

Título:“La ponderación como técnica de solución al conflicto de principios en el
Derecho Administrativo”

Alumno: Johana Vega Arenas

Director de la Investigación: Dr. Manuel Quinche

Facultad de Jurisprudencia

Universidad El Rosario

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. NUEVA CONCEPCIÓN DE ESTADO.

1.1 Nociones e implicaciones de la concepción de Estado vigente.

1.2 Implicaciones en el derecho administrativo colombiano de la concepción de Estado vigente actualmente. Alcances de la nueva concepción de Estado en el Derecho Administrativo.

2. TEORÍA DE PRINCIPIOS

2.1. Colisión de principios

2.2. Principio de legalidad en el Derecho Administrativo

3. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO.

3.1. El principio de proporcionalidad en la Constitución Política de Colombia y su aplicación por parte de la Corte Constitucional.

3.2. La supuesta proporcionalidad aplicada por el Consejo de Estado.

3.3. Aplicación por parte del Consejo de Estado de la proporcionalidad en las acciones constitucionales.

4. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El Estado Social de Derecho, concepción de estado aplicada actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano, tiene importantes significados, no sólo por su incorporación expresa en la Constitución sino por sus implicaciones obvias en la forma de analizar y aplicar el derecho. Adicionalmente, esta nueva concepción de Estado conlleva un cambio estructural que concierne necesariamente a los principios generales, como fuente principal de interpretación normativa y como parte estructural de las normas jurídicas que colaboran de una manera innegable en la comprensión del derecho y son determinantes para la aplicación del ordenamiento jurídico, el análisis casuístico y la interpretación judicial.

Los principios son la herramienta adecuada y favorable para que la tarea tanto del juez como del legislador sea más eficiente.¹ Son necesarios para comprender y explicar de una manera integral y sistémica los fenómenos jurídicos como quiera que son “normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa”²; por lo tanto, la incorporación de la concepción actual de Estado y los cambios principialísticos que conlleva, no pueden pasar desapercibidos en la normatividad

¹ “Sólo si admitimos que los principios integran el derecho y desempeñan en él un papel central podremos hacer justicia a la complejidad de aquél y representarnos adecuadamente la tarea de los jueces, quienes están siempre guiados por principios jurídicos...” Carrio, Genaro. Principios jurídicos y positivismo jurídico, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1990, p. 50.

² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

colombiana. Sería absurdo imaginar un derecho administrativo sin principios que lo ayudaran a desarrollarse, concretarse y a aplicarse de manera autónoma y eficaz³, así que la complementación razonada con los principios constitucionales del Estado Social de Derecho es ineludible y obligatoria.

Es evidente así, que tanto los principios consagrados en la Constitución Política para la nueva concepción de Estado, como los principios establecidos para el derecho administrativo, son las herramientas útiles y provechosas para solucionar los diferentes conflictos y problemas jurídicos que se presentan dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, ¿Qué ocurre cuando dichos principios, que son igualmente necesarios en la aplicación de la actual concepción de Estado así como en el derecho administrativo, se ven enfrentados? ¿Dichos principios tienen algún tipo de jerarquía entre ellos que hace que alguno deba ceder ante otro de mayor relevancia?

En estos casos, el derecho constitucional ha aplicado la teoría de la ponderación para solucionar este tipo de conflictos entre principios⁴. No obstante, el derecho

³“Nótese que en todo orden de derecho positivo, además de las normas formuladas en la Constitución, las leyes, los reglamentos, las costumbres, la jurisprudencia, figuran también de manera implícita, pero efectiva, unos principios tácitos, pero operantes, de estimativa jurídica, de axiología, o, si se prefiere de llamarlos así, de derecho natural. Y tan cierto es esto, que sin la referencia a tales principios ideales, ideales pero implícitamente incardinados dentro del orden jurídico positivo, ningún derecho podría funcionar prácticamente” Recasens Fiches, Luis. Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, México, 1985, p. 207.

⁴La Corte Constitucional en diferentes sentencias ha aplicado la teoría de la ponderación o “principio de armonización concreta” para solucionar colisiones o conflictos entre principios. Entre otras se

administrativo aún tiene una concepción anticuada al respecto, que permite que algunos de sus principios más relevantes, especialmente, el principio de legalidad, siempre sea favorecido y respetado a toda costa. Este *modus operandi* es clásico de la interpretación jurídica estática, siendo el menos adecuado y conveniente; lastimosamente, prevalece y sigue arraigado en la jurisdicción contenciosa, aunque en los últimos años se ha avanzado notablemente en este aspecto –como se demostrará mas adelante- y por tal razón, se pretende que esta visión interpretativa no sea la excepción sino la regla general.

Lo que se quiere demostrar con este escrito, es que la herramienta de la ponderación, es el método de interpretación adecuado, útil y verdaderamente justo para la solución de conflictos entre principios en la jurisdicción contencioso administrativa; el Consejo de Estado y sus jueces deben darle prevalencia al principio de proporcionalidad, avalado constitucionalmente y que conforme a la jurisprudencia constitucional colombiana, debe ser empleado, utilizado y aplicado, lo que garantizaría una visión contemporánea del ordenamiento jurídico administrativo.

Es importante resaltar que el Consejo de Estado se está abriendo camino poco a poco respecto al método de interpretación jurídica, apoyado en la ponderación para la

pueden ver las siguientes sentencias, que para nuestro criterio, son las mas representativas: T-425 de 1995, T-198 de 1996, C-448 de 1997, C-475 de 1997, SU-225 de 1998, T-588 de 1998, T-801 de 1998, C-741 de 1999, C-110 de 2000, C-371 de 2000, C-648 de 2001, T-1031 de 2001, C-1287 de 2001, C-916 de 2002, C-818 de 2005, C-822 de 2005, T-933 de 2005, C-355 de 2006 y C-210 de 2007.

solución de colisiones de principios; esto se puede observar claramente, cuando dicha Corporación resuelve acciones constitucionales -populares y de grupo-, como quiera que al realizar el análisis jurídico en este tipo de providencias, el Tribunal Contencioso se apodera de la mentalidad de juez constitucional y utiliza un raciocinio opuesto al que usa en las sentencias ordinarias. Sin embargo, no se entiende la razón del cambio, es más, no existe fundamento para el mismo, el alto tribunal no puede dejar a un lado la concepción principialística para caer en la aplicación de antaño de un raciocinio jurídico estático. Ya es hora que la jurisprudencia administrativa sea un referente importante en cuanto al análisis principialístico del derecho.

1. NUEVA CONCEPCIÓN DE ESTADO.

La evolución histórica en el modelo de Estado hasta llegar a la concepción presente de Estado Social de Derecho, es importante para demostrar como los principios orientadores establecidos en razón al nuevo modelo, son la respuesta a ordenamientos jurídicos estrictos y limitados que tienen que ser modificados y adaptados a la nueva principialística generada con la Constitución de 1991.

Así las cosas, el método interpretativo de la ponderación encuentra su fundamento en la normatividad constitucional del 91, que al consagrar los principios constitucionales de la actual concepción de Estado, facilitó notablemente la aplicación de la ponderación, que pretendemos ampliar hasta la justicia administrativa toda vez que consideramos que es la principal herramienta para lograr las finalidades constitucionales obligatorias y además, porque con ello se lograrían decisiones realmente equilibradas y sensatas.

1.1. Nociones e implicaciones de la concepción de Estado vigente.

Como antecedente relevante a la concepción de Estado que se establece en la Carta Política del 91 (Estado Social de Derecho), se encuentra el Estado liberal, que tiene su fundamento en la ley, en el sentido que la actividad del Estado debía estar atenta a

la expedición y aplicación estricta de las leyes, para así brindarle a los ciudadanos una seguridad no solo legal sino jurídica.

Esta “avalancha” de leyes, no sólo en su sentido literal, sino en el sentido amplio, en el cual la ley era la respuesta a un absolutismo difundido que no tenía límites (antecedente histórico de este modelo de Estado), fue la única arma contra el sistema dominante de la época; la creación, expedición y aplicación de leyes que contrarrestaran el poder absoluto que venía dominando las sociedades anteriormente, fue la opción adecuada para el momento social que se vivía en aquellos días.⁵

La separación de poderes, la igualdad ante la ley y el uso del poder de manera moderada fueron algunas de los principales postulados de un Estado liberal que estaba ansioso por contrarrestar los abusos del sistema de Estado que se había implantado. Con una ley general que aplicara para situaciones generales y que fuera adoptada por todos los individuos, se garantizaba no sólo el mantenimiento del

⁵“...el Estado [liberal] debe proceder al hombre de leyes, fijas, conocidas y aceptadas por consentimiento; un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos entre los hombres, y por último; instituir un poder que respalde la fuerza de tales sentencias, cuando éstas sean justas. Así, todo gobernante, tiene el compromiso de velar mediante unas leyes adecuadas, encaminadas a la protección de esa propiedad, para que el individuo pueda desarrollarse libremente, y para evitar que al hacerlo, entre en conflicto con el uso de la libertad de los demás.

“En consecuencia, toda la actividad del Estado debía limitarse a la creación y aplicación de leyes, las cuales deben representar el interés común, el cual resulta lógicamente de la suma de los intereses particulares (Locke) o de la voluntad general (Rousseau)” Madriñan Rivera, Ramón Eduardo. El Estado Social de Derecho, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997, p 33.

Estado y de sus sistemas sin ningún tipo de abuso en el poder, sino también la integridad del Estado.⁶

Las características mas importantes de este modelo de Estado y que pueden catalogarse como conquistas para la época en que sobrevinieron, son las siguientes: primero, la lucha incansable -que efectivamente dio como resultado el Estado Liberal como tal-, contra los regímenes absolutistas, despóticos y sin control legal; segundo, la consagración definitiva de los derechos humanos, toda vez que al hombre se le concebía desde una visión liberal, optimista y natural que permitió que las declaraciones de derechos tuvieran un terreno fértil para asentarse y mantenerse; y finalmente, como resultado y complementación de los dos anteriores, el Estado Liberal debía estar al servicio y a disposición de la sociedad y en consecuencia, debía suministrar y facilitar las leyes que controlaran y mantuvieran el orden, la imparcialidad, la justicia y que representaran el interés general.

A pesar de las bondades y conquistas del Estado Liberal, finalmente el individualismo -fomentado por una sociedad indiferente- llevó a una desigualdad

⁶ “La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectada con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad entre la ley. El Estado de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso “no regulado” del poder. La generalidad de la ley comporta una normatividad media, esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo. La generalidad es además la premisa para la realización del importante principio de la separación de poderes.” Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p 29-30.

evidente y poco tolerable que sumado al momento crítico de la economía mundial, necesariamente condujo a que se replanteara el esquema liberal y surgieran ideas para la reivindicación de la crisis a través del intervencionismo estatal. En este momento histórico, Colombia adopta la reforma constitucional de 1936⁷ mediante la cual se introdujo primariamente el concepto de Estado Social de Derecho a la normativa colombiana. A nivel mundial, fue después de la segunda guerra mundial, que los Estados se dedicaron a implantar constitucionalmente el concepto “social” por las graves condiciones políticas, sociales y económicas en las que se encontraban.

Ahora bien, está claro que los antecedentes sociales, económicos y políticos fueron los que llevaron a la implementación del concepto de Estado Social de Derecho y Colombia no fue ajena a esto, si bien en la reforma del 36 se estableció lo concerniente, la Constitución de 1991 fue definitiva para que la totalidad del ordenamiento jurídico colombiano se viera forzado a aplicar y analizar el derecho desde ese punto de vista. Los elementos estructurales -el cuantitativo, que se traduce en el Estado bienestar, y el cualitativo, que se encuentra en el Estado constitucional democrático⁸-, le brindan a la figura del Estado Social varias de sus características

⁷ En esta reforma constitucional se introdujeron aspectos de gran contenido social como la asistencia pública para las personas menos favorecidas, y adicionalmente, consagró la función social de la propiedad.

⁸“...La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (*welfare State*, *stato del benessere*, *L'Etat Providence*) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es

esenciales: por un lado, el Estado bienestar es la respuesta a varios movimientos sociales de principios del siglo XX que se traduce en la consecución de garantías mínimas para la comunidad dentro de un marco jurídico; por otro lado, el Estado constitucional democrático es la respuesta al Estado intervencionista que se traduce en la inclusión de los llamados derechos de segunda y tercera generación, que realmente son un listado de principios y de derechos fundamentales que influyen en la interpretación y aplicación del derecho.⁹

Como antecedente constitucional y normativo de la figura de Estado Social de Derecho, es innegable la influencia del modelo alemán y español en la Constitución colombiana, toda vez que gracias a su implementación en los respectivos ordenamientos jurídicos, fue que nuestra Constitución acogió los valores, principios y reglas que rigen y determinan este modelo de Estado.

evidente...". Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-406 de junio 5 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, Expediente T-778.

⁹“...El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales...Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos...bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975). El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política...” Aragón Reyes, Manuel. Constitución y democracia. Editorial Tecnos. Madrid. 1989. En sentencia de tutela T-406 de junio 5 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, Expediente T-778.

En la fórmula de Estado Social de Derecho español, la constitución española establece una parte dogmática que contiene los principios básicos, los fines del Estado, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, de manera que tales conceptos desarrollan la figura de Estado que rige el modelo español; es más, no sólo se define al Estado de forma ontológica sino axiológica, lo que significa que “el Estado Social de Derecho –como principio- es la Constitución de la Constitución”.¹⁰

Así mismo, el modelo alemán que dentro de su ordenamiento constitucional también consagra la figura del Estado democrático y social de derecho -denominado así por el derecho alemán-, establece que la concepción de Estado que rige y moldea su normativa es tan esencial y fundamental que no admite modificación que la altere toda vez que su carácter “central” rodea la totalidad del conjunto de normas jurídicas y es la sustancia que lo fundamenta¹¹.

En este estado de cosas, es clara la influencia española y alemana en cuanto a la fundamentación y primacía de la concepción de Estado Social de Derecho en la normatividad respectiva. Esta primordial característica obliga intrínsecamente a que la ley y la jurisprudencia se limiten a lo que la concepción de Estado les permite, Colombia para el caso concreto, no es ajena a tal fenómeno, el preámbulo

¹⁰ Garronera Morales, Ángel. El Estado español como Estado social y democrático de derecho. Editorial Tecnos. Madrid. 1992. p. 153.

¹¹ Abendroth, Wolfgang. El Estado de derecho democrático y social como proyecto político. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1986. p 11.

constitucional y los primeros artículos de la Carta Política, consagran el actual modelo de Estado que debe ser leído como el núcleo y fundamento del ordenamiento jurídico colombiano.

Del análisis del artículo 1° de nuestra Constitución Política, podemos afirmar que los postulados del Estado Social de Derecho se encuentran materializados de forma innegable. Igualmente, en el artículo 2° están consignados otros elementos que hacen parte de los principios en los cuales se basa esta nueva apreciación del Estado.

En conclusión, el título I de nuestra Carta Política reúne gran parte de los principios fundamentales en los cuales se basa el modelo de Estado Social de Derecho¹². Del análisis del título constitucional mencionado, se puede afirmar que se incorporaron nuevos objetivos y responsabilidades para el Estado gracias al carácter social que le fue impuesto, todo bajo la “*idea regulativa*” del carácter social del Estado, es decir, que el Estado para lograr esos nuevos objetivos y responsabilidades debe hacerlo por medio de la “*justicia social*”, traducido directamente en igualdad mas no en igualitarismo.¹³

¹² Entre los principios más importantes que rigen la actual concepción de Estado, encontramos los siguientes: dignidad humana, solidaridad social, justicia distributiva, igualdad, separación de poderes, eficacia social de la función administrativa, prevalencia del interés general y los que se refieren a los derechos fundamentales, entre otros. Para ver el desarrollo jurisprudencia de los mismos, se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-406 de 1992, T-505 de 1992, T-124 de 1993, T-230 de 1994, T-056 de 1994, T-309 de 1995, T-477 de 1996, SU-111 de 1997, C-237 de 1997, C-569 de 2004, T-792 de 2005 y C-367 de 2006.

