juez, es él quien finalmente tiene en sus manos la posibilidad de hacerlo efectivo.

Adicionalmente, Indira Latorre parte de una perspectiva novedosa para la academia colombiana, pues este es un libro que no oculta el espacio que la política ocupa dentro del derecho y que invita al lector a expandir las categorías con las que usualmente se enfrenta al mundo de lo jurídico. Un mundo en el que, actualmente, hay mucho más que códigos.

El primer capítulo de este libro examina la relación entre derecho y política. En los capítulos segundo y tercero se describen los referentes ideológicos que, pertenecientes a distintos modelos de Estado, pueden estar presentes en las decisiones judiciales. El capítulo cuarto se enfoca en el juez administrativo explorando las diversas tensiones y desafíos que enfrenta debido a las transformaciones del derecho. El capítulo quinto indaga por los diferentes medios que tiene este actor judicial para expresar en sus decisiones los postulados del Estado social de derecho. Finalmente, el capítulo seis presenta una aproximación metodológica como herramienta para conocer la ideología de las decisiones judiciales.

Por último, este es un libro que invita a pensar en las implicaciones que las transformaciones del Estado tienen para la enseñanza del derecho en Colombia. La docencia en las diversas áreas jurídicas debería estar en capacidad de advertir la dinámica de dichas transformaciones, para, asimismo, proveer herramientas que permitan a los futuros operadores jurídicos comprender el derecho como un instrumento dinámico y apto para enfrentar los problemas de la sociedad colombiana.

Julio Gaitán Bohórquez
Director del Doctorado en Derecho,
Universidad del Rosario

Introducción

La relación entre Estado y derecho administrativo es simbiótica: este último sirve como límite al primero y como instrumento para su empoderamiento. 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 A su vez, el Estado sirve como marco para la construcción del derecho administrativo.

Este libro propone una doble relación entre Estado y derecho administrativo. Por un lado, los *modelos de Estado* influyen y construyen el derecho administrativo y, por el otro, el derecho administrativo contribuye a la concreción de dichos modelos. Y en esta relación se hace presente un actor fundamental: el *juez contencioso administrativo*, quien tiene a su cargo la interpretación de este derecho, y quien, al estar permeado por la ideología de los modelos de Estado, es un medio fundamental para potenciar o no un determinado modelo.

Estado, derecho administrativo y juez son los tres elementos transversales de este libro. Al respecto, alguien podría pensar que ellos han perdido vigencia o que ya todo se ha dicho sobre ellos. Y en algún sentido puede ser así —seguro también se habrán tratado mejor de lo que pretende hacerlo este libro. Sin embargo, una investigación juiciosa del contexto colombiano permite encontrar que, aún hoy, estos tres elementos son relevantes.

De esta manera, el lector deberá tener presente que, aunque los puntos de partida que motivaron la realización de este trabajo no se enfocan necesariamente en un contexto particular, las consecuencias que se derivan de estos puntos sí deben ser entendidas o asociadas al ámbito colombiano. Así, este trabajo estuvo motivado por las siguientes cuatro premisas.

¹ Alviar García, Helena. “Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo”. En: *Revista de Derecho Público*, n.º 19, junio de 2007, p. 6 [en línea]. Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=19&idarticulos=1&tipos=Articulos>

En primer lugar, el reconocimiento de una relación *dinámica entre derecho administrativo y administración pública*. Esta rama del derecho contiene un factor de adaptabilidad que lleva a caracterizarla como aquella que responde a la transición y transformación de las actividades del Estado, específicamente de la administración pública.

Asimismo, la administración pública se caracteriza por su dinamismo. Ella tiene que *administrar*, esto es, desarrollar una *acción* con unos *medios* específicos y con unos *sujetos y órganos* predeterminados. La noción de administración pública tiene dos sentidos complementarios: administración como actividad y administración como organización.² Estos son complementarios, porque actividad y organización “se encuentran irremediabilmente interrelacionados [...] dentro de un contexto de colaboración armónica y por regla general tendiente a la puesta en acción de los *cometidos estatales*”.³

Esta relación dinámica entre derecho y administración puede observarse en las definiciones sobre qué es el derecho administrativo. Así, si el derecho administrativo es “la rama del derecho público concerniente a la administración [o] es el conjunto de reglas jurídicas aplicables a la administración pública”,⁴ se deduce de allí que debe ir de la mano de la *dinámica* de la administración pública. Santofimio lo define como “el derecho de una activa función administrativa pública y de sus asuntos aledaños”⁵ que “se torna genéricamente en un complejo conceptual dinámico y sustancial, nutrido tanto de legalidad formal como finalista”.⁶

En segundo lugar, los diversos criterios que la doctrina utiliza para *delimitar* el campo de regulación del derecho administrativo le asignan a esta rama del derecho un *sustento ideológico*. Así, el contenido de la función administrativa dependerá, entre otras razones, del qué y del cómo se considere que deben desarrollarse las actividades del Estado y bajo qué finalidad.

² Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, t. 1, pp. 34-35.

³ *Ibíd.*, p. 35.

⁴ Younes Moreno, Diego. *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Temis, 2004, p. 3.

⁵ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 31.

⁶ *Ibíd.*, p. 26.

En tercer lugar, y a pesar de la relación dinámica señalada, se advierte, desde un punto de vista descriptivo, un problema conocido como la *falta de dinamismo del derecho administrativo*. Esto es, que aunque se plantee una relación dinámica entre derecho y administración, en la práctica se advierte la existencia de un derecho administrativo estático, caracterizado por la poca relación con el derecho constitucional. Esta crítica ya había sido expresada por los viejos constitucionalismos,⁷ los cuales en el siglo xx denunciaron que los “funcionarios de la antigua monarquía que seguían siendo los funcionarios de la primera república alemana, continuaban actuando conforme al antiguo derecho administrativo pese a la nueva Constitución de Weimar”.⁸ No por otra razón, Otto Mayer señaló que “el derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece”.

Con esta frase se introduce un primer llamado al cambio en el derecho administrativo; sin embargo, solo cuando las constituciones comienzan a ser vistas como normas jurídicas empieza a generarse una mayor consciencia sobre la relación entre ambas ramas del derecho. Así, Fritz Werner señalará que “el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado”, para resaltar la inexistencia de solución de continuidad entre ambas ramas del derecho. Werner acuñó la anterior frase bajo la vigencia de la ley fundamental alemana, y con ello quiso expresar “la fuerza que posee la Constitución en la decisiva modelación del derecho administrativo”.⁹

Estas posiciones sobre la relación entre derecho administrativo y derecho constitucional, aunque históricas y pertenecientes a otro contexto, son útiles para, aún hoy, cuestionar el carácter estático o no del primero, y para que el análisis no solo se quede en el contenido de las normas jurídicas, sino que se amplíe a la interpretación y aplicación que de ellas realiza el juez administrativo en el contexto colombiano.

⁷ Por viejo me refiero a la época en donde el constitucionalismo era visto con carácter político y el derecho administrativo estaba sustentado, únicamente, en el principio de legalidad.

⁸ “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, Martín. “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*, n.º 50-51, p. 9.

⁹ Schmidt-Assmann, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003, p. 15.

De esta manera, también en la actualidad, hablar de la falta de dinamismo del derecho administrativo implica hablar de las tensiones entre el derecho administrativo y el derecho constitucional. Esto es relevante porque, como se verá, las tensiones son la expresión de un conflicto entre modelos de Estado que, en buena medida, terminarán recayendo en el juez. Este conflicto de modelos es una de las causas de la indeterminación del derecho administrativo. Como ha señalado Alviar,¹⁰ la diversidad de principios que acoge esa rama del derecho no son de fácil ordenación, son principios que muchas veces chocan y que deben responder a las funciones del Estado, según el modelo de Estado imperante.

Desde la sociología jurídica, por ejemplo, estas tensiones podrían relacionarse con el conflicto entre dos proyectos globales. Un proyecto “se concentra en la seguridad jurídica, es decir, en el Estado de derecho weberiano como fuente de reglas de juego predecibles”,¹¹ y el segundo proyecto “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 [...]”.¹² 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”.¹³

La indeterminación a la que se alude parece ser algo inevitable. El derecho administrativo colombiano se desarrolla en el marco de la Constitución Política de 1991, y la fórmula del Estado social de derecho que en ella se incorpora tiene varios ejes que llevan a la prevalencia de distintas tendencias jurídicas, con lo cual se otorga importancia a principios antagónicos entre sí. No obstante, hay quienes sostienen que la contradicción entre los principios del Estado social y los principios del Estado de derecho puede ser manejada a través del equilibrio entre “prerrogativas y garantías entre eficacia y seguri-

¹⁰ Véase Alviar García, op. cit., p. 4.

¹¹ Rodríguez 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. pp. 18-19 [en línea]. Disponible en: http://expresa.la/interna.php?tipo=documentos&id_elemento=7

¹² *Ibid.*, pp. 18-19.

¹³ *Ibid.*

dad jurídica”.¹⁴ Pero la posibilidad de buscar y mantener dicho equilibrio no debe dejarnos del todo tranquilos, más bien, lleva a preguntar por los actores que participan en dicha labor, dentro de los cuales se encuentra el juez contencioso administrativo.

Es en este punto en donde se hace más relevante el *elemento ideológico-jurídico*, el cual puede expresarse así: el quehacer del Estado está determinado, al menos en gran parte, por los sistemas jurídicos que utiliza para organizarse. Al mismo tiempo, estos sistemas jurídicos están influidos por la finalidad ideológica que se dé al Estado,¹⁵ la cual es recibida por el intérprete de la norma, quien podrá *seguirla* o *modificarla*. Si se acepta lo anterior, entonces se podrá afirmar que las decisiones judiciales, y no solo las normas jurídicas, son una expresión de los modelos de Estado.¹⁶ Esto muestra el difícil marco en el que se mueve el juez administrativo, y pone de relieve que su rol es fundamental para equilibrar las incoherencias y tensiones presentes en el derecho administrativo.

Los cuatro puntos de partida expuestos delimitan el problema de la presente investigación. Así, este libro se pregunta por la forma como han operado las transformaciones del derecho administrativo y lo que esto ha implicado para el juez contencioso administrativo colombiano.

La visión del juez administrativo propuesta en este libro es la de un juez que pone en movimiento, usa e interpreta el derecho legislado, teniendo un grado de influencia en el fortalecimiento o debilitamiento de un determinado modelo de Estado. Es tan relevante la labor del juez que incluso podría *cambiar* el curso de acción ideológico del derecho legislado. Y este tipo de cambios pueden entenderse como nuevas forma de transformación del derecho administrativo.

Pero ¿qué necesita el juez para cambiar o continuar con un curso de acción ideológico? El análisis propuesto en este libro permitirá afirmar que son, principalmente, tres las herramientas que le permiten al juez transformar el derecho legislado: el nivel de fuerza vinculante que el sistema jurídico le

¹⁴ González Pérez, 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>

¹⁵ 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.

¹⁶ Es imposible pretender abordar todos los modelos de Estado en las decisiones judiciales. Este trabajo hará énfasis solo en dos: el Estado constitucional de derecho y el Estado liberal de derecho.

otorga a la jurisprudencia, los métodos de interpretación usados y los tipos de argumentos utilizados en las decisiones.

Con esto en mente, la pregunta que guió la investigación fue: ¿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?

La pregunta se centró en el Estado social y constitucional de derecho porque considero que la labor del juez debe estar guiada por dicho modelo. Así, no cualquier cambio del curso de acción ideológico del derecho legislado debería aceptarse como positivo, pues se espera que la decisión del juez contencioso administrativo ayude a fortalecer el Estado constitucional de derecho. En primer lugar, porque es el modelo que establece la Constitución Política de 1991 y, en segundo lugar, porque este modelo le da un espacio relevante a los derechos fundamentales, al valor justicia y a la igualdad material, los cuales son importantes para la sociedad colombiana.

En este orden de ideas, se propuso la siguiente hipótesis para dar respuesta a la pregunta: el juez contencioso administrativo colombiano cuenta con elementos para influir en las transformaciones del derecho administrativo y, *consciente o inconscientemente*, decide sobre su uso, con lo cual puede generar el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho o el del antiguo Estado liberal de derecho.

Teniendo en cuenta la pregunta y la hipótesis, el propósito de este libro es describir la plataforma ideológica y jurídica que subyace al juez contencioso administrativo colombiano, particularmente al Consejo de Estado, para comprender el rol que puede desempeñar en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho, así como el grado de incidencia que puede tener sobre la forma en que se transforma el derecho administrativo colombiano.

Para lograr el anterior propósito se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Describir los diversos modelos de Estado desde su perspectiva jurídica y la forma como estos impregnan el derecho administrativo, para ubicar el referente ideológico que incide, *consciente o inconscientemente*, en las decisiones judiciales.
- Describir las implicaciones que tiene, para el juez administrativo colombiano, el modelo de Estado imperante en la Constitución Política

de 1991, con el fin de observar los elementos que puede usar para potenciar el Estado social y constitucional de derecho.

Con el cumplimiento de estos objetivos se busca aportar a la reflexión sobre las transformaciones del derecho administrativo colombiano. Así, se espera que al resaltar la labor del juez administrativo, se relativice la postura lineal y evolutiva que suele utilizarse para describir estas transformaciones. De manera que una será la transformación del derecho legislado y otra será la lectura de esas transformaciones a la luz del derecho judicial, ya que el componente ideológico, señalado anteriormente, agrega nuevos elementos de análisis para entender los cambios del derecho administrativo colombiano.

En este sentido, se espera resaltar el rol del juez contencioso administrativo colombiano como actor fundamental en la definición del papel del Estado y en el logro de sus finalidades. Tradicionalmente, este rol se ha atribuido al juez constitucional (por medio de la crítica o el elogio del 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 se acepta que el derecho administrativo concretiza el derecho constitucional, como decía Werner, el juez debería asumir un papel dinámico, liderando el funcionamiento de la administración pública, aunque esto tampoco lo deje libre del —controvertido— 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 tendrá presente la postura de Heller. Para este autor alemán, “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”.¹⁷

- El uso del término *ideología*, al que se hará referencia a lo largo de este trabajo, no tiene una connotación crítica o peyorativa de la labor judicial o del derecho legislado. Su uso está dirigido a expresar los *fin*es que promueve cada uno de los modelos de Estado, pero, 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 elegir una concepción del derecho que responde a un específico modelo de Estado. Así, siguiendo a Prieto Sanchís, en este trabajo se tomará como cierto que “la opción ideológica o política depende en buena medida de la opción de Derecho que se mantenga”.¹⁸
- El uso de los términos *consciencia o inconsciencia* los utilizaré para expresar que existe una dificultad probatoria sobre la real intención (ideológica) del juez administrativo a la hora de interpretar el derecho y tomar una decisión. Sin embargo, a pesar de tal dificultad, a partir de ciertos referentes es posible advertir la existencia de elementos que inclinan la balanza hacia determinada preferencia ideológica (término presentado por Kennedy¹⁹) del juez. Así, en este trabajo las preferencias ideológicas se limitarán a dos modelos de Estado: el social y constitucional de derecho, y el liberal de derecho.
- El planteamiento de este texto se hace desde la perspectiva del derecho administrativo general, sin consideración de las múltiples áreas

¹⁷ Treves, Renato. “La doctrina del Estado de Hermann Heller”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 25-26, enero-junio de 1957, p. 352.

¹⁸ Prieto Sanchís, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. España: Tecnos. 1987, p. 10.

¹⁹ Para Kennedy una preferencia ideológica es la tendencia a elegir una regla jurídica asociada al liberalismo o al conservatismo. Las preferencias ideológicas pueden ser reconocidas o negadas, y esto puede hacerse de manera consciente, inconsciente o semiconsciente. Véase: Kennedy, Duncan. *A critique of adjudication. [fin de siècle]*. Harvard: Harvard University Press, 1997, pp. 54-56. Aunque en este libro tomaré prestado el término “preferencia ideológica”, no haré lo mismo con los conceptos *consciencia o inconsciencia* que introduce Kennedy. Esto es porque mi preocupación no se centra en demostrar que el juez administrativo niega la ideología de su proceso de decisión ni en probar que esta negación se hace de modo consciente o inconsciente. Al contrario, el uso que hago de estos términos es más simple. Aunque pretendo poner en evidencia un elemento psicológico, trato de evitar la evaluación de la conducta judicial en su proceso de decisión.

especializadas que regula. De manera que sus conclusiones podrán variar según las particularidades de cada una de aquellas.

Para dar respuesta a la pregunta de investigación este libro se desarrollará en seis capítulos. Los primeros tres capítulos describen la plataforma ideológica que subyace al derecho legislado y las concepciones del derecho que responden a cada modelo de Estado. Para esto se preguntará por la posibilidad de que los modelos de Estado permeen las decisiones judiciales, por el significado de 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 enfrenta en el modelo de Estado constitucional vigente en Colombia. Para después describir la tendencia a promover la obligatoriedad del precedente administrativo (específicamente en el Consejo de Estado colombiano), con lo cual se espera afirmar que la ideología subyacente en las decisiones del juez tendría efectos expansivos, a partir de los cuales se puede ver la interpretación judicial como una herramienta política.

Finalmente, en el capítulo sexto se hace una descripción de la metodología propuesta por la doctrina para efectuar análisis ideológicos de la jurisprudencia. Esta metodología se usó para proponer un ejemplo de lo que, en este libro, se denomina la “permanencia” del derecho administrativo colombiano. A tal efecto, se estudiaron algunos autos²⁰ del Consejo de Estado que decidieron sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo durante el periodo 1921-2012. Este ejemplo, con las limitantes que esto supone para hacer una correcta generalización a otros casos, permitirá observar que la interpretación judicial logra alterar el curso de acción ideológico del derecho legislado.

Así se establecieron cuatro periodos para el estudio de estos autos y a cada uno le correspondió un cambio de legislación. Para el primer periodo, del año

²⁰ Se estudiaron 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 deciden asuntos de fondo, resuelven aspectos procesales que pueden llegar a afectar los derechos de las partes.

1921 a 1941 se analizaron 21 registros de un total de 27 registros; de 1942 a 1983 se analizaron 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 solo se encontró un auto.²¹

La metodología seguida para la selección de los autos 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 se prefirieron los autos clasificados con la palabra clave “procedencia”.²² En este proceso se advirtió la no siempre conveniente clasificación temática de la base de datos consultada, que dificultó la organización y sistematización de la información.

La lectura de los autos se realizó desde la fecha más actual a la más antigua, a efectos de encontrar citación entre autos y referencias a tesis anteriores que permitieran guiar una búsqueda sistemática. Sin embargo, en muy pocos casos se pudo constatar una técnica de citación entre autos (o autos-sentencias) más allá del uso del argumento de autoridad sin referencia documental explícita.

²¹ Para el tiempo de finalización de mi trabajo de grado, esto es, diciembre del año 2012.

²² Con el fin de analizar las razones por las que se declaraba o no la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo de carácter particular.

1. ¿Son las decisiones judiciales permeables a los modelos de Estado?: una relación entre derecho y política

En la introducción he sostenido que es posible que los jueces en sus decisiones expresen determinada ideología perteneciente a un modelo de Estado. Aunque es una cuestión controvertida que no puede ser resuelta en este espacio, para apoyar tal afirmación indagaré por las relaciones entre derecho y política, de modo que se pueda entender por qué es posible atribuir a una decisión judicial una fuerza que va más allá de lo jurídico y que se entrecruza con lo político.

Ahora bien, esta afirmación no se extiende a todas las posibles interpretaciones que tiene *la política*,¹ sino que se limita a entender que los *modelos de Estado* están enmarcados en el mundo de lo político, esto es, en un espacio de discusiones ideológicas sobre el *quehacer del Estado*, sobre sus *relaciones con el derecho y la sociedad*.

La relación entre derecho y política ocupa un lugar importante en la teoría jurídica moderna y pone en evidencia la existencia tanto de argumentos jurídicos como políticos en las decisiones judiciales. Un buen análisis sobre estas relaciones ha sido construido por Mauro Zamboni.² Los resultados de su estudio llevan a observar que cualquiera que sea la teoría jurídica que se defienda, es posible atribuirle al juez, en mayor o menor grado, una expresión ideológica. Por eso, este autor será fundamental en este capítulo.

¹ Como señala Posner, desde la perspectiva de la conducta judicial, este término puede estar referido a múltiples objetos: la pertenencia a un partido político; la convicción por un programa de un partido político; juicios técnicos sobre medios-fines o, por ejemplo, política en sentido de la búsqueda de poder. Véase: Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 20.

² Zamboni, Mauro. *Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg, 2008.

Según Zamboni, las diversas corrientes teórico-jurídicas pueden clasificarse e identificarse a partir de la forma como se abordan las siguientes tres cuestiones: (i) la forma como interactúa el derecho con la política, (ii) el modo como se relaciona el proceso de creación de normas con el orden político, y (iii) el grado de relación entre la disciplina jurídica, pensada como rama de estudio, y la política.³

Y es muy interesante la propuesta de este autor, porque a partir de la respuesta a estas tres cuestiones, Zamboni clasifica las diversas corrientes teóricas en tres modelos ideales: el *modelo autónomo*, el *modelo integrado* y el *modelo de intersección*.⁴ Cada uno de estos tres modelos está integrado por diversas e incluso contrarias teorías jurídicas, pero a pesar de esta diversidad logra observarse en ellas un punto en común: cada teoría deja espacios para la interacción entre el derecho y la política. Claro que no son los mismos espacios, en realidad, como afirma este autor, esta interacción tiene diferencias de grado: la extensión, la intensidad y la frecuencia son categorías útiles para entender el campo que cada teoría le permite usar a la política. Así, aunque todas las teorías jurídicas (a las que Zamboni hace referencia en su estudio) consideran que el derecho y la política se relacionan, esta relación no se presenta como una disyuntiva entre presencia o ausencia de la política en el derecho, sino como un reflejo de diferentes grados de intensidad que puede asumir.⁵

Una breve descripción de estos tres modelos me permitirá sentar las bases para afirmar que, cualquiera que sea la teoría jurídica elegida para abordar las transformaciones del derecho administrativo, en las decisiones de los jueces se puede observar un espacio interpretativo que es llenado con elementos ideológicos.

1.1. El derecho y la política son sistemas autónomos

Según el *modelo autónomo*, la relación entre derecho y política se muestra como aquella en donde estos dos elementos se mantienen independientes entre sí, aunque aparezcan conectados. Así es como esta autonomía de estos

³ Ibid., p. 2.

⁴ Traducción propia de los modelos que Zamboni denomina respectivamente: *autonomous model*, *embedded model*, *intersecting model*.

⁵ Ibid., p. 128.

dos fenómenos permite que la descripción de la funcionalidad y análisis del derecho pueda hacerse desde sus propias categorías jurídicas.

Este modelo, siguiendo a Zamboni, es representado por el positivismo jurídico de Kelsen y la jurisprudencia analítica de Hart, pero también incluye aproximaciones autopoieticas como la de Luhmann, para quien es relevante enfatizar el carácter cerrado y autónomo del sistema legal. Así, estos tres autores estarían de acuerdo con afirmar que los principios ajenos al mundo jurídico no integran o permean el derecho. Y en este sentido, el derecho se piensa como rígido, como una herramienta estable y precisa.⁶ Mientras tanto, la *política* es vista “como un complejo inestable e impreciso de ideologías en conflicto”;⁷ es decir, como un mundo en donde entran en conflicto tanto valores como ideologías y procesos, y se conflictúan porque compiten entre ellos, para, sin pertenecer al mundo jurídico, controlar y establecer los objetivos que se encuentran tras los instrumentos jurídicos.⁸

De este modo, la idea de que el derecho no permite la entrada del orden político es trasladada a la elaboración de normas. Este traslado significa que, si bien el proceso de elaboración de normas recibe elementos del orden político, una vez recibidos, dejan de cumplir un rol político para pasar a leerse bajo parámetros de racionalidad jurídica; esto es, a partir del marco construido desde el propio derecho. Así, al estar tan bien delimitados el ámbito político del jurídico, el proceso de producción del derecho es percibido como políticamente neutral; el funcionamiento, producción y aplicación del derecho están separados de elementos subjetivos, como los valores perseguidos por los diversos actores políticos.⁹

Esta forma de relación no es muy distinta cuando se mira el grado de relación entre la disciplina jurídica, como rama de estudio, y la materia política: para el positivismo jurídico de Kelsen, la jurisprudencia analítica de Hart y algunas teorías autopoieticas la disciplina del derecho es pura, y en ese sentido, su estudio no necesita contar con la presencia de elementos políticos.¹⁰

⁶ Ibid., pp. 2-21.

⁷ Ibid., p. 22. Traducción propia.

⁸ Ibid., p. 22.

⁹ Ibid., p. 31.

¹⁰ Ibid., p. 39.

Este modelo, como lo indica su propio nombre, parece tener muy bien delimitadas las fronteras entre derecho y política; sin embargo, Zamboni recuerda que las diversas teorías jurídicas del modelo autónomo, especialmente el positivismo jurídico, han sido en realidad una forma de buscar la implementación de un determinado orden político. Así es como las teorías de Kelsen y Hart son identificadas en el mundo académico como canales que facilitan el fomento de valores individualistas que pertenecen a concepciones político-liberales.¹¹

1.2. El derecho está integrado en la política

El *modelo integrado* considera que el derecho se encuentra introducido o alojado en la política. En este modelo Zamboni agrupa varios movimientos que comprenden el derecho dentro del fenómeno político, aunque presentan contrastes entre ellos. Tal es el caso de los estudios críticos del derecho o CLS (Critical Legal Studies), 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.¹² Independientemente de las diferencias entre estas teorías, para todas ellas, dice Zamboni, el derecho se considera flexible y, por ende, el proceso de producción legal se toma como abierto y se entiende que la disciplina jurídica se encuentra mezclada con el fenómeno político. Así, para sintetizar esta relación se puede decir que el *modelo integrado* se caracteriza por considerar que “el derecho es política”¹³ (política en el sentido de reconocer que ciertos valores pretenden ser implementados por la autoridad pública), por lo cual, el fenómeno jurídico está anidado dentro del político. Una forma gráfica de entender esta relación entre derecho y política es mediante la idea de la existencia de dos sistemas, en donde cada sistema

¹¹ Ibid., p. 40. Por ejemplo, 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, con lo cual se asegura un razonamiento jurídico neutro. Según Teubner, esto “se revela como una ficción que solo 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”. Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther, op. cit., pp. 39-40.

¹² Ibid., p. 50.

¹³ “Law is politics”. Ibid., p. 50.

se relaciona con el otro, pero en donde uno es más amplio que el otro: el de orden político es más amplio y el de orden jurídico está integrado a este.¹⁴

Pero a pesar de esta integración siguen existiendo dos sistemas, de ahí que se tenga que reconocer un grado de autonomía en el derecho. Y gracias a esto, es posible establecer discusiones independientes sobre el fenómeno legal, aunque sin olvidar que estarán de algún modo politizadas. De ahí que, según Zamboni, no puede ocultarse que las teorías de este modelo siguen siendo normativas y que el derecho mantiene ciertas cualidades específicas que son independientes del contexto político.¹⁵

De todas formas, este nivel de autonomía no le resta al derecho flexibilidad. Esto significa que determinada norma será vinculante solo si cumple con ciertos parámetros que provienen del mundo extrajurídico, como la justicia, la bondad, la eficiencia y, en general, valores morales, económicos y políticos que quieren ser promovidos en la sociedad.¹⁶ Así, el carácter flexible viene atribuido al cumplimiento de *valores no jurídicos*, y este aspecto es central, ya que una de las condiciones para que el sistema legal o las normas jurídicas sean consideradas vinculantes será el hecho de estar dirigidas a cumplir ciertos valores y no otros.¹⁷ Adicionalmente, no solo es la finalidad o el valor que se propone cumplir la norma lo que interesa, sino los valores que están incorporados en el proceso de creación de esas normas.¹⁸

Aunque Zamboni hace una presentación de cada una de las teorías que conforman el modelo integrado, más adelante me referiré, principalmente, a su exposición sobre los CLS porque considero que el énfasis de esta teoría en los actores judiciales puede tener mayor pertinencia para este trabajo. Particularmente, si se compara con los otros movimientos del modelo integrado, en los CLS existe un espacio más reducido para la autonomía del derecho. Para esta teoría, la función del derecho es la de ser un “mecanismo de creación y legitimación de la configuración del poder económico y político”.¹⁹ Además, el derecho está estructuralmente *integrado* dentro de la dimensión política, por

¹⁴ Ibid., p. 50.

¹⁵ Ibid., p. 50.

¹⁶ Ibid., pp. 50-51.

¹⁷ Ibid., p. 62.

¹⁸ Por ejemplo, Zamboni se refiere al valor democrático de los parlamentos. Ibid., p. 62.

¹⁹ Traducción propia. Ibid., p. 54.

lo cual las diversas visiones e ideales se reflejan en el lenguaje jurídico, gracias a esto se observa en este un conflicto de valores políticos que fragmentan el mundo del derecho, debido a que incorpora el fraccionamiento existente en el ámbito político.²⁰ Así, para los CLS el derecho es flexible en tal grado con respecto a la política, que incluso puede “desaparecer completamente”²¹ en las ideologías, categorías y valores en conflicto.

A partir de esta flexibilidad, sea mayor o menor, es fácil entender que, para el *modelo integrado*, el proceso de elaboración de normas significa la elaboración de políticas. En primer lugar, entiende que aquellos elementos que salen del sistema político son transformados para obtener un “producto jurídico final”,²² esta transformación es realizada por parte de sujetos específicos que trabajan con criterios, categorías específicas y procedimientos especiales referidos al proceso legislativo. En segundo lugar, y a pesar de esta transformación, como se viene afirmando no hay una clara división entre derecho y política; esto es, que a diferencia del modelo autónomo, acá se mezcla la selección de valores políticos con las categorías legales. Y así, aunque el producto final sea jurídico, tanto en las leyes como en las decisiones judiciales el proceso de elaboración de normas está abierto al orden político. Y, finalmente, esta apertura implica que la racionalidad y los parámetros de supervisión del sistema jurídico son directamente importados del orden político²³ y que tanto la preparación de normas como las decisiones judiciales estarán influenciadas por los conflictos que surgen en el nivel extrajurídico.²⁴

Desde el punto de vista específico de los CLS, resulta difícil distinguir entre el sistema de producción de normas y el de producción de políticas. Esto significa que el proceso de elaboración de normas es el primer mecanismo a través del cual se introducen valores políticos en una sociedad²⁵ —además de que el mundo jurídico es un reflejo del mundo político. Asimismo, en el proceso de creación normativa no se transfieren únicamente ideologías o políticas de las clases dirigentes económicas (como lo entiende la teoría jurídica

²⁰ *Ibíd.*, p. 55.

²¹ Traducción propia. *Ibíd.*, p. 54.

²² Traducción propia. *Ibíd.*, p. 61.

²³ *Ibíd.*, p. 62.

²⁴ *Ibíd.*, pp. 61-62.

²⁵ *Ibíd.*, p. 66.

marxista), sino que hay una tendencia más pluralista, en la cual se absorbe todo el conflicto de valores e ideologías que chocan en el orden político.²⁶

Por otra parte, los CLS se enfocan en el razonamiento jurídico y fijan la atención en los jueces. En estos actores se sitúa el punto de inflexión entre lo político y lo jurídico. El entrecruzamiento entre política y derecho ocurre en dos niveles: micro y macro. En el primero, los jueces aplican ciertos principios y categorías a casos concretos, los cuales han sido racionalizados antes en un nivel macro por el legislador o por decisiones judiciales previas. Además, debe tenerse en cuenta que la escogencia que el juez hace entre los principios y categorías está muy atada al ambiente político y social en el que él se mueve.²⁷

En este sentido, los CLS se muestran interesados por entender cómo se usan los conceptos jurídicos y cuál es la influencia política que hizo surgir determinada categoría jurídica.²⁸ Parte de este entendimiento supone reconocer que como el lenguaje jurídico es vago e indeterminado, esto lo hace susceptible de “manipulación” política por parte de los legisladores, jueces y de la doctrina. De modo que, como señala Zamboni, sería más apropiado hablar de “politización de la interpretación del derecho” y no de la “politización del derecho”.²⁹

1.3. El derecho está intersecado con la política

El tercer modelo descrito por Zamboni es el *modelo de intersección* y está representado por el realismo jurídico escandinavo y el realismo jurídico americano. Estas teorías caracterizan el pensamiento jurídico del siglo XX, pese a sus diferencias, y entienden que el fenómeno jurídico y el político se encuentran intersecados.³⁰

A diferencia de las teorías que se enmarcan en el *modelo autónomo* y el *modelo integrado*, las teorías que hacen parte del tercer modelo son de reciente formación y se encuentran en medio de dos fuerzas que halan para lados distintos. Por un lado, la primera se deriva del fenómeno del Estado-nación y pretende “concentrar el derecho en manos de los políticos”.³¹ Por otro lado,

²⁶ Ibid., p. 67.

²⁷ Ibid., pp. 67-68.

²⁸ Ibid., p. 56.

²⁹ Traducción propia. Ibid., pp. 55-56.

³⁰ Ibid., p. 140.

³¹ Traducción propia. Ibid., p. 86.

la segunda se sustenta en la complejidad que tiene el área legal en la época moderna y pretende hacer el fenómeno jurídico especializado y “monopolizado por un grupo de profesionales”.³²

Sobre la forma como interactúan el derecho y la política, este modelo entiende que el derecho es un “fenómeno parcialmente diferente del político”.³³ Por eso, el derecho solo se encuentra parcialmente y no totalmente con este. Así existe cierto grado de distancia entre ambos fenómenos, por lo que “el derecho tiene un núcleo normativo” que no necesita utilizar elementos ajenos al ámbito jurídico para ser estudiado. Núcleo que “consiste en ver el derecho como un mecanismo de coerción, que, independientemente de su contenido valorativo, tiende a ser pasado de generación en generación”.³⁴

De esta manera, el *modelo de intersección* plantea la rigidez parcial del derecho con respecto a la política. Aunque el derecho le sirve a esta última, no impide que pueda verse como una herramienta neutral para implementar otros valores, incluso opuestos. Al igual que en el modelo autónomo, el derecho “tiene sus propio espacio y sus propias normas”,³⁵ de ahí que estas teorías tiendan a ser vistas como versiones del positivismo.³⁶ Asimismo, afirmar la rigidez parcial permite reconocer que hay otros elementos en el derecho que llevan a distinguirlo del mundo político. Así, por ejemplo, y en lo que tiene que ver con el proceso de producción de normas, para el realismo jurídico americano el derecho tiene como fuente las decisiones judiciales y no los valores, lo que le permite desarrollar una función distinta a la de la política.³⁷

Pero a pesar de este núcleo duro, al tratarse de una rigidez parcial también se incluye la existencia de elementos que tienen su origen en el ámbito político o social. A diferencia del modelo autónomo, los valores políticos se introducen directamente en el mundo jurídico, y así dan forma a las categorías y conceptos legales.³⁸ Por esto es posible afirmar que el orden político tiene una influencia directa sobre la producción de normas.

³² Traducción propia. *Ibíd.*, p. 86.

³³ Traducción propia. *Ibíd.*, p. 86.

³⁴ Traducción propia. *Ibíd.*, p. 86.

³⁵ Traducción propia. *Ibíd.*, p. 88.

³⁶ *Ibíd.*, p. 88.

³⁷ *Ibíd.*, p. 103.

³⁸ *Ibíd.*, p. 89-90.

Lo anterior puede observarse, sobre todo, en el proceso de elaboración de normas, pues para las teorías realistas, lleva consigo un proceso abierto a la selección de valores que quieren aplicarse en una sociedad. De esta manera, aunque las teorías escandinavas y americanas provienen de distintas situaciones de hecho, para ambas existe un nivel de apertura del proceso de creación normativo hacia el mundo político.³⁹ Zamboni recuerda cómo la idea del derecho “en acción” (*law in action*) o del derecho como “hecho” (*law as a fact*) son relevantes para entender la relación entre el derecho y la política, ya que permite afirmar que, dado que el derecho es un “fenómeno empírico”,⁴⁰ el ambiente en el cual se producen las normas toma importancia para la creación del derecho.⁴¹

Adicionalmente, en lo que tiene que ver con la elaboración de normas, se entiende que quienes participan en dicho proceso se encuentran permeados por el contexto político. Y en ese sentido, factores como la educación y los valores que rodearon el ambiente en el que se desarrollaron estos actores son relevantes, pues, por ejemplo, estos factores incidirán en que las interpretaciones de un juez tengan un sentido más o menos restringido.⁴²

Por otro lado, la apertura al mundo político que este modelo observa se explica por el nivel de importancia que el lenguaje ocupa para las teorías realistas. El derecho, como lenguaje escrito, incorpora los valores de quienes lo redactaron, manifestándose entonces en la doctrina, en las leyes y en las decisiones judiciales. Así, dado que este lenguaje es abierto y vago, el derecho puede verse como un “producto político”,⁴³ utilizado con propósitos de este tipo.⁴⁴

Esta característica a la apertura del proceso de elaboración de normas en el realismo jurídico americano se identifica con la labor del juez. Este actor, con la interpretación de leyes y precedentes judiciales, tiene la posibilidad de introducir elementos (valores, intereses) del mundo político al mundo del derecho. Según Zamboni, para los realistas americanos, los jueces en sus procesos de interpretación se enfrentan a un dilema normativo, dado que a menudo

³⁹ *Ibíd.*, pp. 106-107.

⁴⁰ Traducción propia. *Ibíd.*, p. 88.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 100.

⁴² *Ibíd.*, p. 100.

⁴³ Traducción propia. *Ibíd.*, p. 87.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 87.

pueden justificar decisiones contrarias para un mismo caso concreto utilizando el mismo enunciado normativo o usando el mismo precedente judicial. El origen de este dilema es explicado a partir de la vaguedad de las normas y de los precedentes judiciales.⁴⁵

Por otra parte, el rol que desempeña la disciplina jurídica es un asunto fundamental para este modelo debido a que los realistas tratan de combinar dos elementos que casi siempre aparecen como irreconciliables en la teoría jurídica. Por un lado, la rigidez del derecho respecto de la política y, por el otro, la influencia del orden político en el proceso de creación normativa. Pero para Zamboni este carácter irreconciliable no debe entenderse como absoluto; esto es, que no existe incompatibilidad. Por ejemplo, la mayoría de teorías de derecho natural aceptan un grado de autonomía del derecho respecto de la política a pesar de reconocer que el proceso de creación de normas es abierto a ella y las teorías positivistas, aunque consideran que el derecho es autónomo, aceptan que al momento de la creación jurídica se tiene que trabajar con lo que sucede en el ámbito político. De ahí que, incluso en las teorías en donde pareciera que estos dos elementos se contraponen, es posible establecer una convivencia entre ellos.⁴⁶

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”.⁴⁷ De este modo, las teorías que conforman este modelo promueven la idea de reconocer que la disciplina legal necesita un objeto propio de investigación; que a pesar de las relaciones del derecho con otros fenómenos, como el político, puede definirse y entenderse desde una particular racionalidad, a partir de su propia lógica, que no es la política. Solo así puede reconocerse el carácter científico de la disciplina jurídica.⁴⁸

Ahora bien, no obstante este grado de autonomía de la disciplina jurídica, la investigación sobre esta también supone reconocer que el derecho es un herramienta para implementar objetivos políticos en una sociedad, y en este sentido los estudiosos del derecho no pueden perder de vista este elemento.⁴⁹

⁴⁵ Ibid., pp. 101-102.

⁴⁶ Ibid., p. 110.

⁴⁷ Traducción propia. Ibid., p. 111.

⁴⁸ Ibid., p. 111.

⁴⁹ Ibid., p. 111.

1.4. La relevancia del rol que desempeñan los actores legales

Teniendo en cuenta los tres modelos expuestos, se puede observar que, a pesar de la diversidad de teorías jurídicas, las relaciones entre política y derecho se encuentran de una u otra forma presentes en las decisiones judiciales y en la legislación. No se trata simplemente de negar la ausencia o presencia absoluta de la política en el derecho, sino de entender que cada modelo o cada teoría jurídica que elijamos tiene solo diferencias de grado respecto de las otras.⁵⁰

Esto permite situar la mirada en la labor del juez, pues, según el modelo que se elija, tendrá un mayor o menor rol político. Él es el actor legal principal. Al respecto, mi intención en este trabajo no es defender una u otra teoría jurídica; sin embargo, los tres modelos anotados me permiten observar y afirmar que es posible la permeabilidad de la política (que en este trabajo se limita en los modelos de estado) en las decisiones judiciales.

Adicionalmente, estos tres modelos vuelven relevante la necesidad de cuestionarse por el rol de los actores legales en la investigación sobre política y derecho. Zamboni llama la atención sobre este punto: debido a la especialización del derecho en el contexto de las sociedades modernas, los abogados juegan un rol central, y el futuro de la investigación sobre derecho y política necesita tomar como punto nodal 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.⁵¹

Así, continúa Zamboni, “cada teoría jurídica debería iniciar con la distinción weberiana entre racionalidad formal y racionalidad legal sustantiva”.⁵² Esta distinción es útil porque permite separar los actores que trabajan dentro del sistema legal (en donde la coherencia debe ser preservada), de los actores políticos que se preocupan, sobre todo, por alcanzar objetivos externos al sistema jurídico.⁵³ Estos objetivos están atados a cierta ideología política, como

⁵⁰ Ibid., p. 128.

⁵¹ Ibid., pp. 134-135.