¹³“...*El Estado social, entendido como idea regulativa, significa que para el Estado existe una obligación de buscar la justicia social en sus actuaciones. Este debe promover la igualdad para los*

Ahora bien, para la Corte Constitucional el estudio de la nueva concepción de Estado y de los principios que la abarcan ha sido ampliamente debatido¹⁴, para finalmente poder afirmar que para la jurisprudencia constitucional colombiana el Estado Social de Derecho tiene su razón de ser en los principios fundamentales de una organización social justa e igual. La afirmación anterior supone que ante todo esta nueva concepción de Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos, específicamente los que tienen el carácter de fundamental.¹⁵

Así las cosas, es evidente que para nuestra jurisprudencia el carácter social de la nueva concepción del Estado, plantea la obligación de que la justicia y la equidad junto con la igualdad, sean presupuestos y contenidos esenciales de la figura del Estado Social de Derecho. Para la Corte Constitucional el principio que fundamenta el Estado Social de Derecho comprende la participación en la prosperidad general, seguridad frente a riesgos, igualdad de oportunidades y distribución de cargas.¹⁶

diferentes grupos sociales, lo cual no significa la implantación del igualitarismo, sino que todos los sectores de la población deben tener igualdad de posibilidades para el pleno goce de sus derechos..." Ob. Cit. Manrique Reyes, Alfredo, p 6.

¹⁴ Ver entre otras las siguientes sentencias: C-004 de mayo 7 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, C-449 de julio 9 de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, C-479 de agosto 13 de 1992, Magistrados Ponentes José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero, C-150 de febrero 25 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, C-1064 de octubre 10 de 2001, Magistrados Ponentes Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba, C-776 de septiembre 9 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda y C-620 de junio 30 de 2004, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-150 de febrero 25 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-150 de febrero 25 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

Adicionalmente a lo anterior, es claro que para la jurisprudencia constitucional colombiana la concepción actual del Estado se ve reflejada en la primacía que los derechos fundamentales ostentan sobre cualquier postulado que la Constitución Política establece.

Conforme a las innumerables sentencias que resuelven acciones de tutela que protegen derechos fundamentales de los ciudadanos, es inhesitable que los principios que encierran y desarrollan tales derechos ostentan una jerarquía diferente y poseen un mayor peso frente a los principios que, igualmente, gozan de consagración constitucional.

Es este estado de cosas, se concluye sin lugar a equivocaciones, que lo que se respetará por encima de cualquier otro presupuesto dentro de la concepción del nuevo modelo de Estado, son los derechos fundamentales; se reitera, la jurisprudencia constitucional colombiana a la hora de interpretar y aplicar nuestro ordenamiento jurídico le da mayor valor a los principios de los derechos fundamentales que a los otros principios. Este mayor valor se contrapone al que los demás principios poseen, entre ellos, el principio de legalidad, que para la interpretación y aplicación del derecho administrativo tiene un carácter primordial y esencial.

1.2. Implicaciones en el derecho administrativo colombiano de la concepción de Estado vigente actualmente. Alcances de la nueva concepción de Estado en el Derecho Administrativo.

En este orden de ideas, es relevante señalar los alcances del nuevo modelo de Estado y el desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia constitucional y administrativa colombiana. Por su parte el Consejo de Estado¹⁷ como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país, ha afirmado, en cuanto a la aplicación y fundamentación de la nueva concepción del Estado, que acoge en parte lo afirmado por la Corte Constitucional al respecto.

El alto Tribunal administrativo se ha referido a las consecuencias de esta concepción de Estado señalando como una de ellas el sometimiento al derecho¹⁸, explicando que desde el punto de vista cualitativo esta figura de Estado se puede entender como una manera novedosa de interpretar el derecho, consistente en que se pierde la importancia del texto legal, dándole paso así a un juez con un papel determinante y

¹⁷Ver entre otras las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sentencia de tutela AC-1818 de julio 14 de 1994, Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta; Sentencia de Acción de Cumplimiento ACU- 1690 de Noviembre 3 de 2000, Consejero Ponente Juan Ángel Palacio; Sentencia de Acción de Cumplimiento ACU- 108 de diciembre 18 de 1997, Consejero Ponente Mariela Vega de Herrera; Sentencia de Súplica S-761 de febrero 8 de 2000, Consejero Ponente Javier Díaz Bueno; Sentencia de Acción Popular AP-170 febrero 16 de 2001, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández; Sentencia de tutela AC-542 de Octubre 23 de 2003, Consejero Ponente Juan Ángel Palacio.

¹⁸Colombia, Consejo de Estado, AC-00542 de Octubre 23 de 2003, Consejero Ponente, Juan Ángel Palacio Hincapié.

significativo a la hora de interpretar y aplicar el derecho¹⁹. A la par indica, que la norma sólo resulta obligatoria en cuanto ésta sea coherente con la Constitución, de esta forma, la interpretación de la ley corresponde al juez junto con el compromiso de elegir los únicos significados válidos, es decir, los que sean compatibles con las normas de la Carta Política.²⁰

Así mismo, el Consejo de Estado se ha referido a los diversos mandatos y obligaciones que surgen por la adopción de esta nueva concepción de Estado, afirmando que de acuerdo a los artículos 1, 2, 350 y 366 de la Constitución, al Estado Colombiano, como Estado Social de Derecho, le corresponde garantizar a las personas el mínimo de condiciones para lograr una existencia digna, adoptando las disposiciones legales para cimentar un orden político, económico y social justo, para así realizar y desarrollar sus fines²¹.

Lo anterior, nos permite concluir que 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 y garantías mínimas fundamentales respecto de otros presupuestos, por ejemplo, expresamente ha afirmado que el texto legal ya no tiene

¹⁹ Colombia, Consejo de Estado, Acción Popular AP-170 de Febrero 16 de 2001, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Colombia, Consejo de Estado, Acción de Cumplimiento ACU-1690 de Noviembre 3 de 2000, Consejero Ponente Juan Ángel Palacio Hincapié.

un papel determinante en la interpretación del Derecho. Por lo tanto, tenemos que si una parte importante del principio de legalidad es el sometimiento al texto legal, y para la jurisprudencia colombiana, de acuerdo a lo analizado anteriormente, ya no es determinante ese sometimiento a la ley dado el carácter social que se le imprimió a la concepción de Estado, se empieza a esbozar un enfrentamiento interesante y una atmósfera diferente a la que se venía planteando con anterioridad.

Después de estudiar algunos de los pronunciamientos más importantes realizados por las altas cortes sobre la figura del Estado, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que este nuevo modelo, Estado Social de Derecho, tiene efectos directos y relevantes en la interpretación el derecho. Es claro que gracias a la actual concepción de Estado, el derecho, particularmente el administrativo, sufrió una transformación significativa respecto de su interpretación y aplicación, que debe ser explicada en aras a que sea más clara su materialización judicial.

Las implicaciones de la actual concepción de Estado en el derecho Administrativo se observan claramente cuando se evidencia que la primacía del texto legal, entendido desde el punto de vista del principio de legalidad, pierde su incólume soberanía para dar paso a otros elementos que a la luz del Estado Social de Derecho adquieren una nueva y significativa importancia. Con esto no se está afirmando que el principio de legalidad sea ineficaz o que esté eliminado del ordenamiento jurídico, pero sí resulta

evidente que dicho principio pasa a ser uno más dentro del ramillete de principios que se derivan de la concepción actual de Estado.

Para demostrar que el principio de legalidad en el Derecho Administrativo ha cedido su otrora jerarquía, es útil remitirnos a lo que se ha estudiado sobre la crisis del principio de legalidad.²² Esta crisis consiste en que la ley -como se entendía anteriormente- ha perdido su carácter general, universal y colectivo debido a que cada vez las leyes son más específicas y determinadas para casos particulares. En la actualidad aún cuando se trata de mantener la idea de leyes que regulan de manera general materias determinadas, es innegable que su particularidad desecha de plano la generalidad que se ostentaba en un principio.²³

²² “el aumento de la actividad administrativa, presupone, también un aumento desmedido de la legislación y una transformación de la función de la ley. Así, la ley pierde su carácter general y ordenador de la sociedad, para dar paso, por un lado, a una legislación centrada en casos concretos ... y, por otro, a una legislación destinada a programar determinados fines y habilitar al Gobierno y a la Administración para que adopten las decisiones pertinentes para conseguirlos ... el problema, según apunta el propio Ferrajoli, es que esa crisis del derecho ‘corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia’, porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, a la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder político, carentes de límites y controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos” Aparicio Wilhelmi, Marco. Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El artículo 93 de la Constitución Española como cláusula de apertura a la interrelación ordinamental en un marco pluralista, Universidad Autónoma de Barcelona, 2002, p. 141 en www.tdx.cesca.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-1104102-180214/maw2de3.pdf

²³ “En cuanto al principio de legalidad, lo que se da es más bien una sumisión de la ley a la administración: leyes puramente procedimentales que dejarían a la Administración la decisión real, ... y en el orden material, de manera mucho más claramente patológica se procede a la utilización de posibilidades de intervención que ofrece el Estado Social, para, a través de la ley (con desnaturalización frecuente del procedimiento parlamentario) conseguir el predominio de intereses específicos, como se manifiesta en el predominio de leyes microsociales” De cabo Martín, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Editorial Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1997, p. 341.

Se puede señalar que la nueva concepción de Estado en Colombia introdujo principios que con anterioridad no tenían una real significación e importancia para interpretar el Derecho, especialmente el Administrativo. Es más, la jurisprudencia le ha dado una relevancia sin precedentes a principios que frente a la anterior concepción de Estado no eran igual de valiosos, por lo tanto, al adquirir un grado tan considerable deben ser aplicados y utilizados sin discriminación alguna.

El Derecho Administrativo, con la entrada en vigencia de la actual concepción de Estado, debió plantearse nuevos interrogantes, ya que anteriormente el principio de legalidad en la figura del Estado de Derecho era determinante y hacía parte de su esencia, por lo tanto, el Derecho Administrativo no tenía inconveniente para materializarlo.

No obstante, en la actualidad el Estado Social de Derecho es la concepción y modelo aplicable para el Estado colombiano y el principio de legalidad, sorprendentemente ya no es uno de los principios bandera de este tipo de Estado, toda vez que, se reitera, en este momento existen otros principios –los consagrados constitucionalmente gracias a la concepción vigente de Estado y protegidos indudablemente por la jurisprudencia constitucional- que tienen una relevancia innegable para nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, podemos preguntarnos ¿el principio de legalidad está relegado como quiera que pasó a segundo plano en la actual principialística colombiana? Ya quedó claro que según la jurisprudencia actual se deben proteger sobre todo lo demás los principios del Estado Social, entonces ¿El principio de legalidad en el Derecho Administrativo que debe hacer? ¿El principio de legalidad cómo se desarrolla en este nuevo estado de cosas?

Ya se tiene por establecido que las altas cortes tienen especial consideración con los principios del Estado Social de Derecho, entonces ¿el Derecho Administrativo está obligado a darle igual importancia a esos principios? Inicialmente se podría afirmar que sí, que está obligado a respetar por encima de cualquier cosa los principios de la nueva concepción de Estado, puesto que se encuentran en una órbita especial y exclusiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, vale la pena estudiar las implicaciones de esto, es decir, ¿realmente el Derecho Administrativo, con el principio de legalidad como su mayor exponente, está dispuesto a ceder frente a los principios de la nueva concepción de Estado? ¿Cuándo podría el principio de legalidad ganar esta batalla que indudablemente desde sus inicios pierde, debido a la protección que gozan los principios del Estado social de Derecho? ¿El Consejo de Estado como máximo exponente de la jurisdicción contencioso administrativa cómo aplica estos novedosos principios? ¿El Consejo de Estado realmente utiliza, para argumentar sus fallos, los principios de la actual

concepción de Estado, o sigue otorgándole la importancia de siempre al principio de legalidad como máximo representante del derecho administrativo?

Lo cierto es que a la hora de aplicar la pretendida predilección por los principios del Estado Social de Derecho, el Consejo de Estado no siempre es tan vanguardista y protector de la vigente concepción de Estado como dice ser, es regla general que el principio de legalidad como bandera indiscutible del derecho administrativo, sea elegido y preferido sobre los demás principios²⁴.

Esta situación debe cambiar, no quiere decir que el principio de legalidad frente a los principios del Estado Social de Derecho no pueda coexistir, al contrario, debe hacerlo armónicamente sin ejercer un poder absoluto u obligatorio. Los jueces administrativos deben adecuar su interpretación constitucional y legal a esta nueva visión de Estado y del derecho administrativo. El Consejo de Estado, debe ser consciente de la importancia que tiene para el derecho administrativo la nueva concepción de Estado, y como consecuencia de ello, sus fallos deben ser representativos de las nuevas condiciones que rigen al derecho administrativo actual.

Así las cosas, es evidente que dos principios jerárquicamente importantes como son el principio de legalidad y los principios del Estado Social de Derecho se ven

²⁴ En varias sentencias, especialmente en las acciones de repetición, el Consejo de Estado, específicamente la Sección Tercera, eleva a un grado tal de importancia el principio de legalidad, que una acción tan relevante como lo es la acción de repetición, se vuelve obsoleta e inaplicable.

enfrentados puesto que dichos principios son igualmente valederos para solucionar un conflicto determinado; ahora bien, a la hora de dilucidar cuál de ellos debe prevalecer frente al otro, ¿alguno debe ceder?

Con miras a resolver el problema esbozado analizaremos detalladamente las soluciones planteadas a las colisiones o conflictos de principios revisados por doctrinantes y por la jurisprudencia colombiana. Sin embargo, antes de entrar a explicar las opciones para solucionar los conflictos entre principios, es necesario considerar los elementos característicos de los principios como tal.

2. TEORÍA DE PRINCIPIOS.

2.1. Colisión de principios.

Las nociones que se presentan a continuación no pretenden ahondar en las diferentes posiciones que sobre el concepto de principios existen, simplemente lo que se busca es presentar de manera sencilla el concepto de principios, para así posteriormente concentrarnos en lo que realmente nos interesa, el conflicto o colisión entre ellos y la jerarquización y validez que se le otorga a los principios en situaciones determinadas.

Para entender el concepto de “los principios”, es importante tener en cuenta que la finalidad de los mismo es la de elaborar, comprender y suplir las normas jurídicas.²⁵ Además, contienen tres funciones específicas que de ellos se derivan: la primera, tiene que ver con la dimensión de explicación, la segunda, con la dimensión de justificación y legitimación, y la tercera y última, la dimensión del control del poder²⁶. Así las cosas, los principios cumplen con una función explicativa que “*permiten dar cuenta de una determinada realidad*” como quiera que reúnen una gran cantidad de información que permite entender el funcionamiento de una

²⁵Forero Forero, Claudia Helena. “Principios constitucionales: manifestación positiva de los principios generales del Derecho (sistema jurídico colombiano: Derecho en parte natural y en parte positivo), Investigación ganadora del primer premio del segundo concurso de investigación jurídica “Octavio Arizmendi Posada”, Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, Bogotá, 1998, p. 5.