⁵² Ibid., p. 142. El derecho es formal “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, n.º 121, 1989, p. 216 [en línea]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=969>

⁵³ Ibid., p. 142.

por ejemplo la mejora de la eficiencia del sistema económico.⁵⁴ Pero a pesar de establecer esta distinción debe aclararse que en la práctica se ve matizada, pues existe una gran variedad de funciones que un agente puede asumir, lo cual dificulta saber cuándo termina el actor jurídico y cuándo comienza el actor político.⁵⁵

Siguiendo esta perspectiva que le da relevancia a los actores jurídicos, los jueces aparecen como el objeto de investigación preferente, y es que como afirma Zamboni, en las decisiones de estos actores suelen encontrarse mensajes políticos, esto, a pesar de que luchen por mantener la coherencia interna del sistema jurídico. Estos elementos políticos surgirán sobre todo en los casos difíciles. Por lo que incluso el juez más apegado a la letra de la ley tiene que “ir más allá de la ley positiva y (sin sacrificio de imparcialidad) consultar su propio sentido de justicia o equidad moral y política”.⁵⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, una respuesta a la pregunta inicial que se planteó este capítulo es que la ideología de los modelos de Estado sí puede permeare las decisiones judiciales. No se trata de un sí absoluto, ya que el tipo de caso a ser resuelto, la cultura jurídica y la teoría jurídica con que se aborde harán emerger diferentes matices en la respuesta.

En todo caso, el proceso de permeabilidad al que se aludirá en los siguientes capítulos será aquel que se desenvuelve y se concreta, principalmente, en dos niveles: El primero se refiere a la producción de las normas de derecho administrativo. Este derecho es especialmente permeable a los modelo de Estado, pues es el que regula el quehacer de la administración pública y el quehacer de la administración está conformado por valores y fines políticos, y estos, inevitablemente, llegarán al razonamiento del juez. Aquí surge el segundo nivel, que será expresado sobre todo en casos difíciles y que tiene que ver con la ideología propia del juez.

Estos dos niveles pueden entrar en tensión, porque puede chocar la ideología del legislador (o del constituyente) con la ideología del juez. De modo

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 142.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 142. Zamboni señala como ejemplo a los abogados que trabajan para un organismo legislativo.

⁵⁶ Traducción propia. MacCormick, H.L.A. *Hart*. Stanford: Stanford University Press, 1981, p. 126. Citado en: Zamboni, Mauro. *Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg, 2008, p. 143.

que ante un eventual choque, el juez con sus decisiones podrá modificar el curso ideológico del derecho administrativo legislado e incorporar su propia ideología, lo que para países de derecho continental como el colombiano toma relevancia, ya que implica un cambio de rol en el juez que, tradicionalmente, no ha sido reconocido o aceptado.

A partir de lo anterior, pasarán a describirse los contenidos ideológicos de los modelos de Estado desde la perspectiva jurídica, entendiendo que estos modelos permean el derecho administrativo y la decisión judicial.

2. La perspectiva jurídica de los modelos de Estado

Los términos usados por la doctrina (jurídica, sociológica y politológica) para denominar los distintos modelos de Estado no son unánimes. Sus diversas denominaciones y usos responden a varios objetivos, bien para resaltar un determinado componente del Estado (económico, político o jurídico), bien para presentar, críticamente, una idea sobre lo que debería ser el Estado.

Ante tan amplio panorama, en este capítulo solo presentaré los modelos de Estado que son tenidos en cuenta, mayoritariamente, por doctrinantes del derecho, con la advertencia de que, en todo caso, esa diversidad o proliferación de denominaciones representa una dificultad, no solo para el investigador, sino para que los actores judiciales puedan observar *conscientemente* el impacto que su actividad representa en esa construcción conceptual.¹ Precisamente, esto es lo que hace relevante abordar los modelos desde la perspectiva jurídica, ya que la delimitación de cada modelo permitirá entender cuál es esa carga ideológica que se introduce en el derecho administrativo y que llega al juez administrativo.

De esta manera, reconociendo la imposibilidad de abarcar el contexto y conocimiento completo de cada modelo de Estado, a continuación (capítulos 2 y 3) se sintetizan sus características básicas desde una perspectiva eminentemente jurídica.

¹ Adicionalmente, debe tenerse presente que los estudios que relacionan el papel del Estado con el derecho suelen hacerlo para identificar algunos hitos que han incidido en el funcionamiento y rol de esta disciplina, como, por ejemplo, el fenómenos de la globalización o el constitucionalismo. 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 derecho. Esto puede explicarse, entre otras razones, porque el estudio sobre el papel del Estado y sus transformaciones ha sido objeto de investigación por áreas como la ciencia política.

2.1. Estado liberal o Estado de derecho

La doble denominación (Estado de derecho y Estado liberal) que asume este modelo de Estado expresa, por un lado, que el Estado de derecho 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”.² Por consiguiente, el Estado de derecho sería compatible con diversas concepciones constitucionales; incluso, los regímenes autoritarios han sido definidos bajo este título. Sin embargo, su doble denominación lleva a señalar que el concepto *Estado de derecho* puede llenarse del contenido que le corresponde al Estado liberal, el cual lleva implícita una idea sobre las funciones y fines del Estado.³

Con esta aclaración, y aceptado que el contenido del Estado liberal es el elemento distintivo del Estado de derecho, se pueden señalar las características jurídicas de este modelo de Estado. Así, para el Estado liberal de derecho, el concepto y aplicación del derecho se encuentran enmarcados en el positivismo y el formalismo jurídico.⁴ El derecho, en este modelo, tiene como paradigma la racionalidad y formalidad bajo la idea de neutralidad; esto es, 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 capitalismo.⁵ Adicionalmente, como explica Ferrajoli, el Estado de derecho, en el sentido italiano o francés, tiene un significado más amplio que el del *Rechtsstaat* alemán, pues 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 control.⁶

² Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2005, p. 22.

³ *Ibíd.*, p. 22.

⁴ 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.

⁵ Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 67.

⁶ *Ibíd.*, p. 66.

Siguiendo a Calvo,⁷ el derecho en este Estado cumple funciones de vigilancia y control. Él es el 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 seguridad, mediante el establecimiento de un sistema represivo formal que protege de la arbitrariedad del modelo absolutista, y en donde “la legalidad se convierte en la forma de legitimidad”.⁸ Asimismo, el campo de lo público se construye bajo categorías como la seguridad, la salubridad y la no interferencia en las libertades de las personas.⁹

Este modelo resulta relevante porque el derecho administrativo “se configura a partir de 1789 dentro del denominado Estado liberal de derecho”.¹⁰ Por esto se dice que el derecho administrativo de corte liberal es “el simple defensor de intereses subjetivos e individuales con escaso contenido sustancial”.¹¹

Según Alviar,¹² el principio de libertad es un pilar del derecho administrativo para este modelo. Este principio se expresa en la libertad de mercado y en la autonomía de la voluntad que se concretan en los derechos de primera generación. Adicionalmente, los principios de legalidad y el del debido proceso son también clave para este modelo, que en el campo administrativo son garantizados por el poder de policía y por la vía gubernativa.

También, el principio de división de poderes pasa a ser esencial para el derecho administrativo del Estado liberal. Este principio “cristaliza la voluntad del ejecutivo”¹³ y conlleva el surgimiento del acto administrativo como la manifestación de dicha rama del poder encargada de ejecutar la ley. Al respecto recuérdese que la clásica concepción del derecho administrativo es aquella que asimila la función administrativa con la ejecución de la ley.

⁷ Calvo García, Manuel. *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 58-61.

⁸ *Ibíd.*, p. 56.

⁹ Alviar García, Helena. (Coord.). *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009, p. 8.

¹⁰ Alli Araguren, Juan Cruz. *Derecho administrativo y globalización*. Madrid: Civitas Ediciones, SL, 2004, p. 33.

¹¹ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 71.

¹² Alviar García, op. cit., pp. 3-6.

¹³ *Ibíd.*, p. 6.

Con el cambio del papel del Estado este modelo entrará en crisis. La vigencia de un nuevo orden introducido por el Welfare State hará replantear tanto la concepción como los instrumentos de actuación de la administración pública. A continuación se hará referencia a esta crisis.

2.2. Estado social o liberal intervencionista

El desarrollo de las ideas de izquierda se gestó como consecuencia del desequilibrio que generó el libre mercado y la formación de monopolios en el Estado liberal¹⁴ y daría lugar al auge del término *social*. Este último fue incorporado en la ideología liberal de 1929, con esto se agregaron correctivos al intervencionismo público y se ayudó a la mejora de “los sistemas de seguridad social al finalizar la Segunda Guerra Mundial”.¹⁵ También se ha ubicado la aparición de este modelo en la Europa de 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”.¹⁶ Debe reconocerse, sin embargo, que el Estado social no dejó de trabajar por los principios del mercado.

Así es como la crisis de los años treinta trajo la *desformalización* del derecho y una mayor intervención del Estado. Sin embargo, Teubner dirá que “no toda tendencia *antiformalista* se plasma necesariamente en una intervención profusa del Estado en las distintas áreas de la sociedad”.¹⁷ Este fenómeno es conocido como *juridificación*¹⁸ de la sociedad, y se encuentra atado a la rematerialización del derecho formal. Aunque existen varios significados de

¹⁴ Estas ideas de izquierda, afirma Madriñán, se dividen en dos tendencias: la primera de corte estatista, donde se ve en el Estado una función social, y la segunda es antiestatista y se ve apoyada en el materialismo histórico marxista que promueve la abolición del Estado. Madriñán, Ramón. *El Estado social de derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 34.

¹⁵ Madriñán, Ramón. *El Estado social de derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 36.

¹⁶ Parejo Alfonso, Luciano. *Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez, 1998, p. 33.

¹⁷ Bourdieu y Teubner, op. cit., p. 42.

¹⁸ Para Teubner, la *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, solo un instrumento para la solución de conflictos, sino un instrumento para la intervención política del Estado social de derecho”. *Ibid.*, p. 44.

juridificación en la literatura jurídica, para Teubner se caracteriza por la materialización del derecho. Esta se produce debido a la constitucionalización del Estado de derecho por parte del Estado social.¹⁹

La construcción de los Estados en este periodo, también denominado de bienestar o Welfare State,²⁰ “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”.²¹ 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.²²

¹⁹ *Ibíd.*, p. 44.

²⁰ También se le ha llamado “Estado interventor”, “Estado providencia”, “Estado benefactor”, “Estado pedagogo”, “papá Estado” y “Estado social de derecho”. Sin embargo, este último concepto, si bien fue acuñado por Herman Heller en 1929, no se acoge en el presente libro 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*, n.º 66, junio de 2002, p. 4 [en línea]. Disponible en: <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento6142.pdf>.

²¹ Atienza, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. Citado en: Deubal, Roth. *André-Noël Roth Deubel 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 octubre de 2003, p. 1.

²² *Ibíd.*, p. 1.

Las ideas de León Duguit, en el derecho francés, y las de Fritz Fleiner, en el derecho alemán, son relevantes para la construcción del modelo intervencionista en el derecho administrativo. Duguit, apoyado en la sociología de Comte y Durkheim, “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”.²³

Más allá de este desarrollo histórico, es importante observar el cambio de paradigma respecto del modelo anterior y fijarse en la importancia que adquiere la regulación, la cual pasa a ocupar el espacio que, bajo el modelo del Estado de derecho, estaba abierto a la libertad individual. Así, estas nuevas ideas llevaron a considerar que la existencia de un Estado intervencionista requiere 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”.²⁴ Este derecho regulativo incluye, además de la regulación económica, la regulación social, que significa “una forma determinada de intervención estatal encaminada a garantizar unos mínimos asistenciales”.²⁵

No obstante estos instrumentos regulativos, no hay un desarrollo normativo propio y, por ende, en este periodo 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, específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado”.²⁶ Este hecho imposibilitará la justiciabilidad y efectividad de los derechos, y se traducirá en lo que Ferrajoli denomina anomia o ajuridicidad. Así, si bien en este modelo algunos derechos sociales se llevan a las

²³ González Pérez, 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>

²⁴ Calvo García, 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, la cual es diferente de la regulación económica predominante ante la gran depresión de 1929. La mezcla entre intervencionismo económico y social es lo que caracteriza lo que él denomina Estado regulativo del bienestar, p. 27.

²⁵ *Ibid.*, p. 27.

²⁶ Ferrajoli, op. cit., p. 68.

constituciones, no se les puede dar más que un contenido programático que solo produce efecto cuando hay una intervención legislativa o administrativa. De ahí que Pisarello lo denomine Estado administrativo.²⁷

A pesar de esta ajuridicidad no puede desconocerse el enfoque social que distingue a este modelo. Este enfoque tuvo su contexto de origen en la revolución de París de 1848, en las ideas marxistas y manifestaciones obreras que expresaban su descontento con el sistema de trabajo y capital vigente. El enfoque social será incorporado en la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919 que, aunque incluye derechos sociales, no lo hacía desde una perspectiva jurídica.²⁸ En América Latina, la concepción intervencionista tuvo especial acogida en el seno de la Comisión Económica para la América Latina y el Caribe (CEPAL).²⁹

Pero ¿cuáles son los cambios que este nuevo enfoque trae al derecho administrativo? Puede decirse que, bajo este modelo, la función de esta rama del derecho es la de “llevar a cabo los planes y programas del gobierno”,³⁰ además, ocurre una amplitud del contenido del poder de policía (imponiendo límites a la libertad) y la interpretación del principio de igualdad se hace desde un punto de vista material. Esto último supone la colaboración entre las ramas del poder público, lo cual llevará a matizar el principio de legalidad y a resaltar la discrecionalidad de la administración. La discrecionalidad es propia de la exigencia de igualdad material y de la amplitud de las funciones del Estado en razón de sus nuevos fines.³¹ Así, 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 [...]

²⁷ Pisarello, Gerardo. “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”. En: V. Abramovich et al. *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, p. 30.

²⁸ La recepción del contenido social se dará más adelante 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. Sin embargo, esto se refiere más exactamente los llamados modelos de Estados constitucionales.

²⁹ Plazas Vega, Mauricio. *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario. Las ideas políticas de la hacienda pública*. Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 25.

³⁰ Alviar García, op. cit., p. 9.

³¹ Presentándose un notable aumento en la producción normativa.

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.³²

De todas formas, no puede olvidarse que a este modelo subyace el antiguo Estado de derecho, y que esto produce una divergencia entre “las estructuras legales y estructuras reales de la organización estatal”,³³ lo cual será otra de las razones para explicar la ampliación de la discrecionalidad. Para algunos autores, tal ampliación ha sido vista como un punto de entrada a la arbitrariedad y, con ello, como una parte de los argumentos para expresar la crisis del Estado del bienestar.

Así, se hablará de crisis debido a que “las funciones de Estado se comienzan a desarrollar en ámbitos extralegales privilegiando técnicas de poder normativamente atípicas”,³⁴ también porque la regulación social empezó a generar desventajas económicas y competitivas, y por la “sensibilidad a las interferencias políticas y a las presiones de los grupos de interés”.³⁵ Esta crisis, y particularmente la falta de control sobre los poderes públicos, toma mucha relevancia, porque también conduce a 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”.³⁶

Aunque 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”,³⁷ esta crisis no debe llevar a desconocer que este modelo representó un cambio de paradigma para el derecho administrativo, y que la concepción de servicio público que trajo permitió definir una jurisdicción especializada.

³² Calvo García, op. cit., p. 56.

³³ Ferrajoli, op. cit., p. 70.

³⁴ Ferrajoli, op. cit., p. 71.

³⁵ Calvo García, op. cit., p. 26.

³⁶ Ferrajoli, op. cit., p. 78.

³⁷ *Ibíd.*, p. 79.

Las dos crisis, la del modelo del Estado liberal y la del Estado intervencionista, producirán, hacia la década de los setenta, el surgimiento de posturas neoliberales y tendencias desreguladoras, como se verá a continuación.

2.3. Estado social desde la perspectiva neoliberal

El rótulo con el que se suele identificar a este modelo es el de Estado mínimo. Esta tesis propone que el Estado “reduzca su planta de personal y su tamaño, efectúe una acelerada política de privatizaciones, desregulación, y eliminación jurídica de diversas de sus funciones”,³⁸ lo cual lleva a restringir el carácter social que se había asignado al Estado en el modelo anterior. En el contexto latinoamericano, el neoliberalismo se proyecta desde la década de los setenta y con mayor fuerza en los noventa, como respuesta al modelo cepalino desarrollado en los años cincuenta.

Así, Giddens³⁹ afirma que, a mediados de los años setenta, la socialdemocracia se vio desafiada por las filosofías de libre mercado o neoliberalistas. Filosofías que sostenían la tesis del Estado mínimo “estrechamente ligada a una visión característica de la sociedad civil como un mecanismo autogenerador de solidaridad social”.⁴⁰ Pero a pesar de la búsqueda del Estado mínimo y de las críticas al intervencionismo benefactor del Welfare State, en este periodo se presenta una situación paradójica, pues, contrario a lo que podría esperarse, se experimentará el fortalecimiento de la intervención del aparato estatal. Y esto puede explicarse porque “el Estado debe intervenir para dejar de intervenir; es decir, regular su propia desregulación”.⁴¹

Así, este modelo trae la creencia superflua de “estar viviendo una época desreguladora”.⁴² Si bien 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

³⁸ Kligksberg, Bernardo. “Hacia un nuevo perfil del Estado en América Latina: los cambios en las percepciones y las demandas de la ciudadanía”. En: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 32, junio de 2005, p. 1.

³⁹ Giddens, Anthony. “Socialdemocracia y neoliberalismo”. En: *Claves de razón práctica*, n.º 89, febrero de 1999, pp. 10-14.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁴¹ Santos, Boaventura de Sousa. *La caída del Ángel Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: ILSA, 2003, p. 181.

⁴² Calvo García, op. cit., p. 36.

económicos”,⁴³ las anunciadas reformas de tipo desregulativo resultaron paradójicas y de estirpe conservador, pues implicaron mayores intervenciones administrativas que han sido comprendidas como “un nuevo estatismo conservador [...] que más que desmantelar el Estado pretende utilizarlo con distintos fines”.⁴⁴

En este contexto, las implicaciones de las ideas neoliberales sobre el derecho administrativo se verán reflejadas en una mayor relevancia de la iniciativa privada, un fortalecimiento de la división de poderes y la protección del principio de libertad.⁴⁵

El nuevo rol que asume el Estado, uno que se mueve entre sociedad civil y mercado, lleva a replantear el concepto de derecho social: “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”.⁴⁶ “Los neoliberales suponen que con el crecimiento económico, en una economía sin ataduras, con un derecho 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”.⁴⁷

La tesis neoliberal invoca la denominada mercantilización de los derechos sociales. Una lectura crítica de esta tesis observa que debido a ella se han reemplazado 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”.⁴⁸ Con esto se abrió paso a la conversión “del Welfare al Workfare, del Estado social de derecho al Estado social contributivo, de deberes”.⁴⁹

⁴³ Ibid., p. 38.

⁴⁴ Ibid., p. 43.

⁴⁵ Alviar García, op. cit., p. 11.

⁴⁶ Esping-Andersen, Gosta. “A Welfare State for the 21st Century”. En: Giddens, Anthony (Ed.). *The Global Third Way Debate*. Cambridge: Polity Press, 1993, pp. 134-156. Citado en: 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, n.º 81, 2006, p. 124.

⁴⁷ Molano, Mario. *Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 203.

⁴⁸ Pisarello, op. cit., p. 32.

⁴⁹ Ibid., p. 32.

El cambio de rol del Estado promovido por las ideas neoliberales ha despertado el interés de las ciencias sociales por explicar este fenómeno. Así, han surgido varios modelos teóricos que buscan explicar, dentro de la propuesta neoliberal, la relación entre distribución de bienestar y las exigencias del mercado. Este es el caso del modelo de Bob Jessop (Estado schumpeteriano de *workfare*), Philip Cerny (Estado de competición), Philip Bobbit (Estado de mercado) y Anthony Giddens (Estado social inversor). Cada uno de estos modelos tiene una versión sobre el nuevo rol del Estado y su significado para las políticas de bienestar social.⁵⁰

Otra de las críticas realizadas a este modelo, siguiendo a Ferrajoli, es la dificultad que tienen las propuestas neoliberales para evitar que, debido a las imperfecciones del capitalismo, una nueva crisis reaparezca, crisis que había tratado de solucionarse con el Welfare State. Y esta crítica se hace más grande si se tiene en cuenta que “la propuesta del neoliberalismo se reduce, en sustancia, al proyecto de una refundación solo parcial del Estado liberal de derecho, como cobertura y sostén, simplemente, de la reducción de las funciones públicas de naturaleza social”.⁵¹

2.4. La fórmula actual: Estado social, constitucional y democrático de derecho

Utilizo el término Estado social y constitucional de derecho en el contexto contemporáneo y, si se quiere, poscontemporáneo de finales del siglo xx, pues, como bien anota Pisarello,⁵² los anteriores modelos pueden entenderse como Estados constitucionales de tipo restringido (Estado social tradicional), en donde se desarrollaba un constitucionalismo clásico, anterior al Estado social.

Así, la verdadera transformación, esa que trasciende el constitucionalismo clásico del Estado liberal intervencionista para conformar un verdadero Estado constitucional, se da con las constituciones que siguieron a la Segunda Guerra Mundial e implicó una auténtica expansión de las garantías. Este

⁵⁰ 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.

⁵¹ Según Ferrajoli, la propuesta neoliberal resulta violatoria del principio democrático. Recordando a Norberto Bobbio, este autor señala que “Estado social y democracia son inescindibles”. Ferrajoli, op. cit., pp. 81-82.

⁵² Pisarello, op. cit., pp. 23-53.

verdadero Estado constitucional sirve de “instrumento de autocontención política, económica y ecológica, de la desaceleración de la acumulación de poderes y de reconstrucción de la solidaridad entre los miembros más débiles de la sociedad”.⁵³

En este apartado haré referencia al Estado social de derecho como cláusula y principio incorporado en las constituciones del Estado constitucional. Debe tenerse en cuenta que la crisis del Estado social y el desarrollo de las posturas neoliberales tienen un efecto sobre este modelo de Estado y su formulación actual, sin desconocer que este modelo inició su formación con el Estado social o liberal intervencionista al que ya se hizo referencia. De ahí que no se pueda afirmar que el Estado de bienestar se identifique plenamente con el Estado social y constitucional vigente.

Bajo las anteriores consideraciones, a continuación describiré brevemente dos aspectos: el contenido ideológico del Estado social de derecho y los cambios que se generan a partir del entendimiento de las constituciones como norma y fuente de derecho.

2.4.1. Los contenidos del Estado social y democrático de derecho

La cláusula “Estado social” pasa a conformarse como principio jurídico de aplicación inmediata, el cual, al tener rango constitucional, será tratado, por algunos autores,⁵⁴ como un modelo opuesto al Estado de derecho (que tiene rango legal). Su diferencia con el Estado del bienestar se debe a que este último tenía un nivel político y no jurídico. Así, si bien el Estado social de derecho 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, este trasciende las contradicciones que el primero evidenció históricamente. En efecto, el Estado de bienestar, que pretendió promover a extensos sectores marginados

⁵³ *Ibíd.*, p. 34.

⁵⁴ 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 estos, siendo el Estado social de derecho “la síntesis entre ambos principios”. Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 36.

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 este 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 compleja.⁵⁵

La anterior cita permite reconocer que el Estado social de derecho, al estar basado en una economía social de mercado, posibilita tanto la iniciativa privada como la intervención en la economía.⁵⁶ Este tipo de Estado es visto como un modelo que permite corregir los errores en que incurrió el antiguo Estado social. Como lo muestra Alviar,⁵⁷ se han reconocido diferencias entre las versiones intervencionista y social de derecho. En la sentencia de tutela citada anteriormente, 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

⁵⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-533 de 1992. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁶ 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, 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.

⁵⁷ “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 García, op. cit., p. 13.

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.⁵⁸

En este sentido, en este modelo se hace mayor énfasis en las finalidades del Estado y en la dignidad humana como valor normativo. La igualdad material, como valor opuesto al concepto formal de igualdad y libertad del Estado liberral de derecho; la redistribución de la riqueza y la efectividad de los derechos pasan a ser el eje de las decisiones políticas del Estado,⁵⁹ aunque ya no en un sentido paternalista. Además, la democracia pasa a tener un sentido fundamental, ya que se hace necesario canalizar los intereses de los diversos grupos y sectores sociales.

Otra característica fundamental de este modelo se observa en el carácter vinculante que se le atribuye en el sistema jurídico; es decir, todo ese contenido ideológico y político del Estado social de derecho pasa a servir de criterio jurídico de las decisiones judiciales:

En primer término, debe anotarse que el concepto de Estado social de derecho (artículo 1 CP) 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 cobija 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. [...] En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 1992. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Citada por Alviar García, op. cit., p. 13.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2001. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento.⁶⁰ (Énfasis de la autora)

Lo anterior permite señalar que este modelo de Estado, en su perspectiva jurídica, tiene dos ejes importantes: distribución e igualación de bienes y derechos sociales. Y concretamente, por lo que se refiere a la administración pública, este modelo se expresa, entre otras, con la idea regulativa del proceso económico⁶¹ y con el “principio de participación que muchas veces se traduce en coadministración del interés público y orientación social del gasto”.⁶²

Dejando de lado el contenido ideológico de este modelo, es relevante considerar que, al igual que los modelos anteriores, este modelo también se enfrenta a diversas situaciones que lo ponen en crisis. Esto es, que 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 este”.⁶³ En este sentido, Parejo⁶⁴ observa una pérdida de confianza en el Estado, pues ya no se le reconoce como garante del progreso. De esta forma, se genera una ruptura del ideal de avance indefinido que se apoyaba en la idea de la evolución lineal del Estado, donde cada modelo supera los modelos precedentes.

Adicionalmente, debe recordarse que la inclusión de la cláusula del Estado social de derecho se dio en una época de descrédito estatal que conllevó a la racionalización, privatización y desregulación del Estado, políticas cobijadas bajo el Estado neoliberal, como ya se vio. Así, en cuanto mayor sea el éxito del Estado como regulador de políticas sociales, mayor será la resistencia de los agentes económicos privados, pues a mayor cumplimiento de objetivos sociales, mayor riesgo de una crisis presupuestal. Con estos riesgos de base, la preferencia será moverse por la economía de mercado y vivir en una constante tensión publico-privada, con prevalencia de esta última. Esta crisis “no toca a

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-1430 de 2000. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁶¹ 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”. Rodríguez Bernal, op. cit., p. 4.

⁶² Molano, Mario. *Transformación de la función administrativa. Evolución de la administración pública*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 202.

⁶³ Parejo Alfonso, op. cit., p. 38.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 38.

la existencia misma [del Estado] y sí a la extensión y la intensidad de lo estatal, a su forma histórica concreta”.⁶⁵ Como afirma Ariño,⁶⁶ la ruptura del modelo social puro no cuestiona las finalidades del Estado, sino la forma y los instrumentos dentro de un sistema de gestión que permite alcanzar dichos fines.

Pero este estado de crisis 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”,⁶⁷ pero, en todo caso, la actuación desde lo público se dificulta, por lo cual se llama al derecho privado a prevalecer. Esa ponderación publico-privada es percibida como la expresión de la relación que debe existir entre el Estado de derecho, el Estado social y el Estado democrático.

Por otro lado, el Estado social de derecho puede verse como aquel que compatibiliza el capitalismo y el bienestar social de los Estados providencia y que lo supera. También puede verse como un modelo interrelacionado dialécticamente con el Estado de derecho, de cuya relación se desprende el Estado democrático (Elías Díaz), o como la superación del modelo liberal que garantiza la igualdad real, 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 como un modelo completamente diferente y contrario al Estado de derecho (Forsthoff),⁶⁸ o,

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 45.

⁶⁶ Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 153.

⁶⁷ Molano, op. cit., p. 206.

⁶⁸ El planteamiento de Forsthoff “se dirige no a negar el es [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. [...] En este sentido, 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”. Véase: Meil Landwerlin, Gerardo. “El Estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”. En: *Revista de Estudios Políticos*, n.º 42, 1984, p. 217. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=26806>

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).⁶⁹

A pesar de la diversidad de definiciones y modos de comprensión y relación con el modelo del bienestar, en definitiva puede afirmarse que se trata de un modelo más fuerte en lo jurídico con una tendencia a la consagración de derechos sociales que habitan dentro de la lógica del mercado regulado, en donde operan las tesis neoliberales. Es, sin embargo, un modelo teórico sin unanimidad a nivel doctrinal, pues la lógica de relaciones público-privadas y las formas de armonizar o superar las tensiones entre libertad e igualdad aún son objeto de discusión.

El Estado social de derecho se apropia de nuevos y viejos principios jurídicos, para, de alguna forma, superar las tensiones y crisis del modelo, además estos principios son tomados por la doctrina para explicar el proceso de transformación del Estado. La doctrina jurídica los contrapone, integra, reduce o amplía, y los pone frente a la realidad económica y social para explicar el modelo existente o el modelo que debería predominar. Un ejemplo es el de Cassagne, quien resalta los principios de concurrencia al mercado y el de protección de los consumidores y usuarios:

[...] 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.⁷⁰

El uso de estos y otros principios ha llevado, por ejemplo, a construir un modelo de Estado para los países latinoamericanos. Se trata del modelo de Estado subsidiario en el que se observa “un proceso de transferencia de empresas y bienes del Estado hacia los particulares, privatizándose importantes

⁶⁹ Madriñán, op. cit., pp. 61-74.

⁷⁰ Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7ª 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.

sectores de la actividad estatal”.⁷¹ Este modelo es la síntesis de los anteriores; mejor aún, uno nuevo en donde la realidad predomina sobre la ideología, lo que “no implica una ruptura total con los modelos anteriores”.⁷² Así, Ariño⁷³ afirma que los principios base de la reforma del Estado del bienestar son: subsidiariedad estatal y solidaridad. Para este autor, estos son principios que provienen de dos modelos completamente opuestos, son complementarios. Cuando se incumple el primero “se dificulta el desarrollo humano y se empobrecen las sociedades”⁷⁴ y el segundo tiene como énfasis la necesidad de encontrar “nuevos instrumentos y modelos de gestión plural, privada y eficiente de la solidaridad estatal”.⁷⁵

En esta búsqueda de principios, Santofimio ha señalado que el Estado social de derecho convive con un “derecho moderno”, el cual tiene como elementos: el principio de Estado de derecho, el principio democrático, la regulación de lo colectivo, la economía de mercado y la defensa de los derechos individuales.⁷⁶

De lo hasta acá presentado puede afirmarse que el modelo de Estado colombiano, bajo la fórmula de Estado social y constitucional de derecho, no puede esconderse ni de la carga ideológica ni de la crisis tanto del modelo neoliberal como del modelo del bienestar. Esto lleva a que la denominada crisis del Estado social de derecho incorpore para el derecho administrativo nuevos elementos normativos y valorativos, que, según como se miren, pueden implicar fuertes contradicciones o complementariedades.

Pero esto debe llevar a una reflexión mucho más profunda. Tales contradicciones o complementariedades podrían implicar que tanto la función

⁷¹ 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”.

⁷² Cassagne, op. cit., p. 64.

⁷³ 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*. 3ª ed. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 2.

⁷⁴ Ariño Ortiz, op. cit., p. 167.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 172.

⁷⁶ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 71.

administrativa (en mayor grado las actividades discrecionales) como el juez contencioso administrativo no cuentan con un modelo delimitado y predefinido bajo el cual guiarse, por lo cual coexisten varios modelos, y, por lo mismo, varias ideologías en el mismo espacio normativo. Esta falta de delimitación permite insinuar que, en lo que a este trabajo interesa, existe un amplio margen para la toma de decisiones, en donde el juez tendrá que entrar a ponderar principios jurídicos que pertenecen a diversos modelos de Estado y que se encuentran entrecruzados en el del Estado social y constitucional de derecho. Entonces, el siguiente paso sería preguntar: ¿bajo qué criterios debería hacerse tal ponderación?

Tomando a Ferrajoli, existirían dos criterios opuestos: el primero sería defensor de la estrategia neoliberal a la que se hizo referencia anteriormente y el segundo, crítico de esta, pretendería ampliar (aunque implique complejizar) la estructura jurídica del Estado para garantizar las prestaciones sociales, desarrollando “modelos de legalidad garantista”.⁷⁷ Con 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 solo de los derechos y de las libertades individuales tradicionales sino también de los derechos sociales.⁷⁸

Asimismo, continúa este autor italiano, para el logro del Estado social de derecho se requiere que el derecho administrativo sea innovador, ya que, en la actualidad, “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”.⁷⁹

⁷⁷ Ferrajoli, op. cit., p. 88.

⁷⁸ Ibid., p. 89.

⁷⁹ Ibid., p. 90.

2.4.2. El Estado constitucional y la Constitución como fuente de derecho

El Estado constitucional ha tenido varias instancias de evolución. Según Santofimio,⁸⁰ la versión original fue la del Estado liberal; la segunda, la del Estado del bienestar, y la tercera, la del Estado social de derecho. En palabras de Aguiló,⁸¹ el objetivo principal es limitar la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política y la exclusión social. Según este autor, estos cuatro ideales se identifican, respectivamente, con el Estado de derecho, el Estado liberal, el Estado democrático y el Estado social. Esta confluencia de ideales, y de modelos, lleva, nuevamente, a observar la imposibilidad de continuar comprendiendo los modelos de Estado de forma lineal, pues, al final, los principios de cada modelo conviven en el modelo actual, por lo que el objetivo será, más bien, aprender a trabajar con estos principios y promover ciertas finalidades por encima de otras.

Pero pasemos ahora a los contornos propios del constitucionalismo, en donde resulta relevante 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”.⁸² Esto último significa la puesta en práctica de los ideales constitucionales. Ideales que pueden observarse desde una perspectiva garantista tal y como lo hace Ferrajoli. Así, el modelo que este autor denomina garantista se comporta como un sistema de garantías para la protección de los derechos fundamentales que son llevados al derecho positivo. Para este modelo, lo relevante será comprender que existe una sujeción al derecho, dado que la Constitución define tanto el procedimiento como el contenido sustancial de la nuevas normas y, en este sentido, se genera 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 solo por lo que hace a las formas de producción, sino en cuanto a los contenidos producidos”.⁸³

⁸⁰ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 243.

⁸¹ Aguiló, Josep. *La constitución del Estado constitucional*. Bogotá: Temis, 2004, pp. 38-41.

⁸² *Ibíd.*, p. 43.

⁸³ Ferrajoli, Luigi. “Estudios. El derecho como sistema de garantías”. En: *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 16-17, 1992, p. 63 [en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2551827>

Además, este modelo garantista trae dos consecuencias que desafían la teoría positivista o paleopositivista, como también la denomina Ferrajoli: (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.

Lo anterior permite vislumbrar que el modelo del Estado constitucional es quizás uno de los más relevantes para responder las cuestiones que se plantea el presente trabajo, pues en este modelo recaen las transformaciones del derecho más importantes. De esta manera, el derecho asume características diferentes a las que se le daban en el Estado de derecho legislativo, su mayor efecto tiene que ver con el cambio que se genera frente a la posición de la ley, que, a su vez, genera la crisis del principio de legalidad.

Adicionalmente, se produce un aumento del carácter heterogéneo del derecho. Ahora se trata de un Estado que tiene como pilares el principio democrático y el pluralismo, y, por ende, se acepta la confluencia de valores. Así, difícilmente puede reconocerse un elemento homogéneo y estable 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, parecieran 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”.⁸⁴

De esta manera, cuando se habla de transformaciones del derecho, es innegable que el Estado constitucional tiene un rol predominante y de vigente discusión. Su desarrollo implica “una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido”.⁸⁵ Por eso debería entenderse que el principio de constitucionalidad otorga un especial rasgo de unificación al derecho. Unificación caracterizada no por un orden jerárquico dirigido por la constitución que subordine/reduzca las otras normas,⁸⁶ sino

⁸⁴ Zagrebelsky, op. cit., p. 39.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 39.

⁸⁶ Según Zagrebelsky, esta reducción es lo que caracteriza el positivismo jurídico del Estado de derecho decimonónico. Este autor resalta que bajo este nuevo escenario, el del modelo constitucional, 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”. *Ibid.*, p. 41.

más bien por una serie de divisiones que fragmentan el derecho y que conforman una unidad. Una de estas divisiones es la que se da entre ley y derechos humanos, y que no era posible en el Estado decimonónico de derecho, pues los derechos eran *creados* por el legislador, más no *reconocidos*.

Según comenta Zagrebelsky, “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”.⁸⁷ En este sentido, el tratamiento dado a los derechos humanos era 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—, sino que eran más bien un producto o consecuencia de la voluntad del Estado. Ahora, con el paradigma del Estado constitucional actual se da a los derechos un valor independiente de la ley.⁸⁸

Pero estos cambios no llegan sin dificultades, ya que surge la cuestión sobre cuál es el grado de autonomía con el que cuenta la ley, y sobre qué tan limitada queda respecto de la constitución para desarrollar sus contenidos. Para responder a estas inquietudes pueden tomarse las categorías que Zagrebelsky denomina “legalismo” y “constitucionalismo”. Ellas se distinguen por el grado de control que se exige sobre el legislador y por el énfasis que se da a la ley o a la constitución. Así, el legalismo entiende que quien hace las leyes tiene un mayor margen de acción, pues solo tiene que respetar la constitución y, por tanto, el control sobre él debe respetar esta autonomía. Lo contrario sucedería con el constitucionalismo, donde existe mayor control y el margen de acción del legislador es menor, pues él es quien debe desarrollar la constitución.⁸⁹ Sin embargo, esto último no implica que en el Estado constitucional se le reste importancia a la ley. De hecho, es considerada como un elemento

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 48.

⁸⁸ Zagrebelsky se refiere a la concepción originaria de los derechos en la tradición francesa y americana para señalar su profundo distanciamiento. Él caracteriza a la primera como estatalista, objetivista y legislativa, y a la segunda como prestatalista, subjetivista y jurisdiccional. Sin embargo, señala que la actual concepción constitucional europea se sitúa en medio de ambas tradiciones. *Ibíd.*, p. 58.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 151.

importante para el equilibrio constitucional y no puede ser tomada como una “mera técnica”,⁹⁰ quedando reducido el derecho a las reglas constitucionales.⁹¹

Estas dos categorías de análisis que presenta Zagrebelsky están relacionadas con las dos opciones de interpretación que, según Aguiló,⁹² tiene la “dimensión regulativa”⁹³ de la constitución. Esta dimensión entiende que la constitución sí regula e impone deberes (a diferencia de la dimensión constitutiva) y puede ser interpretada de dos formas: La primera opción interpretativa entendería que la constitución impone *límites* al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, este cuenta con un grado de autonomía que permite que el control que se ejerce sea de tipo negativo y jerárquico. La segunda opción entendería que el ordenamiento jurídico no tiene tal grado de autonomía y que debe desarrollar las *exigencias* regulativas de la constitución, de modo que el control será mucho más expansivo (no será suficiente el principio de jerarquía normativa, sino que se introduce el de coherencia valorativa). Es en esta opción en donde se hablará de constitucionalización del derecho, pues se desplaza la teoría de la autoridad por la teoría de la justicia.⁹⁴

La otra dimensión que convive en el Estado constitucional, junto a la *regulativa*, es la *constitutiva*, la cual contiene un nivel de escepticismo. Considera que la Constitución no cumpliría un papel regulativo o de imposición de deberes y que la eficacia de los fines y valores de la constitución dependen del diseño institucional que esta establezca.

La importancia de distinguir entre estas dos dimensiones —constitutiva y regulativa— tiene efectos relevantes para el control que los jueces ejercen. Piénsese en el ejemplo que trae Aguiló sobre el principio de independencia judicial. La dimensión constitutiva evaluaría el grado de independencia por

⁹⁰ 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.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 153.

⁹² Aguiló, *op. cit.*, p. 50.

⁹³ Según Aguiló, las dimensiones regulativa y constitutiva (opuestas la una a la otra) permiten determinar el grado de eficacia de la constitución y la forma de control que recaerá sobre esta.

⁹⁴ 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 a la segunda opción, sus matices se encuentran muy vinculados a la cultura jurídica. *Ibíd.*, pp. 57-50.

medio de una revisión del diseño institucional y examinaría factores institucionales como la remuneración, el autogobierno, etc., mientras que una dimensión regulativa interpretaría la independencia judicial como un deber y llevaría a exigirle ciertas actitudes al juez, sin que se interese por el diseño institucional.⁹⁵

Finalmente, vale la pena señalar que la dimensión regulativa de la constitución propuesta por Aguiló busca algo más que concebirla como fuente de derecho, de modo que contraste con la concepción política de la constitución. Así, se “requiere que se conciba [...] 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 esto es así, entonces “la Constitución permite emitir juicios jurídicos de invalidez” y, en línea con Ferrajoli, “el razonamiento jurídico penetra en el razonamiento político”.⁹⁶

Lo señalado anteriormente permitiría sintetizar las características que deberían integrar el modelo de Estado constitucional: (i) Se trata de un Estado que cuenta con una constitución rígida o formal,⁹⁷ la cual 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; esto es, limitación del poder y garantía de 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) entiende la constitución como fuente de derecho, los valores (lo regulado) son anteriores a los diseños institucionales (lo creado); (iv) cree que la constitución debe ser practicada, lo cual supone la consolidación de una práctica jurídica y política.⁹⁸

Adicionalmente, estas características pueden complementarse con los elementos que conforman el constitucionalismo político que identifica Pablo

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 50.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 97.

⁹⁷ Sobre el significado y las razones que justifican la rigidez en las constituciones véase: Ferreres Comella, Víctor. “Una defensa de la rigidez constitucional”. En: *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º. 23, 2000, pp. 29-47 [en línea] en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10241/1/doxa23_01.pdf

⁹⁸ Aguiló, op. cit., pp. 50-53.

Riberi.⁹⁹ Este autor identifica dos tipos de constitucionalismo. Una primera versión es de tipo legalista y se caracteriza por hacer énfasis en la libertades negativas del liberalismo filosófico y por promover la neutralidad y los consensos hegemónicos. Mientras que la otra versión del constitucionalismo, la versión política o democrática promueve las libertades positivas, la institucionalización de procesos deliberativos y la legitimidad a partir de procedimientos participativos. Estas dos vertientes del constitucionalismo “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”.¹⁰⁰ El primero protege los consensos y el segundo el conflicto. Así es como este autor establece una postura crítica, pues encuentra que actualmente el constitucionalismo es mayormente legalista.

Este capítulo, aunque principalmente descriptivo, ha permitido observar que la existencia de tensiones al interior de cada modelo es una constante en todos los modelos de Estado. Observar tales tensiones internas es relevante, porque permite contextualizar y analizar el marco en el cual los actores legales se moverán para entender y aplicar el derecho. A continuación se pasará a ver cómo se trasladan estas transformaciones al derecho administrativo.

⁹⁹ Riberi, Pablo. “Derecho y política: Tinta y sangre”. En: Gargarella, Roberto (Coord.). *La constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 240.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 244.

3. La dinámica de las transformaciones en el derecho administrativo

En este capítulo se describirán los cambios que sufre el derecho administrativo debido principalmente al paradigma constitucionalista del siglo xx. Como se vio en el capítulo anterior, el Estado constitucional plantea unas profundas transformaciones para el derecho en general, por lo que vale la pena profundizar ahora en los cambios en el derecho administrativo. Así, se hará referencia a la forma como estos cambios han sido abordados desde la perspectiva europea (particularmente alemana) y las distintas fases de cambio que se observan en el derecho administrativo colombiano.

Debe reconocerse que, al hacer referencia al derecho administrativo general, los ámbitos sectoriales que lo integran (ambiental, fiscal, salud, telecomunicaciones, etc.) pueden, en principio, comportarse de un modo diferente al que se enunciará en seguida. Por otra parte, es importante tener en mente que el tema de este capítulo representa la intersección entre el ámbito político (expresado en los modelos de Estado) y el jurídico, y que el producto de esta intersección recaerá en el juez, quien será una vía para la interpretación y adaptación del derecho administrativo.

Antes de iniciar la descripción propuesta, es necesario resaltar las diferencias conceptuales que en principio podrían pasar desapercibidas en términos como: renovación y adaptación del derecho administrativo. Esto tiene gran importancia para entender cómo se formulan los cambios en el derecho administrativo, ya que hablar de adaptación será diferente a hablar de la renovación del derecho administrativo, pues, como se verá, son términos que indican dos procesos diferentes en el desarrollo del derecho. En tal sentido, en el contexto español, 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”.¹ Se diría entonces que el proceso de adaptación mantiene las bases o estructuras, mientras que el proceso de renovación replantea dichas estructuras.²

3.1. Las transformaciones del derecho administrativo: perspectiva europea

La antigua visión del derecho administrativo puede representarse con la ya comentada frase de Otto Mayer: “el derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece”, la cual indica que este derecho, el administrativo, es un complejo normativo estático que supone estabilidad y continuidad;³ es decir, un derecho administrativo impermeable a los cambios del entorno normativo. Actualmente, esta visión ha sido abandonada por algún sector de la doctrina europea, que encuentra diversos fenómenos que inciden sobre el derecho administrativo: globalización, privatización, participación ciudadana, responsabilidad fiscal global, etc. Fenómenos que ocasionan una fuerte transformación en el derecho administrativo y por consiguiente en su método de estudio.

Interesado en estas transformaciones, Sabino Cassese⁴ presenta dos visiones opuestas que, en el derecho comparado, orientan la transformación del derecho administrativo. Una primera visión, de origen belga y francés, se orienta hacia “el fin del derecho administrativo”, porque encuentra que diversas causas, como la globalización, constitucionalización, desestatización, privatización y

¹ 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*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009, p. 1. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/html/sites/presidencia/contenidos/la_consejeria/Gabinete_Juridico/documentacion_migracion/1236597592353_ponencia_luciano_parejo.pdf

² Por ejemplo, en la introducción de su libro, Mathias Ruffert señala que existe una transformación real y no simplemente una evolución del derecho administrativo. Véase: Schmitz, Thomas. *European Journal of International Law. Oxford Journals Law*, vol. 19, n.º 3, 2008, pp. 625-631 [en línea]. Disponible en: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/19/3/625.full.pdf+html>

³ Otto Mayer señaló: “Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht” que en inglés se ha traducido como “constitutional law passes, administrative law remains”.

⁴ Cassese, Sabino. *New Paths for Administrative Law. A manifesto* [en línea]. Disponible en <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/New-paths-for-administrative-law.-A-manifesto.pdf>

descentralización, debilitan y causan la pérdida del derecho administrativo.⁵ Por el contrario, una segunda visión, sostenida por doctrinantes alemanes, se dirige hacia un “nuevo derecho administrativo” o a un “derecho administrativo posmoderno”, 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. Esto es, un Estado que se convierte en promotor, facilitador, regulador y controlador de riesgos.⁶

Con respecto al pensamiento de la dogmática alemana, pero particularmente las transformaciones atribuidas al derecho constitucional, Ibler⁷ ha identificado cuatro fases de transformación. Según este autor, en la primera fase, durante el Imperio alemán (1871 a 1918) no se puede hablar de una conexión entre el derecho administrativo y el derecho constitucional.⁸ La segunda fase se identifica con la república de Weimar (1919 a 1933), allí se llama la atención sobre la poca incidencia que tuvo la transición de la monarquía a la primera República alemana. Esto es, que el antiguo derecho administrativo siguió vigente pese a que la nueva Constitución contenía un régimen de derechos fundamentales, pues estos eran entendidos como prescripciones programáticas. Durante esta segunda fase, el derecho administrativo y el derecho constitucional continuaron siendo materias separadas y se trataba entonces de un derecho administrativo que correspondía al del modelo de Estado liberal de derecho. Posteriormente, en una tercera fase, que va de 1933 a 1945, se suspendió la Constitución de Weimar, no había Estado de derecho y se exigía interpretar las leyes en un sentido nacional socialista.⁹

Finalmente, como última fase, el derecho administrativo pasa a desenvolverse en un contexto constitucional bajo la Ley fundamental de Bonn de 1949. En esta, el individuo y la dignidad humana pasan a ser el epicentro del sistema jurídico. Asimismo, se debe proteger al ciudadano de injerencias

⁵ Schmidt-Assmann agrega otras causas como la revolución genética, la sociedad del riesgo, concepciones de cooperación y consenso entre administración y la sociedad. Schmidt Assmann, op. cit., p. 22.

⁶ *Ibid.*, pp. 2-3.

⁷ Ibler, op. cit., pp. 5-22.

⁸ Durante este periodo, 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. *Ibid.*, p. 8.

⁹ *Ibid.*, p. 9.

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 estos derechos, gracias a la posición del Tribunal Constitucional alemán, y la tutela judicial efectiva reconocida expresamente en la Constitución. Esta nueva fase, así como los mecanismos para su operatividad, produce el desplazamiento de la frase acuñada por Otto Mayer a la frase de Fritz Werner: “Derecho administrativo como derecho constitucional concretizado”.¹⁰

De esta manera, la fase que se ubica bajo la Ley fundamental de Bonn de 1949 permite llevar al otro extremo las interpretaciones sobre los cambios en el derecho administrativo; es decir, comienza a manifestarse la llamada constitucionalización del derecho administrativo, aspecto que será un factor polémico que llevará a discusiones sobre la pérdida de valor de esta rama del derecho.

Este recuento sobre los cambios del derecho alemán no pretende afirmar que el proceso de evolución se encuentra finalizado, sino que sirve para resaltar los desafíos a los cuales se ve enfrentado el derecho administrativo en la actualidad. Estos no son problemas del pasado. Desde el derecho administrativo español, Luciano Parejo ha puesto de presente que uno de los retos actuales de esta rama del derecho es la necesidad de cuestionar la vigencia y utilidad de la dogmática administrativa frente a la realidad. Para este autor, también 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 décadas, y continúa haciéndolo aún; cambios de cuyos diversos aspectos aluden conceptos clave como: gobernanza (Governance), dirección (Steuerung), nueva gestión pública (new public management), crítica managerial (critique managériale) y privatización, pero también constitucionalización y europeización.¹¹

Estos elementos generadores de cambios integran un proceso de transformación del derecho administrativo que puede ser abordado, conceptual-

¹⁰ Ibid., p. 12.

¹¹ Ibid., p. 2.

mente, de dos formas: en primer lugar, 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 a sus destinatarios. Tal es la tendencia en el derecho administrativo francés, en donde, según Luciano Parejo, el rol del Conseil d'État con su jurisprudencia, su "relativa autorrestricción del control jurídico (no obstante su desarrollo y completa judicialización) y el mantenimiento de un grado apreciable de confianza en la Administración" han permitido adaptar el derecho administrativo.¹² Tal situación se contrapone a la del derecho administrativo en Alemania o a lo que Parejo espera suceda en España; a saber, una reforma.

La propuesta de una reforma en el derecho español se debe, por un lado, a "la distancia existente entre el Derecho administrativo como construcción dogmática y el Derecho administrativo jurídico-positivo y real"¹³ y, por otro lado, a la dificultad de hacer frente a los desafíos impuestos por la fórmula constitucional de Estado autonómico social y democrático de derecho y la integración europea. Según Parejo, 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. Lo único que esas dificultades han generado es la huida hacia el estudio de cuestiones concretas de alcance sectorial".¹⁴ Para afrontar estos desafíos, este autor compara la situación del derecho administrativo español con el alemán y, en ese sentido, hace referencia a la propuesta de Schmidt-Assmann como fórmula para renovar el derecho administrativo.

Desde la doctrina alemana, el aporte de Eberhard Schmidt-Assmann¹⁵ consiste en proponer un cambio de la teoría de Otto Mayer, pues, según él,

¹² Ibid., p. 3.

¹³ Ibid., p. 5.

¹⁴ 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. Así, estas soluciones se adicionan, pero no renueva "el edificio dogmático". Ibid., pp. 7-11.

¹⁵ Este autor hace un estudio dogmático del derecho administrativo 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.

ha quedado sin sustento tras las transformaciones del siglo xx. El trabajo de este autor hace parte de la denominada nueva ciencia del derecho administrativo que en Alemania se ha tratado de presentar como una renovación del derecho administrativo, ya que implica el abandono del denominado *Juristic Method* en la tradición alemana. Este método estaría asociado con las teorías de Mayer, quien daría importancia al concepto de un orden sistémico legal, a la distinción entre políticas de la legislación y aplicación dogmática del derecho. Además, este método hace especial énfasis en la protección legal y en los actos jurídicos. En resumen, este enfoque se muestra como reducido para abordar los cambios y fenómenos de nuestros días. A este método —del clásico modelo liberal— se estaría enfrentando la nueva ciencia del derecho administrativo, la cual asume una perspectiva más abierta e interdisciplinaria que puede englobarse en la noción de *dirección* (*steering approach*). A diferencia del método clásico esta aproximación se enfoca en la eficacia, la toma de decisiones y los resultados.¹⁶

Uno de los elementos que ha permitido transformar el derecho administrativo alemán es la jurisprudencia. Esta tomó mayor relevancia tras la Ley Fundamental de Bonn del 49 y permitió adaptar y actualizar teorías del derecho administrativo. No obstante el papel protagónico de la jurisprudencia, Schmidt Assmann defenderá la idea de que ya no es el juez administrativo, sino el legislador quien tiene el verdadero rol transformador, en el sentido de que es él quien puede aportar más al desarrollo del derecho. Así, el legislador tiene mayor información y mayor poder de acción para *direccionar* el derecho. Sin embargo, esto no deja de lado el rol del Tribunal Constitucional alemán, toda vez que tiene competencias sobre la legislación.¹⁷

Vale la pena resaltar ahora algunos de los elementos fundamentales de la propuesta de este autor alemán, quien propone iniciar la construcción de un derecho administrativo general y sistémico que esté en capacidad de ver las contradicciones y cambios que suceden en el derecho administrativo especial.

¹⁶ Kahl, Wolfgang. “What Is ‘New’ about the ‘New Administrative Law Science’”. En: *European Public Law*, vol. 16, n.º 1, 2010, p. 1 [en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3156140>

¹⁷ Barnés Vázquez, Javier (Coord.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. España: Derecho Global, 2006, pp. 22-23.

En primer lugar, se propone una dimensión sistemática del derecho administrativo, la cual se encuentra condicionada por la estructura normativa de la Constitución y, en ese sentido, 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 judicial.¹⁸

En segundo lugar, como se señaló, este autor propone caracterizar el derecho administrativo como un instrumento de *dirección*. Esto significa, que esta rama del derecho debe aspirar a dirigir los procesos sociales, pero ya no como un límite para la administración, sino como 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”.¹⁹ Con esto, se busca que el derecho sea eficaz y eficiente.

En este sentido, la noción de *dirección* implica desprenderse de antiguos conceptos o, mejor, de ampliarlos. En el periodo del liberalismo se entendía que el derecho era el instrumento de dirección por excelencia, pero, ahora, el contexto en el que funciona el derecho debe expandirse y compartir el espacio con nuevos instrumentos de dirección, por ejemplo, creación de incentivos o el uso de información.²⁰

Es así como las tendencias de modernización de la administración pública se deben articular en los postulados del *management* y el *mercado*, los cuales son puntos centrales en la teoría analítica de la dirección. Nuevos conceptos como producto, cliente, *holding*, mercado, competencia, transparencia y calidad llevan a pensar en una administración que no solo se dedica a ejecutar el derecho, sino también a prestar servicios relacionados con la racionalidad económica.²¹

Teniendo como base estas líneas generales, la propuesta de Schmidt-Assmann advierte algunas insuficiencias o puntos de controversia en esta rama del derecho, las cuales pueden resultar relevantes para contrastarlas con el derecho administrativo colombiano. A continuación presentaré dos tipos de insuficiencias y un punto de controversia.

¹⁸ Schmidt Assmann, op. cit., p. 4.

¹⁹ Ibid., p. 19.

²⁰ Ibid., pp. 29-30.

²¹ Ibid., p. 36.

3.1.1. Insuficiencia de la concepción del derecho administrativo y de sus instrumentos de intervención

La concepción del derecho administrativo formada bajo el Estado liberal deja de ser útil para entender la nueva realidad que enfrenta esta rama del derecho. Así, tras reconocer la incapacidad de la ley para regularlo todo, se propone una visión en la que el poder del Estado está sujeto a exigencias constitucionales.

Adicionalmente, ya no debe entenderse que el derecho administrativo se ocupa únicamente de acciones administrativas individuales de defensa o protección, ahora también deberá ocuparse de “la organización administrativa, [...] información administrativa y procesos de toma de decisiones”.²² Significa esto que hay una ampliación (más allá de la tutela judicial), pues el derecho debería llegar a aquellos ámbitos que no son controlables judicialmente. En este sentido, la única finalidad del derecho administrativo no debe ser la de garantizar la protección del individuo frente al Estado, se debe tratar más bien de una doble finalidad: por un lado, continuar con la vertiente de la libertad como límite del poder —que ya no es suficiente— y, por el otro, garantizar el cumplimiento y ejecución eficaz de los objetivos de la acción administrativa.²³ Para comprender esta segunda finalidad es relevante la noción de Estado cooperativo (*Kooperativer Staat*) que introduce Schmidt-Assmann, el cual 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 y modifica la idea de un derecho jerárquico por la de un derecho consensuado que utiliza estrategias para convencer y persuadir.²⁴

Adicionalmente, con el ánimo de elaborar su interpretación renovada del derecho administrativo, señala Schmidt-Assmann que el principio del Estado de derecho y el principio democrático son claves para el derecho administrativo. Esto gracias a que el Estado de derecho está comprendido por el principio de legalidad, la separación de poderes, los derechos fundamentales y la tutela judicial. Además, ambos principios, Estado de derecho y democracia, inciden sobre las normas de organización y procedimiento, y pretenden conformar un espacio discursivo que permita el diálogo argumentado. Esto

²² Ibid., p. 24

²³ Ibid., pp. 25-26.

²⁴ Ibid., p. 36.

lleva a entender el Estado en términos de procedimiento, pero no solo en un sentido de protección individual, sino de un ideal comunicativo para el correcto funcionamiento de sí mismo.²⁵

Pero comprender el sentido de estos principios y de cómo finalmente se vincula la administración al derecho; es decir, para entender el significado del derecho administrativo, se requiere de una “elaboración sistemática en la que se tenga en cuenta sus distintas expresiones (como derecho material y como derecho procedimental y organizativo) y sus distintos niveles (derecho nacional, europeo e internacional)”.²⁶

No obstante, la propuesta de una mirada sistémica presenta dificultades, como es, la de determinar lo que implica que la administración esté vinculada al derecho, pues en la actualidad la ley (proveniente del legislador) no es el único punto de referencia, a esta se suman el derecho constitucional, el judicial, el derecho internacional y el comunitario. En el derecho constitucional se encuentran los derechos fundamentales, y es expreso en el derecho alemán que la administración está sometida a ellos. Siguiendo a Schmidt-Assmann esto puede dar lugar a relativizar la vinculación de la administración a la ley porque implica la vinculación directa a la constitución.²⁷

3.1.2. Insuficiencia de los derechos fundamentales, del control judicial y la relevancia de la finalidad social del Estado

Los derechos humanos son entendidos como uno de los elementos que originan la transformación del derecho administrativo alemán, entre los cambios se destaca, como efecto principal, la subjetivización de los enunciados jurídicos y la profundización de la relación entre intereses públicos e intereses privados.²⁸

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,

²⁵ Ibid., pp. 52-54.

²⁶ Ibid., p. 56.

²⁷ Ibid., pp. 57-58.

²⁸ Ibid., p. 71.

guían el ejercicio de la discrecionalidad administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas.²⁹

Los derechos fundamentales “también imponen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas”,³⁰ pero a pesar de su trascendencia, un sector de la doctrina alemana no está de acuerdo en otorgar legitimidad para demandar ante el juez contencioso por causa de la vulneración a un derecho fundamental. Se señala que, para poder demandar, debería vincularse la vulneración a la “de un derecho público subjetivo ordinario, esto es, aquel que determina el Estado no mediante la Constitución misma, sino mediante sus restantes instrumentos normativos”.³¹ En opinión de Ibler, tal posición no es correcta, porque los derechos fundamentales son derechos subjetivos por excelencia y son directamente aplicables.³²

Por otra parte, Schmidt-Assmann afirma que no es suficiente contar con un derecho administrativo protector de las situaciones de peligro que eran propias del Estado liberal de derecho, y que la visión de los derechos fundamentales (del Estado democrático de derecho) no es suficiente para la solución de los problemas actuales. Así, esta idea de libertad y defensa del individuo debe dejar de encerrar el objetivo del derecho administrativo alemán. Esto no implicará negar la importancia de los derechos fundamentales, sino que lleva a integrar nuevos conceptos a los que se hizo referencia en el apartado anterior, tales como “eficacia y efectividad de la acción administrativa”.³³

De esta manera, se propone entender que el derecho administrativo tiene dos finalidades: el límite al poder y la efectividad de la actividad administrativa. En el primero estaría la comprensión clásica de la protección de los derechos subjetivos. Sin embargo, debe resaltarse que ambas finalidades no parecen tener el mismo nivel; la segunda podría verse como una derivación de la primera. Así, Schmidt-Assmann afirma que “una vez asegurado que el Derecho administrativo limita y racionaliza el poder, se trata más bien de garantizar el

²⁹ *Ibíd.*, p. 71.

³⁰ *Ibíd.*, p. 99.

³¹ Ibler, *op. cit.*, p. 15.

³² *Ibíd.*, p. 15

³³ Schmidt-Assmann, *op. cit.*, p. 26.

adecuado cumplimiento y ejecución de los objetivos, y de facilitar la acción administrativa y su eficacia”.³⁴

Por otra parte, también será relevante la finalidad social del Estado para el derecho administrativo.³⁵ 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 Estado,³⁶ desde la perspectiva de Schmidt-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 [...] tampoco cabe imaginar ninguna función respecto de la cual los poderes públicos tengan que asumir necesariamente la responsabilidad íntegra de su satisfacción”.³⁷

Así, la relevancia que se atribuye al Estado social implica considerarlo como un Estado que se ejecuta con arreglo a un Estado de derecho, así como un Estado abierto al 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”.³⁸ Y debido a este nivel que se le reconoce, el Estado social se vuelve un principio guía para la interpretación y para la actuación discrecional de la administración, sin que ello suponga la obligación de asumir la prestación de los servicios públicos o una excusa para abstenerse de ejecutar tareas y normas que generen resistencia social y política.³⁹

Finalmente, para Schmidt-Assmann habría un problema con el predominio que en el derecho administrativo clásico tiene el poder judicial sobre el control la administración. Dado que el proceso judicial está orientado a la protección de los derechos individuales, el control queda limitado a conocer intereses específicos sin tener en cuenta que las decisiones administrativas siempre están antecedidas de un “contexto más amplio [...] en el que la deci-

³⁴ *Ibid.*, p. 26.

³⁵ *Ibid.*, pp. 168-171.

³⁶ De hecho, “en muchos ámbitos, el desarrollo y desempeño de funciones por parte de los poderes públicos no supone [...] una ejecución de la Constitución, sino una decisión política”. *Ibid.*, p. 170.

³⁷ *Ibid.*, p. 170.

³⁸ *Ibid.*, p. 173.

³⁹ *Ibid.*, p. 174.

sión conflictiva es tan solo un elemento más, condicionado por las decisiones precedentes y difícilmente aislables de otras paralelas”.⁴⁰

Eso no tiene por qué implicar el abandono de la tutela de los derechos individuales, aunque también es verdad que un control judicial que se limite a la protección de los derechos subjetivos es insuficiente, haciendo que sean necesarias otras formas de control.⁴¹

En este sentido, el proceso judicial impide comprender toda la cadena de intereses y las diferentes perspectivas que dieron lugar a una decisión determinada. Esto es problemático, pues implica la no disposición de la información que sirvió de base a la decisión administrativa. Para enfrentar esta situación, Schmidt-Assmann afirmará que el proceso administrativo debería verse como una “garantía jurídica autónoma”, lo cual supone confiar a la propia administración decisiones definitivas.⁴²

De este modo, esta insuficiencia significa que la propia administración y el legislador tienen mejores capacidades para aportar al desarrollo del derecho administrativo. Y este es un punto en el que insistirá Schmidt-Assmann, pues le permite afirmar que no basta contar con nuevos controles, a parte del judicial, sino que es necesario entender que la *acción administrativa* es una parte preponderante del derecho administrativo.⁴³ Esto, sin duda, es un cambio de perspectiva para esta rama del derecho en Alemania.

3.1.3. Elementos polémicos en la relación derecho administrativo y constitución

Según como se interprete la relación entre derecho administrativo y derecho constitucional, se hace más o menos fácil la convivencia y desarrollo entre ambos derechos. Habría mucho que decir sobre esta relación; sin embargo, solo haré una breve referencia a las posiciones que, dentro de la doctrina administrativista, permiten explicar el debate.

⁴⁰ Ibid., p. 241.

⁴¹ Ibid., p. 242.

⁴² Ibid., p. 241.

⁴³ Barnés Vázquez, op. cit., p. 88.

Una manera de darle forma a la convivencia entre ambas ramas jurídicas ha sido la que promueve el enfoque sistémico⁴⁴ propuesto por Schmidt-Assmann. Este enfoque, desde una perspectiva dogmática, llevaría a reconocer que el derecho administrativo es un elemento transformador del derecho constitucional, pero, a su vez, que la constitución permea o impregna el derecho administrativo.

Con esto en mente, para este lado de la doctrina alemana, hablar de constitucionalización del derecho administrativo no es algo positivo si con ello se interpreta que hay una “sustitución” del derecho administrativo. Así, interpretar constitucionalización como sustitución no será correcto y, por ende, se ha propuesto rescatar su autonomía, sin desconocer el enfoque constitucional que lo permea. Esta segunda interpretación, la que propugna por salvar el derecho administrativo, se construye a partir de conceptos como *dependencia*, *autonomía* y *complementariedad*.⁴⁵ Estos tres términos tienen algo positivo: permiten llevar la discusión a un plano de “graduación” o “intensidad” de un derecho sobre el otro, y entonces la discusión no versará sobre si la constitución sustituye o no al derecho administrativo, sino sobre en qué casos lo complementa, en cuáles lo mira como autónomo y en cuáles lo condiciona.

Siguiendo a Schmidt-Assmann, la relación entre el derecho constitucional y el administrativo no implica únicamente que el primero tenga una capacidad de determinación sobre el segundo, pues también el derecho administrativo tiene un efecto sobre el constitucional. Este efecto puede verse reflejado en la historia, en donde diversas instituciones jurídicas pertenecientes al derecho administrativo fueron incorporadas en la constitución, como es el caso del principio de proporcionalidad.⁴⁶

Pero claramente no es fácil resolver y establecer con certeza plena el puesto que a cada una de estas ramas del derecho le corresponde. Ya se ha hecho referencia a la frase de Fritz Werner: “el Derecho administrativo como derecho constitucional concretizado”, la cual, según Schmidt-Assmann, puede tener dos interpretaciones erróneas. En primer lugar, alguien podría sobredimensionar el poder de la constitución sobre el derecho administrativo, pero, y en

⁴⁴ La perspectiva sistémica del derecho administrativo cumple una función dogmática, una función práctica y una función política. Véase: *Ibíd.*, p. 7.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 15.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 17.

segundo lugar, también ocurriría lo contrario, alguien podría subestimarle y quitarle el valor que la “Constitución posee para iluminar sistemáticamente la teoría general del derecho administrativo”.⁴⁷ Pero entonces ¿cómo hacer para darle a cada rama del derecho su espacio?, ¿cuáles son las implicaciones de la supremacía constitucional?, ¿es posible aplicar la constitución directamente?

He estado siguiendo los argumentos de Schmidt-Assmann, quien considera que al derecho constitucional no le corresponde sustituir al derecho administrativo, sino contribuir a su formación, a la formación de un sistema.⁴⁸ A esto, en principio, podría dársele una lectura restringida y asumir que cada rama jurídica tiene su propio desarrollo, por lo que será al legislador al que le corresponda actualizar el derecho administrativo conforme a la evolución constitucional. Esto último puede ser cierto, pero una interpretación amplia no descartaría que otros actores participen en la construcción del derecho administrativo.

La práctica jurídica en Alemania muestra que la labor del Tribunal Constitucional alemán frente a la interpretación de los derechos fundamentales ha sido expansiva: ha logrado que casi todas las actuaciones que competen al derecho administrativo tengan relación con el ámbito de protección de un derecho fundamental. Igualmente, este tribunal exige interpretar todas las leyes a la luz de la Constitución.⁴⁹ Aunque este hecho asusta por una eventual pérdida del derecho administrativo, ya se ha señalado que otra interpretación posible es la de mostrar que existe una especial unión entre ambos derechos y no, como podría pensarse, que uno subsume o desintegra al otro. Es pues, tarea de legisladores, administración y jueces construir una relación armónica entre ambas ramas jurídicas.

Y es que tampoco puede olvidarse que el Estado constitucional de derecho impone unas exigencias específicas al derecho administrativo. Es la administración, con su rama del derecho, la que debería llevar a la práctica los postulados constitucionales, entre ellos, la garantía de los derechos fundamentales: “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 derecho fundamentales]; los criterios

⁴⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁹ *Ibler*, op. cit., pp. 16-17.

de resolución de conflictos o colisión entre derechos fundamentales en las relaciones multilaterales; la determinación de sus límites, etc.”.⁵⁰

Pareciera entonces que la interpretación que se ha presentado, como tendencia en la doctrina alemana, se mantiene en un punto que busca el equilibrio entre ambas ramas. Una cosa es que el derecho administrativo se desintegre, y otra muy distinta que sea visto como el espacio en el que se desenvuelve, se revisa y se confirma el derecho constitucional, mientras se guarda un espacio para la autonomía del derecho administrativo.⁵¹

Por otra parte, sin obviar que este es un tema polémico, un sector de la doctrina ha respondido que los jueces no deberían buscar soluciones inmediatas en la constitución, porque la ley, válida y conforme a la constitución, es más precisa en la búsqueda de soluciones. En este sentido, y con esta respuesta, lo que se puede afirmar es que el derecho constitucional solo entreteje al administrativo,⁵² pues considerar lo contrario sería promover la búsqueda de soluciones más políticas que jurídicas, lo cual terminaría por restringir o sesgar razonamientos que pertenecerían al propio ámbito del derecho administrativo.⁵³

En definitiva, lo que quisiera rescatar del planteamiento de Schmidt-Assmann es la perspectiva positiva o si se quiere optimista del fenómeno de la constitucionalización. Y digo optimista, porque, aunque es un hecho que logró convulsionar el derecho administrativo y su interpretación, no supone el agotamiento ni la pérdida de autonomía del mismo: “El Derecho Administrativo en Alemania ha podido beneficiarse de ese planteamiento [en referencia a la frase de Fritz Werner] y anticiparse tempranamente a un fenómeno, el de la constitucionalización de las ramas del Derecho”.⁵⁴ De esta manera,

[...] cuando nos enfrentamos a las cuestiones más básicas y principales del sistema del Derecho Administrativo, a aquellas que poseen efecto multiplicador, es preciso tener presente en primer término las decisiones estructurales que la Constitución contiene. Son muchas,

⁵⁰ Schmidt-Assmann, op. cit., p. 18.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 17.

⁵² Ibler, op. cit., p. 14.

⁵³ Schmidt-Assmann, op. cit., p. 16.

⁵⁴ Barnés Vázquez, op. cit., p. 46.

desde luego, las directrices que la Constitución dirige al Derecho Administrativo, pero ha de comenzarse por esas opciones estructurales, puesto que representan un referente constante en lo que a los valores y a la forma de actuar en comunidad concierne.⁵⁵

Desde la doctrina francesa, Louis Joseph Favoreu, quien se muestra a favor de la constitucionalización del derecho administrativo, se refiere a este proceso y a la necesaria unión que existe entre derecho administrativo y derecho constitucional. Así, para acercarse a este proceso resulta importante conocer las condiciones que han permitido la difusión de las normas constitucionales y que han servido de vehículo a los procesos de constitucionalización en los ordenamientos jurídicos.

En este sentido, Favoreu muestra el proceso de constitucionalización a partir de dos fenómenos: la acumulación de normas constitucionales por medio de la jurisprudencia y la impregnación o difusión de dichas normas en el sistema jurídico. Lo primero se da gracias a la existencia de una justicia constitucional, así como a la ampliación de actores que pueden iniciar una acción de inconstitucionalidad. Lo segundo, es decir, la difusión de las normas constitucionales, se logra porque estas pueden ser aplicadas directamente por el juez y por las autoridades administrativas, lo cual supone interpretar la constitución como regla de derecho. Además, también se produce esta difusión de normas, dado el efecto vinculante que sobre los otros poderes públicos y autoridades jurisdiccionales se otorga a las decisiones de los tribunales constitucionales.⁵⁶

Aunque los anteriores elementos favorecen los procesos de constitucionalización, Favoreu pone de relieve dos obstáculos que frecuentemente impiden la expansión de estos procesos. Además, se trata de obstáculos o justificaciones que, según él, no tienen razón de ser. Uno de ellos se refiere a la ausencia de mecanismos para que el juez ordinario respete las decisiones de los tribunales constitucionales (Consejo Constitucional para el caso francés) y el otro es denominado pantalla legislativa. Esta última es una técnica usada por el juez administrativo para oponerse a revisar la constitucional-

⁵⁵ Ibid., p. 51.

⁵⁶ Favoreu, Louis Joseph. "La constitucionalización del derecho". En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 12, n.º 1, agosto de 2001, pp. 33-35.

dad de un acto administrativo. La razón que justifica esta técnica es esta: ya que todo acto administrativo descansa en una ley y la ley tiene un efecto de pantalla entre el acto administrativo y la constitución, entonces controlar la constitucionalidad de un acto administrativo sería igual a controlar la constitucionalidad de la ley, lo cual está prohibido. Según Favoreu, aunque este último es un argumento correcto, hace uso abusivo de la noción de pantalla legislativa, porque, con esta técnica el juez administrativo queda sometido a la ley y no a la constitución.⁵⁷

Sin embargo, estos dos obstáculos se quedan en el espacio de los pretextos. En lo que respecta a la cultura jurídica europea, Favoreu afirma que lo que realmente impide el proceso de constitucionalización ha sido la falta de sensibilización de los abogados y jueces para invocar normas constitucionales.⁵⁸

3.2. Las transformaciones del derecho administrativo: perspectiva colombiana

Aproximarse al modo en que son comprendidas las transformaciones del derecho administrativo colombiano atribuibles a los cambios en el modelo de Estado,⁵⁹ resulta útil para comprender a mayor profundidad el marco de análisis sustantivo del juez administrativo colombiano.

Hacer referencia a las transformaciones de este derecho en el contexto colombiano 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 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. No pretendo desconocer la complejidad y, por lo mismo, la imposibilidad de abarcar todos estos temas, de ahí que lo relevante será describir los aspectos clave de estas transformaciones, de manera que se pueda construir un mapa con los principales elementos que

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 35-38.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 38.

⁵⁹ Los modelos descritos en el capítulo dos son de utilidad para comprender las implicaciones de un modelo determinado en las transformaciones del derecho administrativo colombiano. Acogeré el concepto de derecho administrativo planteado por el doctrinante colombiano y magistrado del Consejo de Estado Santofimio, en cuanto contiene diversas variables que permiten poner de relieve la complejidad ideológica de este.

han marcado el carácter del derecho administrativo colombiano. 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).⁶⁰

De lo ilustrado por Diego López, se observan dos versiones del derecho administrativo que marcan dos modelos de Estado diferentes. Sin embargo, no es tan explícito, o al menos no se muestra como relevante por parte de la doctrina colombiana, que ambos modelos convivan en el derecho que el juez interpreta. Más bien, es usual encontrar que la doctrina colombiana explica el reflejo de los modelos de Estado en el derecho administrativo a partir de la idea de la evolución progresista del Estado⁶¹

Por otra parte, aunque las transformaciones no suele relacionarse directamente con los modelos de Estado, esta relación pueden ser rastreada, de alguna manera, en lo que entiende tradicionalmente la doctrina sobre (i) la evolución de los *criterios* para definir el objeto del derecho administrativo; (ii) las *influencias* de la doctrina y jurisprudencia extranjera, particularmente Francia, en el desarrollo dogmático, y (iii) la evolución en la *asignación de competencias*

⁶⁰ López Medina, Diego. “El sueño weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano”. En: *Revista de Derecho público*, n.º 19, junio de 2006, p. 9 [en línea]. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub128.pdf

⁶¹ Alviar García, op. cit., p. 2. Alviar afirma que, por ejemplo, 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 veinte años la consolidación del Estado neoliberal.

a la *jurisdicción* contencioso administrativa para conocer de los conflictos.⁶² Estas tres categorías permiten estructurar un proceso de transformación en el derecho administrativo colombiano.

En primer lugar, cuando las transformaciones se abordan desde los criterios y su evolución para definir el objeto de la administración, se han observado principalmente dos posturas: una orgánica y una pluricriterial. Así se ha dicho que “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 pluricriteriales”.⁶³

De esta manera, Santofimio ha puesto de presente que, a nivel doctrinal, jurisdiccional y legislativo, la discusión sobre el o los criterios que definen el objeto de la administración ha sido abordada en el tiempo de tres maneras distintas: (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 regla predominante, juego simultáneo e igualitario de todos los criterios para la conceptualización del derecho administrativo. Este último, según Santofimio,⁶⁴ es el más adecuado por su perfil teleológico, y porque la Constitución Política de 1991, aunque tiene rasgos predominantemente funcionales, otorga un papel esencial al criterio finalístico en la conceptualización de lo administrativo.

En segundo lugar, puede observarse otra fuente de transformaciones en las *influencias* de la doctrina y la jurisprudencia extranjera sobre el derecho administrativo colombiano. Se ha señalado que el derecho administrativo colombiano presenta la influencia del constitucionalismo norteamericano, el proceso revolucionario francés⁶⁵ y las instituciones y principios impuestos

⁶² 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 periodos 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”. López Medina, op. cit., p. 5.

⁶³ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 129.

⁶⁴ *Ibíd.*, p.129.

⁶⁵ “Aunque el colombiano inició como un derecho legislado y no jurisprudencial, ‘de la perspectiva clásica [dada por la doctrina clásica colombiana] se puede concluir que nos encontramos frente a una rama del derecho transplantada del sistema francés, caracterizada por la coherencia normativa consecuencia

durante la época colonial de América. Sobre esta última, una parte de la doctrina colombiana ha demostrado cómo el régimen jurídico impuesto por la Corona española fue conservado durante el siglo XIX.⁶⁶

En tercer lugar, en relación con la *asignación de competencias* a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los conflictos, se ha observado que los cambios en las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa permiten entender los distintos roles que asume el juez contencioso. Así este juez puede entenderse como juez de legalidad, de constitucionalidad y de derecho privado.⁶⁷ De esta forma, la doctrina colombiana ha llamado la atención sobre estos roles, observando que, desde 1914, cuando el Consejo de Estado comenzó a desarrollar funciones jurisdiccionales, esta institución se ha visto influida, entre otros factores, por la delimitación de la función administrativa, la amplitud del control de legalidad y el control que asume como juez constitucional.⁶⁸

Además de estas tres líneas de transformación (criterios, influencia extranjera y competencias del juez), otros autores, pretendiendo mover el estado actual de la discusión sobre las transformaciones del derecho administrativo, agregan nuevos factores que vale la pena tener en mente. Dentro de estos factores estarían “los ideales de modernización y desarrollo económico; [y] la marginalidad de la jurisdicción contenciosa administrativa frente al peso

del principio de legalidad, la racionalidad, la consagración de un conjunto de garantías para el individuo en su relación con sus gobernantes”. Alviar García, Helena. “Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo”. En: *Revista de Derecho Público*, n.º 19, junio de 2007 [en línea]. Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub129.pdf

⁶⁶ Santofimio aclara que el interés por las revoluciones, norteamericana y francesa, se da porque de estas emanan principios básicos y fundamentales en la impulsión del Estado liberal que repercuten en el derecho administrativo (op. cit., p. 220). Así los principios de la Revolución francesa que generaron transformaciones en la doctrina *iurpublicista* 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 (ibíd., 217), por lo que no cree que nuestro derecho administrativo y administración correspondan a la esencia misma de la evolución del Estado (ibíd., p. 218).

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Ibíd., pp. 297-336.

institucional que dentro de la rama han tenido actores como ministerios o el Departamento Administrativo de Planeación”.⁶⁹

Esta última mirada, junto con las tres anteriores, ayuda a reafirmar el carácter dinámico del derecho administrativo y a observar cómo en cada uno de estos cambios puede verse reflejado un modelo de Estado específico. Pero afirmar esto no implica desconocer, como observa Diego López, que en Colombia hay una falta de “esfuerzo sistemático por hacer reconstrucciones completas de los componentes políticos e ideológicos que tienen influencia en la estructura de la administración pública”.⁷⁰ En este sentido, el carácter dinámico que he venido señalando es una invitación para intentar, o, al menos tomar consciencia, sobre la importancia de este tipo de reconstrucciones.

Así asumiendo este vacío doctrinal como cierto, a continuación se hará referencia a la evolución de las instituciones administrativas colombianas. Para presentar esta evolución resultan de utilidad las etapas señaladas por Santofimio: 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).⁷¹ Estos periodos resultan de interés para nuestro objeto de estudio, principalmente, las etapas que corresponden a la reconstrucción unitaria y al Estado social y democrático de derecho. A continuación se hará un recorrido por estas etapas, manteniendo como hito la Constitución Política de 1991, hasta llegar a los cambios introducidos por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶⁹ Alviar García, Helena. “Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo”. En: *Revista de Derecho Público*, n.º 19, junio de 2007, p. 9. [en línea]. Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=19&idarticulos=1&tipos=Articulos>. La autora deja ver que, aunque los tratadistas clásicos abordan varios de los hitos reformativos del derecho administrativo, lo hacen siguiendo las transformaciones del derecho público administrativo en Francia, como un tema esencialmente constitucional, más que de derecho administrativo. Solo se reconoce influencia de los autores franceses y no se dice nada sobre “los programas contratados para hacer un diagnóstico sobre el Estado de la administración en Colombia”. *Ibíd.*, p. 11.

⁷⁰ López Medina, op. cit., p. 8.

⁷¹ Santofimio Gamboa, op. cit., pp. 293-310.

3.2.1. Dinámicas anteriores a la Constitución Política de 1991

El modelo del liberalismo clásico puede situarse en las constituciones anteriores al año 1886. A partir de este periodo comienzan a generarse o a incorporarse, dentro del propio liberalismo, nuevas tendencias ideológicas. Así, entre 1900 y 1910, surge 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 seguridad jurídica.⁷²

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”.⁷³

Y es que, de manera general, los cambios que ocurren en el periodo anterior a la Carta del 91 se encuentran enmarcandos principalmente en la institucionalidad y en una Constitución “centralista de ejecutivo predominante, católica y conservadora”.⁷⁴ A nivel, se instituyó la teoría de la centralización política y descentralización administrativa, lo cual acentuó el fortalecimiento administrativo en este nivel, que, además, generó el engrandecimiento de la administración. De este modo, se abre camino para el desarrollo de poderes exorbitantes en manos del presidente de la República. Y, nuevos conceptos, como el de utilidad pública, interés público e interés privado comienzan a expandirse. Se trata de la formación de aquellos conceptos que tendrán posterior desarrollo en la reforma constitucional de 1936.

⁷² López Medina, Diego. “Prólogo”. En: Peña Porras, Diego. *La construcción del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. xv.