²⁶ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan. Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1996, p. 19.

institución jurídica dentro del ordenamiento jurídico y su relación con el sistema social²⁷.

Adicionalmente, los principios posibilitan el entendimiento del derecho como conjunto ordenado y dotado de sentido, por tal razón, “*conocer los principios de una institución o de un determinado derecho permite incluso, hasta cierto punto, predecir cuáles son las soluciones a los problemas jurídicos fijados en disposiciones específicas*”²⁸. Así mismo, los principios gozan de una enunciación general que se traduce en un mayor poder explicativo, un mayor alcance justificativo y una mayor fuerza expansiva²⁹

Igualmente se considera que los principios, como normas, contienen una orden para que algo sea realizado en “*la mayor medida posible*”, siempre y cuando existan unas posibilidades jurídicas y reales para dicha realización. Así las cosas, los principios son mandatos de optimización (que pueden contener prohibiciones y permisiones), que se cumplen en diferente grado dependiendo de las posibilidades jurídicas y las realidades.³⁰

Ahora bien, los principios requieren de una reacción para que su significado se vea realmente aplicable, es decir, los principios pueden ser definidos en abstracto pero

²⁷Ibídem, p. 20.

²⁸Ibídem. p. 20.

²⁹Ibídem. p. 21.

³⁰Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 81 y ss.

requieren de aplicación a casos concretos para poder determinar y entender el alcance de los mismos. La “*aplicación de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una reacción, se tome posición ante ésta de conformidad con ellos*”³¹.

Ahora bien, en este punto es importante distinguir los principios de las reglas, toda vez que si bien tienen la misma finalidad (normas jurídicas que regulan conductas y fundamentan decisiones)³², ofrecen distinciones que vale la pena explicar. Los principios ofrecen una solución diferente a la que ofrecen las reglas ya que estas últimas se aplican totalmente o no se aplican en absoluto para la solución de un caso determinado, es decir, si se configura el supuesto que establece la regla, el juez simplemente debe aplicarla, o por el contrario, si no se configura el supuesto, la regla no es aplicable. En cambio los principios, no consagran condiciones específicas (supuestos y sanciones), sino que llevan inmersas razones para justificar una argumentación sin definir una decisión específica. Esto supone que en un caso determinado pueden concurrir más de dos principios igualmente valiosos para solucionar el caso³³.

³¹Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 111 y ss.

³²Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 570.

³³Distinción entre reglas y principios en la teoría de Dworkin. *Ibidem*, p. 571.

Finalmente, la otra distinción determinante entre principios y reglas, tiene que ver con el “peso”, como quiera que los principios tienen una “*dimensión de peso específico o importancia relativa*” de la que carecen las reglas, razón por la cual, el juez puede fundamentar jurídicamente las soluciones para los casos en que se enfrentan varios principios. Esta posibilidad no se aplica para las reglas, pues con éstas sólo se tiene que verificar si el supuesto de hecho concuerda con lo preceptuado en la regla, si es así, la regla se utiliza, si no lo es, la regla se desecha; y en el caso en que existan varias reglas para un mismo caso, el juez no debe sopesar las reglas, sino simplemente debe decidir cuál de ellas es inválida para el caso específico³⁴

Ahora bien, aunque los principios contienen elementos universales, concretos, que ordenan algo para ser realizado en la “*mayor medida posible*”³⁵, no por esto significa que contengan mandatos definitivos, al contrario, ostentan un carácter de “*prima facie*”³⁶, es decir, el hecho que un principio sirva para un caso concreto, no significa que será igualmente válido para otro caso; o sea, los principios tienen razones que pueden ser desplazadas por otras razones en un caso diferente y producen como resultado la aplicación de otro principio.

Esta situación de desplazamiento demuestra que en casos concretos los principios no coexisten armónicamente, toda vez que se pueden contradecir entre ellos y la

³⁴Ibídem, p. 572.

³⁵Ob. Cit. Alexy, Robert.

³⁶Ibídem.

importancia o jerarquía que ostentan debe ceder ante la conveniencia y beneficio de aplicar uno u otro en un caso determinado.

En este estado de cosas, señalando la existencia de una colisión de principios debido a la aplicación de los mismos en un caso concreto, tenemos que, en el concepto más sencillo, la colisión mencionada se presenta cuando dos o más principios se enfrentan en una situación determinada, y con dicho enfrentamiento cualquiera de los dos principios en choque es igual de valedero que el otro para solucionar la situación, por ejemplo: con la aplicación de un principio en particular algo está permitido y con la aplicación de otro principio eso que estaba permitido está prohibido.

Para encontrar solución a la mencionada colisión, han sido planteado algunas teorías, entre ellas la siguiente: si dos principios están enfrentados en una circunstancia determinada, alguno de los dos principios que entran en contradicción tiene que ceder frente al otro. Pero dicha cesión no significa invalidez del principio que cede, sino que se da un desplazamiento del principio, se da una precedencia, es decir, un principio “*precede*” al otro principio, es anterior al otro principio, hay una anteposición o antelación del principio con el otro.³⁷ Para determinar cuál principio de los que se encuentran en conflicto precede o se antepone al otro, se traspa el

³⁷“... las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entra en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro...” Ob. Cit. Alexy, Robert, p. 89 y ss.

problema a la dimensión del peso. De acuerdo a cuál principio “pesa” más que el otro, dicho principio es el que prevalece y se aplica en una colisión de principios.³⁸

Esta ponderación es la que determina cuál principio será aplicado en un caso determinado y cuál principio debe desplazarse para dar paso al principio con más peso. Igualmente dicha ponderación es la que soluciona la colisión de principios y es el juez quien debe realizar este proceso para determinar finalmente cuál principio se debe aplicar en un caso determinado.

De lo analizado, se puede afirmar que los principios son igualmente trascendentes como estándares de interpretación independientemente de lo que cada principio consagre, es decir, cada principio es importante como tal, y a la hora de enfrentarse y desplazarse, el principio desplazado no pierde validez, simplemente no es adecuado ni aplicable para un supuesto de hecho.

³⁸ “...Bajo otras circunstancias la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso... la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso...” Ob. Cit. Alexy, Robert, p. 89 y ss.

Refiriéndose el autor al planteamiento del profesor Dworkin afirma lo siguiente: “...Los principios poseen una dimensión de “peso” o “importancia”. Para resolver el conflicto entre dos principios hay que tomar en cuenta el peso o importancia relativo de ellos en el contexto del caso concreto. Un principio que es desplazado por otro de más peso sobrevive intacto aunque en esa ocasión no prevalezca. El test del origen o pedigree no sirve para identificar a los principios. La regla de reconocimiento sólo sirve para identificar reglas que, como las leyes o los precedentes, son el producto de un acto deliberado de creación jurídica. El concepto de validez, que funciona respecto de las reglas así creadas, no funciona respecto de los principios. Es un concepto que, como el de regla, opera a la manera “todo o nada”; esta manera de operar es incompatible con la dimensión de “peso” o “importancia” que tienen los principios...” Carrió, Genaro. Principios jurídicos y positivismo jurídico, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

Sin embargo, en el estudio de la jurisprudencia colombiana, específicamente la jurisprudencia referida al Estado Social de Derecho, se puede apreciar que los principios que sustentan esta apreciación de Estado gozan de una mayor importancia que los demás principios, se podría afirmar que la jurisprudencia entra a “jerarquizar” los principios, y los principios del Estado Social de Derecho³⁹ se encuentran en la punta de esta pirámide.

El problema radica en que no es conveniente que los principios tengan una jerarquía entre los mismos puesto que esto implicaría la invalidez del principio de menor jerarquía. Si se entiende la jerarquía de principios como grados de superioridad (el principio grado 1, siempre y bajo cualquier circunstancia, se aplicará sobre los principios grado 2, 3 o 4), la argumentación jurídica simplemente se limitaría a aplicar los principios de acuerdo a su grado de superioridad.

No significa lo anterior que no exista entre los principios niveles o rangos de importancia, es más, claro que existen, ya que conforme a su consagración normativa, ya sea en tratados, normas constitucionales, leyes y hasta decretos, es claro que ostentan distintos niveles de aplicación; pero se insiste, la fundamentación y

³⁹Como principios del Estado Social de Derecho, conforme a lo consagrado en la Constitución y de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tenemos, entre otros, 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. Para ver el desarrollo jurisprudencia de los mismos, se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-406 de 1992, T-505 de 1992, T-124 de 1993, T-230 de 1994, T-056 de 1994, T-309 de 1995, T-477 de 1996, SU-111 de 1997, C-237 de 1997, C-569 de 2004, T-792 de 2005 y C-367 de 2006.

argumentación jurídica no debe ceñirse exclusivamente a los rangos de importancia de los principios, sino que por el contrario, debe existir un trabajo de ponderación que permita fundamentar la prevalencia de un principio sobre otro mas allá de su “jerarquía”.

Ahora bien, en este estado de cosas ¿Qué ocurre con la jurisprudencia colombiana que le da una especial condición a los principios del Estado Social de Derecho? ¿Esta posición estaría negando la validez de los demás principios, especialmente, de los principios del Derecho Administrativo, del principio de legalidad?

Cuando hay un conflicto entre principios, el procedimiento de solución es la ponderación de los principios enfrentados, ponderación que implica que los principios en conflicto son válidos, por lo tanto, ningún principio puede ostentar algún tipo de prioridad frente a otro, ya que para realizar una efectiva ponderación de los mismos es necesario aterrizar la concepción abstracta de principios a casos concretos.⁴⁰ Así las cosas, la interpretación de los altos tribunales colombianos, al otorgar una prioridad especial a los principios del Estado Social de Derecho ¿esta errada?, para aclarar en algo esta afirmación, se analizará lo señalado en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, cuando se estudia la colisión o conflicto entre principios.

⁴⁰Ob. Cit. Zagrebelsky, Gustavo, p. 111 y ss.

Jurisprudencialmente el tema del conflicto de principios ha sido ampliamente desarrollado.⁴¹ La Corte Constitucional Colombiana⁴² al estudiar la constitucionalidad de la Ley 89 de 1890 se pronuncia respecto a lo que denomina la “*sopesación de principios*”. En este caso se demanda la ley mencionada (artículos 1, 5 y 40) porque consagra una denominación de “salvajes” para referirse a los indígenas, faculta a la autoridad eclesiástica para gobernar a las sociedades indígenas, faculta a los cabildos indígenas para castigar a los indígenas y establece la mayoría de edad en 21 años para los indígenas que quieran vender las tierras del resguardo.

La Corte al analizar la constitucionalidad de los artículos demandados plantea el estudio del siguiente conflicto de principios: diversidad étnica y cultural vs. unidad política y protección de los derechos fundamentales. La Corte afirma que gracias a la Constitución del 91 se respeta la diversidad étnica y cultural pero la misma no puede pasar los límites constitucionales y legales impuestos. No obstante, señala esta corporación que no cualquier precepto constitucional prevalece sobre el principio constitucional de diversidad étnica y cultural. Si se va a limitar este principio, la

⁴¹Ver entre otras las siguientes sentencias: Colombia, Corte Constitucional, T-406 de junio 5 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón; C-333 de agosto 12 de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; C-473 de octubre 27 de 1994, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; C-450 de octubre 4 de 1995, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell; C-139 de abril 9 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, C-1441 de 25 de octubre de 2000, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz; C-876 de octubre 16 de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Expediente RE 117; Sentencia de constitucionalidad C-475 de junio 10 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño; C-570 de julio 15 de 2003, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy; C-741 de agosto 28 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

⁴²Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-139 de abril 9 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

misma debe ser por enfrentamiento con otro principio que tiene un valor superior, así, dicha limitación sería justificada constitucionalmente.

Precisamente, la Corte al entrar a analizar la figura de la sopesación de principios, afirma que ésta sólo puede estudiarse con la aplicación a casos concretos, ya que la sopesación de principios en abstracto no tiene sentido, requiere de la materialización de la misma. “*El procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto*”. Señala la Corte que es aventurado establecer reglas generales y abstractas para dirimir un conflicto de principios, para establecer cuál principio debe primar sobre otro y mucho menos es indicado para crear una generalidad aplicable a todos los casos donde exista conflicto de principios.

Finalmente, la Corte Constitucional declara inexecutable los artículos demandados, pero para obtener la mencionada decisión realizó un estudio de los principios enfrentados (diversidad étnica y cultural vs. unidad política y protección de los derechos fundamentales), analizando cuál de ellos debería ceder, cuál pesaba más frente al otro, todo dentro de las circunstancias específicas del caso concreto. Sólo así, según la Corte, se puede llegar a determinar cuál principio prima o prevalece sobre otro.

El análisis de este caso, pone en evidencia que en cuanto a la colisión o conflicto de principios se refiere, no basta analizar el tema en abstracto ya que así se llegarían a

soluciones y reglas generales que no van a ser útiles a la hora de estudiar un caso concreto. Es indudable que se requiere un caso determinado no sólo para decidir cuál principio precede al otro principio, sino porque el principio que precede en un caso determinado, puede no preceder en otra situación diferente.

La Corte Constitucional⁴³ ha señalado a la hora de solucionar un conflicto entre principios, que este debe ser estudiado desde el punto de vista costo-beneficio, *“pues si un derecho se realiza como un medio en un grado mayor que otro pero afecta con mayor intensidad otro derecho, puede no ser el adecuado; en cambio si otro medio que realiza menos un derecho afecta de una manera menor los bienes y derechos que juegan en sentido contrario, [es] el más adecuado. Por ejemplo, si con el medio A, se realiza un derecho en un 95% pero afecta a otro derecho en un 90%, y el medio B realiza un derecho en un 85%, pero afecta al derecho que juega en un sentido contrario solo en un 10%, será preferible este último medio en vez del primero pues tiene una mejor relación costo beneficio.”*

Ante esta técnica que se plantea, también resultan varias críticas y preguntas al respecto: *“¿Quién determina el fin perseguido? ¿Quién determina que ese fin es más importante que otros fines? Aceptando que el Estado tiene diversos fines ¿Por qué se privilegia un fin frente a los otros? ¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con*

⁴³Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-741 de agosto 28 de 2003, Salvamento de Voto Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

otro fin?”⁴⁴ Estos interesantes interrogantes resultan del análisis de la técnica que el magistrado propone, sin embargo, no son resueltas dichas cuestiones.

En este mismo sentido la Corte ha señalado⁴⁵ al realizar un análisis de un conflicto de principios, que no se puede proteger de manera absoluta a alguno de los principios que entran en colisión ya que se llegaría a la negación de la contraparte. Explica esta corporación que el conflicto mencionado no se puede resolver mediante la “*anulación de extremos*”, sino que debe llegarse a una “*situación de armonización concreta*”.

La Corte manifiesta que la ponderación de intereses es necesaria para la solución de la colisión de principios. Igualmente señala que es preciso realizar una ponderación de los principios y los intereses que éstos representan para lograr así un balance, pero no un balance para que sean aplicados los dos principios en conflicto, sino un balance por el cual se llegue a la conclusión de cuál es el principio que debe primar frente al otro. Lo anterior sin que exista menoscabo de su “*núcleo esencial*”.