⁷³ Bushnell, David. *Colombia. Una nación a pesar de sí misma*. 3ª ed. Bogotá: Editorial Planeta, 2009, p. 237.

⁷⁴ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 394.

En general, dentro de la diversidad de reformas constitucionales producidas en el periodo previo a la Carta de 1991, las de los años 1910, 1936, 1945, 1968 tienen una particular importancia para la administración pública y el derecho administrativo. De todas formas, no puede hablarse de un desarrollo completo para el derecho administrativo, al menos no si se mira desde una perspectiva judicial. Y es que si bien la jurisdicción contencioso administrativa comienza a operar hacia 1914, su actividad no representa una contribución activa desde un punto de vista doctrinal. Su papel se concentrará en la elaboración de interpretaciones exegéticas.⁷⁵

Pero no solo son las reformas constitucionales las que incidirán en el desarrollo del derecho administrativo y en las transformaciones de la administración pública. En Colombia, como en otros países suramericanos, las misiones de expertos extranjeros⁷⁶ han implicado transformaciones institucionales de alta envergadura.

Este es el caso de la misión Kemmerer, la cual inició en 1923.⁷⁷ Su objetivo era dar recomendaciones para el manejo de los empréstitos con los que contaba el país, fruto de la indemnización proveniente de la separación de Panamá. Uno de los resultados de esta misión, relacionados con la administración pública, fue la creación del Banco de la República, de una nueva nomenclatura ministerial, la creación del Ministerio de Industrias, del de Minas y Petróleos y del de Correos y Telégrafos, asimismo, se crea la Contraloría General y la Superintendencia Bancaria.⁷⁸ Más que una evaluación positiva o negativa sobre todos estos cambios, lo que ha quedado claro en la doctrina

⁷⁵ Peña Porras, Diego. *La construcción del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 51.

⁷⁶ En Colombia se han realizado varias misiones fiscales: las misiones Kemmerer de 1923 y 1930, la misión Currie de 1950, la misión Taylor de 1964, la misión Musgrave de 1969, la misión Bird-Wiesner de 1981, la misión Alesina del 2002, entre otras.

⁷⁷ 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 prosperar [...]. 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, op. cit., pp. 241-242.

⁷⁸ 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.

es que 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”.⁷⁹

Unos años después vendría la reforma de 1936,⁸⁰ en la que tuvo fuerte influencia el jurista francés Léon Duguit, la Constitución de 1931 de España y la de 1917 de México. La reforma del 36 fue conocida como la reforma liberal que introdujo cambios en los conceptos rectores del Estado. En ella 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”⁸¹ y, en general, marcó el camino hacia la institucionalización de la intervención estatal.

Como señala Younes,⁸² las concepciones de Estado benefactor y prestador de servicios públicos que favorece a las clases débiles son las que se encuentran en esta reforma. De esta manera, en dichos cambios constitucionales y en algunos de los introducidos 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 producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho”.⁸³

Desde el punto de vista administrativo, esta intervención tiene expresión en la noción “descentralización por servicios” que, con anterioridad parecía

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 29.

⁸⁰ Este sería el periodo en el que López Pumarejo ya había sucedido a Olaya Herrera hacia 1934. Según Bushnell, López Pumarejo desempeñaría un rol similar al de Franklin D. Roosevelt, y estaría influenciado por el New Deal. Además, este sería el periodo de la Revolución mexicana, que “pasaba por su momento más radical como movimiento por el cambio socioeconómico; [...] 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 [que] aumentaron explícitamente los poderes del Estado en asuntos económicos, dejando entrever, [...] la doctrina de que los derechos de propiedad deben ser limitados por los derechos y obligaciones sociales”. Bushnell, *op. cit.*, pp. 269-271.

⁸¹ Younes Moreno, Diego. *Las reformas del Estado y de la administración pública*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2008, p. 34.

⁸² *Ibíd.*, p. 34.

⁸³ Henao Hidrón, Javier. *Panorama del derecho constitucional colombiano*. 11ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 79.

no contar con mayor desarrollo conceptual.⁸⁴ Así no será sino hasta finales de los años treinta cuando se adopta la teoría francesa de la descentralización por servicios. Y dentro de esta categoría, será muy importante el concepto de establecimiento público, el cual suponía un encuentro entre el Estado y la sociedad civil. De este modo, los establecimientos públicos eran aquellas personas morales que desempeñaban funciones públicas, pero también las que, siendo de derecho privado, eran de utilidad pública, pues, como aclara Diego López, hasta ese momento no había una clara delimitación de la descentralización administrativa ni de los espacios público o privados.⁸⁵

Así los establecimientos públicos colombianos son comparables, funcionalmente, a lo que el keynesianismo social y económico de posguerra de la Segunda Guerra Mundial promovía.⁸⁶ Aunque estas instituciones contribuyeron a expandir y fortalecer el Estado colombiano, no fueron solamente ellas, sino también las ideas que se encontraban detrás las que permitieron este fortalecimiento. Así debe hacerse énfasis en la idea de solidarismo traída de la teoría jurídica francesa, la cual se encontraba en la base del concepto de servicio público del Estado administrativo. O, también, en las ideas propias del keynesianismo económico.⁸⁷

Ahora bien, frente a la transformación de la jurisprudencia parece haber un ligero cambio. Si antes no había mucho interés por el desarrollo doctrinal, los cambios institucionales llevaron a que el juez asumiera un rol más activo. Esto es, al uso de principios y al desarrollo de conceptos que pretendían dar respuesta a las nuevas lógicas de las reformas administrativas y constitucionales. Así se abandonaría o complementaría, de alguna forma, un trabajo jurisprudencial centrado únicamente en lo normativo.⁸⁸ Un ejemplo de este papel desempeñado por los jueces puede verse en su oposición a que las entidades que no eran puramente públicas fueran integradas a la estructura descentralizada del Estado. Según Diego López, los jueces administrativos, la mayoría de

⁸⁴ López Medina, op. cit., p. 17.

⁸⁵ Así, “la Universidad Nacional, la Federación Nacional de Cafeteros, los Fondos Ganaderos y las Cámaras de Comercio, [fueron] 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”. *Ibid.*, p. 21.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁸⁸ Peña Porras, op. cit., pp. 59-60.

las veces, hacían una defensa de la naturaleza privada de estas instituciones,⁸⁹ una defensa que contribuiría a limitar la intervención del Estado.

Luego, con la reforma de 1968 se profundizó el carácter social del Estado y, por lo mismo, se le otorgaron mayores responsabilidades al ejecutivo.⁹⁰ Sin embargo, debe tenerse presente que ese carácter social del Estado que desde 1936 estaba enmarcado en el servicio público y, que a su vez era la principal construcción del derecho administrativo, comenzó a decaer hacia 1961. Esto sucedió porque se comenzó a advertir que debido al surgimiento de servicios industriales y comerciales la noción de servicio público estaba en crisis, por lo que la teoría del servicio público francés no era del todo aplicable en Colombia.⁹¹

A pesar de esto, la intención de esta reforma fue buscar que el Estado tuviera la dirección general de la economía y con ello el poder de planificación, lo que incluiría el criterio de racionalización. La intervención que se tenía en mente era aquella dirigida al “logro del pleno empleo de los recursos humanos y naturales, para obtener la justicia social”.⁹²

Como antecedente de esta reforma se presentó la misión extranjera Currie⁹³ que en 1950 elaboró el informe para la *Reorganización de la rama ejecutiva del gobierno de Colombia*. Es importante resaltar que esta misión sustentó sus propuestas en el mejoramiento del sistema democrático, valor que no había aparecido en misiones anteriores. En sus conclusiones, la misión señaló:

[...] la reforma administrativa debe considerarse como una condición imperativa del desarrollo coordinado. Dicha reforma debe permitir [...] objetividad en los esfuerzos administrativos, y mayor eficien-

⁸⁹ López Medina, op. cit., p. 21.

⁹⁰ Así el acto legislativo número 1 de 1968 en su artículo 6 señala que “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, op. cit., p. 83.

⁹¹ Peña Porras, op. cit., p. 78.

⁹² Younes Moreno, op. cit., p. 76.

⁹³ “Tanto Currie como Hirschman 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 García, op. cit., p. 10.

cia en las intervenciones del poder público [...]. La estabilidad del personal, especialmente del técnico, constituye un elemento esencial de la reforma.⁹⁴

Currie haría observaciones basadas en el principio de la eficiencia de la administración y con base en esto encontró que el sector descentralizado era demasiado grande y desarticulado, lo cual generaba consecuencias negativas para la elaboración de políticas, la asignación de responsabilidades y para el adecuado ejercicio de control por parte del presidente y sus ministros. En este sentido, la recomendación fue la de lograr la “unidad del ejecutivo”;⁹⁵ sin embargo, estas recomendaciones de 1950 no suponen todavía una crítica a la legitimidad del Estado providencia, sino “una crítica a un Estado que [...] ha permitido que el sector descentralizado sea [...] paraestatal y corporativista”.⁹⁶

Por otra parte, la reforma del 68 intentó buscar la libertad de empresa y la iniciativa privada armonizadas con el bien común. La reforma administrativa planteada supuso la distinción entre gestión pública y gestión privada teniendo como eje fundamental las prerrogativas otorgadas al poder público, de modo que, finalmente, se logró establecer una distinción entre lo público y lo privado.⁹⁷ Esto supuso, entre otras cosas, la definición de los distintos tipos de entidades administrativas: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta.

En otras palabras, uno de los aportes más valiosos realizados por los decretos 1050 y 3130 fue su capacidad de organización. A partir de estos decretos el derecho administrativo colombiano pudo ser llamado “moderno”,⁹⁸ entre otros factores, porque, al tratar de ceñirse a la Constitución, se establecieron reglas muy apropiadas para el funcionamiento y la organización de la rama

⁹⁴ Younes Moreno, op. cit., p. 43.

⁹⁵ López Medina, op. cit., p. 25.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 33.

⁹⁷ “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 periodo de la ‘descentralización social o sindical’”. *Ibid.*, p. 32.

⁹⁸ 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, p. 49.

administrativa, que, como se ha visto, incluyó diversas técnicas de planeación, la carrera administrativa, la descentralización por servicios y controles administrativos.⁹⁹

Podría resumirse, siguiendo a Diego López, que las nociones de centralización y descentralización administrativa permitieron que esta reforma pudiera racionalizar el sector servicios, así como delimitar lo público y lo privado.¹⁰⁰ Esto último tendrá gran impacto sobre el proceso de apertura económica, ya que el derecho privado entraría a ocupar un rol importante, que también tendría impacto sobre el juez de conocimiento.¹⁰¹

Este estado de modernidad en la administración pública sería mantenido hasta 1981, pues es en este periodo cuando comenzará a plasmarse otro giro ideológico. El informe Bird-Wiesner de 1981 fue el resultado de la misión que tendría dentro de sus preocupaciones el crecimiento de las transferencias públicas y, con ello, un inadecuado control fiscal. Sin duda los resultados de esta misión son fundamentalmente económicos; sin embargo, tras estos puede advertirse una orientación económica que afectará el modelo de Estado de tipo intervencionista que había venido construyendo el país. Y es que 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”.¹⁰²

Estas sutiles ideas sobre la inoperancia del Estado providencia, que además encajan en un contexto económico y social mundial marcado por tendencias neoliberales, son una parte de las herramientas ideológicas con la que se entrará al periodo de la Constitución Política de 1991.

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

Durante los últimos veinticinco años hemos asistido al modelo del Estado social de derecho, pero también a la crisis del mismo ocasionada, entre otras

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 64-65.

¹⁰⁰ López Medina, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰¹ “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 aplicación de ese derecho se ha asignado al juez administrativo”. Urueta, *op. cit.*, pp. 337-338. Sin embargo, debe mirarse este comentario a la luz de régimen competencial anterior a la Ley 1437 de 2011.

¹⁰² López Medina, *op. cit.*, p. 34.

razones, por la crisis de la ideología del bienestar,¹⁰³ la cual, como se vio en el segundo capítulo, trae consecuencias para la interpretación y aplicación del derecho. Así es como dos tendencias (mercado y justicia social desde una perspectiva constitucional) se reflejan en la Constitución Política de 1991, por lo que, como se ha venido sosteniendo, se trata de una constitución caracterizada por una mezcla de modelos.¹⁰⁴ Por eso cabe preguntarse: ¿cómo ha afectado al derecho administrativo y a la administración pública la mezcla de tendencias?

Por un lado, se observa que una parte de la doctrina administrativista colombiana reconoce que esto trae complejidades, pero, a la vez, también considera que estas tensiones pueden ser llevadas de manera armónica y ordenada. Para otros, en cambio, es la llamada al replanteamiento de muchas de las categorías con las que se construyó el derecho administrativo.

Esta reflexión no es propia de Colombia. Cassagne, jurista argentino, 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 y han ocasionado que el derecho administrativo deba comenzar a describirse a partir de principios generales. Igualmente, reconoce este autor, que el “derecho administrativo [es un] derecho en formación, que

¹⁰³ Sobre crisis del Estado bienestar se observa que “para las [posturas de izquierda], 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 [...]. [Por otro lado], 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”. López Medina, op. cit., pp. 33-34.

¹⁰⁴ Esta confluencia de modelos también ha sido planteada desde la relación entre Constitución y modelo económico en Colombia. Se ha señalado que la Constitución de 1991 buscó 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 Rodríguez, César. *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. Debates de Coyuntura Económica, Bogotá: Fe-desarrollo, 2007, p. 16.

siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora sus soluciones frecuentemente asistemáticas”.¹⁰⁵

En primer lugar, estos cimientos de la pirámide kelseniana se ven afectados por la impregnación de consideraciones sociales en el derecho administrativo. Tanto la incidencia que el carácter social del Estado comporta para el derecho administrativo como el papel de lo colectivo no son elementos de menor importancia. Así comenzarán a construirse tesis que, algunas basadas en las ideas de Forsthoff,¹⁰⁶ valorizan el peso del elemento social en el derecho administrativo. De acuerdo con Santofimio,¹⁰⁷ en sentencias de tutela (T-406 de 1992 y T-005 de 1995) de la Corte Constitucional se reconoció 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 1991”.¹⁰⁸

Como es sabido, el título 1 de la Carta Política reúne gran parte de los principios fundamentales en los cuales se basa el modelo de Estado social de derecho colombiano.¹⁰⁹ Los principios constitucionales suponen un marco para la construcción e interpretación del derecho administrativo, pero ello no implica desconocer que en la Constitución se incorporan principios opuestos,¹¹⁰ lo cual es conflictivo per se. Tales contradicciones conforman el

¹⁰⁵ Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009, p. 23.

¹⁰⁶ Para este jurista alemán, el individuo ya no puede dominarse a sí mismo en cuanto es partícipe de un contexto que él no puede influir y que lo llevarían a crear el concepto de *procura existencial*.

¹⁰⁷ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 27.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 310.

¹⁰⁹ “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 jurisprudencial 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 magister en Derecho Administrativo]. Bogotá: Universidad Colegio Mayor del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2009, p. 13.

¹¹⁰ Esta idea de principios opuestos se ve reflejada, por un lado, en que las bases de este derecho son, “por duro que resulte reconocerlo, de corte inequívocamente autoritario” y, por otro lado, se observa que

escenario que permitirá hablar de la crisis en el tradicional derecho administrativo, que además incidirá en sus fuentes de producción del mismo. Esto último ha llevado a darle relevancia al principio de constitucionalidad en el derecho administrativo y al concepto de derechos fundamentales que trae como consecuencia la necesidad de tener que efectuar un análisis de legalidad diferente. Así, el principio de legalidad ha traído cambios para la teoría del acto administrativo, los derechos colectivos y la discrecionalidad reglada, como también para la teoría de la seguridad jurídica.¹¹¹ Esto debería ser suficiente para alcanzar a imaginar el enorme cambio que esto ha implicado para el juez.

En segundo lugar, no pueden obviarse los cambios que ha generado la vertiente neoliberal. Al respecto, la crisis económica del Estado bienestar (advertida en parte por las misiones extranjeras que vinieron a Colombia) ha invitado a pensar el Estado y a la administración en un régimen de mercado. Así, bajo este régimen la prioridad ha sido la regulación e inspección de los servicios públicos.¹¹² Se reduce entonces el papel protagónico de la administración pública siendo ahora la competencia y el mercado los “nuevos abastecedores de las necesidades de la sociedad”.¹¹³ De esta manera, nuevas categorías económicas integran el derecho administrativo, lo que lleva a que la doctrina colombiana reconozca una fuerte incidencia de la ideología neoliberal en la administración, particularmente el modelo de mercado y libre competencia. El reto, bajo estas nuevas categorías, será buscar una convivencia entre los desafíos que trae la vertiente social y aquellos que vienen en la ideología neoliberal. Por ejemplo, Santofimio observa que, no obstante las

las cláusulas de 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”. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 49-50.

¹¹¹ 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, pp. 118-153.

¹¹² Parejo Alfonso, Luciano. “El Estado social administrativo”. En: *Rap*, n.º 53, 2000. Citado en: Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 31.

¹¹³ Muñoz Machado, Santiago. “Servicio público y mercado”, 1998: Citado en: Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 31.

tesis del Estado mínimo, aunque exista una “mudanza de papeles” no hay un abandono de responsabilidades sociales por parte del Estado.¹¹⁴

Y en este escenario es en donde tiene mayor cabida aquello que se ha denominado la *huida del derecho administrativo*, en el cual 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, aunque también puede implicar que “el papel de la administración resulta relativamente débil [...] para la satisfacción de las necesidades sociales”.¹¹⁵ Por otro lado, la introducción del derecho privado tiene otro efecto, y es que, ahora, una administración que actúa como persona de derecho público no tiene ya los mismos privilegios, de modo que si comete un daño se hace responsable. Pareciera entonces que el derecho privado envía elementos al derecho público para hacerlo menos arbitrario y autoritario.¹¹⁶ Adicionalmente, esta tendencia público-privada se expresa en la constitución económica del Estado social de derecho:

[El] fenómeno constitucional económico [...] consolida la 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.¹¹⁷

Para Santofimio, estas dos orientaciones (social y neoliberal) pueden ser comprendidas armónicamente. De hecho, su definición de derecho administrativo contiene ambas tendencias ideológicas: se trata de una rama del

¹¹⁴ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 31.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 32.

¹¹⁶ “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 superados”. Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. 1, p. VIII-6 [en línea]. Disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf

¹¹⁷ Molano, op. cit., pp. 129-145.

derecho que tiene como elementos el principio del Estado de derecho, la democracia y el ideal de lo colectivo. Esto dentro de una economía de mercado que debe defender los derechos individuales. Con estos elementos, Santofimio entiende que el objeto de la administración pública está delimitado por la interrelación entre el criterio funcional y el teleológico, pues “cualquier fenómeno estatal debe ser dominado por la presencia de las finalidades en que se sustenta el estado”.¹¹⁸ Este autor considera inadecuado problematizar acerca de la incidencia del derecho privado en el derecho administrativo, así como sobre la *publificación*; esto es, la incidencia del derecho administrativo en el derecho privado.¹¹⁹ Sin embargo, y aunque deben valorarse las posiciones que buscan armonizar las contradicciones, sería infructífero abandonar del todo la discusión sobre las contradicciones que surgen a partir del cruce entre el neoliberalismo y el Estado social. Este no es un asunto resuelto. La doctrina colombiana continúa con el interés de cuestionar el papel del Estado regulador¹²⁰ y su incidencia en la garantía de los derechos y fines sociales del Estado.¹²¹ Y todavía aparece más relevante esta discusión, si se tiene en cuenta que es al juez administrativo a quien le llegará tal contradicción.

Pero ¿cómo se plasmó la tendencia neoliberal y cómo se interpreta al lado de la tendencia social? Hacia la década de los noventa el contexto económico se concentró en la eliminación de obstáculos al comercio exterior y a la inversión extranjera apoyada en el consenso de Washington; es decir, se acogieron las

¹¹⁸ Santofimio Gamboa, op. cit., p. 70.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 181.

¹²⁰ El lector debe observar que hasta ahora aparece la noción de Estado regulador. Se decidió apartar este concepto, no por que se considere irrelevante, al contrario, tal vez es el más relevante hoy, sino porque no es el más pertinente a los fines de este libro. Sin embargo, el lector puede entender que este modelo de Estado tiene su epicentro en las tendencias neoliberales y tecnocráticas de la administración pública, a las cuales sí se ha hecho referencia. Para explorar esta noción véase: Moran, Michael (2002). *Review Article: Understanding the Regulatory State*. En: *British Journal of Political Science*, n° 32, pp. 391-413. doi: 10.1017/S0007123402000169; Jordana, Jacint, and David Levi-Faur. *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*. Northampton, MA: Edward Elgar Pub., 2004; Dubash, Navroz K., and Bronwen Morgan (Eds.). *The Rise of the Regulatory State of the South: Infrastructure and Development in Emerging Economies*. Oxford: Oxford University Press., 2003.

¹²¹ La adaptación del Estado al modelo regulatorio ha sido vista como otra transformación del Estado atribuida a los procesos de globalización económica y jurídica. Véase: Restrepo, Manuel et al. *Globalización del derecho administrativo, estado regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.

políticas neoliberales.¹²² Por un lado, la premisa neoliberal se insertó en la Carta a través de fórmulas que buscaron restringir la discrecionalidad del gobierno, fortalecer los municipios, la empresa privada, etc. Por otro lado, el título II de la Carta integró las ideas del liberalismo social: “la empresa es la base del desarrollo, pero [se] insiste en el papel del Estado benefactor para procurar ‘la igualdad efectiva’”.¹²³ En realidad, esta mezcla de modelos es un efecto del pluralismo, que, conscientemente, se apropió del constituyente del 91,¹²⁴ de ahí que no deba causar asombro.

Aunque muchos de los criterios legales y jurisprudenciales que se plasmaron en la Carta de 1991 provenían de las reformas del 36 y del 68; esto es, criterios sobre los sistemas de organización administrativa, los principios de la actuación y el régimen de la función pública,¹²⁵ no por ello la Constitución de 1991 deja de verse como aquella que marcó “el final del siglo XX y el comienzo del siglo XXI”.¹²⁶

De esta forma, además de los cambios paradigmáticos de la Carta del 91, respecto de la administración pública se introdujo un sistema de control integral: se amplió el control con las acciones de cumplimiento y populares, se estableció el principio de control posterior a la gestión fiscal y se introdujo la función autónoma de control y prevención del ministerio público. Adicionalmente, el artículo 209 de la Constitución señaló los principios de la función administrativa y estableció técnicas de organización administrativa, algunas de las cuales ya se venían construyendo desde el año 68. Me refiero a

¹²² Como expresiones de esta apertura neoliberal, Bushnell señala las reformas en los sistemas laborales que impedían despidos arbitrarios y en los fondos de cesantía, así como la privatización de empresas estatales. Bushnell, op. cit., pp. 402-403.

¹²³ Plazas Vega, op. cit., p. 202.

¹²⁴ “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.

¹²⁵ Molano, op. cit., p. 101.

¹²⁶ Peña Porras, op. cit., p. 103. “Esta carta política se presenta [...] como la respuesta a un periodo de convulsión social [...] la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales y la consagración de los derechos sociales y colectivos son algunos de los cambios más significativos”. *Ibíd.*, p. 103.

la desconcentración, descentralización, delegación, coordinación y subsidiariedad. Molano también resalta la consagración de funciones administrativas autónomas, la introducción de nuevas competencias del gobierno por medio de leyes marco y, por último, la intervención ciudadana para el control del poder público.¹²⁷

Los principios de la función administrativa¹²⁸ adquieren valor normativo al llevarse a la Constitución política de 1991, hecho que les permite cumplir una función de integración del derecho público, así como una función integradora en la interpretación jurídica. Igualmente, los principios funcionan como un instrumento para la protección de derechos,¹²⁹ ya que sirven de “fundamento de impugnación de las decisiones de la administración”.¹³⁰

Algunos de los principios de la administración pública deben ajustar su contenido a la interpretación del modelo de Estado en el cual se apliquen. En este sentido, siguiendo a Molano, en el marco del Estado social de derecho vale la pena dar mayor relevancia a algunos principios. Entre ellos se encuentra, el *principio de responsabilidad*, el cual se deduce del de legalidad, y supone que quienes desempeñen una función administrativa tienen un mayor grado de responsabilidad jurídica aun cuando tengan carácter de particulares.¹³¹ Igualmente, la administración pública se debe sujetar al *principio de objetividad*; esto es, quien ejerza función administrativa debe ser neutral y aplicar la igualdad material. Igualdad que implica tener en cuenta todos los intereses en juego debiendo ponderar valores contrarios y resolviendo el caso concreto por medio de la consulta del interés general.¹³² Por otra parte, el principio de *servir a los intereses generales* se concreta en algunos conceptos que están pre-

¹²⁷ Molano, op. cit., pp. 102-106.

¹²⁸ 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 anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) se señalan como principios orientadores de las actuaciones administrativas los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción. En la Ley 489 de 1998 en su artículo 3 se 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.

¹²⁹ Molano, op. cit., p. 36.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 37.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 62.

¹³² *Ibíd.*, p. 84.

sententes en las normas constitucionales. Entre estos están: 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. Además, este principio se convierte en un elemento justificante de la intervención administrativa e implica la ponderación de intereses generales y particulares.¹³³

Sin lugar a dudas, a los anteriores elementos transformadores del derecho administrativo y a los principios de la función administrativa no puede dejar de sumarse la consagración de los derechos sociales. Así, son los derechos sociales y no solo los fundamentales, lo que harán aún más dinámico el tradicional campo del derecho administrativo. A partir de estos derechos emergen nuevos deberes prestacionales para la administración pública, los cuales, aunque no suponen una prestación directa o indirecta del servicio, lo hacen igualmente responsable de su prestación.¹³⁴

Todo este panorama social y de crisis del bienestar complejiza la delimitación de la función administrativa y, por supuesto, 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”.¹³⁵ Esto tiene un reflejo sobre las actividades de la administración. Según Santofimio, las principales actividades de la administración pública son: actividad de policía; actividad de fomento; de prestación de servicios públicos;¹³⁶ de intervención, control y vigilancia; normativa y reguladora; planificadora y programadora; actividad económica

¹³³ *Ibíd.*, p. 52.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 105.

¹³⁵ Santofimio Gamboa, *op. cit.*, p. 40.

¹³⁶ Es de tal envergadura la actividad de prestación de servicios públicos que fue una de las primeras formas de definir el derecho administrativo. También permitió conformar un régimen especial y asignar 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, Santofimio 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.

y de banca central, todas ellas entendidas bajo la orientación social del Estado de derecho.¹³⁷

Con todo, se puede afirmar que los cambios en el derecho administrativo colombiano, en el marco de la Carta de 1991, se caracterizan por la prevalencia 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.¹³⁸ Por otra parte, se debe resaltar que la importancia que tradicionalmente se dio a la acción y a los conceptos se desplaza, y que 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 derechos.¹³⁹

Ahora bien, si lo anterior puede decirse del derecho administrativo y de la función administrativa, ¿cómo pueden describirse las reformas a la administración pública en el periodo que inició con la Constitución Política de 1991? Respecto de la administración pública, siguiendo con el ideal weberiano, fueron consagrados en la Constitución los mecanismos de burocratización; esto es, tanto el principio de la carrera administrativa como la idea de una burocratización especializada.¹⁴⁰

Adicional a esto, se iniciaron procesos de simplificación de la estructura administrativa. De modo que la supresión de entidades fue vista como un medio para lograr la eficacia de la administración.¹⁴¹ Si bien el objetivo era reducir el tamaño del Estado y disminuir la cantidad de entidades del sector descentralizado, lo que con seguridad se logró fue un aumento de la tipología de entidades.¹⁴²

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 90.

¹³⁸ Molano, *op. cit.*, p. 107.

¹³⁹ Para Diego Peña los cambios relevantes en el control de los actos administrativos se observan en los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la teoría de los móviles y las finalidades, sobre la acción de tutela y sobre el acto administrativo. Y, en el ámbito del Consejo de Estado, señala 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. Véase: Peña Porras, *op. cit.*, pp. 104-113.

¹⁴⁰ López Medina, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴¹ Ver artículo 20 transitorio de la Constitución del 91.

¹⁴² López Medina, *op. cit.*, p. 38. “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 reemplaza-

Estos procesos de reforma de la administración fueron reforzados con la Ley 489 de 1998, documento que vino a ser el reemplazo de los estatutos del año 68. Posteriormente, en el año 2002 se creó por parte del gobierno el Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP) bajo el cual se inició otra gran serie de reformas. Con las reformas del PRAP¹⁴³ se pretendió la modernización institucional, pero también se crearon medidas de protección social a modo de alivios sociales en los procesos de despido.¹⁴⁴ El discurso del modelo privatizador que se asume en este contexto de renovación, es el de aquel que tiene por finalidad “racionalizar” y “hacer sostenible lo estatal”.¹⁴⁵

En este punto es importante llamar la atención sobre la opinión que han generado estas reformas. Así González ha puesto sobre la mesa el carácter improvisado de las mismas, al no haberse partido de un modelo de Estado bien definido. Y, aunque se han realizado varias interpretaciones para definirlo, “han sido modificadas una y otra vez [...] sin que se logre avizorar una concepción precisa sobre el tipo de Estado que queremos y que necesitamos”. Igualmente, siguiendo a González, la manera como se realizan estas reformas es susceptible de críticas, ya que “generalmente están asignadas a grupos de expertos, que obran sobre supuestos tecnocráticos, sin efectuar una gran discusión pública”.¹⁴⁶

Finalmente es importante resaltar que en el periodo que inicia con la Constitución de 1991 se gestó el camino hacia las instituciones autónomas e independientes. Este es quizás uno de los cambios más paradigmáticos y poco estudiados en el campo del derecho público colombiano. La Carta del 91 constitucionaliza ciertos entes como la junta directiva del Banco de la República o la antigua Comisión Nacional de Televisión, también, por medio

ron 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—. González Salas, Edgar. “La reforma de la administración pública 2002-2009”. En: *Política Colombiana*, octubre-diciembre de 2009, p. 32 [en línea]. Disponible en: http://revistapoliticacolombiana.com/contenido_segundaEdicion.html

¹⁴³ 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. González Salas, op. cit., p. 31.

¹⁴⁴ Uribe Vélez, Álvaro. Prólogo. En: Younes Moreno, Diego. *Las reformas del Estado y de la Administración pública*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2008, pp. 17-18.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 17-18.

¹⁴⁶ González Salas, op. cit., p. 32.

de la ley, fueron creadas varias comisiones de regulación. Con el tiempo, este tipo de entidades con autonomía administrativa y financiera ha comenzado a desempeñar un rol muy importante en la regulación de determinados sectores económicos.¹⁴⁷ Asimismo, la creación de estas entidades, como señala Diego López, es parte del nuevo constitucionalismo económico.¹⁴⁸

Este epígrafe ha pretendido mostrar un escenario de múltiples cambios tanto en la administración pública como en el derecho administrativo colombiano. Así, se ha visto que no es lo mismo hablar del derecho administrativo bajo el Estado liberal o bajo el Estado constitucional y que por eso se trata de un derecho dinámico que se ajusta y adapta a cada realidad.

A su vez, los escenarios de transformaciones que se han señalado permiten afirmar que en la práctica estos modelos de Estado no aparecen representados de forma pura. Claro, al ser modelos ideales no tenemos que esperar que la realidad exprese exactamente un modelo determinado; sin embargo, ser conscientes de esto es útil para poder hacer explícitas dos consideraciones: en primer lugar, que en la interpretación del modelo del Estado constitucional contemplado en la Carta de 1991 tiene el desafío de armonizar los elementos de diversos modelos de Estado. Y, en segundo lugar, que existe un espacio para que el intérprete decida hacia qué modelo de Estado quiere direccionar el derecho administrativo y la administración pública.

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 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo impiden por el momento un análisis completo sobre su funcionamiento. Sin embargo, es importante hacer una breve referencia a este código, ya que dentro de sus razones de elaboración se manifestó la necesidad de adaptar el procedimiento administrativo y contencioso al modelo de Estado establecido en la Carta Política de 1991. Esta

¹⁴⁷ Piénsese por ejemplo en reforma administrativa del año 2011 realizada en el primer periodo del presidente Juan Manuel Santos, en la cual se crearon o modificaron diversas instituciones para otorgarles una mayor autonomía. La Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), la Agencia Nacional de Minería (ANM), la Agencia Nacional del Espectro (ANE) y la Agencia Nacional de Contratación Pública —Colombia Compra Eficiente.

¹⁴⁸ López Medina, op. cit., p. 39.

intención permite agregar un escenario más para comprender el panorama de transformaciones del derecho administrativo en Colombia.

Algunos de los miembros de la Comisión de Reforma señalaron que este nuevo código (vigente a partir del 2 de julio de 2012) marcaría un hito en el desarrollo del derecho administrativo colombiano tanto en el ámbito del procedimiento administrativo como en lo contencioso administrativo. La idea de considerarlo como hito se debió a que una de las razones que justificaban un nuevo código fue la necesidad de adaptarlo a la Constitución de 1991, ya que el anterior código fue creado en vigencia de la Constitución de 1886, que, como se vio, respondía al modelo de Estado liberal.

El magistrado Gustavo Aponte señaló que el objetivo de este nuevo código es adecuarlo al Estado social de derecho previsto en la Constitución Política de 1991. En el mismo sentido, el magistrado William Zambrano¹⁴⁹ señaló 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 se resaltó su compatibilidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución Política.

En definitiva, según anotaron los miembros de esta Comisión, se trata de una nueva concepción de procedimiento administrativo que ya no es “un elemento para la eficacia del poder”, sino “una garantía para la protección de los derechos de las personas y [...] un instrumento para la realización de los mismos”.¹⁵⁰

Adicionalmente, otras razones para adoptar este código estuvieron referidas a la necesidad de fortalecer la labor del Consejo de Estado frente a la unificación de su jurisprudencia. Esta razón se explica a partir del efecto que causó en esta jurisdicción la entrada de los juzgados en el año 2006, el cual se ha denominado la “federalización de jurisprudencia” para indicar que algunos casos se quedaban sin conocer por esta corporación. Al lado de esto, también se

¹⁴⁹ 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, pp. 37-77.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 51.

dijo que una reforma al código lograría agilizar los procedimientos judiciales, así como adecuar el proceso judicial a las tecnologías de la información.¹⁵¹

Para la adopción de la segunda parte del código, también estuvo presente el principio del Estado social de derecho. Así, este principio irradia la finalidad del proceso judicial y, al mismo tiempo, la interpretación del mismo código. El artículo 103 señala que los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción tienen por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, la ley y la preservación del orden jurídico. Igualmente, para la aplicación e interpretación del código, se exige observar los principios constitucionales y los principios del derecho procesal. Adicionalmente, se hace referencia explícita al respeto que la jurisprudencia debe tener sobre el principio de igualdad y para ello se establece 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.

La inclusión de los anteriores y otros principios en el nuevo código es vista como parte de un objetivo más amplio. Con ellos se pretende orientar a esta jurisdicción hacia el logro de la tutela judicial efectiva, como derecho de rango constitucional que tiene toda persona para acudir a la justicia y obtener una respuesta de fondo motivada, autónoma e imparcial dentro de un plazo razonable.¹⁵² Esto se relaciona con la finalidad que se expresó en la exposición de motivos de la Ley 1437 de 2011:

[...] 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

¹⁵¹ 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, pp. 509-510.

¹⁵² 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.

se revelan como indiscutibles, dada la claridad del buen derecho del reclamante o la reiteración de las tesis jurisprudenciales.¹⁵³

Sin embargo, nótese que en este párrafo de la exposición de motivos no hay un reclamo o autocrítica de la propia jurisdicción sobre cómo ella misma garantiza la tutela judicial efectiva, sino que el problema se focaliza en la administración, la cual, según la exposición de motivos, desconoce los derechos de los administrados de manera sistemática.

Con una visión comparada, Luciano Parejo tuvo la oportunidad de comentar la reforma propuesta por la Ley 1437 de 2011. Dentro de sus apreciaciones resaltó el carácter innovador de algunas de las instituciones incorporadas en ella, destacando la figura de la extensión de la jurisprudencia como una garantía de aprendizaje para la administración pública¹⁵⁴ (véase artículo 102). Este autor señaló que, en buena medida, el código responde a la evolución del derecho administrativo y, en tal sentido, que la primera parte se puede asimilar a la nueva ciencia del derecho administrativo elaborada en Alemania,¹⁵⁵ la cual entiende el derecho administrativo como un marco directivo de la actuación pública.¹⁵⁶

Las razones anteriores, que han servido para justificar la reforma al código, permiten observar que hay un mayor reconocimiento o un predominio del rol de la administración pública que del rol del juez contencioso administrativo. En este sentido, puede compararse la similitud con la nueva ciencia del derecho administrativo en Alemania.¹⁵⁷ Este predominio significa que la intervención del juez se concibe como excepcional, mientras que a la admi-

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 79.

¹⁵⁴ 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, pp. 105-110.

¹⁵⁵ Véase epígrafe 3.1. de este libro sobre la nueva ciencia del derecho administrativo en la doctrina alemana.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 108.

¹⁵⁷ Si tomamos en cuenta lo señalado en el apartado 3.1 parece cierto que el nuevo código se acerca a lo planteado por la nueva ciencia del derecho administrativo en Alemania dada la importancia que se le otorga a la acción de la administración. Sin embargo, en mi opinión, una comparación permite encontrar dos rutas opuestas. Mientras el derecho alemán intenta expandir su visión centrada en la protección a los derechos subjetivos (para llegar al derecho como *dirección*), el derecho colombiano intenta llegar a una

nistración pública se le trata de impulsar con el fin de que cumpla mejor su papel. No obstante, esto no debe llevar a desconocer que también se fortalece el rol del juez, como se mostrará más adelante.

Este impulso que recibe la administración pública puede observarse a partir del punto de partida que acoge el nuevo código, el cual atribuye a la administración pública la falta de implementación del Estado social de derecho.¹⁵⁸ Además, el código reconoce que el juez administrativo debe encargarse de corregir tales falencias, para lo cual se incorpora una herramienta: la obligatoriedad de la jurisprudencia del Consejo de Estado, con el objetivo de garantizar la correcta aplicación de este modelo de Estado.

Este punto debe resaltarse, pues aquí pueden verse algunas de las variables clave de la presente investigación. En primer lugar, se podría afirmar que el actual código estaría transformando el derecho administrativo, este cambio ha sido promovido desde el legislativo (aunque la comisión de reforma estuvo integrada por magistrados del Consejo de Estado) y pretende empoderar a la administración para que sus actuaciones sean acordes con el Estado social de derecho. Es decir, una transformación que, por medio de la ley, adapta el derecho de la administración pública al Estado social de derecho.

En segundo lugar, ¿esto indica que el derecho administrativo colombiano solo se adapta al modelo de Estado social de derecho por vía de este nuevo código? Si la respuesta fuera sí, deberíamos responder que solo hasta el 2011 puede hablarse de una administración pública adaptada al Estado social de derecho. Sin embargo, muchos no estarían de acuerdo con esta respuesta. He mostrado cómo desde la década de los noventa aparecen elementos para que la administración se adapte a este modelo de Estado. Otra cosa, sin duda, es que no lo haya hecho, como parece entenderlo el nuevo código. Pero tampoco debemos pensar que solo con el nuevo código sí lo hará. En tercer lugar, alguien podría hacer la siguiente reflexión: si con la Constitución del 91 o con algunas de las regulaciones especiales de los sectores de la administración

mejor protección de los derechos subjetivos. Para decirlo de otro modo: El derecho alemán viene de los derechos subjetivos y el derecho colombiano va hacia los derechos subjetivos.

¹⁵⁸ 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, op. cit., p. 511.

que estaban impregnadas de “derecho constitucional” no era posible que la administración pública actuara conforme al Estado social de derecho, ¿en qué medida el juez podía contribuir a estos procesos de transformación cuando los códigos aún no habían sido adaptados?

Con lo anterior pretendo señalar, primero, que no todo cambio de modelo de Estado puede ser dejado en manos de reformas legales o constitucionales y, segundo, que el rol del juez es más libre que el rol de la administración y que a él, desde el 91, podía exigírsele una interpretación del Derecho conforme al Estado social de derecho. Esto es, que el rol del juez también es esencial para adaptar la administración pública al Estado social de derecho.

Esto permite iniciar ahora 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. Por eso, esta propuesta de adaptación que está en el nuevo código debe ser celebrada.

En esta línea, ¿a qué se hace referencia cuando se habla de las transformaciones del derecho administrativo desde la perspectiva del juez? Básicamente, con esta idea se está afirmando que el juez está en capacidad de transformar el derecho. Piénsese, por ejemplo, qué sucedería si frente a una ley que pretendiera adaptar y actualizar el derecho al Estado social y constitucional de derecho, el juez asumiera criterios de interpretación ajenos a este modelo de Estado. En este caso ¿podría afirmarse que existe una verdadera adaptación o transformación del Derecho?

Así, si se acepta que el juez también tiene un rol activo en la transformación del derecho (el Consejo de Estado, por ejemplo, con las herramientas del nuevo código) resultará relevante preguntar por el papel que representa en este proceso de adaptación o transformación, pues él es quien pone en movimiento el derecho, al poder interpretarlo bajo la idea de un Estado social de derecho o de un Estado liberal de derecho, con lo cual se relativiza la idea de una transformación del derecho únicamente por vía legal. Esto será parte del propósito en los siguientes capítulos.

4. El rol del juez administrativo: entre la estática y la dinámica de las transformaciones del derecho

El anterior marco conceptual permitirá problematizar el rol del juez administrativo y comenzar a indagar por la carga interpretativa que se impone a este dada la consagración del principio de Estado social de derecho en el contexto del Estado constitucional. Examinaré, desde el juez, la función y rol que cumple este agente en este marco de transformaciones y tensiones ideológicas y, en ese sentido, trataré de mostrar los distintos elementos con los que cuenta para potenciar el Estado social de derecho. Estos elementos dejarán 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 su defensa y a simbolizar este modelo. Pero esto no significa que sea poco útil rescatar el valor del juez administrativo. 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 han 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.

Pero antes, respecto del juez administrativo se deben tomar en consideración dos aspectos: primero, que como se ha venido señalando, el ordenamiento jurídico que el juez interpreta, al igual que la estructura de la administración pública, no son contruidos en contextos apolíticos, sino todo lo contrario, responden a concepciones políticas e ideológicas sobre el papel de la administración pública. Segundo, que el derecho procesal administrativo, como herramienta para poner en marcha la efectividad del derecho sustantivo, mantiene un vínculo inescindible con este, por lo que la interpretación que sobre el mismo se haga, potencia o debilita la función del derecho administrativo. Este asunto se verá fundamentalmente reflejado en el análisis jurisprudencial sobre la procedencia de la suspensión provisional (ver capítulo 6).

4.1. El juez frente a la tensión entre la eficacia del Estado social de derecho y el principio de legalidad

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”.¹ Este principio es un referente para el control de la actividad de la administración e implica establecer una evaluación de medios-fines, siempre con la idea de que se pretende lograr la realización efectiva del interés general.² Y, desde la perspectiva judicial, una forma de concretar este principio —siguiendo a la jurisprudencia constitucional— es mediante el acatamiento del precedente judicial.³ Y en conexión con esto, desde la perspectiva de la interpretación que realiza el juez constitucional, la eficacia del Estado social de derecho se traduce en el mayor valor que se otorga a los derechos fundamentales en relación con otros principios constitucionales.⁴

Pero esto no significa que el Estado social de derecho sea una regla para solución de casos concretos, sino, más bien, un marco de directrices que sirven de herramienta para entender otros principios y otras reglas constitucionales. Sin embargo, el Estado social de derecho tiene carácter central y, por ende, debe ser invocado como unidad y aplicado siguiendo técnicas de ponderación. Así, este principio termina siendo la clave para solucionar el enfrentamiento entre bienes constitucionales.⁵

Pero, ¿por qué ver una tensión entre la eficacia del Estado social y el principio de legalidad? Fundamentalmente, porque aquí se concreta la tensión entre Constitución y derecho administrativo, a la cual se hizo referencia. Sin

¹ Molano, op. cit., p. 68.

² Ibíd., p. 72.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-359 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva. El acatamiento al precedente también es un desarrollo de los fines esenciales del Estado; de la jerarquía superior de la Constitución —artículo 4 CP—; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6.º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad —artículo 29 CP—; del derecho a la igualdad —artículo 13 CP—; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas —artículo 83 CP—; de los principios de la función administrativa —artículo 209 CP—; de la fuerza vinculante del precedente judicial (artículo 230); así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la CP.

⁴ Vega Arenas, op. cit., p. 15.

⁵ Madriñán, op. cit., p. 101.

embargo, algunas veces estas tensiones no se hacen explícitas en el discurso jurisprudencial administrativo, de hecho, como han puesto de presente otras investigaciones, “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”.⁶

Por otra parte, la conocida Sentencia T-406 de 1992, al referirse a las implicaciones del Estado social de derecho, resaltó el rol del juez como “inventor” 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. Como se señaló en esta sentencia, el juez, bajo este modelo de Estado, asume nuevas formas de actuación frente al legislador y frente a la administración pública. Esto es así, porque los principios y valores de la Carta política tienen incidencia normativa, aunque, estos últimos, no son de aplicación directa.⁷ Por el 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”.⁸

Se trata entonces de reconocer, como señala Madriñán, que la cláusula 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 esta preside”,⁹ la segunda faculta al juez para anular una disposición normativa y la tercera, aunque es una de las características más

⁶ Vega Arenas, op. cit., p. 17.

⁷ 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. Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

⁸ “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”. Ibid.

⁹ Madriñán, Ramón, op. cit., p. 102.

discutidas, daría a entender que la norma constitucional es de aplicación directa ante un vacío legal.¹⁰

Pero esta idea de la eficiencia del Estado social de derecho, que es aplicable tanto a la función de la administración pública como a la del juez, entra en tensión con el *principio de legalidad* y produce una especie de ruptura entre dos modelos de Estado: el Estado de derecho y el Estado social de derecho. Teniendo en cuenta que el principio de legalidad se sustenta en la teoría de la vinculación positiva, según la cual “el poder público y sus titulares solo pueden hacer aquello que para cada caso les está expresamente permitido”,¹¹ es de esperar que choque con la eficacia de la función administrativa en el Estado social. En un lado estaría la rigidez característica del Estado liberal y del principio de legalidad y, en el otro lado, estaría la flexibilidad y discrecionalidad que requiere el Estado social. Aunque uno y otro no tienen por qué excluirse.¹²

¿Qué debería hacer el juez ante tal tensión? Una opción es la búsqueda de un punto de equilibrio: “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”.¹³

Pero afirmar esta tensiones supone aceptar que el principio de legalidad entra en crisis. ¿Por qué sucede esto con la llegada del Estado social de derecho? En primer lugar, puede decirse que se genera una insuficiencia de la ley, la cual, ante todos los cambios económicos, sociales y tecnológicos, le impide regular todos los supuestos, lo que, por otro lado, lleva a conceder mayores

¹⁰ *Ibíd.*, p. 107.

¹¹ *Ibíd.*, p. 48. Véase: origen de las dos vertientes de interpretación del principio de legalidad, entendido como vinculación positiva y vinculación negativa en Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 51.

¹² “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, Luciano. Citado por: Molano, op. cit., p. 73.

¹³ Stolleis, Michel. Citado por: Molano, 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.

espacios de reglamentación para el ejecutivo.¹⁴ Así es como diferentes sujetos tanto de derecho público como de derecho privado comienzan a participar en la creación de normas. Esto rompe el paradigma del positivismo legalista y abre paso a la justicia material, que comenzará a darle mayor importancia a los principios generales del derecho.¹⁵ En segundo lugar, a lo anterior se suma la aparición de la constitucionalización de la legalidad. Ya se vio en el capítulo dos que comienzan a incorporarse numerosos principios y declaraciones de derechos que operan como garantías de las libertades y demás derechos de los ciudadanos y, que empiezan a agregarse nuevos derechos: los derechos sociales y económicos. En esta línea, al juez colombiano se le asigna 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 [...] y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”.

En tercer lugar, esta crisis del principio de legalidad en el Estado social de Derecho se manifiesta mediante la asignación de poderes discrecionales que comienza a darse a la administración, así como con la introducción de conceptos jurídicos indeterminados. Tanto la discrecionalidad como la indeterminación son herramientas necesarias para que la administración tenga la capacidad de adaptarse e innovar para lograr sus funciones.

El poder discrecional de la administración, como matización del principio de legalidad, tiene una alta importancia. Con la interpretación de este derecho (más indeterminado), el juez puede servir de eje para la definición del modelo de Estado imperante, allí puede resolver tensiones entre la eficacia de la Constitución y el principio de legalidad. El juez pasa a mediar en la relación entre poder discrecional y poder reglado, lo cual, siguiendo a Urueta, “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”.¹⁶ En todo caso, es una decisión de sumo impacto, ya que, el inclinarse hacia uno de las dos, “lleva envuelto el riesgo de aniquilar la iniciativa del funcionario a través de numerosas y proli-

¹⁴ Cassagne, op. cit., p. 117.

¹⁵ *Ibid.*, p. 118.

¹⁶ Urueta, op. cit., p. 316.

jas reglamentaciones, o de estimular la arbitrariedad al dejarle un margen de libertad demasiado amplio en el cumplimiento de sus funciones”.¹⁷

Buscar el equilibrio y evitar estos riesgos es un tema que siempre estará latente en el control a la administración. Además, el juez debe mantener un equilibrio entre las distintas definiciones del principio de legalidad. La doctrina, por ejemplo, ha expuesto dos formulaciones de legalidad. Una basada en la validez, que le da valor a la norma superior y, la otra, identificada con la legitimidad y la justicia.¹⁸ Ambas miradas deberán convivir.

Finalmente, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de legalidad es un principio fundamental del Estado social de derecho, y lo ha denominado supremacía del Derecho. Esto reafirma el cambio de enfoque enunciado, ya no es la ley (el legislador), sino todo el ordenamiento jurídico el que debe guiar las actividades del Estado y la administración pública. Así señala la Corte, que este sometimiento se debe, en primer lugar, a la Constitución Política.¹⁹

4.2. El juez como dueño de la complejidad del derecho

Los cambios en el derecho atribuidos al paradigma constitucional reviven la tensión que tanto luchó por superar el Estado de derecho liberal. Recordemos que, aunque aquí he tratado de matizar la relación entre derecho y política, en el modelo liberal hay una lucha por evitar la intromisión de elementos políticos o ideológicos en la interpretación judicial, en mantener al juez como un técnico de la ley.

De esta manera, los principios constitucionales comienzan a abrir un espacio en el que se integran elementos políticos que contradicen la función tradicional asignada al juez, quien debía estar alejado de la indeterminación y de las voluntades políticas.²⁰ Esto ya no opera así, por lo que, actualmente,

¹⁷ *Ibíd.*, 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.*, pp. 317-319. Según este exconsejero de Estado, el derecho público en la actualidad se orienta a reducir a su mínima expresión los márgenes de discrecionalidad. *Ibíd.*, p. 323.

¹⁸ Cassagne, *op. cit.*, p. 119.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-864 de 2004. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

²⁰ Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 112.

es muy difícil creer que los jueces siguen actuando sin más consideraciones que las establecidas por la ley, a modo de buscar la conclusión de un silogismo.

En su estudio, el exmagistrado del Tribunal Constitucional italiano, Gustavo Zagrebelsky, hace una profunda reflexión sobre los cambios que trajo el derecho constitucional al poder judicial, por lo que considera que el derecho del Estado constitucional (al hacerse dúctil) debe ser manejado, con lo que él denomina una “actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente”. Esta actitud se encuentra relacionada con el carácter práctico del derecho entre la *ley* y *caso*, atado a la *razonabilidad*,²¹ y es una actitud requerida para enfrentar la “problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derechos, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas”.²²

Esta actitud parece la correcta, pues en el Estado constitucional se pone en evidencia la existencia de dos caminos que, usualmente, podría elegir el juez: el primero es el camino de una posición pasiva por parte del juez que solo mira una dimensión, la ley —visión propia de la tradición francesa. Un segundo camino es el de la posición multidimensional, en donde el juez mira hacia tres elementos: derecho, justicia y ley. Esto último es propio de la tradición anglosajona²³ y llevaría a definir a los jueces como los “actuales señores del derecho”, no en el sentido del tipo de 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”.²⁴

Una vez más, aunque lo señalado por este autor evoca el comportamiento de un juez constitucional, no es irrelevante trasladar estos supuestos de complejidad del derecho al juez contencioso administrativo colombiano y considerar que este juez también se enfrenta a un derecho en transformación que solicitan de él la anotada actitud “espiritual”. El juez administrativo también se enfrenta a la Constitución, a los derechos y a principios de justicia, la ley no es su única herramienta de trabajo.

²¹ *Ibid.*, 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. *Ibid.*, p. 147.

²² *Ibid.*, p. 147.

²³ *Ibid.*, p. 58.

²⁴ *Ibid.*, p. 153.

4.3. La teoría de la argumentación jurídica y el método de decisión e interpretación en el Estado constitucional

Lo dicho hasta ahora permite hacerse una idea sobre las respuestas a la pregunta ¿qué implicaciones tiene la Constitución sobre la interpretación del ordenamiento jurídico? Una posible respuesta tendría en cuenta que en el contexto del Estado constitucional se espera que el juez asuma un rol que exprese y concrete su contenido; es decir se podría responder que, al convivir nuevos y más principios en el Estado constitucional como la legalidad y el principio de justicia, el juez debe hacer uso de nuevos métodos de interpretación que, en todo caso, estarán guiados por la efectividad de los derechos constitucionales.

En este sentido, una parte de la doctrina ha aceptado que la teoría de la argumentación jurídica debe estar presente en el método jurídico que sigue el juez en el Estado constitucional. Con esta teoría se promueve un cambio del paradigma formalista del derecho, bajo el cual el silogismo jurídico o el método de la subsunción se concibe útil para la resolución de casos fáciles, pero no para los difíciles.²⁵ Recuérdese como, en el formalismo jurídico, el método jurídico se concreta en el procedimiento usado para “pasar de las normas generales a las normas particulares”,²⁶ lo cual muestra el procedimiento como algo técnico y mecánico, como si hubiese una separación radical entre creación de normas y aplicación de normas. Por el contrario, en el Estado constitucional, el método se definiría como “un procedimiento para justificar soluciones particulares usando normas generales”.²⁷ Esta idea de justificación proviene de la teoría de la argumentación que observa la argumentación no como un método para *descubrir*, sino para *justificar* una decisión (distinción a la que se hará referencia más adelante).

²⁵ “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, Manuel. *Cuestiones judiciales*. México: Fontarama, 2001, p. 16. Citado por: Aguirre Román et al. “¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? Una mirada en el estado constitucional”. En: *Revista Derecho*, n.º 32, julio-diciembre de 2009, p. 17.

²⁶ Aguiló, op. cit., p. 160.

²⁷ *Ibid.*, p. 163.

De este modo, podría afirmarse que la teoría de la argumentación jurídica ha realizado importantes aportes, introduciendo una nueva exigencia al juez. Por ejemplo, el enfoque retórico de Chaïm Perelman ha servido para solicitar de este el uso de la argumentación en sus decisiones judiciales. Pero todavía más importante, se trata de exigir que las decisiones cuenten con un mayor 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 en donde conviven, además de la justicia formalizada del Estado, la justicias indígenas, las justicias de paz comunitarias, entre otras); razonable (que parta de premisas aceptadas y posea una motivación adecuada), y aceptable (que sea una decisión que intente persuadir a los auditores jurídicos).²⁸

Lo anterior se encuentra, en algunos puntos, con las tres exigencias que Uprimny considera deben cumplir 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”.²⁹

Ahora bien, algunas de las críticas a este modelo de decisión basado en la argumentación han señalado que se puede volver un método arbitrario. Pero, aunque es un tema muy discutido por la doctrina, se considera, según lo señalado por Atienza, que en este punto debe distinguirse entre decidir y decisionismo. En este último, “el juez olvida los límites de sus funciones

²⁸ Aguirre Román, et al., op. cit., p. 24.

²⁹ Uprimny, Rodrigo. *Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica*. 1997. Citado en: *Ibid.*, p. 24.

y deja de lado la justificación y motivación de sus decisiones, que es el extremo opuesto a su facultad de privilegiar escenarios de argumentación”.³⁰ Por el contrario, gracias a la argumentación se favorece la construcción de escenarios que limiten la posibilidad de extralimitación del juez; además, el decisionismo no puede verse aisladamente. Sin querer defenderlo, este debe contrastarse con su otro extremo: el determinismo. Este último se genera por el uso excesivo de la subsunción, que aunque dé como resultado una decisión, en realidad no existe una.³¹ Así, tanto el decisionismo como el determinismo serían arbitrarios.

Si reconocemos que ni el determinismo ni el decisionismo son puntos deseables en el Estado constitucional, debemos defender que en la argumentación judicial se encuentra un elemento que evita inclinarse hacia alguno de los dos extremos. Ahora bien, una vez anclados en la argumentación como método de decisión, queda por resolver un asunto: ¿qué implica justificar una decisión? Aquí entra de nuevo la distinción, si la hay, entre descubrir y justificar. Es así como, siguiendo a Aguiló, la teoría “estándar” de la argumentación distingue los móviles psicológicos e ideológicos que llevan al juez a dictar sentencia, de las razones que utiliza para justificar que su decisión es correcta. De hecho lo único importante para la teoría de argumentación son las razones que justifican la decisión judicial, mientras que lo que es ajeno al mundo jurídico es irrelevante. Así, con esta distinción habría que separar el proceso de decisión del de justificación de la decisión.³² Y en este sentido, se ha considerado erróneo criticar las decisiones del juez a partir de los móviles que lo llevaron a decidir.

Sin embargo, la distinción entre justificar y descubrir no es tan absoluta y clara como parece. De hecho, para Aguiló,³³ la distinción entre *explicación*, *descubrimiento* y *justificación* se difumina cuando se analiza desde la óptica de los principios de independencia e imparcialidad judicial. Esto es así si se tiene

³⁰ Ibid., p. 25.

³¹ Ibid., p. 25.

³² Sobre los obstáculos y los límites de la distinción entre ambos contextos para el estudio del derecho véase: Nettel, Laura. “La distinción entre contexto de descubrimiento y justificación y la racionalidad de la decisión judicial”. En: *Revista Isonomía*, n.º 5, 1996 [en línea]. Disponible en: http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/02405065325240496976613/isonomia05/isonomia5_06.pdf

³³ Aguiló, Josep. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. En: *Isonomía*, n.º 6, abril 1997, pp. 71-83 [en línea]. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89835.pdf>

en cuenta que con el principio de *independencia* se trata de aislar al juez, no de las razones que provienen del derecho, sino las que vienen del sistema social. Un juez independiente es obediente al derecho: “nada hay más distorsionador para el funcionamiento del Estado de derecho que el hecho de que las decisiones judiciales se interpreten como motivadas por razones extrañas al derecho”.³⁴ A su vez, con la *imparcialidad* se pretende aislar los motivos provenientes del proceso judicial mismo (las partes y el proceso mismo), creando *sistemas de recusaciones e incompatibilidades*.

Entonces, la existencia de estos dos principios (independencia e imparcialidad), los deberes y las normas que pretenden solucionar los conflictos de intereses a que esté sometido el juez, permiten afirmar que el derecho se preocupa por controlar la entrada de elementos no jurídicos en el razonamiento del juez, y que por ende sí le interesan tanto los contextos de justificación como los motivos por los cuales actúan los jueces.³⁵

En todo caso, alguien podría percibir cierta contradicción entre lo anotado sobre el principio de independencia y la relación que se ha tratado de construir entre política y derecho en este trabajo; esto es, que bajo la idea de independencia, en donde las decisiones no responden a elementos extrajurídicos, el andamieje ideológico sobre los modelos de Estado que se ha construido en los primeros capítulos sería irrelevante. A tal inquietud se podría responder que cuando se afirma que el juez independiente es obediente al derecho, no debe interpretarse, necesariamente, el concepto “derecho” de manera reducida. Por el contrario, creo que deben integrarse a este concepto, entre otros, elementos políticos que inciden en el razonamiento judicial. De esta manera, esperar que el juez sea obediente al derecho implica que sea obediente a un derecho creado bajo la ideología de un modelo de Estado particular.

Por otra parte, la necesidad de argumentar no es solo un asunto de interés para la doctrina, la propia jurisprudencia es consciente de la importancia de la argumentación en las decisiones. Al respecto la Corte Constitucional colombiana ha afirmado explícitamente que el deber de argumentar en las decisiones judiciales es uno de los límites a la autonomía judicial. Por ejemplo, en la Sentencia T-1130 de 2003 se establecieron unos criterios mínimos para asegurar la justicia y la imparcialidad de las decisiones de tutela.

³⁴ Aguiló, op. cit., p. 78.

³⁵ Ibid., p. 75.

Estos criterios son la razonabilidad y la no arbitrariedad. El primero tiene que ver con que las conclusiones de la decisión tengan un grado de corrección lógica con el contenido de los principios, derechos y deberes de la Constitución. Lo segundo hace referencia a que el juez no puede desconocer normas de mayor jerarquía. También se espera que las decisiones cumplan con “requisitos de argumentación mínima, relacionados con la inexistencia de las causales que la jurisprudencia constitucional estima procedentes para la acción de tutela contra decisiones judiciales”.³⁶

Finalmente, dentro de esta exigencia argumentativa no pueden ser obviados los distintos tipos de argumentos que pueden utilizarse. Pero no me refiero solo a los tipos de argumentos que la teoría y lógica jurídica tienen ya muy decantados,³⁷ tal vez resulten más relevantes para el tema de este libro aquellos que, tomando los tipos de argumentos tradicionales, se han denominado “estáticos y dinámicos” o “conservadores o no conservadores”.

Sanchís sostiene, a partir de Wroblewski, que el juez puede adoptar una posición estática cuando “rinde culto a la autoridad de la norma y de su autor”.³⁸ En este caso, el juez coloca en la cúspide el argumento gramatical o psicológico; esto es, que indaga por la “voluntad del legislador”. Por otro lado, el juez también puede usar argumentos de tipo “conservador”. Este busca “mantener el significado de una disciplina jurídica en su conjunto”,³⁹ impidiendo que el derecho cambie o evolucione, incluso, a pesar de que exista una nueva norma o se haya derogado.

Desde esta óptica, el juez estático no tiene por qué ser conservador; es decir, un juez que use argumentos gramaticales puede procurar la evolución del derecho conforme al modelo político, así como un juez que use argumentos conservadores “puede mantener posiciones ideológicas avanzadas”.⁴⁰ Lo que sí es cierto, siguiendo a Sanchís, es que, los dos jueces “en la elección de

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-1130 de 2003. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

³⁷ Véase: Moreso, Josep Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: uoc, 2006, y Weston, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Ariel, 1994.

³⁸ Prieto Sanchís, op. cit., p. 103.

³⁹ *Ibíd.*, p. 103.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 103.

los métodos de interpretación difícilmente podrá[n] hacer abstracción de su actitud subjetiva o ideológica ante las normas y las circunstancias de hecho”.⁴¹

Lo señalado en este epígrafe es sin duda un asunto mucho más complejo y profundo de lo que se ha mostrado, no por otro motivo ha sido tema de una larga discusión en la teoría jurídica. Mi interés, por su puesto, no es aportar al tema mismo, sino enunciar la importancia que adquieren los métodos de interpretación y la teoría de la argumentación jurídica en el modelo de Estado constitucional, así como resaltar que la argumentación de una decisión judicial en uno de los lugares para encontrar el modelo de Estado que se expresa con dicha decisión. De este modo, como se ha estado afirmando, si el juez interpreta un derecho conforme a un particular modelo de Estado, el deber de argumentar le permitirá a los destinatarios determinar si su decisión responde o no al modelo de Estado vigente en la Constitución de 1991. De ahí que pueda afirmarse que la argumentación es uno de los canales para expresar el modelo de Estado que el juez, consciente o inconscientemente, defiende.

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 considerado desde distintos puntos de vista. Sin embargo, dada la difícil relación entre el derecho administrativo y el derecho constitucional, resulta de interés observar cuál ha sido el tratamiento que la Corte Constitucional colombiana ha dado a los asuntos en los que el juez administrativo tiene interés. Así pueden observarse algunos temas, que, desde una perspectiva procesal, y dado los vínculos entre ellos, han permitido generar algunas propuestas a la Corte sobre el aporte del juez administrativo en la aplicación de los derechos fundamentales. Estos temas son: las acciones contencioso administrativas; la figura de la suspensión provisional; la acción de tutela, y los requisitos de la demanda en la jurisdicción contencioso administrativa. También, con un mayor componente sustancial se encuentra el tema de la eficacia de las acciones de nulidad y nulidad y

⁴¹ Ibid., p. 103.

restablecimiento como mecanismos para conocer controversias sobre servicios públicos domiciliarios.

En la jurisprudencia constitucional la tendencia ha sido la de considerar que el juez administrativo debe dar aplicación a las normas fundamentales y, en virtud de la primacía constitucional, dar aplicación oficiosa a ellas o, incluso, inaplicar normas legales que contradigan las constitucionales.

A partir de la Sentencia n.º 1 de 1992, se puede establecer una línea de argumentación que permite extraer, más allá de lo fáctico, una idea sobre las relaciones existentes entre tres herramientas procesales: acciones contencioso administrativas, la figura de la suspensión provisional y la acción de tutela. El resultado de esta relación le ha permitido a la Corte Constitucional definir cómo debería actuar el juez administrativo cuando se alega una violación de derechos fundamentales y qué se debería entender como una indebida intromisión del juez de tutela en la labor del juez contencioso.

Así, en el año 1992, a la Corte Constitucional le correspondió revisar varias sentencias de tutela fruto de las acciones iniciadas por excontralores departamentales que habían sido nombrados en 1990 y que, posteriormente, sin que los periodos anteriores hubieran concluido, fueron desvinculados en virtud de una nueva elección realizada por las asambleas departamentales. En primera instancia, algunas acciones prosperaron y otras no; las que prosperaron señalaron que se estaba ante un perjuicio irremediable; sin embargo, frente a estas decisiones, en instancia de revisión, 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”.⁴² Se procedió entonces a revocar las sentencias de tutela por considerar que se disponía 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 de 1993, la Corte estudió al alcance del inciso final del artículo 8 del decreto 2591/91 y distinguió entre dos situaciones: la suspensión provisional del acto y su inaplicación respecto de

⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-001 de 1992. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

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”.⁴³ El mismo criterio se siguió en Sentencia T-440 de 1994 y en Sentencia T-142 de 1995. Y, en el mismo sentido que la sentencia anterior, se 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 [...].⁴⁴

En sentencia T-131A de 1996, de nuevo se pone en evidencia que la acción de tutela no procede cuando exista otra acción judicial y además sea 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 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 provisional.⁴⁵

De lo dicho hasta ahora se tiene que, bajo una primera interpretación de la Corte, solo era viable la acción de tutela tratándose de un perjuicio irre-

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-203 de 1993. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-131A de 1996. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

mediable y en todo caso cuando no procediera 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 cuál debería ser el *ámbito* de estudio del juez administrativo.

Posteriormente, la Sentencia su-039 de 1997⁴⁶ ajusta las reglas hasta ahora utilizadas por la Corte desde el año 92. La Corte asumió 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, más bien, a reconceptualizar su posición sobre la 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 derecho.⁴⁷
- 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

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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”. Véase: Corte Constitucional, Sentencia T-256/95. M. P.: Antonio Barrera Carbonell, en relación con los concursos de mérito para acceder a cargos públicos de carrera.

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 como mecanismo transitorio, a continuación se resaltan algunas de las razones expuestas por la Corte:

- La institución de la suspensión provisional tiene un rango constitucional, conforme al artículo 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, la suspensión provisional está limitada a ser una medida excepcional, con base constitucional, pero con desarrollo legal. Por eso, aunque fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, no debe negarse que eventualmente pueda utilizarse para amparar derechos constitucionales fundamentales.
- De todas formas, 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.
- 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 sí 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 [...].⁴⁸

Adicionalmente, esta sentencia resulta relevante por la propuesta de interpretar la suspensión provisional, por parte del juez administrativo, para que esta se convierta en un mecanismo de protección de derechos fundamentales:

- 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 aquellos.

La Corte sustenta la anterior propuesta 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 (artículo 2, CP).
- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y, asimismo, el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico.
- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (artículo 228, CP), más aún cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia su-039 de 1997. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

- La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene fundamento constitucional.
- Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicar sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (artículo 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 posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que esta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos.⁴⁹

Con esta sentencia, se observa una segunda fase en la interpretación de la Corte que posibilita la procedencia de la acción de tutela, incluso cuando ya se ha solicitado la suspensión provisional del acto administrativo. Debe resaltarse la visión que se propone sobre el juez administrativo como garante y aplicador directo de los derechos fundamentales, ya no en sede de tutela, sino mediante la aplicación de la figura de la suspensión provisional.

También es de destacar la posible contradicción que se daría entre las decisiones de cada Corte. Así, la Corte Constitucional podrá proteger el derecho y, luego, el Consejo de Estado podría considerar que, definitivamente, no existió una violación; ¿cómo puede haber y no haber violación al mismo tiempo?, ¿no es esto indicativo de una posición ideológica subyacente a cada decisión?

Desde otro ángulo, la Sentencia C-197 de 1999 estudió la constitucionalidad del artículo 137, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo, para determinar si es o no violatorio de la Constitución exigir 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 papel del juez contencioso administrativo, la Corte señaló que si bien este requisito no es contrario a la Constitución, no se debe llegar al punto de un rigorismo procesal extremo y agregó que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo debe aplicar la correspondiente norma constitucional en forma oficiosa así la demanda

⁴⁹ Ibid.

no la haya señalado expresamente. Esto último llevó a la Corte a declarar la exequibilidad condicionada de la norma estudiada:

[...] 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 Constitución.⁵⁰

Finalmente, en Sentencia T-1252 de 2005 se expresó la misma posición sobre la labor del juez administrativo, pero esta vez en el marco de la revisión de una sentencia de tutela sobre controversias relacionadas con servicios públicos domiciliarios. En esta se afirmó que, en principio, tanto la acción de nulidad como la de restablecimiento pueden considerarse acciones adecuadas y eficaces para la protección de los derechos fundamentales de los usuarios en caso de que estos sean violados por las empresas de servicios públicos domiciliarios. Esto porque, dado 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 solo derechos de rango legal sino también —y con mayor razón— fundamental.⁵¹

De lo anteriormente expuesto, dos aspectos deben resaltarse: (i) se reconoce que el juez administrativo juega un rol importante en la protección de

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 1999. Las mismas consideraciones se tuvieron en cuenta en la Sentencia de constitucionalidad C-596 de 2000, en donde la Corte Constitucional efectuó el control de normas de tipo laboral y civil sobre los requisitos para el recurso de casación.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-1252 de 2005. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

derechos fundamentales tanto en las acciones contencioso administrativas como en la figura de la suspensión provisional, pero, aunque se hace tal reconocimiento, (ii) las decisiones de la Corte terminan ampliando la acción de tutela a ámbitos que son conocidos por el juez administrativo porque, por un lado, observan un grado de ineficacia en dichas acciones y, por el otro, reconocen la complementariedad entre jurisdicciones, lo que hace compatible los mecanismos judiciales existentes.

4.5. El juez contencioso administrativo colombiano: un juez fragmentado y con características propias

Si tuviera que definirse un adjetivo para caracterizar al juez administrativo colombiano, podría decirse que se trata de un juez fragmentado. No en un sentido peyorativo, sino como expresión de la complejidad a la que se tiene que enfrentar en el Estado constitucional colombiano. A continuación se intentará resaltar los ejes de dicha complejidad.

Para definir el rol del juez administrativo debe recordarse primero que cada ordenamiento jurídico es el encargado de regular el lugar que ocupa el juez en el diseño institucional de cada Estado.⁵² Por ejemplo, el modelo francés prefiere dejar el control judicial de la actividad administrativa a la propia administración; expresa mayor 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, por jueces especializados dentro de la jurisdicción ordinaria o por una jurisdicción diferente y separada a la ordinaria, como en el caso colombiano.⁵³

En este sentido, y no obstante la influencia que el modelo francés ha tenido en el contencioso colombiano, particularmente en lo que tiene que ver con la existencia de un juez especializado, se debe reconocer que el juez colombiano ha desarrollado su propia identidad.⁵⁴ Aunque el Consejo de

⁵² 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.

⁵³ También en Alemania existe una jurisdicción separada de la ordinaria, pero esta no cumple funciones consultivas.

⁵⁴ Gil Botero, op. cit., p. 124.

Estado se restablece, con funciones contenciosas y consultivas en la Carta de 1886, es mediante el acto legislativo 3 de 1910 que se ordena la implementación de la jurisdicción, que solo se cumplirá con la expedición de la Ley 130 de 1913. Esta ley asignó al Consejo de Estado el rol de máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

A partir de este periodo, puede comenzar a desarrollarse la propia identidad del juez administrativo colombiano. Así lo afirmó el magistrado del Consejo de Estado colombiano Gil Botero, quien identifica ciertas particularidades en esta jurisdicción: la separación de poderes bajo la idea de ser un juez que defiende el interés general y la necesidad de asegurar la independencia y la imparcialidad. Otra particularidad es la posibilidad de que el juez administrativo colombiano pueda crear instituciones con base en su jurisprudencia (no en la ley), como es el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado.⁵⁵

Adicionalmente, más allá de las características que estuvieron presentes en su formación, el papel del juez administrativo también puede ser observado desde el ámbito de la protección y el control que ejerce. Así, en un primer momento, en el derecho colombiano surgió la posibilidad de controlar las decisiones administrativas porque violaban la ley, esto es, sin que ello implicara la protección de un derecho subjetivo.⁵⁶ 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”.⁵⁷ Para el magistrado colombiano, la razón principal que llevó a crear la jurisdicción contencioso administrativa fue la salvaguardia de la legalidad; sin embargo, en esta legalidad estaban incluidos los derechos de los ciudadanos.⁵⁸

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 129.

⁵⁶ Esto es importante porque el contencioso objetivo no es reconocido expresamente en algunos ordenamiento 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, *ibíd.*, 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.

⁵⁷ Gil Botero, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 131.

Por otra parte, el juez administrativo colombiano podría, como de hecho ha sido, ser caracterizado como un juez fragmentado. Este adjetivo pretende indicar que el juez ha ido asumiendo múltiples y nuevos objetos de conocimiento, objetos que responden, en parte, a las transformaciones del derecho administrativo, y que lo han llevado a integrar diversos métodos de interpretación a su proceso de decisión.

Estos cambios en el objeto y en los métodos permiten observar, una vez más, la influencia de los cambios en la concepción del derecho y los modelos de Estado en el juez. Así, uno será el juez administrativo tradicional liberal y otro el juez administrativo con un lente constitucional. Lo llamativo de estos dos tipos de juez es que conviven simultáneamente en la cabeza del mismo juez. A continuación, tomando prestada la clasificación que efectúa el exmagistrado del Consejo de Estado Manuel Urueta,⁵⁹ se mostrará la diversidad de roles que asume el juez administrativo colombiano.

4.5.1. Juez administrativo de legalidad garantista

En su papel clásico, el juez administrativo es la expresión de la supremacía del legislador y de la ley en sentido formal. Para este tipo de juez, el objeto de la jurisdicción contenciosa se concentraría en el control de legalidad de los actos administrativos. Pero, como se ha venido advirtiendo a lo largo de todo este trabajo, la Constitución genera fuertes cambios sobre la forma de interpretar el derecho. Así, esta idea de legalidad se amplía (Urueta denomina a este juez como juez de legalidad ampliada) para aceptar que el juez tiene la posibilidad de crear derecho. Y esto es así porque el juez puede y debe ir más allá de la subsunción de la norma.

Así, como parte de este cambio, y aunque, en principio, el juez contencioso ajusta su control al marco normativo que las partes disponen, dado que es una jurisdicción rogada, se ha venido aceptando (aunque con restricciones) la posibilidad de confrontar la decisión administrativa con normas que no han sido señaladas por la partes. Esto suele hacerse cuando el juez observa la vulneración de un derecho fundamental y en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado.⁶⁰

⁵⁹ Véase: Urueta, op. cit., p. 466.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 136.

Se tiene entonces un juez más flexible que no está limitado a lo que piden las partes en el proceso. Es una legalidad garantista porque va más allá de la confrontación con la ley, ahora busca que su decisión sea coherente con el ordenamiento jurídico superior, pero, además, puede ordenar la realización de prestaciones a favor del demandante a fin de proteger sus derechos individuales. 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”.⁶¹

En este sentido, el juez de legalidad, es decir, el juez de las acciones ordinarias, entra en crisis con la Constitución de 1991. Y esto hace necesario que sus criterios de decisión estén más centrados en la garantía de protección de derechos subjetivos. Siguiendo a Urueta, ahora el juez se enfrenta a normas con estructura de principio y, en algunos casos, admite la aplicación directa de normas constitucionales.⁶²

4.5.2. Juez administrativo de constitucionalidad

Con la Constitución Política de 1991 y la consagración de acciones constitucionales se generan nuevas competencias para el juez administrativo⁶³ y, sobre todo, se abre un espacio para la interpretación y aplicación directa de normas constitucionales. Aquí tiene expresión lo señalado anteriormente, pues el juez comienza a utilizar nuevas técnicas y métodos para tomar sus decisiones: la ponderación y argumentación. Asimismo, el juez administrativo se convierte en garante de derechos fundamentales.

Así es como, debido a la existencia de nuevas acciones constitucionales (populares, cumplimiento y tutela), los elementos que eran característicos del juez administrativo se vuelven borrosos. De esta manera, el juez tiende a aplicar directamente las normas constitucionales, generalmente, en los procesos que se originan en acciones populares.⁶⁴ Esto hace que los tradicionales

⁶¹ *Ibid.*, p. 137.

⁶² *Ibid.*, p. 140.

⁶³ En todo caso, Urueta señala que antes de 1991, el Consejo de Estado ya 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).

⁶⁴ Gil Botero, *op. cit.*, p. 146.

principios procesales se vuelvan flexibles. Así, el principio de justicia rogada, la legitimación procesal por activa y el principio dispositivo se atenúan y ya no son requisitos indispensables para conocer y dar trámite a un proceso. Esta pérdida supone una ganancia para el juez, pues a él se le comienzan a reconocer mayores poderes para impulsar los procesos, decretar medidas cautelares e impartir órdenes en la sentencia.⁶⁵ Puede decirse entonces que, aunque no en el mismo grado que el juez constitucional, el juez administrativo también comienza a mostrarse activo.

No obstante lo anterior, en su estudio sobre el control de los actos administrativos a través de acciones populares, Botero encontró las más variadas posiciones; van de un extremo al otro (garantismo *vs.* rigidez formal). Sin embargo, su investigación también lo llevó a reconocer 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”.⁶⁶

En todo caso, en la comprensión del juez administrativo como juez de constitucionalidad no hay posiciones unánimes y, por supuesto, tampoco ha sido fácil abordar esta comprensión por parte del juez administrativo, quien solía estar acostumbrado a ser juez de legalidad formal. Así, surge una cuestión adicional: ¿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?

Quinche ha afirmado la existencia de una barrera, desde el derecho administrativo, que impide la entrada a una verdadera comprensión de la Constitución.⁶⁷ Y esto es así porque, según este autor, la falta de mecanismos de control

⁶⁵ 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 ordenar a la administración que ella sea la que decida 3. El juez solo puede definir cuál es la mejor manera de proteger el derecho si es la única forma de proteger el derecho. *Ibíd.*, p. 152.

⁶⁶ Botero, Luis Felipe. *Acción Popular y nulidad de actos administrativos*, Bogotá: Legis, Universidad del Rosario, 2004. Citado en: Peña Porras, op. cit., p. 113.

⁶⁷ Quinche Ramírez, op. cit., p. 152.

constitucional durante el siglo XIX facilitó una lectura administrativa de la Carta Política; se privilegió la “parte orgánica en desmedro de la carta de derechos”.⁶⁸ De hecho, aunque el principio de supremacía constitucional⁶⁹ estuviese incorporado (sutilmente) en la Constitución Política de 1886, solo hasta 1991 la Corte Constitucional logró darle aplicación.⁷⁰

Así, diversos elementos históricos y jurídicos han llevado a sostener la tesis de la “lectura administrativa de la Constitución Política”. En su investigación, Quinche estudió las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa y las contrastó con la interpretación y construcción de los derechos humanos y del bloque de constitucionalidad. A partir de allí, encontró que las decisiones judiciales tienden a asumir 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”.⁷¹

Por otra parte, Quinche observó que la jurisdicción contencioso administrativa tiende a avalar el proceso que sigue el ejecutivo para lograr que sus actos tengan “ropaje de norma administrativa”⁷² y evitar así el control constitucional. En este sentido, dado que el ejecutivo tiene una preferencia por la jurisdicción administrativa porque con ello evita ser evaluado bajo las normas constitucionales, esto parecería ser indicativo de un control débil (no permeado por lo constitucional) por parte de la jurisdicción administrativa.

⁶⁸ “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, op. cit., p. 152. Este relato puede ser comparado con la situación en España. Allí, 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, op. cit., p. 126.

⁶⁹ 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 la 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.*, pp. 153-156.

⁷⁰ Quinche Ramírez, op. cit., p. 153.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 160.

⁷² *Ibíd.*, p. 161.

Sin duda, los anteriores hallazgos no son favorables para el juez administrativo, sobre todo porque muestran una actividad que no evoluciona conforme lo hace el derecho administrativo en el Estado social y constitucional de derecho. Esta situación ha hecho que se insista en la importancia de cambiar los métodos de interpretación⁷³ y de que se asuman e incorporen al razonamiento judicial los cambios en el derecho.

En este sentido, puede decirse que este tipo de cambios ha operado de forma gradual y que todavía no se muestra como una constante en las decisiones judiciales. Al respecto, se ha observado que la sección tercera del Consejo de Estado es quien, en mayor medida, toma sus decisiones con referencia a los principios constitucionales, sobre todo cuando asume el conocimiento de acciones populares, pues, cuando resuelve otros asuntos: reparación directa, laudos arbitrales, acciones contractuales, acciones de simple nulidad, entre otras, el juez, sorpresivamente, cambia su rol y asume una posición similar a la que tendría el juez del Estado liberal de derecho.⁷⁴ Y esto es sorpresivo porque el Estado social y constitucional de derecho influye sobre todo el derecho; no podemos pensar (o al menos no deberíamos) que estos cambios solo inciden sobre las acciones contempladas en la Constitución y que las demás siguen operando bajo el marco de la legalidad formal liberal. Pero, entonces, ¿qué efectos produce que el juez use distintos métodos de interpretación y distintas herramientas jurídicas según cada acción procesal? Una respuesta desde las transformaciones del derecho administrativo (ver capítulo 3) diría que las decisiones de este juez especializado dan un giro a dichas transformaciones, cambiando el rol que se asigna al derecho en el Estado social y constitucional de derecho. También se podría entender que esta actitud del juez es una respuesta al fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo (ver apartado 3.1.3.).