De otro lado, el tratamiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁶ le ha dado al tema, ha sido el siguiente: al estudiar el principio de la moralidad administrativa señaló que la efectividad de los principios requiere de concreción de los mismos dada

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1228 de diciembre 5 de 2003, Salvamento de Voto Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Expediente: T-583364

⁴⁶ Colombia, Consejo de Estado, Acción Popular AP-170 de febrero 16 de 2001, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández.

su generalidad, y que dicha concreción sólo se logra mediante ejemplos *“cuando se produce la concreción, ella tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado”*.

Igualmente el Consejo de Estado manifestó⁴⁷ que en la actualidad el derecho está conformado por reglas y principios, cuyas especiales características dictan al juez, por sí mismas, los parámetros para su aplicación. *“El juez no puede dar contenido y significación a un principio en todos los casos, pues la regla general es que el legislador haya expedido una regulación contemplando alguna de las concreciones permitidas por el principio del que se trate, pues de lo contrario, si el juez intenta aplicar el principio partiendo de una “tentativa de definición conceptual”, correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas. ... puede afirmarse que, en materia de principios, la limitación del juez consiste, básicamente, en que, como no son reglas, para la realización de su capacidad normativa necesitan concreción, generalmente por medio de leyes”*.

El Consejo de Estado afirma que los principios, por tener un papel constitutivo del orden jurídico, deben coexistir armónicamente, lo que lleva a señalar que el hecho de que existan convenientemente entre sí varios principios, implica que ningún principio es absoluto sobre otro, no hay jerarquización de los mismos. En este punto, es

⁴⁷ *Ibíd.*

interesante como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en teoría afirman que no debe existir una protección absoluta a alguno de los principios que entran en colisión, que no debe existir una jerarquización entre principios, pero a la hora de aplicar los principios a casos concretos, los principios derivados de la nueva concepción de Estado, siempre pesan más que los demás principios.

Si comparamos la teoría sobre colisiones de principios y lo que en la parte considerativa de las sentencias de los altos tribunales colombianos se consagra, no hay contradicción alguna. Sin embargo, a la hora de decidir cuál principio desplaza a cuál, siempre los principios del Estado Social de Derecho son los que preceden a los demás. ¿En el hipotético caso que los principios del Estado Social de Derecho y los principios del Derecho Administrativo (especialmente el principio de legalidad) se vieran enfrentados, esta tendencia jurisprudencial se mantendría?

En principio, la respuesta inmediata es afirmativa, ya que sólo basta con estudiar las sentencias sobre confrontación de principios y es indudable la especial importancia de los principios del Estado Social de Derecho, pero ahora bien ¿Ésta jerarquización de principios afecta la rama del derecho administrativo? ¿El hecho de que los principios de la nueva concepción de Estado sean los que siempre desplazan a los otros, cambia la aplicación del derecho administrativo?

De lo estudiado durante todo el escrito se puede afirmar que sí. Se puede señalar que en el hipotético caso que el principio de legalidad del Derecho Administrativo se vea enfrentado a los principios de la nueva concepción de Estado, el de legalidad cedería para que los principios a los que se enfrenta sean aplicados al caso en concreto. Es más, este fenómeno se ve materializado en las sentencias sobre acciones constitucionales -populares y de grupo- que el Consejo de Estado ha fallado en los últimos años, y que se estudiará mas adelante.

No obstante, se insiste, en que si bien está claro que existe entre principios unos niveles de importancia dada su consagración normativa (en los casos analizados los principios establecidos constitucionalmente tienen un “rango superior” otorgado por la jurisprudencia), esto no equivale a una “jerarquización” estática que no permite sopesar los principios en sus diferentes niveles, es decir, el juez no puede omitir su deber de ponderar los principios enfrentados en una colisión, siempre debe hacerlo, no sólo porque encontrará justificación constitucional para hacerlo, sino porque la argumentación, fundamentación y construcción jurídica lo requiere.

2.2. Principio de legalidad en el Derecho Administrativo.

Aplicando lo afirmado anteriormente al Derecho Administrativo, tenemos que los principios del derecho administrativo gozan de las mismas características, elementos

y funciones, que los principios generales del derecho, solamente que aplicados a esta rama del derecho.

Los principios del derecho administrativo están consagrados en nuestro ordenamiento jurídico de la siguiente manera: en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo como principios orientadores de las actuaciones administrativas se encuentran los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción⁴⁸.

Así mismo, el artículo 209 de la Constitución Política⁴⁹ fundamenta la función administrativa en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Finalmente la Ley 489 de 1998 en su artículo 3 indica que la función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia⁵⁰.

Ahora bien, es indudable que uno de los principios más influyentes en el derecho administrativo es el principio de legalidad, que aunque no está expresamente consagrado en ninguna de las normas señaladas anteriormente, posee una importancia innegable. La consagración de la legalidad como principio fue la respuesta lógica a

⁴⁸ Mora Caicedo, Esteban. Código Contencioso Administrativo, Editorial Leyer, Bogotá, 1999, p. 16.

⁴⁹ Ob. Cit. Manrique Reyes, Alfredo, p. 156.

⁵⁰ Ob. Cit. Mora Caicedo, Esteban, p. 638.

gobiernos absolutistas cuyo poder ilimitado trajo consecuencias contrarias y poco adecuadas para las sociedades de la época. El principio de legalidad le otorga ciertas potestades a la Administración pero éstas potestades no son infinitas o desmedidas puesto que la legalidad también otorga facultades de actuación dentro de límites específicos⁵¹, es decir, el principio de legalidad garantiza que la Administración no caiga en el absolutismo de épocas anteriores, aunque no se niega que debe ostentar poderes inherentes a ella, pero el principio de legalidad controla el ejercicio de los mismos.

Igualmente, el principio de legalidad ha sido entendido como el respeto de las reglas a las que son superiores, por lo que a medida que la regla sea inferior la exigencia de la legalidad aumenta. Sin embargo, el principio de legalidad no debe ser entendido y aplicado de manera general y abstracta a la actuación de la Administración, puesto que nos encontraríamos con un Estado pasivo que para la actual apreciación del Estado no es compatible; es más, se afirma que el principio de legalidad entendido como la sumisión de la Administración al derecho tiene una zona de tolerancia, mejor llamada zona de libertad.⁵²

Varios tratadistas en su afán de estudiar a fondo el principio de legalidad y sus implicaciones en el derecho (tanto administrativo como general), han desglosado y

⁵¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

⁵² Rivero, Jean. Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.

extraído “supuestos” elementos que conforman el todo de dicho principio. Se habla de principios dentro del principio de legalidad⁵³, modalidades del principio como lo es la juridicidad y la legalidad⁵⁴, se separa el principio de legalidad en legalidad formal y legalidad teleológica⁵⁵, y así podemos encontrar diferentes formas de estudiar, explicar y justificar dicho principio.

Sin embargo, la tendencia actual afirma que el principio de legalidad debe ser entendido como un “bloque” y no es conveniente separar dicho principio en “modalidades”, así que lo más adecuado es hablar del principio de legalidad entendido como “*bloque de legalidad*”, en donde se encuentra la juridicidad y la legalidad como sus modalidades y también donde se encuentran los demás elementos que hacen parte del principio de legalidad (principios generales, leyes, reglamentos, etc.).⁵⁶

⁵³ Jean Rivero, afirma que el principio de legalidad abarca tres principios: el principio de preferencia de la ley (*es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley*), el principio de legalidad en sentido formal (*es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley*) y el principio de legalidad en sentido sustancial (*es inválida toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente*).

⁵⁴ Adolfo Merkl señala que existen dos modalidades del principio de legalidad: juridicidad y legalidad. La juridicidad consiste en el sometimiento de la administración al derecho administrativo y la legalidad consiste en el sometimiento de la administración a una ley formal. En “*teoría general del derecho administrativo*”, Editora Nacional, México, 1975.

⁵⁵ En este mismo sentido Jaime Orlando Santofimio explica otras aproximaciones del principio de legalidad: legalidad formal y legalidad teleológica. La primera se materializa al simplemente confrontarse la normatividad, y la segunda que se refiere a la búsqueda del fin de la actuación administrativa. En “*acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

⁵⁶ Ver entre otros, Santofimio, Jaime Orlando. *Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994. García Trevijano Fos, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1968.

El principio de legalidad adquiere tanta relevancia que se afirmó que al mismo no le era oponible ningún tipo de principio, puesto que la legalidad era soberana e invencible como garante del cumplimiento de la ley⁵⁷. El principio de legalidad es de tal importancia que la misma administración debe estar sometida a éste a la hora de tomar decisiones y realizar las funciones requeridas⁵⁸.

A este tenor, la jurisprudencia colombiana ha resaltado sin lugar a dudas el papel clave que juega el principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico, la importancia del sometimiento de la ley a la Carta y a los límites que ésta establece⁵⁹; las altas cortes agregan que la soberanía absoluta de la ley deja de existir para dar paso a una soberanía del pueblo. En cuanto a la independencia y colaboración de las ramas del poder público, señalan que los diferentes órganos del poder se “*articulan mediante funciones separadas, destinadas a la consecución de unos mismos y altos fines del Estado*”. Esa interdependencia de las distintas ramas y órganos del poder, implica un “*control recíproco*” entre ellos. Con esto no se está afirmando que exista

⁵⁷ Al respecto Gustavo Zagrebelsky afirma: “...*el principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior razón de Estado, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)...*” Ob. Cit. Zagrebelsky, Gustavo. p 24.

⁵⁸ Ver entre otros, Cretella Junior, José. Curso de derecho administrativo, Compañía Editora Forense, Río de Janeiro, 1967. Rodríguez, Libardo. Derecho administrativo, Editorial Temis, Bogotá, 2000.

⁵⁹ Ver entre otras las siguientes sentencias: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-427 de junio 24 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia T-486 de agosto 11 de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-582 de noviembre 12 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

una desintegración del poder del Estado, sino una “*articulación a través de la integración de varias fuerzas*”.⁶⁰

La Corte Constitucional ha definido el principio de legalidad como “... *consiste (el principio de legalidad) en el hecho de que, a partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123 constitucionales)*...”⁶¹. Igualmente equipara el principio de legalidad con la “*supremacía del derecho*”⁶² que se refiere a que el Estado y sus autoridades están sometidos a un ordenamiento jurídico positivo (Constitución Política). Para las altas corporaciones el principio de legalidad es una de las bases del Estado colombiano y desde 1887⁶³ se viene hablando de dicho principio como mecanismo importante a la hora de acudir a él como método de interpretación.

Ahora bien, podemos afirmar que de acuerdo a la concepción vigente del Estado, también tenemos una nueva concepción del principio de legalidad, puesto que en el Estado de derecho el principio de legalidad abanderaba la propuesta de este tipo de Estado al igual que del Derecho Administrativo, pero en la actualidad el principio de legalidad no hace parte substancial de los principios del Estado Social de Derecho. En

⁶⁰ Colombia, Consejo de Estado, Acción de Cumplimiento ACU-1690 de Noviembre 3 de 2000, Consejero Ponente Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁶¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 9 de julio de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁶² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-864 de 7 de Septiembre de 2004, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

⁶³ Santofimio, Jaime Orlando. Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

la actualidad no se niega la importancia del principio de legalidad, pero es indudable que se matiza dicha importancia para dar paso a los principios de la concepción de Estado impuesta con la Constitución de 1991.

En la apreciación actual del Estado nos encontramos con una nueva concepción de la ley y del principio de legalidad como tal, puesto que aquella “*viene sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido en la Constitución*”⁶⁴. La superación del Estado de su función “*garantizadora*” trae como consecuencia la crisis de la vinculación de la administración a la ley (principio de legalidad). En la concepción actual del Estado, se configura el “*principio de autonomía funcional de la administración*” mediante el cual la ley faculta a una determinada autoridad pública para que ésta actúe en pro de un interés público.⁶⁵

⁶⁴ Ob. Cit. Zagrebelsky, Gustavo, p. 34 y ss. “...*La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente)...si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho...*”

⁶⁵ *Ibíd.* “...*En la actualidad, ya no se vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy será problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea del principio. Esta regla está ya erosionada en ambas direcciones, en relación con los particulares y con la administración...*”

El Estado constitucional actual trae como consecuencia la desaparición de las características clásicas de la ley, deja de ser general y abstracta para ser de carácter especial y sectorial. Este fenómeno se denomina la “*pulverización del derecho legislativo*”. El concepto de ley que se utilizaba en el Estado de Derecho ya no es aplicable para el Estado Constitucional, puesto que antes la ley era concebida como un acto general, impersonal y abstracto, pero ahora la ley es un acto personalizado que persigue intereses particulares; pues resulta de los intereses exclusivos de grupos específicos y se dirige hacia otros intereses y grupos del mismo tipo de especificidad.⁶⁶

De lo anteriormente relacionado, es claro que la concepción de la ley y de la legalidad varió respecto a la apreciación actual del Estado, prueba de ello son las sentencias de constitucionalidad de la Corte en las cuales se le da primacía a los principios del Estado Social de Derecho sobre otra clase de principios, no obstante, la valoración del principio de legalidad en la jurisdicción contenciosa administrativa no ha tenido esa evolución, pues el principio sigue aplicándose de igual forma a como se hacía con anterioridad. La jurisprudencia administrativa da fe de esto, la gran mayoría de sentencias que resuelven acciones ordinarias, entiéndase acciones de nulidad simple, nulidad y restablecimiento, reparación directa, acciones contractuales, etc., acogen el principio de legalidad como la respuesta argumentativa rápida y fácil. Sin embargo, no siempre debe ser así, es más, el mismo juez (en este caso nos referiremos

⁶⁶ *Ibíd.*

particularmente al caso de la Sección Tercera del Consejo de Estado como se explicará mas adelante) si bien en unos casos utiliza la legalidad de manera rígida y formalista, en otros casos, especialmente cuando resuelve acciones constitucionales, adopta una posición novedosa y revitalizante para la fundamentación de sentencias.

Este cambio demuestra que la justicia administrativa se esta abriendo paso en la construcción, interpretación, fundamentación y argumentación del derecho de una forma novedosa e innovadora que trae como consecuencia pronunciamientos mas equitativos, equilibrados y ponderados, pero desgraciadamente esto no ocurre de manera regular sino excepcional, por lo tanto, a continuación demostraremos el método interpretativo mas adecuado para lograr que esas decisiones sean la regla general.

3. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO.

El principio de proporcionalidad es un “*concepto jurídico*” utilizado por varios tribunales constitucionales del mundo⁶⁷, el Tribunal Constitucional español⁶⁸ y especialmente el alemán⁶⁹ han sido constantes en la utilización de este medio de

⁶⁷ Alemania, España, Argentina y México, entre otros, han utilizado el principio de proporcionalidad para ponderar los principios en colisión cuando los mismos se enfrentan y tienen igual validez para solucionar un determinado caso.

“...Al respecto, cabe señalar que la doctrina europea ha venido considerando, desde principios de los años sesenta, y posteriormente seguida por diversos tribunales constitucionales de ese continente, que el principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, que la medida legislativa debe ser lo más benigna posible con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, y la tercera, alude a que la intervención en el derecho fundamental intervenido deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Otros autores como Carl Heymanns, prefieren referirse a la “interdicción de exceso y de defecto”, la cual estaría compuesta a su vez por dos subprincipios: el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, dentro de las cuales se consideran implícitas las exigencias establecidas por el subprincipio de idoneidad...”. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-872 del 30 de septiembre de 2003, M.P. Clara Inés Vargas.

⁶⁸ “En los últimos años, el principio de proporcionalidad está adquiriendo un creciente protagonismo en la jurisprudencia y doctrina españoles. Tratándose de un principio general de Derecho vinculado tradicionalmente a la idea de justicia y que históricamente se ha ido consolidando de forma progresiva en los ámbitos del Derecho penal, del Derecho de policía y, con carácter general, de los derechos fundamentales, es evidente que este auge del principio de proporcionalidad no se debe a su mera utilización por parte de los diferentes operadores jurídicos. La principal novedad de los últimos años radica, en cambio, en el intento del Tribunal Constitucional español de formalizar este principio, es decir, de llenarlo de contenido mediante diversos criterios que permitan disminuir, en la medida de lo posible, su indeterminación. En este sentido la utilización formal a partir de mediados de la década de los noventa del test alemán de proporcionalidad, esto es, de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ha convertido a este principio en uno de los protagonistas de la jurisprudencia constitucional de los últimos años. Como suele suceder en los países que tienen en el Tribunal Constitucional a uno de los principales precursores de su dogmática jurídica, ello se ha traducido en un considerable aumento del interés doctrinal por este principio” González Beilfuss, Markus. Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Español.

⁶⁹ “En Alemania, la formulación del principio de proporcionalidad se debe en gran medida al Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). Si bien al comienzo este tribunal tan sólo utilizaba este principio de forma puntual y sin darle consecuencias sistemáticas, a finales de los años cincuenta se empieza a

interpretación y aplicación del derecho. Últimamente los tribunales constitucionales de México y Argentina, han introducido en su argumentación jurídica el principio de proporcionalidad como método hermenéutico de interpretación del derecho⁷⁰ e inclusive la Corte Constitucional colombiana, ha incursionado en el tema⁷¹.

El principio de proporcionalidad *“cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes”*. Por lo tanto, este principio es un criterio metodológico por medio del cual se establecen

considerar el principio de proporcionalidad como una máxima constitucional que debe ser respetada por los poderes del estado (legislativo, judicial y ejecutivo) y, por tanto, también por el legislador penal. La jurisprudencia del BverfG lo considera implícito en la configuración del Estado como un Estado de Derecho... Para la doctrina alemana el principio de proporcionalidad es parte del postulado de justicia...” Ramos Tapia, María Inmaculada y Woischnik Jan. Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. En http://www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_8332_1.pdf

⁷⁰Sánchez Gil, Rubén. Principio de proporcionalidad, www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=2422. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Primera edición 2007.

Ramos Tapias, María Inmaculada., Woischnik Jan. Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. En http://www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_8332_1.pdf

⁷¹ Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Corte Constitucional que explican el tema con detenimiento: T-422 del 15 de julio de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-230 del 20 de mayo de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-530 del 17 de noviembre de 1993 M.P. Alejandro Martínez, C-022 del 23 de enero de 1996 M.P. Carlos Gaviria, C-616 del 6 de agosto de 2002 M.P. Manuel José Cepeda, C-573 del 15 de julio de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-1017 del 30 de octubre de 2003 M.P. Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil, T-677 del 15 de julio de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy, T-982 del 8 de octubre de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-062 del 1º de febrero de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución⁷².

Así mismo, el principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios que deben ser aplicados cuando el método es utilizado para decidir una intervención en los derechos fundamentales, y son: subprincipio de idoneidad, subprincipio de necesidad y subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido. El primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser “*adecuada*” para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la mas “*benigna*” entre todas las que pueden ser aplicadas y el tercer y último subprincipio y el que mas nos interesa, tiene que ver con que las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales deben “*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad*”⁷³.

Se resalta la importancia del último subprincipio de la proporcionalidad toda vez que allí es que se desarrolla el método de la ponderación, como “*tipo de juicio o examen judicial*” que es lo que pretendemos que el juez administrativo utilice para argumentar sus decisiones, por lo tanto, si entendemos la ponderación como “*el procedimiento mediante el cual se establece qué derecho debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales*”-en nuestro caso colisión de principios-, el

⁷²Ob Cit. Bernal Pulido, p. 75.

⁷³Ibídem, p. 36

principio de proporcionalidad, en su sentido amplio, es el criterio para llevarla a cabo⁷⁴.

Para mayor claridad, se tiene que la ponderación es el *“procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto”*⁷⁵

Así mismo, la ponderación contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación⁷⁶. El primero se explica así: *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”*⁷⁷. El segundo elemento hace referencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en cargas argumentativas que los principios tienen “per se” y se utiliza si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios⁷⁸.

⁷⁴Ibídem, p. 157.

⁷⁵Ibídem, p. 575.

⁷⁶Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 99.

⁷⁷Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibídem p. 99.

⁷⁸Ibídem, p. 101 a 103.

Así las cosas, la herramienta de la ponderación es muy beneficiosa para solucionar colisiones de principios al resolver casos concretos. Este tipo de interpretación jurídica es valiosa, no sólo porque permite decisiones más justas y equilibradas, sino porque requiere de los jueces un trabajo profundo, delicado y exigente que indudablemente lleva a jurisprudencia académicamente y argumentativamente nutrida.

Aún cuando el uso de la proporcionalidad y de la ponderación ha sido aceptada por varios jueces constitucionales alrededor del mundo y la Corte Constitucional colombiana también la ha aplicado, el juez administrativo ha sido tímido a la hora de utilizar este tipo de argumentación. Lastimosamente, el derecho administrativo colombiano es muy conservador y sus jueces no son arriesgados en lo que se refiere a aplicación de métodos novedosos de interpretación del derecho.

La justicia administrativa requiere de un cambio radical, necesita separarse de la interpretación exegética de la para dar paso a un derecho administrativo principialista que premie los principios de mayor “peso”, de acuerdo a un examen de ponderación razonado y fundamentado en un sistema de interpretación del derecho novedoso.

La ponderación, como sistema genérico de aplicación del principio de proporcionalidad, entendida aquella como tipo de juicio y esta última como el criterio para llevarla a cabo, es el método más conveniente para renovar la interpretación y

aplicación del derecho administrativo por parte de los jueces. Es hora de que la justicia administrativa se separe de su rigorismo legal y se abra paso al derecho en su estado más puro, es decir, el derecho visto desde los principios que lo fundan para impartir justicia verdadera.

El derecho administrativo requiere un impulso jurídico innovador de manera que se actualice y varíe los instrumentos de argumentación que siempre ha utilizado. Es hora de que los jueces administrativos se renueven y comiencen a utilizar formas de interpretación diferentes a las que han venido utilizando, y que mejor, que el uso de la ponderación a través del principio de proporcionalidad tan utilizado en la jurisdicción constitucional, para empezar a renovar el derecho administrativo.

No obstante todo lo anterior, es importante resaltar el trabajo del Consejo de Estado colombiano en cuanto a su papel de juez constitucional respecto de las sentencias en acciones populares y de grupo. Sorprendentemente, este alto Tribunal ha empezado a abrir camino frente a la manera de fallar los casos en acciones constitucionales, sin embargo, queda el sinsabor respecto de las sentencias ordinarias, como quiera que en estos casos, el Consejo de Estado es más cauto, volviendo a la interpretación legocéntrica del derecho administrativo y apartándose de la argumentación ponderada que realiza cuando resuelve acciones constitucionales.

Es innegable que en Colombia ha sido la Corte Constitucional, la encargada de introducir en nuestro modelo jurídico de interpretación, la proporcionalidad como método de ponderación. Gracias a la justicia y a la jurisprudencia constitucional, es que nuestro ordenamiento jurídico se ha inyectado de interpretaciones novedosas que son útiles y que oxigenan el derecho colombiano. Así las cosas, es importante revisar los avances y la aplicación de este método interpretativo y que pretendemos aplicar al derecho administrativo pero aún más necesario, a la justicia administrativa.

3.1. El principio de proporcionalidad en la Constitución Política de Colombia y su aplicación por parte de la Corte Constitucional.

El principio de proporcionalidad está consagrado en la Constitución Política, no de manera expresa, pero sí se encuentra implícito en varios artículos, de los cuales se puede deducir fácilmente la importancia del mismo y la obligatoriedad en su aplicación para los jueces colombianos como método de argumentación e interpretación.

Específicamente, el artículo 2° de la Constitución, es el ejemplo mas claro sobre la incorporación de la proporcionalidad en el texto constitucional, el señalado texto, consagra lo siguiente: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución;...*” (Subrayado fuera del texto).

Del citado artículo, se puede fácilmente establecer que uno de los fines esenciales del Estado es el de “garantizar la efectividad de los principios”, afirmación que para nosotros significa, que la justicia debe orientarse a la prevalencia de los principios para así asegurar su efectividad, y que son los jueces los encargados de hacerlo, como quiera que son ellos los que están facultados para hacer “justicia principialista”.

Sin lugar a dudas, cuando se hace referencia a una justicia basándose en principios, se acude inexorablemente a la ponderación, toda vez que es el método más útil para solucionar colisiones entre principios. Así las cosas, cuando el juez pretenda garantizar la efectividad de los principios y se encuentre con un conflicto entre ellos, indudablemente deberá acudir a la ponderación como solución al mismo.

La ponderación como método de interpretación y la proporcionalidad como principio rector de las actuaciones públicas, no pueden ser ignorados, aún cuando no se expresen literalmente en la Carta Política, de los principales artículos de la misma, es fácil establecerlos y adicionalmente, la jurisprudencia constitucional obliga a utilizarlos, por lo tanto, los jueces, en este caso los administrativos, pueden y deben fallar ponderada y proporcionalmente.

La Corte Constitucional ha señalado que el principio de la proporcionalidad ha sido deducido jurisprudencialmente de los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 de la Carta

Política. Conclusión muy relevante puesto que se aplica un concepto que, si bien no está taxativamente establecido, es de tal grado su importancia y utilidad, que la jurisprudencia constitucional buscó su fundamentación en los diferentes artículos de la Constitución.⁷⁹

Como afirmamos anteriormente, la Corte Constitucional colombiana no ha sido ajena a la aplicación del principio de proporcionalidad como herramienta de la ponderación

⁷⁹ “Sin necesidad elevar el principio de antijuridicidad al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’, deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)...” Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-118 del 21 de marzo de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

“...La jurisprudencia constitucional ha deducido este principio de proporcionalidad, entre otros, de los artículos 1 — de la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana, 2 — del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, 5 — del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona, 6 —del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas —, y del 214 de la Constitución —que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción...” Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

“En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional —unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución —, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CP.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP.). Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-916 del 16 de diciembre de 2002 y C-822 del 10 de agosto de 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

para solucionar colisiones de principios. En los primeros fallos que trataron el tema⁸⁰, se llegó al estudio del principio de proporcionalidad a través del principio de la igualdad y se afirmó que la proporcionalidad era parte del test de razonabilidad. Sin embargo, es importante señalar las diferencias entre una y otra: *“mientras el objeto de la razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas de dicha diferenciación”*⁸¹.

Afortunadamente la Corte Constitucional ha sido cuidadosa al tratar al principio de proporcionalidad junto con sus tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁸², es mas, lo ha explicado desde la perspectiva alemana⁸³. La aplicación de los subprincipios es necesaria para que el principio de proporcionalidad pueda ser utilizado y materializado. Los jueces en el examen de ponderación, deben estudiar, a través del principio de proporcionalidad, en estricto orden si, primero, el principio es adecuado o idóneo para respetar un fin

⁸⁰Las sentencias mas significativas que tratan el tema son la T-015 del 4 de febrero de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-422 del 15 de julio de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-230 del 20 de mayo de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸¹Ob. Cit. Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, p. 75.

⁸² “...Por lo tanto, corresponde a la Corte aplicar un juicio de proporcionalidad estricto. Ello implica que los fines deben ser imperiosos, los medios no sólo idóneos sino además necesarios para alcanzar dichos fines y que las medidas no conlleven una limitación desproporcionada de los derechos del imputado, frente a los fines buscados. Este juicio lo hará la Corte Constitucional en abstracto y, en cada caso concreto, corresponderá al juez de control de garantías velar porque en la aplicación de esta medida se respeten estos principios...”. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

⁸³ “La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad.” Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-022 del 23 de enero de 1996. M. P. Carlos Gaviria.

constitucional consagrado en el ordenamiento jurídico, segundo, si es necesario, es decir, que ese principio que el juez pretende aplicar al caso concreto, es el que debe ser aplicado frente a otros principios igualmente válidos, y tercero, que el principio a aplicar tiene “mas peso” que los otros principios enfrentados⁸⁴.

Si bien en muchas ocasiones se utiliza indistintamente el concepto de proporcionalidad a la par que el de ponderación, vale la pena aclarar que de acuerdo a los conceptos explicados con anterioridad al inicio de este capítulo, lo que nos interesa en esta investigación es demostrar que el método de la ponderación es la solución eficaz para sopesar y balancear principios en conflicto y que a través del instrumento del principio de proporcionalidad es que se desarrolla aquella⁸⁵.

⁸⁴ “En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.” Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996.

⁸⁵ “...Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto...” Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

“...El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa

Ahora bien, uno de los grandes avances de la Corte Constitucional en cuanto al principio de proporcionalidad, es que en el estudio que ha realizado del test de razonabilidad, permitió el uso de dos modelos de test⁸⁶: el primero, que es el principio de proporcionalidad basado en la jurisprudencia alemana y el segundo, el test de igualdad con fundamento en la jurisprudencia norteamericana, creando un “híbrido” que permite usar lo mejor de cada uno. *“En este modelo simbiótico del test de razonabilidad, el principio de proporcionalidad aparece como la columna vertebral de la estructura, que se aplica cada vez con una intensidad diferente de acuerdo con la materia de que se trate y con la índole de los derechos que resulten afectados por los tratos diferenciadores establecidos por la autoridad estatal”*⁸⁷.

De todo lo anterior, se puede deducir que el principio de proporcionalidad no puede ser tratado como un principio más de los tantos consagrados en la Constitución, sino que es la herramienta por medio de la cual la ponderación se establece como regla genérica de interpretación y aplicación del derecho que los jueces obligatoriamente deben utilizar. Es evidente que los criterios que hacen parte del principio de proporcionalidad son un argumento sólido y adecuado para que el derecho, en este caso, el derecho administrativo, sea aplicable de manera objetiva, justa y razonada. Se insiste, es deber y obligación constitucional de los jueces, fallar y decidir bajo los

dependiendo de la materia...” Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes.

⁸⁶Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-093 del 23 de febrero de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁷ Ob. Cit. Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, p. 78 y 79.

critérios relativos al principio de proporcionalidad, esa es la única forma en que la justicia administrativa se exprese conforme a la Carta Política.

Es innegable que el juez constitucional colombiano ha sido abierto al uso de la ponderación y del principio de proporcionalidad para la solución de conflictos entre principios, ejemplo de esto son las diferentes sentencias que han resuelto colisiones de principios. Sin embargo, es importante demostrar que la alta corte ha sido reiterativa y consecuente con la aplicación de la ponderación a través del principio de proporcionalidad, prueba de ello, es que la Corte al realizar el control de constitucionalidad a través del principio de proporcionalidad, busca el equilibrio de la normatividad analizada, estudiando los pros y contras en aras de encontrar un equilibrio⁸⁸. En cuanto a la finalidad de la normatividad, ésta debe estar permitida constitucionalmente, adecuarse igualmente a la Constitución, ser útil y finalmente, ser necesaria, factor que cobra importancia, en la medida en que es el que realmente determina y encierra la proporcionalidad como tal -proporcionalidad en estricto sentido-, muchas normativas o principios están ajustados a la Constitución, sin embargo, son pocos los que tienen el carácter de necesarios. Así mismo, se equipara la proporcionalidad con una relación económica de costo-beneficio, en la medida que si hay mayor costo, no es conveniente, y si por el contrario, el beneficio es mayor,

⁸⁸Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-573 del 15 de julio de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

pues sin lugar a dudas se ajusta a la proporcionalidad⁸⁹. El alto tribunal es enfático en advertir que si se demuestra “un menor sacrificio” para unos principios o derechos frente a otros, es obligación darle preferencia a aquellos frente a los otros, en desarrollo del principio de proporcionalidad⁹⁰.