De lo visto hasta acá puede afirmarse que juez administrativo puede ser juez de legalidad formal, juez de legalidad garantista y juez de constitucionalidad. El primero y los dos últimos conforman dos modelos de jueces divergentes, los cuales son la expresión de dos modelos de Estado distintos. Según el método

⁷³ Véase: Vega Arenas, op. cit. Esta tesis de maestría pretendió demostrar los problemas que tiene el Consejo de Estado al aplicar el método de la ponderación (ibíd., p. 64).

⁷⁴ Ibíd., p. 87.

interpretativo que cada juez elija, se fortalecerá o se debilitará un determinado modelo de Estado.

De todas formas, la tendencia actual muestra una preferencia por el segundo modelo de juez. Como se mostró, la ampliación del concepto de *legalidad*, que he denominado *legalidad garantista*, permite adaptar los métodos de interpretación y de protección de derechos a la Constitución Política de 1991. Y, por otra parte, como el rol del juez se ve más afectado por las acciones constitucionales incorporadas en la Constitución Política de 1991, esto permite 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”.⁷⁵

La anterior distinción entre juez de legalidad garantista y juez de constitucionalidad es pertinente en un sentido pedagógico, pues en realidad ambos roles están impregnados de Constitución. Así, el primer rol indica que las acciones ordinarias —las del Estado liberal— cuentan con nuevos criterios de protección a la luz del rango que se da a los derechos en el Estado constitucional, y el segundo rol muestra que el juez administrativo tuvo que asumir el conocimiento de acciones constitucionales, las cuales, per se, ya eran indicativas de este modelo de Estado.

El problema se da cuando ninguno de los dos jueces asume este paradigma. Cuando el de legalidad no asume la actitud garantista y cuando el de constitucionalidad se comporta como juez de legalidad. Ser uno u otro juez (legalidad o de constitucionalidad) estará relacionado, en gran medida, con las nociones de constitución expresadas por Aguiló (ver apartado 2.4.2.). Así, cuando la noción de Constitución es primordialmente *regulativa*, se dará mayor espacio para que el juez administrativo asuma un rol más amplio, en cambio, 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 exconsejero de Estado Manuel Urueta para referirse al juez administrativo que debe aplicar el derecho privado.⁷⁶ Esta tipología de juez surge a partir del efecto de las tendencias privatizadoras en el

⁷⁵ Gil Botero, op. cit., p. 143.

⁷⁶ Urueta, op. cit., p. 332.

derecho administrativo y no se opone a los anteriores, pues, en realidad, puede integrarse tanto al juez de legalidad garantista como al de constitucionalidad.⁷⁷

Sin desconocer la importancia práctica que este tipo de juez supone para el análisis del modelo de Estado constitucional, este solo tema da para una investigación autónoma y profunda relacionada con la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado, y sus efectos en las decisiones judiciales. Debiendo ser consciente de esto, para el objeto del presente trabajo resulta relevante poner en evidencia que, en el modelo de Estado constitucional actual, el juez administrativo presenta características que le permiten defender la legalidad, la constitucionalidad y la lógica del libre mercado. Todo ello mezclado en el mismo juez supone una gran complejidad para la interpretación judicial y el significado del derecho administrativo colombiano.

También vale la pena señalar que la aplicación del derecho privado por parte del juez administrativo introduce la visión económica del derecho. Particularmente, el Movimiento Derecho y Economía⁷⁸ afirmará que el juez debe tomar sus decisiones basado en la eficiencia del mercado, esto es, esperando que tenga en cuenta la disminución de costos de transacción y la maximización de la riqueza.

Crítico de esta perspectiva, García Villegas ha señalado que “el derecho convierte al juez en un instrumento para perfeccionar el mercado”.⁷⁹ La oposición a este modelo económico de decisión ha hecho evidente la complejidad en que se encuentra el juez, pues un juez que defienda el mercado, es decir, el principio de eficiencia económica y seguridad jurídica y los derechos de propiedad (en defensa de la perspectiva neoliberal), debe enfrentarse a un juez administrativo de constitucionalidad (con una tendencia a la justicia social) que debe ponderar la eficiencia económica con estos otros principios. Aunque

⁷⁷ En este sentido, se habla de “constitucionalización del derecho privado” entendiendo que el juez en sus decisiones tiene en cuenta principios constitucionales que debilitan la autonomía de la libertad y otros principios que defienden la lógica del libre mercado. Al respecto, véase: Villegas, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis, 2010, p. 192.

⁷⁸ Movimiento originado en los años sesenta con el trabajo de Ronald Coase sobre costos de transacción.

⁷⁹ García Villegas, Mauricio. “No solo 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, n.º 10, primer semestre, 2004, p. 108.

las discusiones actuales han estado mayormente enfocadas hacia el impacto económico y social de las decisiones de los tribunales constitucionales, este es un elemento indicativo de las tensiones que también debe enfrentar el juez administrativo en su proceso de decisión.

Por último, la distinción entre juez de legalidad, juez de constitucionalidad y juez de derecho común, por un lado, facilita la explicación pedagógica acerca de las funciones y competencias jurisdiccionales del juez administrativo y, por el otro, permite mostrar que todos estos tipos de juez están, en mayor o menor grado, permeados por el paradigma constitucional.

A su vez, esta distinción 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. Afirmar que todos estos tipos de juez están, en mayor o menor grado, permeados por el paradigma constitucional suena raro cuando en realidad se trata del mismo juez, y de la misma jurisdicción.

Pero aunque suene raro no podría describirse de otro modo, ya que, bajo la situación comentada, el principio de “supremacía constitucional” solo parece aceptarse por el juez administrativo cuando actúa como “juez de constitucionalidad” (como juez en acciones constitucionales), sin que suceda lo mismo cuando actúa como juez en el conocimiento de acciones ordinarias. Sin embargo, con la Ley 1437 de 2011 parecen abrirse nuevas posibilidades, como se verá más adelante.

Finalmente, lo anterior también debe llevar a cuestionar si, desde la perspectiva de la interpretación judicial, existen dos modelos de Estado que conviven en la jurisprudencia del juez administrativo. Lo que, finalmente, serían el reflejo de la crisis del modelo actual en donde hay una lucha constante por posicionarse el Estado liberal de derecho o el Estado social y constitucional de derecho.

4.5.4. Iniciativas legales para mitigar la fragmentación del juez administrativo

La segunda parte de 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 fortalecer su rol y adaptarlo al modelo de Estado social de derecho.

Sin embargo, según señala, se trata de un rol excepcional, pues se espera que sean la administración y el ciudadano los actores principales en la resolución de los conflictos. De todas formas, este rol excepcional no excluye la idea de un juez adaptado al Estado social de derecho. Así, los propios magistrados de esta corporación afirmaron que con esta nueva ley se buscaba conseguir un juez más “suelto” para que actúe de igual manera a como lo hace en conocimiento de acciones constitucionales.⁸⁰

Pero ¿cómo puede hacerse másuelto o libre?, básicamente la respuesta podría estar en que el nuevo código, entre otras cosas, crea un recurso extraordinario; introduce un mecanismo de revisión; crea la figura de la extensión de la jurisprudencia; promueve el fortalecimiento de la función consultiva; establece la utilización de medios electrónicos, y regula las medidas cautelares.

Del mismo modo, en el nuevo Código también se observa una ampliación de los poderes del juez en la regulación de la acción de nulidad por inconstitucionalidad porque 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, no debe limitarse a los cargos formulados en la demanda. Este ha sido uno de los motivos para afirmar que el nuevo código implica el rompimiento de la justicia rogada con el fin de lograr decisiones de fondo y evitar los fallos inhibitorios.⁸¹

Podría pensarse entonces que algunas de las modificaciones del nuevo código tienen el propósito de completar los vacíos que hacen que el juez opere de forma fragmentada, como señalé en el anterior apartado. Sin embargo, todavía es muy pronto para hacer una evaluación sobre los resultados de los instrumentos introducidos por el nuevo código y si han permitido acercar al juez de legalidad al juez administrativo de constitucionalidad.

Por otra parte, llama la atención que en el Seminario de Presentación del Nuevo Código, se señaló que “las distintas escuelas jurídicas encontrarán en el nuevo código elementos para justificar y ampliar sus marcos teóricos” y que, en esa medida, bajo cualquier teoría jurídica, podría ser justificado y abordado.

⁸⁰ 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*. Bogotá: Consejo de Estado, p. 36.

⁸¹ Correa Palacio, op. cit., p. 94.

Así, también se dijo que esta confluencia de teorías llevaría a una “trivialización ideológica” o la “desideologización prima facie” del nuevo código.⁸² Aunque se comparte la primera afirmación, creo que su consecuencia debe ser replanteada. En el primer capítulo de este libro, se ha tratado de demostrar que desde las teorías más positivistas hasta las teorías críticas del derecho se admite una relación entre política y derecho, lo que impide, de entrada, señalar una absoluta desideologización. Además, en términos generales, abstrayendo la afirmación, creo que resulta paradójico señalar que cuanto más presencia y mezcla haya de varios elementos (teorías jurídicas), estos dejarán de existir (suprimiendo las ideologías).

Otra cosa distinta sería afirmar que los elementos puedan transformarse o modificarse debido a las nuevas relaciones que se establezcan entre ellos. Y, en este sentido, lo relevante será entender cuáles son las nuevas relaciones y tensiones a las que el juez deberá enfrentarse. Mal se haría entonces al tratar de ocultar las ideologías cuando los motivos del código son, precisamente, adaptar el derecho administrativo al Estado social de derecho.

Piénsese, por ejemplo, en la consagración de la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado en el nuevo código. Esta herramienta permite aportar nuevos argumentos para reconocer que el juez administrativo es un actor decisivo en la definición del papel del Estado y, por ende, permite reparar en la importancia que tiene el modelo ideológico que sus decisiones expresan. Así, en la medida en que la jurisprudencia del juez administrativo se torne obligatoria, se logrará extender la preferencia ideológica que tenga el juez (consciente o inconsciente) por determinado modelo de Estado. Esto nos llevará a abordar la idea de la obligatoriedad de la jurisprudencia del juez contencioso administrativo en el próximo capítulo.

⁸² 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*. Bogotá: Consejo de Estado, p. 441.

5. Posibilidades del juez administrativo colombiano para extender los postulados del Estado social y constitucional de derecho

En el anterior capítulo se pudo observar que el juez administrativo puede asumir distintos roles y que esto afecta el fortalecimiento de un determinado modelo de Estado. Su actuación, consciente o inconsciente, puede influir en el debilitamiento o no del Estado social y constitucional de derecho e incidir en las transformaciones del derecho administrativo. Pero afirmar lo anterior también implica mostrar que, en cierta medida, el juez es creador de derecho y, por tal razón, es posible hacer una lectura “judicial” de las transformaciones del derecho administrativo. Tal vez señalar que el juez es creador de derecho sea una afirmación problemática por la afectación que esto supone para el principio de separación de poderes y de legitimidad democrática; sin embargo, lo que pretendo con esta afirmación es darle relevancia a un hecho práctico: como es que en la actualidad el juez colombiano 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, económica.¹

Se trata entonces de una visión dinámica sobre la función de los jueces que acepta que, incluso el juez administrativo, tiene la posibilidad de crear derecho.² Y esto es relevante para la tesis de este libro porque 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

¹ No obstante, debe reconocerse que en un contexto de congestión judicial, como el colombiano, es difícil pretender tal actualización. Así, algunas veces podrá resultar más ágil la realización de una reforma normativa que la creación de reglas judiciales decantadas.

² Corte Constitucional, 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.

expansivo en sus 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 este. Reglas que dinamizarán o restringirán los ideales del Estado constitucional y social de derecho. Esta sería la concreción de la denominada “dimensión vertical de la jurisprudencia” que, a su vez, requiere la superación previa de la dimensión horizontal, esto es, que el tribunal supremo no se contradiga en su propia jurisprudencia.

Una visión opuesta a la anterior consideraría que es la misma ley, y no el juez, la que debe modificarse 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.³ Una mirada intermedia parece irradiar el nuevo código. En primer lugar, porque fue el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo el que comenzó 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, pero, en segundo lugar, esta prevalencia al juez, aunque dada por la propia ley, pareciera reconocerlo como creador de reglas judiciales.

5.1. Desarrollos recientes sobre la construcción del derecho judicial administrativo en Colombia

En este apartado no es el caso retomar toda la discusión doctrinal alrededor de si el precedente jurisprudencial debe o no ser tomado como fuente primaria.⁴ Se trata, más bien, de colocar en evidencia que cada día, en la tradición jurídica continental, es más común hablar de reglas jurídicas creadas por el juez y de herramientas judiciales que se orientan a hacer expansiva y obligatoria la aplicación del precedente judicial.

Pero la posibilidad de asignar fuerza vinculante al precedente judicial del Consejo de Estado tiene que ver con la discusión que existe sobre la obligatoriedad o no de que el juez administrativo también obedezca el precedente

³ Es principalmente una defensa de la prevalencia del poder legislativo sobre el poder judicial.

⁴ Sobre el precedente y su fuerza vinculante, se puede consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: 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.

constitucional. Así, vale tener presente que el Consejo de Estado ha señalado que, en virtud del principio de autonomía funcional del juez, el precedente constitucional no es obligatorio. En sentencia del año 2009, en donde se resolvió si el retiro de las personas nombradas provisionalmente en cargos de carrera administrativa debe ser o no motivado, el Consejo de Estado afirmó que aplicar el precedente de esta corporación y no el de la Corte Constitucional no implicaba una vulneración a los 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”.⁵ Este no es el espacio para resolver esta tensión, pero sí para hacer énfasis en la falta de coherencia interna que se presenta en el ordenamiento jurídico a causa de la “posibilidad” de escoger entre precedentes contradictorios, que, por lo general, estarían respondiendo a modelos de Estado diferentes.

Reformas recientes han tratado de resolver esta problemática. Pero, como se verá, aunque la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (en adelante CPACA), incorpora directrices para que la administración y los jueces sigan los precedentes administrativos, la respuesta de la Corte Constitucional a esta ley fue la de incluir en la interpretación de este código el precedente constitucional; por lo que quedó nuevamente en la situación original: una tensión entre ambos precedentes. Además, ante esta tensión, debe recordarse que la Corte Constitucional en Sentencia C-816 de 2011 señaló que en caso de colisión entre ambos precedentes, prevalecería el de la Corte Constitucional, como se verá más adelante.

Finalmente, indagar un poco más sobre el 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 las implicaciones y aportes para el Estado constitucional. A continuación se intentará hacer una reconstrucción de los principales planteamientos al rededor del precedente judicial administrativo en Colombia.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, tres (3) de febrero de dos mil nueve (2009).

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 que realice el Consejo de Estado (de fallos de acciones populares y de grupo) se haga para (i) asegurar la protección de los derechos constitucionales fundamentales ni para (ii) ejercer el control de legalidad respecto de los fallos correspondientes. Únicamente es válido que realice tal revisión para unificar la jurisprudencia.

La Corte consideró 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 Administrativa,⁶ no lo es en esos dos propósitos que contemplaba el proyecto y que están relacionados con aquellos que son de la naturaleza de la casación en la jurisdicción ordinaria. La Corte sostuvo que “Las funciones que la ley puede atribuir al Consejo de Estado son solo 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”.⁷

Además, la Corte señaló que la revisión eventual que ejerce el Consejo de Estado no impide interponer acción de tutela contra la sentencia que se revise, esto es, contra la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión.

Finalmente, la Corte Constitucional afirmó que también es procedente la revisión eventual para los procesos originados en el ejercicio de otras acciones de conocimiento de esa jurisdicción (no solo para acciones populares

⁶ 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. Sentencia C-713/08. Corte Constitucional. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁷ *Ibíd.*

y de grupo), con el fin de unificar la jurisprudencia, e igualmente, 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 conoció 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”.⁸ En este caso, la Corte entró a resolver si la norma acusada violaba los artículos 2.º, 4.º, 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. Es decir, excluyendo el precedente constitucional.

Esta sentencia reiteró distintas reglas jurisprudenciales que sitúan el panorama en el que se debe aplicar el precedente judicial en materia administrativa para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos y, con ello, hay un aporte importante sobre el rol del juez administrativo en la construcción del precedente. Entre estas reglas se resaltan las que señalan el carácter vinculante del precedente de las altas cortes para todas las autoridades administrativas y la obligación de interpretar las normas conforme a la Constitución y la ley:

- 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.
- 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,

⁸ 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 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 en cursiva demandadas).

incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales.⁹

- 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.¹⁰

Las razones que explican por qué las autoridades administrativas deben respetar el precedente judicial son: porque es una garantía de respeto al debido proceso y al principio de legalidad en materia administrativa; que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley son fijados válidos y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; porque las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; porque el desconocimiento del precedente, y con ello del principio de legalidad, implica la responsabilidad de los servidores públicos, y porque las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley.¹¹

La Sentencia anotada observa que las autoridades administrativas gozan de menor autonomía que los jueces a la hora de aplicar el precedente judicial, pues su desconocimiento implica la afectación de derechos fundamentales. De esto se puede concluir que la aplicación del precedente judicial por la administración pública no puede ser asimilada completamente a la aplicación del precedente por parte del juez, ya que la autoridad administrativa tiene un “estricta” sujeción al precedente judicial. Y con base en esto, la estricta sujeción

⁹ 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”. Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

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, en realidad, las autoridades deben acatar el precedente de las altas cortes en *otros* asuntos administrativos.

Finalmente, la Corte encontró que 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 en control concreto de constitucionalidad; en ese sentido, declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa”.

5.1.3. La relevancia de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el 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 jurisprudencial que desde 1995 comenzó a atribuir fuerza vinculante al precedente,¹² también existe una diversidad de posturas sobre la aceptación de esta jurisprudencia. Esta diversidad se refleja, por ejemplo, en las sentencias del Consejo de Estado sobre tutela contra providencias judiciales, en donde de manera opuesta y en la misma corporación, algunas decisiones han aceptado la obligatoriedad del precedente y otras no.¹³

Con la expedición de la Ley 1437 del 2011 o CPACA, el legislador parece dar inicio a una comprensión, si se quiere, más homogénea sobre el carácter

¹² “[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 T-123 del mismo año”. 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. 237.

¹³ 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.

obligatorio del precedente judicial, y, en general, puede decirse que el CPACA da un tratamiento relevante a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Así, en diversas partes de su 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, por cuanto el anterior código, del año 84, no incluía estas categorías, aunque, en todo caso, era un tema que ya comenzaba a construirse desde la reforma a la Ley 1285 de 2009 y con la Ley 1395 de 2010, a las cuales se hizo referencia anteriormente. De esta manera, el CPACA continúa dibujando con más detalle el esquema para que el precedente jurisprudencial sea aplicado tanto por las autoridades administrativas como por el juez.

Por lo pronto, sobre el nuevo código solo puede mirarse “el discurso” de quienes participaron en su configuración y algunas de las decisiones que la Corte Constitucional ha tomado sobre este. Estudios posteriores deberían mostrar la correspondencia de este discurso con la práctica judicial y administrativa.

Así, Hernández Becerra¹⁴ considera que en el nuevo código se expresa la llamada *constitucionalización del derecho administrativo* y observa que hay un cambio en la cultura jurídica nacional que otorga la posibilidad de atribuir a la jurisprudencia un rol importante en la orientación de la actuación de las autoridades administrativas y en las decisiones de los jueces. Para el exmiembro de la Comisión de Reforma, la importancia de la jurisprudencia en este nuevo código es un tema transversal que comunica la primera parte con la segunda del Código.¹⁵

Además, 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”.¹⁶ Este sistema de reglas estaría compuesto por: (i) las sentencias de unificación

¹⁴ 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, pp. 233-244.

¹⁵ *Ibid.*, p. 233.

¹⁶ *Ibid.*, p. 235.

jurisprudencial del Consejo de Estado,¹⁷ (ii) el deber que tienen las autoridades de dar aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia¹⁸ y (iii) el deber que tienen las autoridades de extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado.¹⁹

En su redacción original, es decir, sin la interpretación que la Corte ha venido dando a estos artículos, las normas que incorporan este sistema de reglas hacen énfasis en “las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado”, con lo cual se podría entender que la obligación de hacer una “aplicación uniforme de la jurisprudencia” se refiere únicamente a las sentencias de unificación jurisprudencial y no a otras sentencias.

Las sentencias de unificación son una tipología de sentencias prevista en el artículo 270 del CPACA. Allí se expresa 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 la 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 del CPACA fue declarado constitucional mediante Sentencia C-588 de 2012.

Una primera lectura de este articulado (artículos 10, 102, 269, 270, 271) lleva a cuestionar si el único precedente judicial vinculante para la autoridad administrativa y los jueces administrativos es el construido en este tipo de sentencias unificadas. La interpretación posterior que ha realizado la Corte permite responder que no, pues el campo “jurisprudencial” vinculante es mucho más amplio que el comprendido en este conjunto de 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. Así, la Corte encontró que se configuraba una omisión legislativa y reiteró lo señalado en la Sentencia C-539 de 2011 antes referida. Esto es, consideró que las autoridades administrativas deben tener en cuenta,

¹⁷ Ver artículo 270 del CPACA.

¹⁸ Ver artículo 10 del CPACA.

¹⁹ Ver artículo 102 del CPACA.

en la adopción de sus decisiones, no solo 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 (artículo 4.º CP) y en los efectos de la cosa juzgada constitucional (artículo 243 CP).

De la misma forma, 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 la sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado en la que se haya reconocido un derecho. En esta sentencia, se estudiaron los incisos 1.º y 7.º del artículo 102 del CPACA, los cuales fueron declarados exequibles condicionadamente. La Corte señaló 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. Además, a pesar de que el artículo 102 se encuentra en la primera parte del Código y, por ende, su énfasis está en las autoridades administrativas, la Corte reiteró 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. En este sentido, también en esta sentencia la Corte observó que se configuraba una omisión legislativa, por lo que aclaró 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.²⁰

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011. M. P.: Mauricio González Cuervo.

Por otra parte, como forma de lograr la efectividad y el respeto de las sentencias de unificación jurisprudencial, en la segunda parte del Código (sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo), se establece el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencial, 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”.²¹ Se trata de un recurso que procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos cuando la sentencia impugnada contraría o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Sobre los recursos extraordinarios en esta jurisdicción, vale la pena señalar que, aunque su importancia 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”.²² Deberá esperarse un tiempo hasta poder evaluar el funcionamiento de este nuevo recurso extraordinario de unificación.

Sin embargo, un breve repaso 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 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 se modificó con el Decreto 01 de 1984 (artículo 197) mediante la incorporación del recurso de anulación que establecía como causal única la violación directa (por parte de la sentencia o autos interlocutorios) de la Constitución Política o de la ley sustantiva (no de la jurisprudencia). Sin embargo, a causa de una sentencia de inexequibilidad de la Corte Suprema

²¹ Véanse artículos 256-258 del CPACA.

²² 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.

de Justicia, se terminó reviviendo el recurso extraordinario de súplica y, posteriormente, con la Ley 597 de 1988, se derogaría 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 y no como obligatoria.²³ Posteriormente, el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 reformó este recurso al señalar que este procedía por la violación directa de normas sustanciales, ya sea mediante su aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea.²⁴ Finalmente, en el año 2005 se derogó este recurso mediante la Ley 954.

Pero, a pesar de la derogatoria, motivada principalmente por el mal funcionamiento del recurso, es una constante reconocer la necesidad de contar con una herramienta que garantice la unificación de la jurisprudencia.²⁵ Tal necesidad puso de relieve este tema en la comisión redactora del actual CPACA que, según se observó, 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”.²⁶ También 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, ya que estas no fueron asignadas por el constituyente primario.

Lo anterior permite observar que la unificación de la jurisprudencia en la jurisdicción contencioso administrativa es un tema reconocido legalmente desde 1975, y ello no había significado, necesariamente, el reconocimiento expreso de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial. Las diversas 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

²³ *Ibíd.*, p. 375.

²⁴ Este recurso terminaría siendo asimilado a la casación civil.

²⁵ Como se expresó en Sentencia C-180 de 2006.

²⁶ Romero Díaz, Héctor. “El Consejo de Estado como Unificador de Jurisprudencia”. En: *Memorias Seminario Franco colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Consejo de Estado de la República de Colombia, Consejo de Estado de la República Francesa. Bogotá: 7-11 julio de 2008, p. 106.

puede observarse en las posibilidades legales y constitucionales sobre el rol del Consejo de Estado como tribunal o no de casación.

De esta manera, más que llegar a conclusiones, esto permite generar las siguientes inquietudes: ¿en qué medida el nuevo 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?, ¿ya no se observan las incompatibilidades con el artículo 230 de la CP que sí se veían en el 91? Igualmente, las decisiones de la Corte Constitucional a las que se hizo referencia anteriormente estarían intentando acercar este código a la lógica del juez constitucional. El precedente judicial administrativo sería vinculante, pero el de la Corte Constitucional tiene prioridad. Y es una prioridad que no se limita a las actuaciones de jueces o corporaciones cuando profieran decisiones de tutela o resuelvan acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

Así, del texto original del CPACA y del posterior análisis efectuado por la Corte, se observan dos posiciones: la primera, tomada del texto inicial del Código, entendería que la jurisprudencia del Consejo de Estado es vinculante para el propio juez y para la administración, y, la segunda, que no excluye la anterior, entendería que, tras el análisis de exequibilidad de la Corte, al precedente del Consejo de Estado debe incorporarse, además, el precedente constitucional.

Alguien podría afirmar que este ya es un tema resuelto y que las decisiones de la Corte Constitucional ya han aclarado y puesto punto final a este asunto. Pero, aunque se comparta dicha apreciación, todavía parece que no existe una posición unificada ni pacífica al respecto, no solo acerca de cuál es el precedente vinculante, sino sobre la obligatoriedad del precedente judicial del Consejo de Estado para los propios jueces. Así, pueden encontrarse tres posiciones:

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 criterios.”²⁷

Como se puede observar, tanto las diversas posiciones como los nuevos mecanismos normativos que otorgan mayor relevancia a la jurisprudencia son una muestra del espacio que apenas comienza a ser construido y que sin duda ayuda a formar el rol del juez administrativo colombiano. Una búsqueda sobre los avances recientes en este tema, muestra que ha empezado a generarse una discusión sobre el significado de las sentencias de unificación, el funcionamiento del mecanismo de extensión de la jurisprudencia y los efectos que esto tiene tanto para la coordinación institucional como para la teoría de las fuentes del derecho. En realidad, daría la impresión de que la jurisdicción administrativa pretende construir un debate propio sobre estos temas, pues no debe olvidarse que ya existe un debate mucho más consolidado en la jurisdicción constitucional. Solo por poner un ejemplo reciente, al interior del Consejo de Estado se ha tratado de sostener una distinción entre precedente judicial y sentencias de unificación jurisprudencial. El interés de hacer tal distinción se debe a que, entendido así, el mecanismo de extensión jurisprudencial y el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial solo podría solicitarse cuando exista una sentencia de unificación, pero no cuando exista un precedente judicial.²⁸

Finalmente, para el mes de febrero del 2015, según datos obtenidos del sistema de información del Consejo de Estado, algunos de los temas en los que

²⁷ Ámbito Jurídico. “La obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley”. En: Ámbito Jurídico. Bogotá, 4 de febrero de 2012, p. 2 [en línea]. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/>

²⁸ Véase: Consejo de Estado. Guillermo Vargas Ayala. Aclaración de voto. Auto del veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014).

se han dictado sentencias de unificación son: el régimen pensional de los funcionarios de la rama judicial y de los magistrados de las altas cortes; la reparación integral de perjuicios inmateriales; reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte; valoración probatoria de copias simples; contenido, alcance y tasación del daño a la salud; gratuidad de las licencias de conducción; temas de competencia en asuntos mineros; contrato de prestación de servicios profesionales; condicionamientos de las edificaciones públicas y privadas para la población con discapacidad; tope indemnizatorio de perjuicios morales cuando el daño antijurídico tiene su origen en una conducta punible; valoración de la prueba testimonial trasladada.

5.2. Perspectiva crítica sobre la obligatoriedad del precedente judicial: el debilitamiento del Estado democrático y la parálisis 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 sobre el rol del juez y el activismo judicial, y que puede contextualizarse en los extremos presentes en las teorías antiformalistas y formalistas del derecho.

Siguiendo a Diego López, no obstante el grado de diversidad en su interior, clasificarlas en antiformalistas y formalistas provee la facilidad de explicar que las primeras han permitido incorporar al derecho colombiano categorías que no han estado en el texto legal, como: la teoría del abuso del derecho, la visión ampliada del precedente con posterioridad a la CP de 1991, la crítica a distinciones radicales entre fuentes primarias y secundarias, la imposibilidad de pensar en la plenitud del derecho y en la necesidad de una regla preexistente para todos los casos, con ello, la facultad de darle libertad de decisión al juez.²⁹ Pero a estas tesis antiformalistas se oponen otras que pretenden asegurar una conformidad con el orden institucional y legalista.

A continuación se hará una breve referencia a algunos de los argumentos expuestos para controvertir la tesis de la obligatoriedad del precedente, aspecto que tampoco ha sido tratado doctrinalmente respecto del juez administrativo;

²⁹ López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2ª ed. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2006, p. 269.

sin embargo, debido a las tendencias anteriormente vistas en la Ley 1437 de 2011 resulta relevante indagar por estas.

5.2.1. El precedente judicial: ¿vinculante considerativo u obligatorio?

Una posición minoritaria (incluso individual), pero perteneciente a la jurisdicción contenciosa, observa que los criterios jurisprudenciales han sido acogidos en esta jurisdicción por la “persuasión y la razón” y no porque sean considerados obligatorios. Así lo expone Cerra Jiménez,³⁰ magistrado del Tribunal del Atlántico.

Como se ha señalado, la expedición de la Ley 446 de 1998 modificó las causales de procedencia del recurso extraordinario de súplica y la violación de la jurisprudencia dejó de ser la única causal, por lo que se impusieron nuevas causales relacionadas con la violación de normas. Para este magistrado, la eliminación posterior del recurso en el año 2005

[...] demuestra que durante la mayor parte de la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, solo 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.³¹

Agrega este magistrado que la Sentencia C-836 de 2001, la cual otorga valor obligatorio a la jurisprudencia, no es aplicable a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que la ley que se revisó 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 contenciosa.³²

Adicionalmente, haciendo una distinción entre precedente obligatorio y precedente vinculante, este magistrado señala que “a lo que obligaría a la juris-

³⁰ Cerra Jiménez, Luis Eduardo. *Valor persuasivo del precedente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia*, s. f. [en línea]. Disponible en: <http://consejodeestado.gov.co>

³¹ *Ibíd.*, p. 6.

³² *Ibíd.*, p. 7.

dicción 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”.³³ Señala como positivo el hecho de que sea 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. No obstante, debe advertirse que esta posición es contraria a otras encontradas en magistrados y exmagistrados del Consejo de Estado que reclaman la importancia de ver en dicha corporación un Tribunal de Casación susceptible de contar con los recursos de casación, así como de limitarse a conocer asuntos representativos que sirvan de parámetro interpretativo al resto de la jurisdicción.

De esta manera, según esta posición minoritaria, 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, solo serían consideradas por este magistrado obligatorias, para las autoridades que cumplan funciones administrativas y no para el juez. Así, Cerra Jiménez, refiriéndose al artículo 114 y 269 del CPACA, señala 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”.³⁴ Y esto es así porque “históricamente el precedente ha tenido carácter meramente persuasivo, y ahora, a lo sumo vinculante considerativo, pero no obligatorio”.³⁵

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

Otro argumento que se presenta en contra del precedente obligatorio para las autoridades judiciales es que el efecto de tal obligatoriedad iría en detrimento del desarrollo del derecho y de su evolución. Para hacer frente a esta crítica, en la Sentencia C-836 de 2001 se ha considerado que el juez tiene la

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ *Ibíd.*, p. 19.

³⁵ *Ibíd.*, p. 21.

posibilidad de apartarse del precedente exponiendo clara y razonadamente los fundamentos de su decisión.³⁶

A esta crítica sobre la obligatoriedad del precedente subyace una tensión entre seguridad jurídica y discrecionalidad judicial. Aunque el primer principio sirve de fundamento para avalar la obligatoriedad del precedente, 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 francés.³⁷

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

Por otra parte, otra crítica señala que lo establecido en los artículos del CPACA (10, 102, 269, 270, 271) puede ser visto como contrario al artículo 230 de la CR, pues es un asunto que, al menos doctrinalmente, no es del todo pacífico, y 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

³⁶ 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”. Ámbito Jurídico, op. cit., p. 3.

³⁷ 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>

2010 y 1437 de 2011, en forma expresa, legalizaron lo que ya por vía de jurisprudencia había tornado obligatorio la Corte Constitucional³⁸ y más adelante señala que “la obligatoriedad consagrada en la Ley 1437 es inconstitucional porque viola lo dispuesto en el artículo 230”.³⁹

De todas formas, debe tenerse en cuenta que esta no es una discusión nueva, diversos argumentos se han dado a favor y en contra del precedente judicial vinculante para el juez administrativo.⁴⁰ Además de ser un asunto relacionado con el artículo 230 de la Constitución, también subyace a este la tensión entre modelos o tradiciones jurídicas y la tensión entre la primacía de la Constitución y un modelo contencioso administrativo 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

Otra crítica al precedente obligatorio está relacionada con estudios más generales sobre la revisión judicial y la supremacía judicial que hacen parte del denominado *constitucionalismo popular*.⁴¹ Estas tesis reclaman el debilitamiento del principio democrático, que sería ocasionado por la revisión constitucional en manos de los jueces: “El gobierno le pertenece al pueblo antes que a sus representantes, y mucho menos antes que a la justicia”.⁴²

Así, aunque estas tesis están enfocadas, principalmente, en el juez constitucional y en el poder que, en algunos países, tiene para declarar la inconstitu-

³⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. *La decisión judicial*. T. II. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, p. 1795.

³⁹ *Ibid.*, p. 1803.

⁴⁰ En aclaraciones de voto del Consejo de Estado, por ejemplo, se ha llamado la atención sobre la necesidad de reconocer la fuerza vinculante a lo que se 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. Véase: Aclaración de Voto. Mauricio Fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 4 de marzo de 2008.

⁴¹ Se agrupan dentro de esta tendencia, aunque con algunas diferencias: Larry Kramer, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet, Jeremy Waldron, entre otros.

⁴² “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves* de Larry Kramer”. En: *Revista de Libros*, n.º 112, abril de 2006, p. 1.

cionalidad de las leyes, en lo que respecta a este trabajo, vale la pena trasladar solo una parte de la discusión al juez administrativo colombiano debido a los recientes cambios legales que se han incorporado y que pretenden fortalecer el rol del juez para vincular con sus decisiones a otros jueces y a las autoridades administrativas. En este sentido, desde el constitucionalismo popular y la llamada *objeción contramayoritaria*,⁴³ podría preguntarse si ampliar los poderes del juez administrativo (dándole el poder de crear normas) significa un debilitamiento del principio democrático.

Desde la doctrina colombiana, Tamayo Jaramillo afirma que la Corte Constitucional colombiana acoge en sus decisiones la “teoría de la interpretación evolucionista de valores” y, de esta manera, termina creando normas que remplazan la constitución del Estado de derecho. Este autor 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”.⁴⁴

Las críticas de Tamayo llaman la atención sobre la creación de normas por parte de los tribunales, función que no debería corresponder al juez, ya que le pertenece únicamente al legislador. Este argumento, en últimas, implica una defensa del principio democrático. Para Tamayo, las decisiones judiciales de la Corte Constitucional pueden parecer justas, pero, según su tesis, estas atentan “contra el Estado social de derecho, pues no respeta[n] el principio de legalidad y en no pocas oportunidades, por repartir directamente por vía de tutela los recursos del Estado, atentan contra la igualdad del principio solidarista de nuestra Constitución escrita”.⁴⁵

En definitiva, bajo esta tesis, la creación de derecho es vista con recelo por su potencial puesto en jaque del principio democrático y del principio de separación de poderes, así como por la falta de sumisión de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, por lo que puede incurrirse en lo que denomina

⁴³ Sobre la objeción a la revisión judicial véase: Waldron, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. En: *Yale Law Journal*. Vol. 115, 2006, pp. 1346-1406.

⁴⁴ Tamayo Jaramillo, op. cit., p. 1321.

⁴⁵ *Ibíd*, p. 1311.

un *totalitarismo judicial*⁴⁶ al imponer un particular valor de justicia. Por eso, señala Tamayo, el protagonismo del juez debe estar restringido, solo se debe limitar a interpretar la ley en cuanto ya se encuentra constitucionalizada.⁴⁷

En su crítica, Tamayo parece reconocer la existencia de una posición ideológica⁴⁸ en la jurisprudencia constitucional. Posición que él denomina *interpretación valorista* y que afecta negativamente el principio de seguridad jurídica, el de separación de poderes, el principio de Estado de derecho y el de legalidad. A esta posición ideológica contraponen una *posición racional* en la que el juez no modifica normas, ni desconoce o crea nuevas.

Este razonamiento me permite observar que, más allá de las críticas a la obligatoriedad del precedente, el método de interpretación que asuma el juez es un factor determinante que influirá en la aceptación o no de la fuerza vinculante de la jurisprudencia. Creo que las críticas de Tamayo atacan, sobre todo, el método y no la obligatoriedad del precedente.⁴⁹ Y es que el método de interpretación que se utilice será la expresión y la orientación del modelo de Estado imperante. El método de interpretación asumido por el juez es definitivo para la sobrevivencia de un determinado modelo de Estado: ¿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 para su actuación a los otros jueces?

El propósito de este apartado no es defender la labor de un juez activista, es tan activista el juez que decide sin referencia a la norma y solo en valores, como aquel que, fundado en la norma escrita, la interpreta como si esta fuera inamovible y estática. Tampoco 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

⁴⁶ Ibid., p. 1311.

⁴⁷ Ibid., p. 1333.

⁴⁸ Bajo otro tipo de interpretación que no sea la semántica, se deja en manos del intérprete lo que Tamayo denomina la posibilidad de cambiar las normas “dentro de la ideología política de los intérpretes”. Y por eso ve en el precedente un arma de lucha política.

⁴⁹ 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.

constitucionales y el desconocimiento de la ley formal”.⁵⁰ De lo que se trata es de entender que debe superarse la concepción de derecho legalista que no tiene aplicación en el mundo de hoy y que los métodos de interpretación evolucionan conforme evoluciona el derecho.

Pero, por otra parte, esto no desconoce que el argumento contramayoritario y los reclamos al principio democrático continúen siendo las críticas más poderosas contra la posibilidad de que los jueces creen derecho. Esta siempre será una crítica y, tal vez, sus respuestas puedan hallarse en el campo del diseño institucional. No podemos desarrollar acá todo, existe una profunda y larga discusión (sobre todo norteamericana) sobre este tema; por eso, ahora debemos conformarnos con señalar algunos argumentos que se han presentado para defender la legitimidad de los jueces y que creo permiten apoyar la posibilidad de que también el juez administrativo colombiano asuma un papel más activo.

De acuerdo con Sanchís, “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 española”⁵¹ (recuérdese que también en el artículo 113 de la colombiana es nombrada como rama del poder público). Así, para este autor, la legitimidad viene dada por las condiciones y los 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”.⁵²

Fortaleciendo este argumento, Sanchís agrega, citando a Kelsen, que el proceso judicial puede ser visto como una forma de participación ciudadana en la producción del derecho y que el derecho de acceso a la justicia, además de ser un derecho fundamental, puede ser visto como una forma de legitimación de la administración de justicia.⁵³

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

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 1327.

⁵¹ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 119.

⁵² *Ibíd.*, p. 119.

⁵³ *Ibíd.*, p. 119.

a favor de la fuerza vinculante el tener presente que el juez viene a llenar un espacio que no puede ser ocupado 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 pueden 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”.⁵⁴

Finalmente, se considera que el juez “encuentra en el cumplimiento de la Constitución y de la ley el fundamento primero de su legitimidad”.⁵⁵ Con esto queda por fuera una legitimidad sometida únicamente a valores que, en todo caso, no desconocen una actitud creativa y dinámica del juez. Así, cuando la interpretación no pueda ser justificada con la simple subsunción, deberá ser inferida razonablemente de la ley y la Constitución.⁵⁶ Esto no es, como diría Tamayo, un sofisma en la decisión, sino un juez que tiene que adaptar su método de decisión al Estado social y constitucional de derecho y que tiene límites en su actuación.

5.3. La interpretación judicial como herramienta política

Este capítulo ha permitido observar la diversidad de argumentos, a favor y en contra, del precedente judicial vinculante, particularmente el administrativo. El estado de la discusión actual permite reconocer que la tendencia es, al menos, a otorgar mayor relevancia a la jurisprudencia del juez administrativo colombiano. Sin embargo, si bien la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de estos artículos –los de Ley 1437– avalando su compatibilidad con la Constitución, las críticas anteriores permiten reconocer que doctrinalmente existen dos posturas: (i) el precedente solo es vinculante para las autoridades administrativas y (ii) el precedente es vinculante para las autoridades administrativas y para las autoridades judiciales.

⁵⁴ Ferreres, Víctor y Xiol, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 68.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 124.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 121.

En todo caso, los desarrollos recientes que se han dado en Colombia con el 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 reglas jurídicas. Esto hace que, en un país como Colombia, que pertenece a la cultura jurídica continental europea, la incorporación de la obligatoriedad del precedente en la ley permita que los operadores judiciales realicen un mayor seguimiento de la jurisprudencia. No obstante, la obligatoriedad del precedente no es buena per se; como se ha señalado existen pros y contras. Pero, en lo que a la tesis que interesa a este libro se refiere, hay aspectos instrumentales que le dan mayor valor a dicha obligatoriedad: como es la posibilidad de que a mayor fuerza vinculante haya mayor efecto expansivo de las decisiones y, con ello, de un determinado modelo de Estado.