De otro lado, varias sentencias de constitucionalidad, al analizar la proporcionalidad le han otorgado el carácter de “principio constitucional”, de “requisito superior”⁹¹, con la característica de “imprimir razonabilidad” garantizando un “orden justo”⁹², y va mas allá, cuando afirma que cuando existe distanciamiento del concepto de proporcionalidad, se incumple con el artículo 2° de la Constitución Política⁹³, es decir, es contrario a la Constitución decidir y juzgar en contra del principio de proporcionalidad.

Es significativo, -como complemento de la definición dada al inicio de este capítulo-, y muy valioso, el concepto que la Corte Constitucional estableció sobre el principio de proporcionalidad: *“El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de*

⁸⁹Ibídem

⁹⁰Ob. Cit. Sentencia T-982 de 2004.

⁹¹Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

⁹²Colombia, Corte Constitucional, Aclaración de voto SU-277-93 T-8793 Antonio Barrera Carbonell 22 julio 1993 Aclaración de voto de Eduardo Cifuentes, Alejandro Martínez Caballero, Carlos Gaviria Díaz.

⁹³C-406/94 Salvamento de voto Carlos Gaviria D-493 MP Jorge Arango Mejía 15 septiembre de 1994

proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal.”⁹⁴

La Corte le otorgó al principio de proporcionalidad el carácter de “principio de interpretación constitucional”, y le agregó los dos mandatos que lleva inmerso: “la prohibición de exceso y la prohibición de defecto”⁹⁵, los cuales determinan el método de aplicación del principio, que de acuerdo a lo explicado en el capítulo anterior, es la ponderación, y el único competente para realizarlo es el juez, así, el trabajo de éste es tan fundamental que no se puede dejar que la discrecionalidad decida cuál principio cede a otro, por el contrario, se requiere de un método “objetivo y controlable” para

⁹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes.

⁹⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

garantizar la efectividad de los principios constitucionales como lo consagra el artículo segundo constitucional⁹⁶.

Finalmente, es relevante la conexidad existente entre el principio de proporcionalidad y el Estado Social de Derecho, así lo ha afirmado la Corte en algunas de sus providencias⁹⁷. Esto no significa que sólo con la figura del Estado Social de Derecho se pueda aplicar el principio de proporcionalidad, pero es indudable que este modelo de Estado es el que permite clara y libremente, entender el principio en toda su magnitud. Fue la Carta Política del 91, por medio de varios artículos, la que abrió la puerta al principio de proporcionalidad, y por lo tanto, los jueces en aras de respetar la Constitución, a través de un método principialista de interpretación del derecho, deben acudir a él obligatoriamente.

La Corte Constitucional utiliza el juicio de la ponderación a través del principio de proporcionalidad, otorgándole prevalencia a un principio sobre otro en las colisiones entre ellos, sin embargo, esta inicial “invalidez” del principio que no se aplica al caso,

⁹⁶Ibíd.

⁹⁷Ob. Cit. Sentencia C-1017 de 2003. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-591 del 14 de diciembre de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia T-429 del 29 de septiembre de 1994. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes y sentencia C-591 del 14 de diciembre de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“...De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona...” Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

no es cierta, simplemente con el análisis bajo la perspectiva de la ponderación, el principio simplemente goza de una conveniente aplicación para el caso concreto, pero esto no significa que haya una jerarquización de principios, que unos valgan mas sobre otros, simplemente, en el caso concreto, el principio aplicable es mas adecuado que el otro.

Se insiste, como se hizo con anterioridad, que no es conveniente hablar de “jerarquización” de principios que equivalga a otorgarle a los principios grados de superioridad que los invaliden entre sí y que permita aplicarlos automáticamente de acuerdo al grado que ostenten. Lo mas adecuado, es que si bien entre los principios existen grados de importancia conforme a la normatividad que los crea y los establece, siempre y bajo cualquier circunstancia, el juez debe realizar el examen judicial de ponderación.

Ahora bien, explicado y entendido el principio de proporcionalidad, así como su aplicación por parte de los tribunales constitucionales, específicamente la Corte Constitucional colombiana, vale la pena entrar a analizar éste método de argumentación en el campo del derecho administrativo y la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana.

3.2. La supuesta proporcionalidad aplicada por el Consejo de Estado.

El órgano más representativo de la jurisdicción contenciosa administrativa es, indudablemente, el Consejo de Estado, así que tomaremos como ejemplo sus providencias para demostrar que este Tribunal aún es tímido a la hora de aplicar un método de ponderación novedoso y solucionar así los conflictos de principios que se presentan en la jurisdicción contenciosa.

Como ya lo hemos afirmado en el capítulo anterior, uno de los principios más representativos del derecho administrativo es el de legalidad. Es innegable que éste encierra lo que el derecho administrativo ha defendido durante años y es un principio importante y determinante para ejercer justicia, y, consciente o inconscientemente, tiene una “jerarquía especial” que lo hace más significativo que los demás dentro del ordenamiento jurídico administrativo.

El Consejo de Estado en la gran mayoría de sus providencias, especialmente en las sentencias ordinarias, le ha otorgado supremacía especial al principio de legalidad sobre los demás principios, sin que esto signifique que dicho raciocinio esté errado, es más, en muchos casos el principio de legalidad es la solución justa, lógica y jurídicamente aceptable, pero no siempre debe ser así, como quiera que dadas las circunstancias cambiantes del derecho administrativo, es necesario que otros tipos de argumentación y fundamentación jurídica sean utilizados.

Es importante insistir que el principio de legalidad no es la única solución para los jueces en el desarrollo de su labor, es cierto que este principio traducido como el respeto a la ley y la consecuente aplicación de la misma, es la respuesta rápida e inicialmente adecuada para solucionar conflictos y para hacer justicia, sin embargo, no puede ser la única, el juez en el desarrollo de sus funciones tiene el deber constitucional de encontrar métodos argumentativos acordes con las realidades jurídicas en constante movimiento y cambio.

Además de lo anterior, es importante señalar nuevamente, que el principio de legalidad desde la incursión del Estado Social de Derecho a nuestro ordenamiento, no es absoluto, es más, desde la Constitución Política de 1991 y con las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, los principios consagrados en la Carta gozan de una especial protección, toda vez que amparan derechos fundamentales de los ciudadanos que no pueden ser violados bajo ninguna condición.

Ya se analizó en su momento la importancia que el Tribunal Constitucional Colombiano le ha otorgado a los principios del Estado Social de Derecho, igual lo ha reconocido el Consejo de Estado, quien en varias providencias ha sido consciente de la trascendencia de aplicar el derecho de tal manera. Sin embargo, cuando el principio de legalidad se ve enfrentado a principios del Estado Social de Derecho, no siempre se aplican estos últimos, y la respuesta es sencilla: porque la jurisdicción

administrativa sigue sin utilizar métodos de interpretación, argumentación y ponderación que permitan analizar otras perspectivas del derecho.

No creemos que el Consejo de Estado se equivoque cuando aplica ciegamente el principio de legalidad sin tener en cuenta los principios del Estado Social de Derecho que están enfrentados, el problema real radica, en que el juez administrativo no acude a otros métodos de interpretación que le permitan observar el derecho desde una perspectiva principialística verdadera.

La ponderación y el principio de proporcionalidad eso es lo que permiten: que el juez tenga una perspectiva del derecho desde el punto de vista principialista, que acuda a la filosofía del derecho y a su lógica jurídica, obviamente todo aplicado con los límites de la Constitución y del modelo de Estado aplicable, que le permita solucionar colisiones de principios cuyo resultado sea lo mas cercano a la justicia y a la equidad.

No quiere decir lo anterior, que el Consejo de Estado no haya acudido al principio de proporcionalidad en sus sentencias, es más, es abundante la jurisprudencia al respecto⁹⁸, sin embargo, el concepto de proporcionalidad está enfocado a resolver

⁹⁸ Ver entre otras las siguientes sentencias: Colombia, Consejo de Estado, Sentencias 15.368 del 5 de mayo de 2005 Consejero Ponente Juan Ángel Palacio, 14.194 del 31 de marzo de 2005 C.P. María Inés Ortiz, 689 del 10 de marzo de 2005 C.P. María Claudia Rojas Lasso, 13.341 del 4 de septiembre de 2003 C.P. Germán Ayala Mantilla, 836 del 2 de marzo de 2006 C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta, 7071 del 23 de agosto de 2001 C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 392 del 23 de febrero de 2006 C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 12.616 del 6 de marzo de 2003 C.P: María Inés Ortiz Barbosa, 14.035 del 25 de septiembre de 2006 C.P: Héctor Romero Díaz, 274 del 20 de octubre del

casos desde un punto de vista sancionatorio, en el sentido de aplicar la proporcionalidad para decidir cuándo una sanción no es proporcionada a la causa. Esto no significa, que el principio de proporcionalidad no se pueda aplicar de esa forma, es más, es un avance significativo, pero es sólo una de las muchas maneras de utilizar este principio.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia contenciosa administrativa como herramienta necesaria para el juicio de ponderación, el Consejo de Estado no ha sido arriesgado, toda vez que se ha limitado, como se dijo anteriormente, a aplicar la proporcionalidad desde su concepto técnico, en cuanto a su conformidad con la regla, sanción, defensa o agresión. Si bien es cierto que este uso del concepto de proporcionalidad es adecuado y se puede considerar un avance en la jurisprudencia administrativa, sin embargo, se debería emplear el método de la ponderación como la Constitución lo establece y como lo ha usado la Corte Constitucional⁹⁹.

En innumerables providencias, el Consejo de Estado le ha dado una importancia muy significativa al principio de legalidad, se reitera que esta forma de solucionar una

2005 C.P. María Claudia Rojas, 4376 del 4 de julio de 1997 C.P. Juan Alberto Polo, 8149 del 8 de mayo de 2003 C.P. Manuel Santiago Urueta, 7102 del 11 de junio de 1992 C.P. Julio César Uribe, 6970 del 29 de octubre de 1992 C.P. Julio César Uribe.

⁹⁹No obstante lo anterior, es rescatable el trabajo del alto tribunal administrativo cuando analiza y resuelve acciones constitucionales, toda vez que esta ha sido la oportunidad para que se realicen raciocinios interesantes y el Consejo de Estado se empiece a despojar de su concepción conservadora – mas adelante se desarrollará este tema-.

colisión de principios o de determinar si una normatividad está ajustada a la ley o a la Constitución no es errada, es más, durante muchos años ha sido la respuesta obvia a los problemas jurídicos, sin embargo, se insiste, la ponderación como argumentación jurídica y aplicada a través del principio de proporcionalidad, es el método mas ajustado a los fines del Estado Social de Derecho -como se comprobó con anterioridad cuando se trató el tema de la relación entre proporcionalidad y el modelo de Estado- y es el concepto mas completo y útil para que la justicia administrativa sea realmente materializada.

Vale la pena demostrar lo anteriormente señalado, por ejemplo, con las providencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado cuando resuelven la segunda instancia en las acciones de repetición, pues en estos casos el alto Tribunal ha sido legalista en extremo, llevando a esta acción a una existencia obsoleta. Las sentencias se limitan a aplicar la ley, en este caso la 678 de 2001 y la normatividad anterior a esta, sólo desde la perspectiva que la legalidad impone, limitando la posibilidad de argumentar desde la principialista, lo que permitiría armonizar la normatividad de la repetición y aplicar la acción conforme a sus finalidades.

Ahora bien, para explicar claramente el fenómeno legalista que utiliza el Consejo de Estado en las acciones de repetición, se analizará el caso, para así evidenciar la regla general que se utiliza para resolver esta clase de acciones.

Conforme a la normatividad respectiva, esto es, la ley 678 de 2001, se tiene que la acción de repetición se ejercerá siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: que el Estado haya sido condenado al pago de una suma de dinero producto de una sentencia condenatoria o de cualquier forma de terminación de un proceso y que la condena haya sido producto del actuar doloso o gravemente culposo de un agente o ex agente del Estado¹⁰⁰.

Para demostrar lo que se pretende, sólo nos interesa el requisito de la prueba del pago de la condena, toda vez que la Sección Tercera deniega las pretensiones de este tipo

¹⁰⁰“ARTÍCULO 2o. ACCIÓN DE REPETICIÓN. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.

PARÁGRAFO 2o. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.

PARÁGRAFO 3o. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

PARÁGRAFO 4o. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.”

“ARTÍCULO 8. LEGITIMACIÓN. En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley.”

de acciones simplemente por el no cumplimiento de este requisito, así que nos limitaremos exclusivamente a éste.

Así las cosas, siempre y cuando exista una condena en contra del Estado y la misma haya sido cancelada, pues no existiría obstáculo para que el primer requisito estuviera satisfecho, sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, señala, sin lógica alguna, que la prueba del pago no es suficiente, se necesita, adicionalmente, una certificación de la entidad demandante en la cual demuestre que canceló las sumas de dinero correspondientes a la condena, y una constancia de recibido por parte del acreedor de las mismas.

Según la Sala, se requieren principalmente tres requisitos: “ a) *Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas*”¹⁰¹

Respecto del segundo requisito, la Sección Tercera ha ido más allá: no sólo se requiere que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la

¹⁰¹ Colombia, Consejo de Estado, Sentencia proferida por la Sección Tercera el 2 de mayo de 2007, expediente 18.621. Consejero Ponente Ruth Stella Correa.

sentencia condenatoria, sino que para demostrar dicho pago en el proceso de repetición, se exige prueba de que el acreedor -en este caso el afectado- recibió el dinero. Al parecer, no es suficiente con que la entidad pública allegue prueba del pago de las sumas correspondientes a la condena, sino que se necesita, adicionalmente, que la persona beneficiaria de dicho dinero certifique que efectivamente lo recibió. Evidentemente, es un sinsentido. ¿Si la entidad pública desembolsó el dinero en razón a una condena por la actuación gravemente culposa o dolosa de uno de sus agentes, no es prueba suficiente para condenar al agente culpable?

Adicionalmente a lo anterior, para el cumplimiento de los requisitos mencionados, es necesario que se alleguen copias auténticas de la sentencia ejecutoriada en la cual se demuestra la conducta del agente que ocasionó el daño, así como todos los actos y documentos idóneos que sirvan de prueba sobre la cancelación del pago, de lo contrario, si no se llegaren a cumplir satisfactoriamente tales condiciones “*el Estado no puede ni tiene la posibilidad de sacar avante la acción contra el agente estatal y menos aún la jurisdicción declarar su responsabilidad y condenarlo a resarcir*”¹⁰².

En varios procesos por acciones de repetición, si no en su mayoría, la entidad demandante allega copia auténtica de la sentencia condenatoria en contra del Estado, así como copias auténticas de los actos que demuestran que lo ordenado en la

¹⁰² *Ibidem*. Págs. 22 y 23.

sentencia condenatoria fue cumplido a cabalidad, y lo mas importante, se anexa certificación de la entidad en la cual se afirma que efectivamente se realizó la cancelación de lo debido en razón a la sentencia condenatoria por el actuar doloso o culposo del agente estatal. Lastimosamente, estos documentos, para el Consejo de Estado, no son suficientes, y como prueba de esta afirmación, vale la pena traer a colación lo siguiente:

“Aplicadas las reflexiones que anteceden al sub examine, se puntualiza que los documentos aportados, esto es, la copia auténtica de la Resolución 4876 de 7 de marzo de 1996, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se da cumplimiento a la sentencia de 1 de octubre de 1993 y la certificación de fecha 3 de mayo de 1996 expedida por la propia entidad deudora -Ministerio de Defensa Nacional- del pago del monto reconocido en la sentencia, no constituyen por sí solas pruebas idóneas a partir de las cuales se pueda deducir que existió el pago, toda vez que no se allegó junto con ellas un recibo, consignación, paz y salvo o comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que la cancelación efectivamente se produjo, razón por la cual no se logró acreditar tal desembolso y el detrimento patrimonial de la entidad.

“Es decir, la mera certificación, constancia o manifestación que expide el deudor aseverando que realizó el pago, no es prueba idónea y suficiente del mismo, dado que en esos eventos se carece de la constancia de recibo, consignación, paz y salvo,

comprobante de egreso o cualquier documento que demuestre que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente su valor, o la declaración o manifestación de éste respecto de que realmente le fue cancelado el valor de la misma...”¹⁰³

Con este tipo de afirmaciones se evidencia fácilmente como la legalidad es llevada al extremo contrariando los principios constitucionales obligatorios. Es inconcebible que un documento proveniente del deudor, que es una entidad estatal condenada en un proceso, no se le otorgue el valor probatorio necesario para el caso. Es ilógico tal raciocinio, la argumentación jurídica que utiliza el Consejo de Estado y que permite llevar al límite los requisitos legales respecto de la repetición, va en contra de la ponderación y del principio de proporcionalidad y lo único que está logrando el tribunal contencioso es hacer inaplicable y obsoleta esta acción.

No se pretende que la carga probatoria de la entidad pública demandante sea disminuida, pero un documento por medio del cual se certifica que la entidad desembolsó una determinada cantidad de dinero para pagar un daño que fue resultado de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario, ¿No es suficiente? ¿Qué se requiere, entonces? ¿Llamar en garantía al beneficiario del pago para que certifique que efectivamente recibió el dinero? En ningún momento la ley sobre acción de repetición consagró tales posibilidades, simplemente se limitó a pedir prueba del pago para iniciar la acción, pero la Sección Tercera del Consejo de Estado

¹⁰³ Ibídem págs. 26 y 27.

en una lectura estática y exegética de la ley y de los artículos del Código de Procedimiento Civil en los que sustenta tal apreciación, desconoce en el fondo la Constitución Política.

Prueba de lo anterior, son las características de las certificaciones expedidas por la entidad estatal, que la Sección Tercera considera fundamentales para que puedan ser consideradas como prueba del pago:

“Cabe precisar sobre las certificaciones que expiden las entidades públicas, que su contenido está limitado por el artículo 262 del C. de P. Civil que al otorgarles la calidad de documentos públicos, sólo lo hace para aquellas expedidas por los directores de oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos.

“Frente a esa norma puede concluirse: i) la certificación sólo puede expedirse por el Director de la Oficina Pública, ii) sólo puede certificar en relación con: a) la existencia de una actuación o procedimiento y b) sobre su estado.

“Por contera, la “certificación” expedida por la propia entidad deudora, en relación con datos tales como: que se produjo un pago, el monto del mismo, el valor y la fecha en que se produjo, no está amparada por la presunción de autenticidad que para los documentos públicos establece el artículo 252 del C. de P. Civil, por

cuanto se insiste, por tal presunción sólo está amparada la certificación expedida en los términos del numeral 2° del artículo 262 Ibídem... ”¹⁰⁴

Con la anterior argumentación, la Sala de Sección, obviamente desecha las pretensiones de las demandas de repetición, con el argumento de que faltan los requisitos para que la acción pueda prosperar, ni siquiera alcanza a revisar si la conducta del agente fue dolosa o gravemente culposa porque con la falta de prueba del pago no se puede realizar un análisis de fondo del caso.

No se entiende como se restringe la posibilidad de repetir contra el funcionario culpable del detrimento patrimonial, sólo porque la certificación del pago proveniente de la entidad estatal, no es prueba suficiente del mismo. ¿Quién más que la entidad condenada para certificar cuánto se pago y quién fue el beneficiario de dicho pago?

Es alejado y contrario a la ponderación y al principio de proporcionalidad, que se aplique la ley 678 de 2001 de tal manera; los artículos 2°, 8° y especialmente, el artículo 3° -que habla sobre las finalidades de la acción de repetición-, observados y aplicados desde el punto de vista principialístico, no permitirían darle una lectura a la ley restrictiva y restringida. En efecto, entendida la ponderación como el juicio o examen judicial utilizado para sopesar principios en conflicto y el principio de proporcionalidad es la herramienta para llevarla a cabo, en el presente caso, no se

¹⁰⁴ Ibídem, pág. 28.

requiere de un análisis profundo para demostrar que si se ponderaran los principios en conflicto, la solución del caso sería muy diferente.

Carece de toda lógica deducir que, cuando la ley estableció que se requería el pago por parte de la entidad condenada para que ésta pudiera iniciar la acción de repetición contra el funcionario que con su actuar doloso o gravemente culposo causó el daño por el cual la administración debió responder, el tribunal supremo de lo contencioso administrativo le diera una lectura limitativa, adicionando requisitos que la ley no contempló y menos aún, en el hipotético caso de que se aplicara una interpretación bajo los parámetros de la ponderación, tales requisitos no resultarían válidos.

Ahora bien, si ese mismo caso lo ponderamos con los principios del modelo de Estado actual, en aras de proteger el patrimonio público del Estado y aplicando el derecho con una visión principialística y especialmente empleando el principio de proporcionalidad, simplemente se condenaría al agente que con su actuar perjudicó al Estado, siempre y cuando se pruebe que se realizó el pago respectivo en razón a una sentencia condenatoria. Y la prueba del pago, valorando la certificación de la entidad demandante, sería mas que suficiente, como quiera que en aras de respetar los principios consagrados en la ley 678 de 2001 -moralidad y eficiencia de la función pública- frente al principio de legalidad -en el entendido de una lectura exegética de la normatividad-, es indudable que el ejercicio de la ponderación traería como consecuencia obligada que la legalidad cedería a la moralidad y la eficiencia.

De allí la importancia de utilizar el juicio de ponderación en la aplicación del derecho administrativo y en la argumentación del mismo para solucionar conflictos entre principios. En el caso de las acciones de repetición, el principio de legalidad, bajo el entendido de aplicación restrictiva de la ley, debe ceder a los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, consagrados en el artículo 3° de la ley 678 de 2001, si se hace un análisis ponderado de principios utilizando el criterio del principio de la proporcionalidad.

Con la aplicación limitada que la Sección Tercera del Consejo de Estado le ha dado a la normatividad referida, los principios de moralidad y eficiencia de la función pública ceden ante el de legalidad, sin embargo, la argumentación jurídica del juez administrativo no es convincente, como quiera que sólo se limita a desechar las acciones de repetición porque no existe prueba del pago, sustentado bajo la perspectiva limitada del Código de Procedimiento Civil. En cambio, si se utilizara una argumentación jurídica con las herramientas que proporciona el principio de proporcionalidad y utilizando el método de la ponderación, la parte considerativa y resolutive de las sentencias de repetición cambiarían sustancialmente.

No quiere decir todo lo afirmado, que no se deba aplicar la legalidad, -se insiste en que no es esto lo que se pretende-, es más, este un principio importantísimo para el modelo de Estado vigente y para el mantenimiento de la democracia y del ordenamiento jurídico, especialmente el administrativo, pero es indudable que el

método de la ponderación y el principio de proporcionalidad son soluciones novedosas y mucho mas garantista que deberían ser aplicadas con mayor continuidad por parte del juez administrativo.

La ponderación y el principio de proporcionalidad deben ser utilizados como regla general en la argumentación jurídica del derecho administrativo, como quiera que la misma Constitución les da una relevancia especial y tal jerarquía no puede pasar desapercibida por el derecho y mucho menos por los jueces. Dicha labor no es sólo obligación del Consejo de Estado como máximo tribunal, sino que, igualmente, los jueces administrativos deben modificar la sustentación argumentativa de sus fallos permitiendo que la ponderación a través del principio de proporcionalidad sea la generalidad.

3.3. Aplicación por parte del Consejo de Estado de la proporcionalidad en las acciones constitucionales.

Ahora bien, luego de dejar en claro que la argumentación jurídica desde la perspectiva de la ponderación y a través del principio de proporcionalidad, es una forma novedosa –para la justicia administrativa-, justa, equitativa y jurídicamente lógica y garantista, es importante resaltar que el Consejo de Estado no ha sido totalmente ajeno a este tipo de aplicación del derecho.

Es interesante el trabajo argumentativo del Consejo de Estado en varias sentencias, especialmente las que se refieren a las acciones populares y de grupo, en las cuales el alto Tribunal ha acudido a la principalística y al método de ponderación como solución a la colisión de principios en las acciones constitucionales.

Al respecto, las sentencias más significativas, a nuestro parecer, son las que se refieren a acciones populares proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, toda vez que al proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, ha realizado un análisis argumentativo novedoso que ha permitido que las consideraciones y decisiones adoptadas sean significativas para la jurisprudencia de lo contencioso administrativo.

Para demostrar lo anterior, tenemos que en la sentencia de acción popular 2004-00009 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 30 de agosto de 2007, se realizó un estudio concienzudo de la importancia de este tipo de acción constitucional en la protección de los derechos colectivos y se aclaró el concepto de moralidad administrativa.¹⁰⁵ Así las cosas, el alto Tribunal señaló que el concepto de la moral administrativa es abstracto pero posee una doble connotación: como

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Acción Popular 2004-00009 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 30 de agosto de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

principio y como derecho, que requiere ser interpretado y materializado por el juez en cada caso concreto.¹⁰⁶

Es importante resaltar que en el análisis del derecho colectivo a la moralidad administrativa, la Sala de Sección señaló que: *“Los principios se convierten en uno de los criterios de control de la protección de la moralidad, de manera que se pasa de observar si un mandato concreto ha sido violado por una acción u omisión de una entidad estatal, o de un particular en ejercicio de una función pública, para apreciar si un principio se ha desconocido, y con él se viola, a su vez, la moralidad administrativa.”* Igualmente, en la mencionada providencia, se hizo referencia a varias sentencias, también de acciones populares, en las cuales la Sección Tercera ha explicado la moral administrativa y ha privilegiado este “principio-derecho”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ “El derecho a la moral administrativa carece de la concreción normativa que caracteriza otros derechos, que si bien pueden ser amplios y bastos en su contenido, tienen un sentido más preciso. Es el caso, por ejemplo, de los derechos al medio ambiente o al patrimonio, de mayor claridad conceptual y práctica; lo que no significa que no ofrezcan problemas en su aplicación, pero sin duda menores en su comprensión a priori.” *Ibidem*.

¹⁰⁷ “Esta posición se insinuó, en los siguientes términos, en la sentencia de junio de 2001 -exp. AP 166 de 2001-. Dijo en esa ocasión esta Sección que: ‘(...) en otra oportunidad, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal, pues el ‘Estado de Derecho es... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo. ‘De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas’”.

“En la misma perspectiva anotada, dijo la Sección, el mismo 21 de febrero de 2007 –exp. AP. 549-, que: ‘La moralidad administrativa, en cuanto principio constitucional y legal que orienta la función administrativa, hace parte de la ‘legalidad’ que esta debe observar, pero de manera alguna esto

A raíz de las providencias reseñadas, la Corporación llegó a una interesante conclusión, al dejar en claro que la moral administrativa se encuentra desvinculada de la legalidad y viceversa, y bajo esta perspectiva, se le da respaldo a la ponderación como método argumentativo.¹⁰⁸ Adicionalmente, se resaltó la importancia de la labor del juez “*para reconducir las acciones administrativas hacia los mas correctos modos de obrar*”, permitiendo, bajo esta perspectiva, un trabajo argumentativo autónomo e independiente, siempre y cuando se respeten los parámetros constitucionales respectivos. Así mismo, indicó que “*el análisis racional, los principios jurídicos y los valores señalan a la administración lo que es correcto e incorrecto*”¹⁰⁹, tal afirmación es muy importante y significativa toda vez que aún cuando se refiere a la administración específicamente, es indudable, conforme a la

significa que se manifieste únicamente a través de reglas y límites para el ejercicio de esta función, pues como se observó detenta un valor normativo de manera autónoma a más de manifestarse también como expectativa de la comunidad. No pueden confundirse entonces los principios de legalidad y moralidad administrativa, aunque existe una estrecha relación entre ellos.

‘Puede decirse entonces que es viable constatar una violación al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa simplemente con la verificación del quebrantamiento de una norma legal que la desarrolle de manera directa e inequívoca como principio; sin embargo, en las más de las veces no ocurre así, pues aunque exista (y debe existir) una norma como referente, se hace necesario un desarrollo interpretativo y argumentativo del juez en cada caso, capaz de demostrar la efectiva violación o amenaza al derecho o interés colectivo a partir del análisis de la relación entre la moralidad administrativa entendida como principio y esta.’. Ibídem, pág. 58 a 60.

¹⁰⁸ “...el inadecuado entendimiento tiene que ver con el hecho de que si la moral fuera la ley misma, entonces el derecho colectivo no sería el de la “moralidad administrativa” sino el de la “legalidad administrativa”. Pero las cosas no pueden ser de ese modo, pues este argumento esconde la supresión de este derecho colectivo, al reducirlo al principio de legalidad rígido, en cuyo caso brilla sólo la legalidad, que tan sólo recoge expresiones morales concretas. Para la Sala no cabe duda que se trata de dos principios jurídicos diferentes, y que so pretexto de evitar el eventual desafuero de los jueces no se puede reducir, siempre, la moral al derecho positivo. De hecho, si se confundiera la legalidad con la moralidad, la protección de ésta equivaldría a un juicio legal, luego la Constitución no habría agregado valor al ordenamiento jurídico cuando creó el derecho colectivo, pues no sería otra cosa que la misma normatividad, pero reformulada en términos de axiología.”

¹⁰⁹ Ibídem, Págs. 63 y 64.

lectura de la totalidad de la sentencia, que el análisis racional y principialístico es imprescindible para el ejercicio de la labor de administrar justicia.

Los señalamientos anteriores son fundamentales para el juez de lo contencioso administrativo en materia constitucional, e indudablemente, son novedosos respecto a la forma en que acostumbraba argumentar la justicia administrativa. Adicionalmente, es evidente que la “mentalidad” de juez constitucional afecta favorablemente al Consejo de Estado como quiera que aplica criterios, principios y razona muy diferente a lo que suele hacer cuando resuelve procesos ordinarios. En la sección anterior se demostró como el juez de lo contencioso acude a un razonamiento sesgado, limitado y anticuado al resolver las acciones de repetición, sin embargo, es necesario dejar en claro que el alto Tribunal tiene la obligación constitucional de fallar conforme a los principios constitucionales y en desarrollo de los mismos, utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad como método argumentativo para fallar las sentencias.