Sin embargo, debe reconocerse que no porque la ley incorpore la fórmula del “precedente judicial”, se está actuando en desarrollo de un Estado social y constitucional de derecho. Y esto es así porque tanto un precedente judicial basado en una interpretación legalista como otro basado en un método de ponderación tienen el potencial de orientar modelos de Estado específicos. Este potencial es lo que lleva a sostener que la interpretación judicial es una herramienta política que, al tomar la forma de precedente obligatorio, logra expandirse y servir de fundamento o, al menos, de guía para la toma de decisiones políticas, administrativas y judiciales.

Es verdad que no suele encontrarse una postura política explícita en las decisiones judiciales, pues, para mantenerse ocultas, diversas teorías jurídicas sirven de barrera. Por ejemplo, Diego López ha observado que las reformas legales que proponen el incremento del papel de la jurisprudencia en la resolución de casos y, ahora, en la toma de decisiones administrativas responden a una de dos posiciones: una denominada “nuevo derecho”,⁵⁷ que tiene por objeto un fin redistributivo, y otra denominada “proyecto internacional de reforma judicial”, que busca la seguridad jurídica del inversionista extranjero.⁵⁸ Estas dos posiciones confirman, aún más, que la obligatoriedad de la jurisprudencia

⁵⁷ 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”. López Medina, op. cit., p. 330.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 331.

no expresa en sí misma la aplicación de un determinado modelo de Estado, aunque sí un gran potencial para expandirlo.

Lo anterior es relevante porque una de las críticas realizadas por Tamayo parecería afirmar que la única interpretación no ideologizada es la semántica, por lo cual sería la única interpretación defensora del 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 (véanse capítulos 1, 2 y 3). Ya se vio que, incluso al Estado liberal de derecho y a la interpretación semántica, se les puede atribuir un grado de ideología. Así, la crítica de Tamayo debería entenderse en el marco de la discusión que se plantea entre el “tradicionalismo” y el “nuevo derecho”⁵⁹ y que, siguiendo lo señalado por Diego López, implica entender que “el control de las fuentes del derecho es una confrontación con contenido político entre ramas del poder público [...] 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”.⁶⁰

De esta manera, las defensas por los métodos literales de interpretación pertenecen a lo que Diego López denomina la *vertiente conservadora*, frente a las cuales se han buscado nuevas opciones que pueden denominarse progresistas. No obstante, como dirá este autor, “se han identificado solo dos momentos en que la jurisprudencia se ha mostrado más progresista y permeable al ‘cambio social ideológico’: el periodo que va de 1936 a 1940 y el periodo que inicia en el año 1991”.⁶¹ Esto es, incluso las sentencias judiciales constitucionales “en Colombia en el siglo xx constituyen un ejemplo de un sistema jurídico legocéntrico, positivista y conceptualista”.⁶² Y según lo que se ha venido comentando acá, el escenario en la jurisdicción contencioso administrativa es mucho menos alentador.

⁵⁹ Según Diego López Medina, las críticas del tradicionalismo al nuevo derecho se agrupan así: la dificultad contra mayoritaria; el respeto que la jurisprudencia debe 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.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 268.

⁶¹ *Ibid.*, p. 297.

⁶² *Ibid.*, p. 297.

En definitiva, para este autor 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.⁶³ Si se acepta lo anterior, entonces es posible afirmar que no por el hecho de consagrar la obligatoriedad de la jurisprudencia en el CPACA, se está actuando conforme a tesis antiformalistas o formalistas. Será en la interpretación judicial en la que se podrá observar esta tendencia y establecer si la jurisprudencia consagra caminos más o menos garantistas que promuevan el Estado social y constitucional de derecho.

⁶³ *Ibíd.*, p. 298.

6. Elementos metodológicos para determinar el modelo de Estado que subyace a las decisiones judiciales

En los capítulos anteriores, en especial el cuarto y el quinto, se ha podido observar que el juez administrativo y el juez constitucional se encuentran en permanente tensión. La discusión sobre la fuerza obligatoria del precedente y sobre la prevalencia de uno de los dos precedentes en caso de colisión es indicativa de una lucha por determinar a cuál de las jurisdicciones le corresponde definir el rol del Estado. Así, en línea con Alviar, lo que subyace a muchas de las tensiones jurídicas es una discusión ideológica sobre el papel del Estado.¹

Esto lleva a resaltar la importancia de efectuar un análisis ideológico de la jurisprudencia y, con ello, a subrayar la relevancia de establecer una metodología que permita 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 ha hecho sobre los principios del Estado constitucional sirven de escenario para seleccionar la jurisprudencia sobre la cual se podría aplicar tal metodología.

En este trabajo se ha elegido analizar el caso de la figura de la suspensión provisional, no para convertirla en el centro de esta investigación, sino para aportar un argumento más al reconocimiento de un juez administrativo que con su interpretación puede potenciar o debilitar un particular modelo de Estado. Además, este análisis permite integrar los elementos descritos en los anteriores capítulos y hacer un aporte práctico. Para delimitar el marco del análisis, los referentes ideológicos se circunscribirán a dos de los modelos

¹ Alviar García, Helena. “¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado social de derecho?”. En: *Revista de Derecho Público*, n.º 22, febrero de 2009, pp. 1-17 [en línea]. Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=22&idarticulos=188&tipos=Artículos>

que se han expuesto anteriormente: el Estado liberal de derecho y el Estado social y constitucional de derecho.

Antes de iniciar el análisis propuesto, primero corresponde 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 libro, uso las nociones “consciencia e inconsciencia” porque reconozco la imposibilidad de conocer el fuero interno del juez para descubrir su ideología. Así, un análisis ideológico de la jurisprudencia no implica hacer un estudio psicológico, sino identificar ciertos patrones en la interpretación del juez que lo inclinan hacia un modelo de Estado en particular.

De esta manera, resulta útil encontrar una metodología para efectuar un análisis tal que permita identificar e interpretar patrones asociados a una preferencia ideológica. Una propuesta sobre esta metodología se encuentra en el trabajo que presenta Courtis,² quien establece ciertos lineamientos para el análisis ideológico del derecho.

En este sentido, 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 delimitó a los modelos de Estado); la idea será conocer cuáles elementos de partida son útiles en el análisis de la jurisprudencia desde una perspectiva ideológica, concretamente respecto de la influencia de estos dos 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. Así, propone dos concepciones: una descriptiva o neutra y una crítica o negativa.

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”;³ sin embargo, la concepción descriptiva

² Courtis, Christian. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, pp. 349-392.

³ *Ibíd.*, p. 350.

pretende mostrar la existencia de pluralidades ideológicas, hacer explícito su contenido y contrastar los diversos puntos de vista, mientras que la concepción crítica tiene por objeto evaluar las distintas visiones o interpretaciones y entiende que la ideología constituye un modo sesgado de interpretar la realidad.⁴

Ahora bien, teniendo en mente esta clasificación, ¿de qué forma se incorporan estas dos concepciones en el análisis jurídico? En primer lugar, siguiendo a este autor argentino, pueden identificarse tres niveles discursivos en los cuales se introducen estas categorías. El primer nivel estaría formado por las normas jurídicas; el segundo, por el producto discursivo de los operadores del derecho como, por ejemplo, los jueces a través de sus sentencias judiciales, y el tercer nivel discursivo estaría conformado por la labor de los juristas en la creación de la doctrina jurídica.

De estos tres niveles, el segundo, es decir, el de los operadores jurídicos, estaría directamente relacionado con el objeto del presente texto. Así, el segundo nivel se refiere al discurso de los operadores del derecho y, en este sentido, 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”.⁵ Courtis advierte que para efectuar un análisis útil del discurso jurídico, este no puede ser ni muy general ni muy detallado.⁶

De esta manera, una vez identificado el nivel de discurso que limitará el análisis, vale la pena preguntarse por el significado de las dos concepciones, descriptiva o crítica, en el discurso judicial. Así es como una noción descriptiva o neutra de ideología lleva a considerar que las decisiones tomadas por un juez responden a una concepción ideológica más extensa. Es lo que Courtis entiende como “los casos de frustración ideológica”, en donde se observa que la norma tiene una ideología, pero que esta fue aplicada e interpretada de tal forma que se modificó, se desplazó o se negó su sentido.⁷ Este sería el caso, por ejemplo, de la no aplicación de una ley por parte de los jueces.⁸

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., p. 352.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., p. 365.

⁸ 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 impuesto a los magistrados.

En este sentido, una concepción descriptiva de la ideología, al saber que existe pluralidad de posiciones ideológicas, estará siempre atenta al poder que ejercen los jueces cuando la interpretación se efectúa sobre normas con una alta indeterminación. Esta concepción sabe que la elección entre distintas alternativas de interpretación, derivadas de esta última, permitirá conectar la decisión “con una concepción ideológica más amplia”.⁹

Así, la indeterminación normativa crea un espacio propicio para la realización de análisis ideológicos. Y esto es así porque la decisión judicial estará acompañada por motivos y argumentos que pueden ser relacionadas con modelos o concepciones ideológicas. Puede hacerse una lectura de las decisiones a la luz de estas ideologías.¹⁰

Por otra parte, hacer un análisis de la ideología a partir de una concepción negativa o crítica implicará tener un punto de partida específico. Este punto de partida puede estar asociado con diversas teorías como la teoría feminista, multiculturalista, los estudios coloniales, poscoloniales y con las teorías marxistas o posmarxistas, por poner algunos ejemplos. Esto es necesario porque si bajo esta concepción se entiende que la ideología constituye un modo sesgado de interpretar la realidad, un análisis de dicha ideología requerirá un punto de referencia previo. En este sentido es que “el análisis ideológico en clave negativa es un rasgo común de muchas de las denominadas teorías críticas, incluyendo sus formulaciones jurídicas”.¹¹ Ese punto de referencia puede ser un referente empírico o normativo.

Teniendo en cuenta los requerimientos de esta concepción, para realizar un análisis ideológico desde la concepción negativa, se debe, en primer lugar, explicar muy bien cuál es el referente o parámetro que se utilizará para la evaluación crítica-ideológica. En segundo lugar, cuando se parta de un referente normativo, estos análisis deberán resaltar

[...] la desviación explícita o implícita de un modelo legal con respecto a un parámetro normativo de justicia —y ello puede incluir

⁹ *Ibíd.*, p. 366.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 365.

¹¹ *Ibíd.*, 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”. *Ibíd.*, p. 371.

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.¹²

En tercer lugar, la elaboración de análisis críticos puede hacer uso de sentencias particulares; esto es, de estudios de caso que permitan determinar si las decisiones contienen características o patrones que las sacan de una argumentación ordinaria y que las llevan a generar situaciones de dominio o discriminación (por ejemplo mediante el uso de estereotipos sociales).¹³

Dejando a un lado las dos concepciones que pueden asumirse en los análisis ideológicos de la jurisprudencia, es necesario señalar ahora otro de los asuntos metodológicos propuestos por Courtis. Así, es importante reconocer que existen *tres planos* susceptibles de análisis ideológico. El primero está integrado por los mecanismos de producción ideológica presentes en el proceso de generación de ideas. El segundo está compuesto por las manifestaciones o productos resultantes de ese proceso de producción de ideas, y el tercero se refiere a los efectos ideológicos de un determinado discurso jurídico; es decir, a la evaluación de los efectos sociales de ese conjunto de ideas, lo cual requerirá la realización de estudios empíricos.¹⁴

Por último, también es relevante entender que el análisis ideológico del derecho es una labor que puede enfrentarse a ciertos problemas. En primer lugar, es común encontrar que la mayoría de análisis se centran en la dogmática jurídica; esta es la perspectiva dominante y por esto el análisis ideológico no tiene muchos seguidores. En segundo lugar, la teoría de la ideología en el campo de las ciencias sociales no le ha dado suficiente importancia a lo ideológico en el mundo del derecho y esto genera problemas a la hora de contar con una noción clara sobre qué entender por ideología en este campo.¹⁵

¹² Ibid., p. 376.

¹³ Ibid., pp. 370-373.

¹⁴ Ibid., p. 353. Además de estos tres planos, Courtis se refiere a 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 consiste 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”.

¹⁵ Ibid., pp. 386-387.

El planteamiento metodológico que presenta Courtis me permite ahora intentar un análisis de la jurisprudencia sobre la suspensión provisional del acto administrativo. Este análisis partirá de una concepción descriptiva o neutra de ideología.

6.2. Un ejemplo de análisis ideológico: la suspensión provisional del acto administrativo y su interpretación por el Consejo de Estado

Hasta el momento se ha tratado de construir una estructura conceptual que permita explicar la relevancia del rol del juez administrativo en la aplicación del derecho, y las implicaciones de dicho rol para los modelos de Estado y las transformaciones del derecho administrativo. Ahora resultará enriquecedor observar cómo estos conceptos se ven reflejados en las decisiones judiciales. Así, aunque no es el tema principal de este trabajo, la figura de la suspensión provisional contiene elementos que permiten ejemplificar, a través de una lectura judicial, las categorías de permanencia y dinámica del derecho administrativo a las que se ha hecho referencia. Además, este análisis permitirá poner de relieve la importancia práctica de los temas expuestos en los anteriores capítulos.

El análisis de las decisiones judiciales sobre la procedencia de la suspensión provisional¹⁶ del acto administrativo permitió observar que, en este tema, prevalece una tendencia estática de interpretación, hecho que, conforme a lo expuesto en este libro, puede verse como una expresión del Estado liberal de derecho. Sin embargo, afirmar esto no debe tomarse como una contradicción de mi tesis inicial, según la cual, las decisiones judiciales se encuentran permeadas por la ideología de los modelos de Estado. Al contrario, aunque en las decisiones sobre la procedencia de la suspensión provisional no se potencie el modelo de Estado social y constitucional de derecho, sí se potencia el Estado liberal de derecho, lo cual muestra que el juez está permeado por determinada ideología y que ha decidido, consciente o inconscientemente, no hacer uso de los elementos del Estado constitucional, pues se ha mantenido en otro modelo de Estado, por lo que cambia con ello el curso actual del derecho administrativo legislado.

¹⁶ Debe aclararse que el análisis se limitó a la interpretación que hace el juez a la hora de evaluar la procedencia o no de la medida cautelar.

De esta manera, en este capítulo se presentan los resultados y las reflexiones derivadas del análisis de la interpretación judicial que el Consejo de Estado ha hecho sobre la suspensión provisional del acto administrativo. Uno de los objetivos secundarios de esta revisión será explorar la metodología de análisis ideológico para construir un enfoque de estudio que permita articular el derecho administrativo con su rol en la definición del modelo de Estado.

Adicionalmente, la revisión sobre el estudio que hace el juez de la procedencia o no de la suspensión provisional de los actos administrativos tiene dos objetivos principales: (i) identificar cuál es la concepción del derecho que en este tema subyace a las decisiones del Consejo de Estado y (ii) observar si la relación entre esa concepción del derecho y el modelo del Estado constitucional es armónica y, con ello, determinar si existe un derecho (judicial) que responde o no a las necesidades y funciones que se esperan en un Estado social y constitucional de derecho.

En tal sentido, aplicando los lineamientos metodológicos expuestos por Courtis a la figura de la suspensión provisional, se tomará como referente la descripción realizada en el segundo capítulo sobre el Estado liberal de derecho y el Estado social y constitucional de derecho. 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 marco conceptual presentado en los primeros capítulos se retoma en los siguientes apartados, con el fin de encontrar patrones ideológicos representativos de cada modelo en la interpretación judicial. La idea, como se mencionó, es buscar un ejemplo que se sume a los argumentos dados para sostener que el juez administrativo con sus decisiones termina por defender consciente o inconscientemente un determinado modelo de Estado. Si esta primera afirmación es aceptada, también se podrá aceptar que el derecho judicial administrativo evoluciona o se transforma de un modo no lineal, es decir, que puede coincidir o no con el modelo del Estado social de derecho consagrado en la Constitución Política de 1991 o, en todo caso, con la evolución del derecho administrativo legislado. Ambas afirmaciones nos llevarían a comprobar que la hipótesis inicial de esta investigación es acertada: 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; a partir de lo cual genera 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 libre 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, (iv) pero debido al desarrollo jurisprudencial, esta figura se ha tornado insuficiente o poco efectiva para el logro de tal cometido.¹⁷ Sin embargo, debe reconocerse 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 estos mecanismos.

Aunque no es este el espacio ni el momento para entrar a considerar si la nueva legislación resulta o no efectiva, se intentará explorar algunas respuestas a la cuestión sobre por qué, a pesar de la legislación y de su aparente evolución, la interpretación del juez administrativo puede potenciar o tergiversar el fin de la norma jurídica escrita. Las razones, como se trata de justificar en este trabajo, no pertenecen únicamente al mundo del derecho, sino que se entrecruzan con el mundo político.

El análisis propuesto podrá servir de modelo replicable a otros temas sustanciales o procesales del derecho administrativo. Por ejemplo, la doctrina colombiana ha efectuado diversos análisis que, aunque no los interpreta dentro de un ámbito ideológico, sus resultados han servido, a modo de estado del arte, como antecedente a este análisis. Así, en un estudio sobre acciones populares (particularmente en el tema de 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

¹⁷ La poca efectividad que ha tenido la suspensión provisional se ha usado como argumento para pedir la procedencia de la acción de tutela en los casos de sanciones disciplinarias como la destitución. Véase: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Tutela. Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, febrero dieciocho (18) de dos mil catorce (2014).

revitalizante para la fundamentación de sentencias”.¹⁸ Igualmente, la misma investigación, criticando el escaso uso que el Consejo de Estado hace sobre el principio de proporcionalidad, ha señalado que en las acciones de repetición el Alto Tribunal Administrativo es en extremo legalista, lo cual hace inoperante esta acción.

Desde una perspectiva constitucional, dentro de una investigación que tuvo por objeto resaltar la 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”¹⁹ 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 segundo, pero ahora se encuentran delimitados 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 con las del Estado social y constitucional de derecho. Estos dos modelos pueden ser observados desde dos ángulos: el primero es sustantivo, está enfocado en los principios jurídicos que delinean y orientan el accionar del papel del Estado y de la administración pública, y el segundo es hermenéutico, está enfocado en el método de interpretación jurídica que utiliza el juez y en su concepción del derecho.

Como ambos enfoques o ángulos se retroalimentan, el rol del juez administrativo es todavía más relevante. Y esto es así porque aplicar e interpretar el derecho de una u otra forma (segundo ángulo), redundará en el accionar de la administración pública (primer ángulo). Así, para clarificar dicha relación,

¹⁸ Vega Arenas, op. cit., p. 46.

¹⁹ Escobar Martínez, Lina Marcela. “La actividad constitucional del Consejo de Estado colombiano”. En: *Vniversitas*, n.º 111, enero-junio de 2006, pp. 65-94, p. 20.

puede decirse 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 imperante,²⁰ difícilmente se logra dar efectividad y poner en práctica los contenidos de tal modelo de Estado. Igualmente, debe recordarse que en este trabajo no se partirá de una concepción crítica de ideología, sino de una concepción descriptiva o neutra.

Hechas las anteriores aclaraciones, es relevante observar que en la medida cautelar de la suspensión provisional, aparecen en tensión principios como el de ejecutividad *vs.* justicia o el de legalidad *vs.* supremacía constitucional. El valor dado a la ejecutividad y al principio de legalidad predomina en países como España, Francia e Italia. En Alemania es diferente, pues 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*)”,²¹ y solo en los casos que señale la ley, no opera la suspensión provisional. Es interesante observar cómo el tema 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, pero la posición francesa ha sido vista como limitante de las tendencias provenientes del Estado constitucional.²²

Nos encontramos así entre dos posiciones: la eficiencia, por un lado, y la protección de derechos, por el otro. En aquellos ordenamientos en donde la suspensión provisional no es la regla general —como el colombiano—, se requiere un rol más activo del juez que medie entre eficacia y tutela judicial efectiva. Así, Rodríguez Arana señala 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 ampliar notablemente su campo de juego”;²³ de tal manera que cuestiones como la valoración de las pruebas, el reconocimiento del daño y la concepción del interés público pue-

²⁰ Tal como se afirmó en la Sentencia C-157 de 1998, las interpretaciones restrictivas y formales limitan los contenidos del Estado social de derecho.

²¹ Rodríguez 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*, n.º 151-153, enero-junio, 1987, p. 169.

²² García de Enterría, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 296-321.

²³ Rodríguez Arana, op. cit., p. 172.

dan ponerse en la balanza entre un derecho estático y uno dinámico, entre formalismo y antiformalismo, e incidir en un mejor control de la administración. Esto muestra que el juez cuenta con un panorama conformado por distintos elementos que debe valorar. Piénsese, por ejemplo, en el interés común que se pretende proteger con el principio de legalidad. Puede que no se genere

[...] 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.²⁴

En Colombia se ha señalado respecto de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que la interpretación inicial que asumió el Consejo de Estado sobre esta figura —plasmada en el Código Contencioso de 1984— fue demasiado rigurosa. Rigurosidad que se atribuye por el hecho de no conceder la mayoría de suspensiones debido a 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 distinta de la suspensión provisional y señaló 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 no²⁵ (véase el apartado 4.4.).

²⁴ 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.º extra 12, 2011, p. 15 [en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12271>

²⁵ Barrera Carbonell, Antonio. “Hacia una nueva concepción de la suspensión del acto administrativo en Colombia”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México)*, vol. xxx, n.º 090, 1997,

Esta lectura constitucional, 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— introdujo nuevas medidas cautelares que clasificó en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Esta última corresponde a la ya mencionada figura de la suspensión provisional que desde el año 1913 ha sido regulada en Colombia y que, como se observa, se encuentra inmersa en la tensión entre dos modelos de Estado: el Estado liberal de derecho en el que prima el principio de legalidad y el Estado social y constitucional de derecho en el que prima la tutela judicial efectiva por encima del principio de legalidad.

Una 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. Este artículo 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: [...] d) La suspensión provisional del acto denunciado, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave”.²⁶

Posteriormente, se reguló en la Ley 80 de 1935 (artículo 1), aunque ya había sido consagrada constitucionalmente (en la Carta de 1886), al señalar que “la Jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”.²⁷

pp. 899-912 [en línea]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=427>

²⁶ Ley 130 de 1913, artículo 59.

²⁷ Constitución Política de 1886, artículo 193. Igualmente, el artículo 192 establecía: “Las ordenanzas de las Asambleas y los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

En el año 1941, con el segundo código contencioso administrativo, la Ley 167 reguló con mayor alcance la suspensión provisional.²⁸ Esta ley también señaló que se suspenderían los efectos de un acto o de una providencia siempre que se hiciera para evitar un perjuicio notoriamente grave, pero además 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. Por el contrario, 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 ley.²⁹

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.³⁰ Sin embargo, a diferencia del anterior, en su artículo 152 solo señaló la procedencia de la suspensión para los actos (suprimiéndola 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”, pero adicionó “que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas”. Y, 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 sufría 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

²⁸ Esta ley que entró a regir en el mes de abril de 1942.

²⁹ El artículo 98 de la Ley 167 de 1941 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”.

³⁰ Este decreto entró a regir el 1.º de marzo de 1984.

[...] 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”³¹ y no se ha visto con buenos ojos su desaparición.³² Fue utilizada

[...] 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 [sic] en la presunción de constitucionalidad y legalidad.³³

³¹ Barrera Carbonell, op. cit., p. 902.

³² Esta figura desapareció en el año 89 mediante el Decreto 2304.

³³ Ibáñez Najar, Jorge Enrique. “20 años de vigencia del Código Contencioso Administrativo Colombiano”. En: *Revista Civilizar*, n.º 5, diciembre de 2003 [en línea]. Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/veinte_anos_vigencia_codigo_contencioso_administrativo_comolbiano.htm. Para una mayor explicación sobre las desventajas de la derogatoria de esta figura, véase: Arenas Ceballos, Julieta. “La suspensión en prevención como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo”. En: *Revista Civilizar*, vol. 9, n.º 16, enero-junio de 2009, pp. 91-103 [en línea]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/1002/100212247007.pdf>

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. Así, se modificó el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, y en su lugar se dispuso, como requisito de procedencia de la suspensión provisional, 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”.³⁴

Con este decreto se modifica lo estipulado en el año 84. En primer lugar, se cambia la frase “manifiesta violación de una norma superior” por “manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas”, y, en segundo lugar, se cambia 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”.

6.2.1.4. La suspensión provisional en la Ley 1437 de 2011

Finalmente, el cuarto periodo 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 en las medidas cautelares, medidas de las cuales hace parte la suspensión provisional.

Sobre estos cambios sustanciales, el expresidente del Consejo de Estado Mauricio Fajardo Gómez puso de presente el propósito de esta nueva reforma y, si se quiere, las mejoras que esto supone para la figura de la suspensión provisional.³⁵ Así, según Fajardo, 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 como una medida de tipo negativo. Con esta reforma se pretende que el juez pueda

[...] adoptar medidas provisionales que realmente garanticen la efectividad y el cumplimiento de sus sentencias, de modo que tenga

³⁴ Decreto 2304 de 1989, artículo 31.

³⁵ 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, pp. 327-351.

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 este por el juez de tutela.³⁶

Si se repasan las anteriores palabras, seguro se encontrará que más de una parece estar en consonancia con aquello que anteriormente se definió como indicativo del Estado social de derecho y de la tensión entre ambos tipos de juez.

También se ha sostenido que esta nueva consagración de medidas cautelares tiene como propósito dar al juez administrativo igualdad de armas, si se le compara con el juez constitucional (véase apartado 4.5.2.), así como garantizar la efectividad del derecho de acceso a la administración de justicia. Adicionalmente, la nueva ley incorpora un listado taxativo de las medidas que pueden ser ordenadas por el juez. Listado que, en todo caso, utiliza “conceptos jurídicos indeterminados y nociones incompletas”.³⁷

Sin embargo, 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 vale la pena preguntar si en realidad esta regulación trae nuevos cambios para la suspensión provisional. De acuerdo con Fajardo, podría señalarse que sí; no obstante, como se verá, si bien hay aspectos novedosos, otros ya habían sido consagrados en los periodos señalados anteriormente. Entonces, si en el año 1984 existió una norma que vuelve a aparecer (con algunas modificaciones) en el 2011, ¿significa que el derecho es estático y no se ve afectado por los modelos de Estado?, ¿o significa, más bien, que el juez puede interpretar de maneras distintas la misma norma en diferentes periodos?, ¿qué hace que la misma norma del año 1984 sea interpretada en el año 2011 de manera distinta?

Veamos cuáles son los cambios incorporados en esta nueva legislación —Ley 1437 de 2011. En primer lugar, la solicitud de suspensión ya no está atada a las normas que se invoquen en la petición de la medida cautelar; además, la solicitud se puede realizar en cualquier tiempo del proceso y, para

³⁶ *Ibíd.*, p. 340.

³⁷ *Ibíd.*, p. 342.

la procedencia de la suspensión provisional, se eliminó la frase “manifiesta infracción”, aspecto que limitaba su procedencia.

De esta manera, ahora la Ley señala que la suspensión de los efectos del acto “[...] 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 [...]”.³⁸ Esto, según Fajardo, evita “que la suspensión provisional quede absolutamente restringida a casos excepcionales”³⁹ 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. Ahora 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, la nueva ley incluye la posibilidad de que el juez pueda confrontar el acto demandado con las pruebas allegadas para formular la petición; opción que ya existía hace 28 años en el Decreto 01 de 1984, artículo 152, antes de la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989. Para que el lector tenga mayor claridad sobre este tema, 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

³⁸ Ley 1437 de 2011, artículo 231.

³⁹ *Ibíd.*, p. 344.

de lo Contencioso Administrativo se registrarán 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 (cursivas de la autora).

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 [...] (cursivas de la autora).

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.

A continuación se presenta una tabla que permite comparar las disposiciones que han regulado la suspensión provisional durante estos cuatro periodos. Están en cursivas los apartados de cada texto para que el lector pueda hacer seguimiento de los elementos susceptibles de comparación.

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

Primer periodo. Ley 167 de 1941-artículo 94	Segundo periodo. Decreto 01 de 1984-artículo 152	Tercer periodo. Decreto Nacional 2304 de 1989-artículo 31	Cuarto periodo. Ley 1437 de 2011-artículos 229, 230, 231
<p>El Consejo de Estado y los tribunales administrativos pueden suspender <i>los efectos de un acto o providencia</i>, mediante las siguientes reglas:</p> <p>1.° Que la suspensión sea necesaria para <i>evitar un perjuicio notoriamente grave</i>. Si la acción es la de nulidad, basta que <i>haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho</i>. 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.</p> <p>2.° Que la medida <i>se solicite de modo expreso</i>, en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella.</p> <p>3.° Que la suspensión no esté prohibida por la ley (cursivas del autor).</p>	<p>El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender <i>los efectos de un acto</i> mediante las siguientes reglas:</p> <p>1.° Si la acción es la de nulidad, basta que <i>haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas</i>. 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.</p> <p>2.° Que la medida <i>se solicite y sustente de modo expreso</i>, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella.</p> <p>3.° Que la suspensión no esté prohibida por la Ley (cursivas del autor).</p>	<p>El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender <i>los actos</i> administrativos mediante los siguientes requisitos:</p> <p>1.° Que la medida <i>se solicite y sustente de modo expreso</i> en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.</p> <p>2.° Si la acción es de nulidad, basta que <i>haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas</i> como fundamento de la misma, por <i>confrontación directa o mediante documentos públicos</i> aducidos con la solicitud.</p> <p>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 (cursivas del autor).</p>	<p>Artículo 229. <i>En todos los procesos declarativos [...] antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada</i>, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias <i>para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia [...]</i>.</p> <p>Artículo 230. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o <i>de suspensión</i>, y <i>deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda</i>.</p> <p>Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, <i>la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas [...] 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</i>. Cuando [...] se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos [...].</p>

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

En primer lugar, debe señalarse que de la comparación de estos cuatro periodos se puede ver que en un nivel puramente legal no hay una historia de grandes cambios. Así, hay fragmentos del texto que se repiten de un periodo a otro, y otros 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. Su interpretación es fundamental para darle un alcance efectivo a esta medida cautelar; entonces, en este punto el juez es el primer protagonista en la transformación del derecho. Es verdad que si la nueva Ley del 2011 adapta la suspensión provisional al Estado social de derecho, podría esperarse que el juez también se adaptara al Estado social de derecho. Pero digo esperarse, porque también puede suceder que, aunque la Ley 1437 señala que la suspensión provisional obedece al Estado social y constitucional de derecho, el juez, como actor dinamizador del derecho, puede desplazarse, con su interpretación, en la historia del derecho y transportarnos a un Estado liberal de derecho. Mi intención no es hacer de esto un asunto mágico, los argumentos y los métodos de interpretación utilizados por el juez a la hora de abordar la procedencia de la suspensión provisional permiten hacer estas apreciaciones.

Así, la doctrina ha afirmado que la suspensión provisional ha resultado insuficiente; con ello quiere decir que esta medida se aplica como algún día se aplicó en el año 1984. Sin embargo, este asunto no debe verse como un lugar común al cual llegan todas las críticas sobre las figuras jurídicas que no logran su efectividad. Se trata, sobre todo, de resaltar que la no efectividad de este tipo de figuras termina por influenciar el rol del Estado colombiano hacia un modelo de Estado determinado y, con ello, permite que el juez tenga un papel fundamental a la hora de señalar cuál es el mensaje que se envía a la administración pública y a los otros jueces, para privilegiarla frente al ciudadano o colocarla a su servicio.

Por otra parte, a partir de la lectura de estos artículos, se puede observar que en los tres primeros periodos siempre se mantuvo la idea de una “manifiesta infracción o violación” y que solo en el cuarto periodo se elimina.

En segundo lugar, sobre los elementos que se incorporan en la norma para saber cómo 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 solo reguló esto a

partir del segundo periodo, estableciendo que la violación se debía percibir “a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas”.

En el tercer periodo se establecería “por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud” y ahora, desde el 2 de julio del 2012, tal violación se percibe por el juez a partir del “análisis del acto de mandado y su confrontación (ya no dice 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 directa*.

Adicionalmente, es importante resaltar que en el primer periodo se incluyó la finalidad de la medida cautelar y que en los dos periodos siguientes no se estableció ninguna. Así, en el año 41 la *finalidad* de esta medida cautelar fue la de “evitar un perjuicio notoriamente grave” y solo después de setenta años, la Ley 1437 volvió a señalar expresamente una *finalidad*: “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”.

En síntesis, puede señalarse que:

- En el año 41, la legislación 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 (los *medios*) en que debe establecer la violación.
- 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 me refiero a que estas normas —de tipo procesal— contienen una guía sobre la forma como el juez debe interpretar la procedencia de la medida.

Y es que el hecho de que la ley consagre expresamente la *finalidad* de la medida cautelar servirá al juez para orientar (incluso limitar) su interpretación y discrecionalidad sobre los requisitos y medios.

Antes del 89 —y ante la inexistencia de la noción de *constitución vinculante*— el principio de legalidad y la ejecutoriedad del acto administrativo eran prioritarios, de ahí que sea de esperar que las disposiciones legales en estos periodos legislativos fueran interpretadas restringidamente por el juez.

Sin embargo, llama la atención que en el año 41 no aparece tal rigidez, pues la ley consagra la finalidad de la medida, pero no le dice al juez cómo debe hacer para percibir la “manifiesta violación”.

En vigencia de la Constitución de 1991, se ha señalado que el juez no interpretó tales normas conforme al Estado social de derecho; es decir, que aún 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 del año 2011, se consagra como finalidad la tutela judicial efectiva, aspecto que fortalece el Estado de derecho constitucional y que debería implicar una diferencia radical frente a la interpretación restrictiva de los años anteriores.

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 (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

Una reflexión sobre la interpretación de la figura de la suspensión provisional debe tener en cuenta su rango constitucional. Así, 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 del que estaba consagrado en la Constitución de 1886, pero, como se comentó en los anteriores capítulos, las concepciones constitucionales son completamente diferentes en estos dos periodos, por lo que deberíamos esperar que la suspensión provisional presentara una interpretación judicial distinta en ambos periodos. Sin embargo, este no ha sido el resultado y, como se señaló al inicio de este apartado, el Consejo de Estado ha seguido una interpretación caracterizada como restrictiva o estática, por lo que ha limitado la efectividad de la medida cautelar a casos muy especiales, aunque también debe decirse que en algunos casos específicos ha sido más amplia, al admitir su procedencia incluso cuando la ley, literalmente, no lo ha planteado así.

A continuación se presentarán los hallazgos más llamativos en la interpretación del Consejo de Estado sobre esta figura. Estos permitieron observar lo difícil que resulta hablar de una línea “ascendente” de interpretación que tienda cada vez más a estar acorde con el Estado social y constitucional de derecho. Es decir, no puede verse una clara línea de evolución lineal (que parte del Estado liberal y llega al Estado social de derecho). Más bien, lo que se puede observar es que el recorrido interpretativo obedece a la concepción del derecho que tiene el juez, que no siempre está en concordancia con el modelo de Estado imperante. Para nuestro caso, el modelo de Estado social de derecho.

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

En términos generales se puede señalar que 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 de la Ley 1437 de 2011) presenta una tendencia que podría denominarse estática y conservadora.⁴⁰ A pesar de los cambios de modelo de Estado y de las influencias que esto tiene para interpretar el derecho, el juez logra hacerse inmune a ellas para expresar en sus decisiones un modelo de Estado diferente al imperante. Lo paradójico de este aspecto es que, aunque se tiende a pensar que la jurisprudencia permite “actualizar” el derecho, algunas veces resultará siendo la que impida su evolución.

Así, se pudo observar que los cambios legislativos (durante los tres primeros periodos anotados) no están alineados con la interpretación del juez en esos mismos periodos. Es decir, a pesar de los cambios legales, la interpretación judicial se mantuvo sin modificaciones sustanciales durante todos estos periodos, incluso en las decisiones no hubo mayores referencias a si se había modificado la ley que regulaba la suspensión provisional y si esto incidía en la decisión.

Más aún, en ciertos periodos, la interpretación judicial parece ser la que sirvió de inspiración a las posteriores reformas legales. A sí es como, con anterioridad a la Ley 167 de 1941, es decir, en vigencia de la Ley 130 de 1913, ya se establecía por el juez la necesidad de que el perjuicio debiera manifestarse *prima facie*

⁴⁰ Ibid., p. 103.

[...] 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 ciudadanos.⁴¹

Resultaba ser, según se observa de la lectura de varios autos, que, para esa época, la suspensión era un mecanismo de control generalmente procedente en el análisis de competencias y extralimitación de funciones de la administración, a menos que implicara un examen mayor que no pudiera ser advertido con una simple comparación de normas.⁴² Igualmente, se señalaba que dicha medida cautelar debía plantearse solo sobre cuestiones de derecho, de modo que cuando estas estuvieran unidas a cuestiones de hecho, sobre las cuales no podía hacerse un análisis, no procedería la suspensión provisional, ya que esto significaría que la violación constitucional o legal no era ostensible; manifiesta *prima facie*.⁴³

En segundo lugar, aunque no es común encontrar en los autos que resuelven sobre la procedencia de esta medida el uso de citas, en el auto del año 40 se observa que estas interpretaciones obedecían a lo ya establecido por decisiones anteriores:

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

⁴¹ Consejo de Estado. Consejero ponente: Gonzalo Gaitán, Bogotá, enero veintisiete (27) de mil novecientos cuarenta y dos (1942).

⁴² Consejo de Estado. Consejero ponente: Guillermo Peñaranda Arenas, Bogotá, diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941).

⁴³ Consejo de Estado. Consejero ponente: Carlos Rivadeneira G., Bogotá, julio doce (12) de mil novecientos cuarenta (1940).

ostensible transgresión, por la parte que demanda la nulidad del acto violatorio del aludido orden jurídico [...].⁴⁴

Asimismo, bajo la Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado siguió fiel a su anterior jurisprudencia sobre la procedencia de la suspensión provisional. Así, cuando la ley señalaba que la suspensión se hacía para “evitar un perjuicio notoriamente grave”, por daño grave debía entenderse aquel que no procedía de una actividad legal, pues cuando la medida tiene sustento en la ley, no podía ser invocado ningún perjuicio. Esto pretendía hacer que el juez no tuviera ninguna duda sobre la ilegalidad del acto.⁴⁵ La ilegalidad se aceptaría cuando “el acto demandado rompa el equilibrio jurídico vulnerando ostentosamente derechos de particulares o trastornando el orden social imperante.”⁴⁶ En providencia del año 43, bajo la Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado sigue haciendo alusión a su doctrina previa:

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

⁴⁴ Consejo de Estado. Consejero ponente: Carlos Rivadeneira G. Bogotá, julio doce (12) de mil novecientos cuarenta (1940).

⁴⁵ Consejo de Estado. Consejero ponente: Guillermo Peñaranda Arenas, Bogotá, agosto veinticuatro (24) de mil novecientos treinta y nueve (1939).

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de Decisión. Consejero ponente: Pedro Martín Quiñones, Bogotá, dos (02) de junio (06) de mil novecientos treinta y uno (1931).

normas; cuando ejercita actividades que le son propias y para las cuales está expresamente facultado.⁴⁷

A lo largo de este periodo se continuó reiterando que no se requería 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”.⁴⁸

De esta manera, ya desde este primer periodo la procedencia de esta figura tenía carácter excepcional y, por ende, no debería alarmarnos que, para esa época, la interpretación fuera restringida. Los asuntos que con mayor frecuencia prosperaban eran aquellos referidos a los asuntos de competencia, pues en estos casos podían advertirse la violación de normas tras su simple comparación. Es de resaltar cómo, en varias ocasiones, esta medida cautelar se utilizó para solicitar la suspensión de decretos reglamentarios por considerar que excedían o contradecían la ley:

La potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (artículo 120, ordinal 3.º, Constitución Política) no llega hasta el punto de facultarlo para modificar o adicionar las leyes. En el caso sub judice, mientras la Ley 6.ª de 1975, en su artículo 6.º 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 propietario.⁴⁹

Igualmente, vale la pena resaltar la interpretación que se generó con ocasión de la presentación de un recurso de súplica en el año 68. Mediante este recurso, se solicitó revisar la negación de la suspensión provisional de una

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Guillermo Peñaranda Arenas, Bogotá, tres (03) de agosto de mil novecientos cuarenta y tres (1943).

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Daniel Anzola Escobar, Bogotá, enero trece (13) de mil novecientos cincuenta y uno (1951).

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Jorge Valencia Arango, Bogotá, nueve (09) de junio (06) de mil novecientos setenta y seis (1976).

orden de cerramiento de una mina de carbón. En dicho auto, el Consejo de Estado revocó la posición inicial del Tribunal, decretó la suspensión provisional y señaló que a pesar de la doctrina de esta corporación,⁵⁰

[...] 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.⁵¹

Conforme a tal interpretación, el Consejo de Estado consideró que el actor había demostrado suficientemente la violación de sus derechos de propiedad dado que se le impidió su explotación y causaron perjuicios a él y a sus trabajadores. Adicionalmente, en este auto, el juez entró a determinar si era o no legal clausurar una empresa como medida preventiva ante el incumplimiento de obligaciones laborales. Es importante resaltar este punto porque acá no se observa que el juez actuara en forma estática, esto es, que apelara a la “simple comparación”, como solía suceder. En este caso, el juez fue más allá y entró a interpretar qué debía entenderse por medida preventiva y señaló que dentro de estas medidas no podía entenderse la clausura de una 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”.⁵² Sin

⁵⁰ El Consejo de Estado más de una vez había señalado que en cuestiones de hecho no era procedente la suspensión provisional.

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de Decisión. Consejero ponente: Enrique Acero Pimentel, Bogotá, agosto treinta (30) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

⁵² *Ibíd.*

embargo, el anterior parece ser un caso aislado, además de que se trató de un recurso de súplica.

En el año 1982, que he denominado tercer periodo, volverá a plantearse la imposibilidad de declarar la suspensión provisional “cuando la violación de una norma se funda en hechos que deben ser probados durante el proceso”.⁵³ Nótese que tanto en la legislación como en la interpretación que hacía el juez había una constante preocupación por anticipar un juicio, por proteger un derecho sin que estuviera probada la violación. En definitiva, una preocupación por violar el principio de legalidad que llevó a aplicar la suspensión provisional como una medida excepcional.

Pero esta preocupación, que sin duda estaba fundada en buenas razones acordes al modelo de Estado vigente para la época, pudo hacer perder de vista otro asunto importante: la necesidad de construir criterios estables de decisión. Así, se observa que hay cierta falta de homogeneidad por parte de la jurisprudencia a la hora de señalar qué significa hacer un examen de fondo, dificultad que está presente en los cuatro periodos. En el caso del cerramiento de la mina, por ejemplo, el examen se centró en el estudio de pruebas y, posteriormente, el juez decidió entrar a calificar la actuación (clausura de la mina) como legal o ilegal, ya que estos elementos no aparecían expresamente en la ley. Pero lo contrario sucede en otras decisiones, de hecho, en la mayoría, en donde se mantiene que no se puede entrar a hacer análisis que vayan más allá de lo que dice la norma. Por ejemplo, en un evento se presentó la posibilidad de considerar qué implicaba la creación de un monopolio, ante lo cual se señaló que

[...] esta violación no es manifiesta porque esa afirmación (el actor afirmaba que una resolución establecía 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.⁵⁴

⁵³ Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Jacobo Pérez Escobar, Bogotá, veintidós (22) de abril (04) de mil novecientos ochenta y dos (1982).

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Carlos Galindo Pinilla, Bogotá, veinte (20) de agosto (08) de mil novecientos setenta y nueve (1979). En igual sentido, el auto del tres (03) de

En otro caso, el Consejo de Estado interpretó la noción de *violación manifiesta* como la “indebida aplicación de una norma” y aceptó la procedencia de la suspensión provisional tratándose del acto que liquida una pensión. Para esto, el juez indagó por la finalidad de la ley que se desprende de lo “querido por el legislador” y revisó la liquidación realizada por la Caja Nacional de Previsión.⁵⁵ Al contrario, en casos posteriores se dirá que indagar por la voluntad del legislador implica hacer un análisis de fondo.

Aunque los anteriores casos fueron resueltos con anterioridad al Decreto 01 de 1984, también bajo este decreto, el nuevo artículo que reguló la suspensión provisional continuó siendo interpretado de un modo similar. Como se señaló, la declaración de la suspensión requería que “el quebranto [fuera] 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”.⁵⁶ Igualmente, también se afirmó que el juez debía tener límites a la hora de hacer valoraciones probatorias, ya que podrían ser calificadas como temerarias.⁵⁷

Y en el tercer periodo, es decir, tras la reforma de este decreto en el año 1989, se presentó una situación no muy diferente a la anterior. La suspensión provisional siguió manteniendo (al menos en el discurso) para su procedencia la condición de tener que detectar la violación *prima facie*.

Llama la atención cómo esos y otros requisitos indeterminados resultan siendo explicados por medio de otros conceptos igualmente indeterminados o abiertos, lo que da como efecto una ampliación mayor y no la concreción

agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981) de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Roberto Suarez Franco.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero ponente: Ignacio Reyes Posada, Bogotá, 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”.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Samuel Buitrago Hurtado, Bogotá, nueve (09) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987).

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Samuel Buitrago Hurtado, Bogotá, primero (01) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

de los conceptos. Por ejemplo, en el año 1990 el concepto *prima facie* fue asociado con la imposibilidad de “indagar la intención del legislador”,⁵⁸ pese a que, como señalé anteriormente, en decisión del año 1983 sí se indagó por la voluntad del legislador. En todo caso, por ese mismo periodo se comenzó a llamar más la atención sobre la prevalencia del principio de legalidad. Y, al igual que en décadas anteriores, se señalaba que la violación alegada debía ser ostensible, flagrante, protuberante, “sin que sea necesario recurrir a razonamientos complejos ni a silogismos jurídicos, ni a disquisiciones profundas”.⁵⁹ Esto es, que no implicara prejuzgamiento o análisis de fondo.

Ya 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, es de resaltar que se siguió 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 anterior) 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 solo puede efectuarse al momento del fallo.⁶⁰

De todas formas, debe resaltarse que el elemento constitucional no pasa desapercibido, como sí lo hacía en épocas anteriores. La supremacía de la Constitución y la existencia de principios constitucionales llevan a señalar

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, Bogotá, noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).

⁵⁹ Barrera Carbonell, op. cit., p. 903.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. Consejero ponente: Amado Gutiérrez Velásquez, Bogotá, tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

al Consejo de Estado que, aunque en algunos casos puedan infringirse las disposiciones constitucionales directamente al invocarse principios constitucionales, se debe entender que “esas normas constitucionales exigen para su aplicación de desarrollos legales”.⁶¹ Esto recuerda el concepto de *pantalla legislativa* al que se hizo referencia en el capítulo tres. Así, el juez administrativo señaló que la violación de normas constitucionales pasaría obligadamente por las legales o reglamentarias y esto hacía que fuera imposible determinar una violación manifiesta de normas constitucionales.

En el mismo sentido, tal y como se plasmó en las decisiones durante la vigencia de la Ley 130 de 1913, en decisiones del año 2003 se sigue impidiendo al juez efectuar un análisis de fondo para determinar si un acto infringe o no una norma superior. En este sentido, lo que se le pide al juez es que

[...] 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 juez.⁶²

Así, dentro de la labor del juez en el estudio de la procedencia de la medida cautelar, que, como se ha visto, es una labor muy pasiva, el grado de certeza que se le exige es muy alto. De ahí que el juez deba contar con los elementos documentales suficientes; así, si no son aportados los documentos, se negará la suspensión provisional.⁶³

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola, Bogotá, ocho (8) de marzo del dos mil uno (2001).

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Cuarta. Consejero ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, Bogotá, cuatro (4) de abril de dos mil tres (2003).

⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Bogotá, veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007).

Como se puede ver es difícil hacer una fuerte distinción entre los cuatro periodos legislativos y la interpretación judicial en cada uno, más bien se encuentran distinciones sutiles, pero que, en todo caso, parecen no corresponder a un cambio normativo. Por ejemplo, y contrario a lo observado en los primeros dos periodos, en donde se llegó a aceptar la suspensión provisional de decretos reglamentarios, en el 2010 (en el estudio de la facultad reglamentaria otorgada por la Ley 909 de 2004) se dispuso 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.⁶⁴

De esta manera, en términos generales se puede afirmar que no se observa una línea o una tendencia uniforme sobre en cuáles casos y bajo qué criterios procede la suspensión provisional. La indeterminación de las normas durante estos tres periodos parece haber dificultado la generación de reglas jurisprudenciales claras sobre qué entender concretamente por violación manifiesta o flagrante (recuérdese que la norma vigente ya no contiene esta categoría). Pero la indeterminación es una característica que no podemos suprimir del derecho, por lo que a lo sumo lo que se esperaría es una construcción jurisprudencial más homogénea sobre qué entender por violación manifiesta.

En todo caso, se observa que el criterio que generalmente se ha seguido es el de aceptar la procedencia de la medida cautelar cuando no haya necesidad de interpretar, cuando el caso sea fácil, pero entonces ¿tiene acaso más derecho a la tutela judicial efectiva alguien que se encuentra dentro de un caso fácil? ¿Es este el criterio el adecuado para garantizar la vigencia del Estado constitucional?

Es cierto que la ley establece los requisitos de procedencia de esta medida cautelar, pero dado que algunos de estos son de carácter indeterminado, cada juez es quien decide si cuenta o no con los elementos de juicio para hacer la

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá, cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).

“confrontación de normas”, si debe indagar o verificar más. Así, dentro de ese espacio de discrecionalidad resulta interesante resaltar que:

Si se leen los autos en orden cronológico —de 1940 a 2012—, el resultado que se obtiene es el mismo que cuando se leen del 2012 a 1940. Se encuentra una posición inamovible. Llegar a esta conclusión no es tan sorprendente. El carácter estático puede ser justificado a partir de las razones que se han expuesto en los capítulos anteriores, es decir, he señalado que el rol del juez es dinámico y que él puede decidir o no cambiar su rol. Sin embargo, esto no impide que se le pueda reclamar que actúe conforme al Estado social y constitucional de derecho, pues solo así se entendería legitimado.

Por otra parte, llama la atención la escasa motivación que se expone en los autos analizados y que resuelven la procedencia de esta medida cautelar. Casi como un texto estándar, los autos reproducen 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 tautológicos 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.

Por tal razón, y aunque ya no se establezca el concepto “manifiesta infracción”, resulta importante reconocer el deber de motivación que se hace explícito en el artículo 229 de la nueva Ley 1437 del 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” (cursivas de la autora). Este es un elemento muy relevante a la hora de decidir una cuestión que puede llegar a afectar derechos fundamentales y que, por tanto, permite legitimar 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.

[...].

Desde otra perspectiva, la respuesta judicial genera un elemento de estudio y doctrina para casos similares, creando jurisprudencia y una fuente de Derecho.⁶⁵

De esta manera, el deber de motivación asegura un ejercicio argumentado por parte del juez que responde a su rol en el Estado constitucional. Alguien podría afirmar que el deber de motivación, al pretender la búsqueda de una decisión razonada y no arbitraria, supone que el juez es un actor apolítico que decide sin consideración de sus preferencias ideológicas. Sin embargo, aunque la motivación permite controlar que, efectivamente, hayan sido razones de derecho y no de otro tipo las que fundamentan la decisión del juez, esto no contradice lo que se ha venido sosteniendo en este texto sobre la permeabilidad ideológica de las decisiones judiciales (limitada a los modelos de Estado). Al contrario, el deber de motivación no excluye esta permeabilidad, sino que permitirá concretar estas preferencias de modo que se pueda hacer explícito su razonamiento, controlar y reclamar el respeto por el Estado constitucional de derecho.

⁶⁵ Sentencia del 26 de octubre de 2006, radicada 22733. Citada en: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez, Bogotá, diez (10) de marzo de dos mil diez (2010).

6.2.2.2. La suspensión provisional para la protección de derechos constitucionales fundamentales

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 entre la acción de tutela y la suspensión provisional. Ahora, es relevante mostrar, brevemente, cómo esta tensión ha sido presentada por el Consejo de Estado.

Una primera forma en la que, en este tema, se concreta esta tensión se da en vigencia del código 01 de 1984 —modificado por el Decreto 2304 de 1989 (artículo 31). Así, se comenzó a generar una discusión acerca de las relaciones entre la acción de tutela y la suspensión provisional, y sobre qué sucedería en caso de que ambas fueran interpuestas al mismo tiempo. Así, 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 [...]”.

Frente a esta posibilidad, debe recordarse que la Corte Constitucional estableció en su momento que, en caso de que procediera la acción de tutela, la suspensión provisional no tendría lugar, ya que se consideraban como mecanismos con idéntica finalidad.⁶⁶ Pero, posteriormente, en el año 94 se agregó que, en todo caso, no podía confundirse el poder del juez de tutela con la suspensión provisional. Es decir, que inaplicar el acto (por parte del juez de tutela) no equivalía a suspenderlo provisionalmente, pues lo segundo recae sobre la materialidad del acto, mientras que su inaplicación “lo deja incólume” hasta que sea suspendido o anulado por el juez administrativo.⁶⁷ Son ejemplos concretos de esta tensión los fallos de tutela de la Corte Constitucional, en los cuales se dejaron sin efectos los actos administrativos de las declaratorias de insubsistencia de cargos de empleos en provisionalidad por considerar que su falta de motivación era violatoria del debido proceso.⁶⁸

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 1992. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. En igual sentido, Sentencia T-090 de 1995 y T-100 de 1994.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-203 de 1993. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁸ En sentencia de tutela T-696 del 1.º 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

Estas decisiones incrementaron la tensión entre jurisdicciones, lo que llevó a que en la jurisprudencia del Consejo de Estado se comenzara a declarar la improcedencia de las acciones de tutela. Así, uno de los argumentos para declarar la improcedencia fue, precisamente, que la medida cautelar de suspensión provisional era el medio más apto, pues es un “mecanismo judicial [...] para la protección de los derechos fundamentales [...] [y] expedito, toda vez que debe ser resuelta de manera previa por el juez de lo contencioso administrativo en el auto admisorio de la demanda”.⁶⁹

Pero pese a los intentos por aumentar la credibilidad de la suspensión provisional como medida protectora de derechos fundamentales, lo cierto es que no ha logrado ser reconocida como una medida eficaz. Así, Barrera Carbonell se ha referido a la ineficacia de esta figura para la protección de derechos constitucionales fundamentales debido a la forma como estaba regulada en el Decreto 01 del 84. Observa que, al tratarse de normas preconstitucionales, no estaban concebidas para la protección de estos derechos y, por tal motivo, este exmagistrado de la Corte Constitucional ha propuesto dar esta nueva visión a las acciones contenciosas y contemplarlas como mecanismos para la protección de tales derechos.⁷⁰

De todas maneras, pareciera estar comenzando a tener más acogida esta nueva visión, la cual propone que el principio de “efectividad de los derechos” es el que debe estar por encima del temor al prejuzgamiento, o el que disuelva el choque con el principio de legalidad y la eficiencia de la administración. Como se advirtió, esto parece ser lo planteado en el discurso que fundamentó el nuevo código contencioso administrativo.⁷¹

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”.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Tutela. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Barcenás, Bogotá, dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010).

⁷⁰ Barrera Carbonell, op. cit., p. 909.

⁷¹ Correa Palacio, Ruth Stella. “Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia”. En: *Memorias Seminario Franco colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, pp. 145-159 [en línea]. Disponible en: <http://190.24.134.67/pce/memorias/medidas%20cautelares.pdf>

6.2.2.3. La búsqueda de nuevos enfoques de interpretación que potencien el Estado social y constitucional de derecho

Los tres primeros periodos de la suspensión provisional llevan a señalar que, como la regla general, ha existido una interpretación estática por parte del juez en este tema. No olvidemos que entre el tercer y el cuarto periodo se plasmó en la Constitución de 1991 el Estado social de derecho, lo cual es una razón para esperar que, incluso antes de la promulgación de la nueva ley del año 2011, la interpretación judicial tuviera en cuenta la efectividad de los derechos por encima del principio de legalidad formal. Pero esto no ha sido así.

Una nueva oportunidad parece surgir en el nuevo código; no obstante, también es verdad que el cuarto periodo no puede ser evaluado todavía, se debe esperar para revisar en unos años si con la nueva Ley 1437 de 2011 y con la interpretación que de los respectivos artículos sobre suspensión provisional se haga, se cumplirá este propósito.

Llama la atención que la doctrina extranjera observa un comportamiento similar en otros países. 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 influido sobre la interpretación de esta figura. Y con mucha similitud a lo señalado aquí, también se ha afirmado que la influencia del sistema comunitario y del derecho constitucional han implicado un cambio en la concepción clásica del derecho administrativo.⁷² No obstante, afirmar este cambio no significa que sea llevado a la práctica, pues también se reconoce que el Consejo de Estado ha mantenido una “actitud de inmovilismo”,⁷³ lo que se ha interpretado como un juez que tiene un “respeto más supersticioso que razonable de las prerrogativas de [la administración]”.⁷⁴ Esta superstición, de acuerdo con este trabajo, termina avalando los principios del Estado liberal de derecho.

Así, el reclamo que busca obtener una interpretación que garantice la tutela judicial efectiva es compartido por la doctrina extranjera, en donde el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el sistema de la Unión Europea llevan a presionar cambios en la interpretación de medidas cautelares; a pedir

⁷² García de Enterría, op. cit., p. 306.

⁷³ Ibid., p. 306.

⁷⁴ Ibid., p. 309.

su extensión, y a evitar las sentencias judiciales frustradas. 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 más garantista en la suspensión provisional.

6.2.2.3.1. Interpretar la Ley 1437 de 2011 de tal modo que la suspensión provisional sea un mecanismo de protección de derechos subjetivos

El punto de partida para hacer más consistente la interpretación sobre esta figura puede estar en el objetivo que se propone cumplir la jurisdicción de lo contencioso administrativo.⁷⁵ Es decir, si se afirma que esta jurisdicción pretende “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y en la ley y la preservación del orden jurídico”, es de esperar que la interpretación judicial de la suspensión provisional avance en ese mismo camino.

Dada la reciente entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, es difícil hacer 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. Por el momento, solo es posible observar cuáles han sido los primeros pasos que se dan en la construcción de este camino:

En auto del 13 de septiembre de 2012, se señalaron los presupuestos que establece la norma —Ley 1437 de 2011— para que proceda la suspensión provisional. Así, en este auto se señaló que la nueva norma permite al juez: (i) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y (ii) estudiar las pruebas allegadas con la solicitud. En ese sentido, “la Sala recuerda que [...] 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”.⁷⁶

Este auto resaltó como innovador el hecho de que la nueva ley (artículo 231) incorpore dos nuevos verbos: analizar y estudiar. Al parecer, según el auto, gracias a estos puede hacerse una interpretación más amplia, pues analizar y

⁷⁵ Con esto no quiero afirmar que solo la Ley 1437 de 2011 contiene un punto de partida. Ya se ha dicho que desde la Carta de 1991 existía.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, Bogotá, trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012).

estudiar son nociones contrarias a la de *prima facie*. Este es entonces uno de los nuevos cambios de interpretación, que ya fue reiterado en el año 2014. El Consejo de Estado afirmó en acción de tutela que ya no es operante el anterior método que suponía hallar una contradicción “evidente” entre norma y acto. Ahora, con la Ley 1437 de 2011, “[...] se ha dado paso a la posibilidad de que el Juez analice si, conforme los argumentos esgrimidos en la solicitud y las pruebas allegadas con la misma, se debe decretar la suspensión requerida”.⁷⁷

Sin embargo, aunque debe verse con buenos ojos el que se abandone la idea de *prima facie*, se debe recordar que en el que denominé segundo periodo ya se había introducido la posibilidad de hacer un “examen” de las pruebas aportadas, y que también con una interpretación literal puede decirse que el verbo examinar significa estudiar. En este sentido, ¿por qué debe parecernos innovador?; tal vez no sea del todo acertado calificar estos verbos como innovadores porque ya estaban en el periodo del 84. Lo que sí debería calificarse como innovador es la interpretación judicial, siempre que esta logre moverse de la tradicional posición que se ha comentado anteriormente.

Por otra parte, llama la atención que, a pesar de mostrar esta amplitud interpretativa (aunque basada en una interpretación literal), el auto del 2012 matiza el carácter “innovador” del nuevo código, pues subraya que como el artículo 229 establece que “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, el juez debe ser “muy cauteloso” y guardar “moderación a fin de que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento”.⁷⁸ Aunque es entendible que la medida cautelar no debe suponer prejuzgamiento, el hecho de llamar a cautela y moderación también podría ser interpretado en un sentido restringido por otros jueces e impedir que la suspensión provisional se amplíe a la protección de derechos fundamentales.

Lo señalado en este apartado no permite establecer mayores conclusiones, salvo que es de esperar que las decisiones tengan en cuenta el objetivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de tal modo que la interpretación del nuevo código permita ir corriendo la frontera hacia el reconocimiento de

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Tutela. Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, febrero dieciocho (18) de dos mil catorce (2014).

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Quinta. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, op. cit.

la tutela judicial efectiva como principio prioritario. No deja de preocupar, sin embargo, que la interpretación del artículo 231 del nuevo código se restrinja a una interpretación literal centrada en los nuevos verbos “estudiar” y “analizar”, pues es difícil proyectar cómo, con esta técnica de interpretación, ambas palabras llegarán a incluir en su significado la garantía de la tutela judicial efectiva.

6.2.2.3.2. Aproximar la interpretación de la suspensión provisional a las tendencias internacionales

Cuando se mira hacia las tendencias internacionales de interpretación en materia de medidas cautelares se observa que allí también se cuestiona por qué preferir una interpretación estática y literal 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.

Debe tenerse presente que la finalidad principal y originaria de las medidas cautelares era garantizar la actividad jurisdiccional —y no un derecho subjetivo. Esto significaba que su funcionamiento 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”.⁷⁹ Pero ya no deberían ser suficientes los argumentos históricos para justificar que ello sea así todavía. Es claro que no debe desconocerse el contexto en el cual surgen las instituciones jurídicas, pero este hecho tampoco debe impedir que, dada la propia dinámica de los contextos, se modifiquen las instituciones, por vía legal o por vía judicial. Pero ¿qué impide que estas modificaciones operen? La respuesta que se ha estado proponiendo en este texto, sin desconocer que existen otras, es ideológica porque una perspectiva ideológica y no solo jurídica puede explicar el porqué de la falta de armonía entre el modelo de Estado vigente y el derecho judicial.

En el campo del derecho internacional, puede percibirse mejor el cambio de enfoque solicitado en pro de la tutela judicial efectiva. Cançado ha mostrado cómo en el derecho internacional de los derechos humanos,

⁷⁹ Cançado Trindade, Antonio. “Reflexiones sobre el instituto de las medidas cautelares o provisionales de protección: desarrollos recientes en el plano internacional”. En: Ferrer MacGregor, Eduardo et al. *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.

[...] 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.⁸⁰

Ahora bien, al ser conscientes de que este cambio también opera a nivel internacional, creo que deberían tenerse en cuenta dos cuestiones. La primera es la posibilidad de que el derecho nacional y el juez colombiano puedan tomar o aprender algo del derecho internacional, no tanto de lo legislado, sino de la interpretación judicial, y la segunda es tener presente que algunos casos nacionales han llegado al ámbito internacional por considerar que el derecho nacional no ha sido efectivo al no primar el principio de protección de los derechos fundamentales. Obviamente, en estos casos deberá tenerse presente el cumplimiento del principio de subsidiariedad,⁸¹ pero lo importante es observar que hay una tendencia hacia la ampliación de la interpretación de las medidas cautelares y que, en la medida en que los Estados no cumplan, existe un sistema internacional que cuando menos declarará tales insuficiencias y buscará amparar los derechos.⁸²

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 348.

⁸¹ “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 solo cuando estos 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*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 24.

⁸² 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 sostuvo, entre otras cosas, 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”.

Es verdad que estos casos cuando llegan a instancias internacionales son muy polémicos. Sobre todo en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. No viene al caso desarrollar esta polémica en este momento, simplemente intento poner de presente los riesgos e impactos internacionales que la interpretación restrictiva de las medidas cautelares puede ocasionar.

7. Conclusiones

Ahora, se debe recordar la pregunta de investigación que se planteó al inicio de este trabajo: ¿el juez administrativo colombiano cuenta o no con elementos para influir en las transformaciones del derecho administrativo y en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho? Los seis capítulos de este libro han pretendido articular una posible respuesta, por lo que en este punto puede afirmarse que el juez contencioso administrativo colombiano cuenta con elementos para influir en las transformaciones del derecho administrativo y para fortalecer el Estado social de derecho. Estos elementos provienen de (i) la dinámica de las transformaciones del derecho administrativo legislado, (ii) las transformaciones y los cambios institucionales, y (iii) el nivel de fuerza vinculante que el sistema jurídico le otorga a la jurisprudencia, los métodos de interpretación usados y los tipos de argumentos utilizados en las decisiones. Todos estos elementos se encuentran permeados por determinadas preferencias ideológicas (modelos de Estado).

Al tratarse de preferencias ideológicas, el uso que de ellas se haga en las decisiones judiciales puede alterar el curso de acción del derecho administrativo legislado, influir o cambiar el modo en que este se transforma. El uso de estas preferencias puede ser consciente o inconsciente, y llevará a que el juez asuma un rol que fortalecerá el Estado social y constitucional de derecho o robustecerá el antiguo Estado liberal de derecho.

A continuación, teniendo en cuenta la lógica que permitió estructurar el presente texto, se presentan 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 posible gracias al carácter permeable que tienen tanto de las decisiones judiciales como del derecho a las ideologías de los modelos de Estado.

A su vez, esta permeabilidad es posible dado que la relación entre política y derecho se encuentra presente en las relaciones Estado-derecho, Estado-juez, derecho-juez. Además, debido a la interdependencia entre estas relaciones, se puede entender que una será la transformación del derecho legislado y otra será la lectura de esas transformaciones a la luz del derecho judicial.

- La fórmula actual, consagrada en la Carta Política de 1991, es la del Estado social de derecho entendido como constitucional y democrático. Al ser un modelo teórico, en la práctica no se predica como un modelo puro, a 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 debe direccionar la política y el derecho.
- Los procesos de adaptación y renovación en el derecho administrativo (como instrumento y límite de la administración pública) son una constante. El papel del Estado y su relación con el ciudadano son asuntos que el derecho administrativo mantiene en su propia concepción y son elementos que contribuyen a formar sus dinámicas de transformación.

Estas dinámicas pueden verse incididas o 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. Adicionalmente, tanto la actualización como la no actualización del derecho que haga que el juez pueda ser consciente o inconsciente. Este factor supone aceptar que existe un componente ideológico en la decisión judicial, pero que es imposible, al menos en este trabajo, probar la verdadera intención ideológica del juez. Así, puede ser que el juez tenga en su mente determinada posición ideológica y pretenda usarla para interpretar el derecho, pero también puede suceder que, aunque pretenda aislarse de toda posición ideológica, utilice cierta interpretación jurídica que terminará por expresar un modelo de Estado en particular. En definitiva, aunque no se pueda ingresar en el ámbito psicológico de cada juez, sí es posible afirmar que no se escapa de expresar la ideología de un modelo de Estado en particular.

- La constitucionalización del derecho administrativo es una tendencia que puede verse como un obstáculo o una pérdida de las tradicionales base del derecho administrativo, pero también puede verse como un aporte a su redefinición y a la retroalimentación y evolución del 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 el 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 debe 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 colombiano y las tensiones ideológicas en su interior conforman un panorama de principios y reglas antagónicas. Estos principios y reglas construyen un espacio conflictivo para el trabajo del juez, quien tiene que elegir y decidir cuál principio o regla 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) para 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 de los modelos de Estado. Pero esto no debe llevar a afirmar que el juez es decisionista. El decisionismo judicial no está atado, únicamente, a la idea de la “incorporación del valores”, también se es decisionista (o siguiendo a Atienza, determinista) cuando se asumen tesis “conservadoras” y estáticas que fortalecen un modelo que no corresponde al Estado social de derecho. Así, se afirma que 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 más se impone como mecanismo para lograr la seguridad jurídica y la igualdad. Esto, además, supone que el juez cuenta con posibilidades más amplias para potenciar la expansión 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 figura de la suspensión provisional, se pudo observar una tendencia estática en la interpretación judicial. Sin embargo, lo estático no significa no ideológico. Significa que el juez tiene tal relevancia que puede *separarse* de la ideología del derecho administrativo en el Estado social de derecho. Y separarse de esa ideología implica también un acto ideológico.

Para este caso específico, se demostró que el juez administrativo tiene en sus manos la posibilidad de usar métodos y discursos jurídicos aptos al modelo de Estado constitucional y lograr con ello la efectividad de dicha medida cautelar. No obstante, la mayoría de decisiones niegan la procedencia de esta medida. Lo que se encuentra detrás de esta negación es una defensa del predominio del principio de eficiencia de la administración pública y de ejecutoriedad del acto administrativo, principios que priman, sobre todo, en un modelo de Estado liberal. De todas formas, 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 tanta relevancia que no importa si cambia la ley o el contexto jurídico, él siempre podrá seguir manteniendo la tendencia estática.

- El espacio de creación que tiene el juez para decidir sobre la procedencia o no de la suspensión provisional podría ser cubierto con una mejora en los mecanismos de control judicial. Es de resaltar el deber de motivación de los autos interlocutorios, al evitar —mediante su

regulación— que se presente de forma encubierta una ideología subyacente contraria al Estado constitucional. 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”.¹ Además, ya existe un avance importante en la Ley 1437 de 2011, que en su artículo 229 señala: “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”.

¹ Prieto Sanchís, op. cit., p. 126.

Bibliografía

- Aguiló, Josep. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. En: *Isonomía*, n.º 6, abril, 1997, pp. 71-83 [en línea]. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89835.pdf>
- Aguiló, Josep. *La constitución del Estado constitucional*. Bogotá: Temis, 2004.
- Aguirre Román et al. “¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? Una mirada en el Estado constitucional”. En: *Revista de Derecho*, n.º 32, julio-diciembre, 2009, pp. 1-29 [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000200002&lng=es&nrm=iso
- Alli Aranguren, Juan Cruz. *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid: Civitas Ediciones, sL, 2004.
- 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.º extra 12, 2011, pp. 1-27 [en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12271>
- 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. Bogotá: 1, 2 y 3 de febrero de 2011.
- Alviar García, Helena. (Coord.). *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.
- Alviar García, Helena. “¿Quién paga o debe pagar por los costos del Estado social de derecho?”. En: *Revista de Derecho Público*, n.º 22, febrero de 2009, pp. 1-17 [en línea]. Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=22&idarticulos=188&tipos=Artículos>
- Alviar García, Helena. “Una mirada distinta a las transformaciones del derecho administrativo”. En: *Revista de Derecho Público*, n.º 19, junio de 2007, pp.

- 3-14 [en línea]. Disponible en: <http://derechopublico.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=19&idarticulos=1&tipos=Artículos>
- Ámbito Jurídico. “La obligatoriedad del precedente jurisprudencial es ley”. En: Ámbito Jurídico. Bogotá, 4 de febrero de 2012, p. 2 [en línea]. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/>
- Aparicio Wilhelmi, Marco. “Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea”. En: 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.
- 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. Bogotá: 1, 2 y 3 de febrero de 2011
- 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.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Atienza, Manuel. “El sentido del Derecho”. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. En: Deubal, Roth. *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31 de octubre, 2003. Documento libre. Globalización, derecho y justicia: el Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material.
- Barnés Vázquez, Javier. (Coordinador). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. España: Derecho Global, 2006.
- Barrera Carbonell, Antonio. “Hacia una nueva concepción de la suspensión del acto administrativo en Colombia”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México)*, n.º 090, vol. xxx, 1997, pp. 899-912 [en línea]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=427>
- Botero, Luis Felipe. *Acción popular y nulidad de actos administrativos*. Bogotá: Legis, Universidad del Rosario, 2004. En: Peña Porras, Diego. *La construcción del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

- 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, 2000.
- Bushnell, David. Colombia. *Una Nación a pesar de sí misma*. 3ª ed. Bogotá: Editorial Planeta, 2009.
- Calvo García, Manuel. *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- 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 et al. *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, pp. 343-349.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, 2 t.
- Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009.
- Cassese, Sabino. *New Paths for Administrative Law. A Manifesto* [en línea]. Disponible en: <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/New-paths-for-administrative-law.-A-manifesto.pdf> [consultado el 1 de julio de 2012].
- Cerra Jiménez, Luis Eduardo. *Valor persuasivo del precedente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia*. s.f. 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. Bogotá: 1,2 y 3 de febrero de 2011, pp. 373-378.
- 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. Bogotá: 1,2 y 3 de febrero de 2011, pp. 79-103.
- Correa Palacio, Ruth Stella. “Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia”. En: *Memorias Seminario Franco-colombiano. Reforma a la*

- Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Consejo de Estado de la República de Colombia, Consejo de Estado de la República Francesa. Bogotá: 7-11 julio de 2008, pp. 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.
- Chaparro, Adolfo y Galindo, Carolina. *Génesis y transformaciones del Estado nación en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- Escobar Martínez, Lina Marcela. "La actividad constitucional del Consejo de Estado colombiano". En: *Vniversitas*, n.º 111, enero-junio de 2006, pp. 65-94.
- 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". En: *Revista de Libros*, n.º 66, junio de 2002 [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, pp. 134-156. Citado en: 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. Bogotá: 1, 2 y 3 de febrero de 2011.
- Fariñas Dulce, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas serie G. Estudios Doctrinales, n.º 121, 1989 [en línea]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=969>
- Favoreu, Louis Joseph. La constitucionalización del derecho. En: *Revista de Derecho*, vol. 12, n.º 1, agosto de 2011, pp. 31-43.
- Ferrajoli, Luigi. "Estudios. El derecho como sistema de garantías". En: *Revista Jueces para la Democracia*, n.º 16-17, 1992, pp. 61-69 [en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2551827>

- Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Ferreres, Víctor y Xiol, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- García de Enterría, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español*. Madrid: Civitas, 2004.
- García Villegas, Mauricio. “No solo 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, n.º 10, primer semestre, 2004.
- Gargarella, Roberto. “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The people themselves de Larry Kramer”. En: *Revista de Libros*, n.º 112, abril de 2006.
- Gerardo Meil, Landwerlin. “El Estado social de derecho: forsthoff y abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”. En: *Revista de estudios políticos*, n.º 42, 1984, pp. 211-226 [en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=26806>
- Giddens, Anthony. “Socialdemocracia y neoliberalismo”. En: *Claves de Razón Práctica*, n.º 89, febrero de 1999, pp. 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 Ibáñez [Buenos Aires], Depalma, 2011.
- González Pérez, Jesús. “El derecho administrativo”. En: *La ciencia del derecho durante el siglo XX*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1998 [en línea]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114>
- González Salas, Edgar. “La reforma de la administración pública 2002-2009”. En: *Política Colombiana*. Octubre-diciembre, 2009, pp. 28-45 [en línea]. Disponible en: http://revistapoliticacolombiana.com/contenido_segundaEdicion.html
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003, 4 t. [en línea]. Disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf

- 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.
- Henao Hidrón, Javier. *Panorama del derecho constitucional colombiano*. 11ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- 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. Bogotá: 1,2 y 3 de febrero de 2011, pp. 233-244.
- Ibáñez Najar, Jorge Enrique. “20 años de vigencia del Código Contencioso Administrativo Colombiano”. En: *Revista Civilizar*, n.º 5, diciembre de 2003 [en línea]. Disponible en: 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*, n.º 50-51, pp. 5-22.
- Kahl, Wolfgang. “What Is ‘New’ about the ‘New Administrative Law Science’”. En: *European Public Law*, vol. 16, n.º 1, 2010, pp. 105-121 [en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3156140>
- Kennedy, Duncan. *A critique of Adjudication {fin de siècle}*. Harvard: Harvard University Press, 1997.
- Kligksberg, Bernardo. “Hacia un nuevo perfil del Estado en América Latina: los cambios en las percepciones y las demandas de la ciudadanía”. En: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 32, junio de 2005.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2ª ed. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2006.
- López Medina, Diego Eduardo. “El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano”. En: *Revista de Derecho Público*, n.º 19, junio de 2006, pp. 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*. Stanford: Stanford University Press, 1981, p. 126. Citado en: Zamboni, Mauro. *Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg, 2008.
- Madriñán, Ramón. *El Estado social de derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.

- 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.
- Meil Landwerlin, Gerardo. “El Estado social de derecho: forsthoff y abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”. En: *Revista de estudios Políticos*, n.º 42, 1984, p. 217 [en línea]. Disponible en: <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.
- 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.
- 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.
- 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, pp. 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>
- 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. Bogotá: 1, 2 y 3 de febrero de 2011, pp. 105-110.
- Parejo Alfonso, Luciano. *Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez, 1998.
- 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*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009 [en línea]. 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.
- Pisarello, Gerardo. “El Estado Social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”. En: Abramovich, Víctor *et al. Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2006, pp. 23-53.
- Plazas Vega, Mauricio. *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario. Las ideas políticas de la hacienda pública*. Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- Prieto Sanchís, Luis. *Ideología e interpretación jurídica*. España: Tecnos, 1987.
- Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. “La lectura administrativa de la Constitución Política”. En: *Universitas Jurídica*, n.º 104, diciembre de 2002, pp. 149-165.
- Riberi, Pablo. *Derecho y política: tinta y sangre*. En: Gargarella, Roberto (Coord.). *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- Rodríguez 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*, n.º 151-152-153, enero-junio de 1987, pp. 159-187.
- Rodríguez 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 de 2004, Madrid, España.
- Rodríguez 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 [en línea]. Disponible en: http://expresa.la/interna.php?tipo=documentos&id_elemento=7
- Rodríguez, Libardo. “Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI”. En: Fernández Ruiz, Jorge (Coord.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, pp. 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. Bogotá: 1, 2 y 3 de febrero de 2011, pp. 441-448.
- Romero Díaz, Héctor. "El Consejo de Estado como unificador de jurisprudencia". En: *Memorias Seminario Franco-colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Consejo de Estado de la República de Colombia, Consejo de Estado de la República Francesa. Bogotá: 7-11 julio de 2008, pp. 97-107.
- Ruffert, Matthias. *The Transformation of Administrative Law in Europe. La Mutation du Droit Administratif en Europe*. München: Sellier, 2007.
- 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>
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- Santofimio Gamboa, Jaime. *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo*. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, 4 t.
- Santos, Boaventura de Sousa. *La caída del Ángelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: ILSA, 2003.
- Schmidt Assmann, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003.
- Schmitz, Thomas. "European Journal of International Law". *Oxford Journals Law*, vol. 19, n.º 3, 2008, pp. 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 [en línea]. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2091888>
- Tamayo Jaramillo, Javier. *La decisión judicial*. T. II. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike. 2011.
- 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*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- Treves, Renato. La doctrina del Estado de Hermann Heller. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 25-26, enero-junio de 1957, pp. 341-364.
- Uprimny, Rodrigo y Rodríguez, 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.
- 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.
- 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.
- Villegas, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis, 2010.
- Weber, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. Citado en: Deubal, Roth. *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Panamá, 28-31 de octubre de 2003. Globalización, Derecho y Justicia: el Estado y las Políticas Públicas entre Justicia Formal y Justicia Material.
- Younes Moreno, Diego. *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 2004.
- Younes Moreno, Diego. *Las reformas del Estado y de la administración pública*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2005.
- Zamboni, Mauro. *Law and Politics. A Dilemma for Contemporary Legal Theory*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg, 2008.
- 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 Presenta-*

ción del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. Bogotá: 1, 2 y 3 de febrero de 2011.

Decisiones de la Corte Constitucional citadas

Corte Constitucional, Sentencia T-533 de 1992. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-505 de 1992. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 1992. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 1992. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional, Sentencia T-100 de 1994. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-203 de 1993. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia T-256 de 1995. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T-090 de 1995. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia T-131A de 1996. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia su-039 de 1997. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 1999. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T-175 de 1997. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia T-321 de 1998. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia T-566 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 1998. M. P.: Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia su-047 de 1999. M. P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-596 de 2000. M. P.: Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Sentencia T-1430 de 2000. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2001. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T-1130 de 2003. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-864 de 2004. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T-1252 de 2005. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 2006. M. P.: Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2011. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-359 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

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

Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Decisiones del Consejo de Estado citadas

Consejo de Estado. Sala de Decisión. Consejero ponente: Pedro Martín Quiñones, Bogotá, dos (02) de junio (06) de mil novecientos treinta y uno (1931).

Consejo de Estado. Consejero ponente: Guillermo Peñaranda Arenas, Bogotá, agosto veinticuatro (24) de mil novecientos treinta y nueve (1939).

Consejo de Estado. Consejero ponente: Carlos Rivadeneira G., Bogotá, julio doce (12) de mil novecientos cuarenta (1940).

Consejo de Estado. Consejero ponente: Carlos Rivadeneira G. Bogotá, julio doce (12) de mil novecientos cuarenta (1940).

Consejo de Estado. Consejero ponente: Guillermo Peñaranda Arenas, Bogotá, diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941).

Consejo de Estado. Consejero ponente: Gonzalo Gaitán, Bogotá, enero veintisiete (27) de mil novecientos cuarenta y dos (1942).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Guillermo Peñaranda Arenas, Bogotá, tres (03) de agosto de mil novecientos cuarenta y tres (1943).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Daniel Anzola Escobar, Bogotá, enero trece (13) de mil novecientos cincuenta y uno (1951).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: doctor Jorge Valencia Arango, Bogotá, nueve (09) de junio (06) de mil novecientos setenta y seis (1976).
- Consejo de Estado. Sala de Decisión. Consejero ponente: Enrique Acero Pimentel, Bogotá, agosto treinta (30) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).
- Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Jacobo Pérez Escobar, Bogotá, veintidós (22) de abril (04) de mil novecientos ochenta y dos (1982).
- Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Carlos Galindo Pini-lla, Bogotá, veinte (20) de agosto (08) de mil novecientos setenta y nueve (1979).
- Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Roberto Suarez Fran-co, Bogotá, tres (03) de agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981).
- Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero ponente: Ignacio Reyes Posada, Bogotá, dos (02) de febrero (02) de mil novecientos ochenta y tres (1983).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Samuel Buitrago Hurtado, Bogotá, nueve (09) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Samuel Buitrago Hurtado, Bogotá, primero (01) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, Bogotá, noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).
- Consejo de Estado. Sección Quinta. Consejero ponente: Amado Gutiérrez Velás-quez, Bogotá, tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola, Bogotá, ocho (8) de marzo del dos mil uno (2001).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Cuarta. Consejero ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, Bogotá, cuatro (4) de abril de dos mil tres (2003).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Bogotá, veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, tres (3) de febrero de dos mil nueve (2009).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá, cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Tutela. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Barcenas, Bogotá, dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Quinta. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, Bogotá, trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012).
- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Tutela. Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, febrero dieciocho (18) de dos mil catorce (2014).

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon Pro
11,5 puntos, impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método *hot melt*, en abril de 2015, en
Bogotá, D. C., Colombia.
en Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.