Otra providencia significativa para el tema analizado, es la AP-082 del 12 de octubre de 2000¹¹⁰, en la cual la Sección Tercera afirmó acertadamente, conforme a los lineamientos de la Corte Constitucional que *“el Estado adquiere la obligación de regular diferentes áreas de la vida social en las cuales pueden surgir peligros para*

¹¹⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de Acción Popular AP-082 proferida por la Sección Tercera el 12 de octubre de 2000, CP. Alier Hernández.

los asociados, de manera tal que éstos sean conjurados. Se trata de un deber de naturaleza objetiva para cuyo cumplimiento, los organismos del Estado gozan de una cierta discrecionalidad para decidir cuál es la medida más efectiva con miras a proteger los intereses y existencia de los asociados. Ello es así porque, en la práctica, pueden existir muchos medios que conduzcan al mismo resultado y, por eso, no es dable requerir de las autoridades la aplicación de una medida concreta, a no ser que se advierta con evidencia que es la única pertinente.”¹¹¹

Igualmente al analizar el caso, hizo un estudio de armonización entre el principio de participación ciudadana y la discrecionalidad de la administración, para finalmente llegar a esta interesante conclusión: *“En general, los jueces que deben controlar una actuación administrativa que ha sido fruto de una facultad discrecional, deben observar que tal actuación no conduzca consecuencias absurdas, manifiestamente injustas, o que haya sido claramente desproporcionada o irrazonable, pues si es así, quiere decir que el administrador ha excedido los límites jurídicos impuestos por la ley, o ha puesto en violado los principios generales del derecho, entre ellos la interdicción de la arbitrariedad y el principio de proporcionalidad.”*

Adicionalmente señaló, *“...el juez de la acción popular puede prevenir o corregir las conductas violatorias de cualquier derecho colectivo, pero siempre dentro de la potestad judicial de que ha sido investido por la Constitución o por las leyes. Es*

¹¹¹ *Ibíd.* Pág. 22.

*decir que: ... Puede, ante la **evidencia** de la desproporción, falta de razonabilidad, o manifiesta injusticia, ordenar que cese la conducta irracional, desproporcionada o injusta, u ordenar que la administración adecue su conducta a lo dispuesto en las normas aplicables para el caso concreto, de manera que deje de ser arbitraria y desproporcionada” (subrayado del original).*

También es conveniente traer a consideración la sentencia AP-166 del 17 de junio de 2001¹¹², toda vez que allí se realizaron importantes razonamientos sobre la materia tratada. La Sección reconoció que aún cuando es difícil para la jurisprudencia de la Corporación aplicar directamente los principios constitucionales, se plantea una solución práctica para esto, que consiste en concretar la generalidad de aquellos a través de ejemplos que le permitan al juez determinar su alcance y aplicarlos.¹¹³

Adicionalmente, la providencia referida es muy importante y trascendental toda vez que explica el método de ponderación para resolver conflictos entre principios¹¹⁴,

¹¹² Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de Acción Popular AP-166 proferida por la Sección Tercera el 1° de junio de 2001, CP. Alier Hernández.

¹¹³ “De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas. Pese a la dificultad, la Sala esbozó una solución para privilegiar la eficacia de los principios constitucionales, sin lesionar la seguridad jurídica. Se dijo que los principios necesitan concreción, por su textura abierta, y se admitió la metodología de la concreción a través de ejemplos, de manera que, cuando se produce, tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado.” *Ibidem*. Pág. 14.

¹¹⁴ “Antes de avanzar en el análisis de la institución, es menester aclarar en qué consiste el método de la ponderación. Se trata de un mecanismo de aplicación normativa al que debe recurrirse cuando no funcione el silogismo, para aplicar normas que no estén formuladas condicionalmente. Por ello es

destacando la labor de la Corte Constitucional¹¹⁵ y concluyendo que dicho método es una “*vía de control de la actividad administrativa y de protección de los administrados*”¹¹⁶. Gracias a la argumentación utilizada con base en la ponderación, la Sección Tercera realizó un estudio de proporcionalidad para resolver los principios en conflicto y fallar la acción popular.¹¹⁷

necesario a la hora de aplicar directamente los principios constitucionales, pues dado que, como se dijo, ellos ejercen un papel constitutivo del orden jurídico, deben coexistir, relacionándose íntimamente entre sí, de manera que ninguno de ellos tiene carácter absoluto pues, de ser así, se excluirían unos a otros, y terminaría negándose la existencia de la Institución jurídica que informan.

“En otras palabras, dado que los principios preceden y determinan otras entidades derivadas, llamadas instituciones jurídicas, dado que en una misma institución hay, siempre, dos o más principios en juego, dado que la vigencia absoluta de todos ellos en el marco de una determinada institución terminaría por generar su propia negación y la de ésta, entonces su aplicación directa demanda de un proceso por medio del cual se determine, de acuerdo con la norma específica que contenga los principios, a cual de ellos debe dársele prioridad sobre los otros.

“Este método, que facilita la aplicación directa de principios constitucionales, responde a las exigencias de un Estado Social de Derecho. En efecto, ‘el establecimiento de principios obedece, en el Estado social de derecho, a la voluntad constituyente de otorgar una mayor protección a los valores constitucionales... por el hecho de que el principio se irradia a toda la organización político-jurídica y, en consecuencia, está garantizado en la aplicación de todas las reglas de aplicación directa’ ” [Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992].” Ibidem. Págs. 23 y 24.

¹¹⁵ *“El método de la ponderación de principios, no es nuevo en Colombia. Nuestra Corte Constitucional ha recurrido a él, por ejemplo, para determinar los efectos cualitativos de un Estado Social de Derecho, identifica la justicia y la seguridad jurídica como los principios que entran en conflicto dentro de la definición del sistema jurídico del Estado Social de Derecho; luego, les atribuye a cada uno el peso que corresponde de acuerdo con lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, para, finalmente, privilegiar el principio de la justicia material.” Ibidem. Pág. 24.*

¹¹⁶ Ibidem. Pág. 25.

¹¹⁷ *“La Sala encuentra que, en efecto, en el proceso para la toma de la decisión cuestionada, se identifican algunos principios, y derechos en conflicto: por una parte, las autoridades competentes dieron a conocer, por medio de los informes rendidos al municipio que con la construcción de la Villa Olímpica se ponía en riesgo la seguridad pública, que la única forma de prevenir un desastre era evitando la construcción de una obra cuya importancia impulsaría el poblamiento en esa zona, es decir que el municipio conocía cuáles principios y derechos saldrían perjudicados con la decisión de adelantar el proyecto en esas condiciones. En efecto, Ingeominas, el Comité Regional para la Prevención y Atención de Desastres y la Dirección de Planeación Municipal, conceptuaron sobre los riesgos a que quedaría sometida la población con esa construcción. (...)*

“Teniendo en cuenta que el artículo 5 del Plan de Ordenamiento Territorial dispone que los fines de la función pública de planeación urbana son el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales y la consecución del bien común, entre otros, y que dichos fines proveen de contenido al principio de moralidad administrativa en ese ámbito, la Sala considera que en el procedimiento administrativo de ponderación, en obediencia a la dirección finalística trazada en la norma, era necesario privilegiar el derecho a la seguridad pública,

De todo lo anterior, es claro que la Sección Tercera cuando ejerce el papel de juez constitucional acude a la ponderación y a la proporcionalidad como fuente esencial para argumentar sus providencias, cosa distinta ocurre cuando se dedica a fallar procesos ordinarios, pero se insiste, tal ambigüedad e imprecisión entre una y otra forma de fundamentar decisiones proferidas por una misma Corporación, es un sinsentido.

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

pues sólo así se cumple con el deber de alcanzar la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales de la población de Pasto y se propende por un mejoramiento en su calidad de vida.

Además, si evalúa la decisión para saber si corresponde a una solución ponderada, se encuentra, sin esfuerzo, que la importancia de cumplir un programa de gobierno no se compadece con el altísimo grado de perjuicio de los principios desplazados, con lo cual se hace evidente, además, que la ‘satisfacción del interés general’ a la que aludió el municipio carece de contenido real para este caso.

“Éste es, entonces, uno de los eventos en los que el juez puede, y debe imponer la única solución ponderada que era posible tomar. Más aún cuando es la única vía para alcanzar la protección del derecho colectivo amenazado: la seguridad pública, y de conformarse con los deberes que impone el principio de la moralidad administrativa.

“Tales deberes, como se ha dicho, se deducen del artículo 36 del C.C.A. En efecto, tal como se ha venido diciendo la Sala, muchas veces las autoridades deben ejercer sus competencias en cumplimiento de normas finalísticas que les dejan un rango de discrecionalidad limitado por las disposiciones del mencionado precepto, en el sentido de que tales decisiones deben adecuarse a los fines de la norma que la autoriza y ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa.” *Ibidem.* Págs. 27 a 29.

principalística para fallar sentencias constitucionales y de otro lado, una mentalidad cerrada, lególatra, exégeta, legalista y anticuada para fallar sentencias ordinarias.

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

Ahora bien, aunque es reprochable que la Sección Tercera argumente sus fallos de formas tan disímiles y contradictorias entre acciones constitucionales y ordinarias, es muy importante resaltar la labor constitucional que el Consejo de Estado ha venido utilizando a raíz de la expedición de la ley 472 de 1998¹¹⁸, sin embargo, es criticable que, sin justificación alguna, se despoje de la concepción principalística, ponderada y proporcional a la hora de resolver procesos ordinarios.

Pese a esto, es importante destacar que el alto Tribunal de lo contencioso administrativo abrió una puerta que resulta de gran utilidad y engrandece la jurisprudencia administrativa, como quiera que la Sección Tercera al fallar como juez

¹¹⁸“Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”

constitucional, emplea un razonamiento argumentativo más enriquecedor y proporcional. No obstante lo anterior, lo ideal sería que el Consejo de Estado fallara de manera uniforme los casos que le corresponden, independientemente del tipo de procesos que decida; como juez ponderado que es, no debe ver afectado su juicio por factores externos como la clase de acción.

Se reitera que no debe existir distinción entre el juez que falla sentencias ordinarias y el de las acciones constitucionales; la Sección Tercera cuando analiza las sentencias ordinarias, no puede deshacerse de la visión ponderada y proporcional del derecho y de los principios constitucionales que utiliza cuando resuelve acciones populares, es más, gracias a la visión constitucional que utiliza en estos casos, es que se materializa el ideal de juez que se pretende a través de esta investigación aplicar, como quiera que de esta forma se llegaría a una jurisprudencia garantista, ponderada y menos restrictiva.

4. CONCLUSIONES

Después de realizado el anterior estudio, está claro que el principio de proporcionalidad y la ponderación entendidos desde un punto de vista metódico e interpretativo, son las soluciones mas razonables y acertadas para argumentar y fundamentar las decisiones que conlleven colisiones o conflictos de principios.

El principio de legalidad como abanderado del derecho administrativo está siendo revaluado dadas las actuales circunstancias constitucionales, sin embargo, el hecho de que la legalidad ceda ante otro principio, no significa anulación ni mucho menos negación de la existencia del mismo como base estructural del derecho administrativo.

El hecho de que la legalidad se someta ante los principios del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución, no significa que el derecho administrativo cambie su valoración o pierda su reconocimiento; simplemente lo que requiere el Derecho Administrativo es adaptarse a una nueva modalidad, debe adaptarse a una nueva concepción de Estado con la que antes no contaba y a través de la ponderación y la proporcionalidad lo puede lograr.

El derecho administrativo debe adaptarse a la nueva calidad que ostenta, debe acomodarse al nuevo posicionamiento en el que se encuentra frente a los principios

consagrados en la Constitución. El derecho administrativo debe actualizarse, es decir, modernizarse para ajustarse a las nuevas condiciones reales que se plantean, como es el uso del método de la ponderación a través del principio de proporcionalidad para la solución de los problemas jurídicos.

Sin embargo, es importante aclarar, que la ponderación como método argumentativo no significa la negación o abandono de los principios que ceden en una colisión, simplemente, lo que se pretende es realizar una valoración adecuada, la cual debe ser efectuada por el juez -administrativo en este caso-, y que debe estar fundamentada en el principio de proporcionalidad.

A primera vista, se podría afirmar que la aplicación de la ponderación por parte de los jueces administrativos llevaría a un casuismo inconveniente, en el cual, dependiendo de cada asunto analizado se llegaría a una solución que en otra oportunidad sería resuelto de manera diferente, no obstante, es importante precisar que si bien a primera vista eso es lo que sucede, la ponderación y el principio de proporcionalidad conllevan un estudio casuístico sano e íntegro que requiere de certeza jurídica por parte del juez en la interpretación del derecho administrativo. Este análisis casuístico, lo único que demuestra es que sólo a través de principios es que se pueden solucionar los problemas jurídicos, ya que las situaciones son tan cambiantes y ambivalentes que la única manera de tener una argumentación estable y verdaderamente aplicable es acudiendo a la interpretación principialística del derecho.

El concepto de justicia desde el punto de vista de la ponderación, se puede traducir como dar, conceder, brindar u otorgar proporcionalidad a las cosas, si existe desproporción no hay justicia, si existe proporción es justo; así, como concepto simple, debe ser valorado y aplicado el principio de proporcionalidad por parte de los jueces administrativos. El principio de proporcionalidad evoca a la naturaleza de las cosas, vuelve a lo básico para hallar una solución a los conflictos. Por lo tanto, es importante que los jueces administrativos como portadores de la justicia contenciosa y que hasta ahora están empezando a aplicarla -dado que los juzgados administrativos llevan poco tiempo en funcionamiento-, no sean tímidos a la hora de acudir al método de la ponderación mediante el principio de proporcionalidad para solucionar los problemas jurídicos de colisión de principios que surgen en cada caso, se necesita con urgencia un respiro innovador en la interpretación jurídica de la jurisprudencia administrativa.

Probablemente, la ponderación y el principio de proporcionalidad sean opuestos al ordenamiento legal administrativo dado que le daría importancia a principios que no lo son -de acuerdo a la interpretación y argumentación que siempre se le ha dado al derecho administrativo-, sin embargo, es necesario aclarar que la ponderación basada en el ordenamiento constitucional tiene validez, respaldo y lógica, es más, los jueces están obligados a respetarla y aplicarla ya que la Constitución la avala, es la propia Carta Política la que nos da las bases para la aplicación del principio de

proporcionalidad en el derecho colombiano y particularmente en el derecho administrativo.

Cuando se afirma que la ponderación aplicada al conflicto entre principios, es obligatoria para los jueces administrativos, no significa que deban negar indefinidamente el principio que cede en razón de la colisión, el método debe ser aplicado armónicamente con la Constitución y con el ordenamiento administrativo, sin embargo, es muy importante el papel de los jueces en el estudio de la ponderación y del principio de proporcionalidad, toda vez que de ellos depende que no pierda perspectiva y que puedan ser aplicados sin restricciones.

Aún cuando el principio de proporcionalidad no está expresamente consagrado en la Constitución, se deduce e interpreta de lo que está establecido en ella. Los puristas, positivistas o los jueces retrógrados afirmarían que al no existir este principio en una norma específica no puede ser aplicado tan generalmente y extensamente como pretendemos que se haga en esta investigación, pero precisamente eso es lo que se debe evitar, que se siga aplicando un derecho anticuado que no permite utilizar novedosos mecanismos para modernizar el derecho administrativo.

El principio de proporcionalidad encierra criterios aplicables para los casos de conflicto entre principios, contiene pautas precisas, elementos específicos y objetivos que son determinantes para solucionar de forma ponderada las colisiones. Los jueces

administrativos deben ver la proporcionalidad desde el punto de vista de su principal característica: la de no negar la aplicabilidad del principio que cede, no lo sustrae de su utilidad o pertinencia, por lo tanto, no es que los jueces acojan esta metodología de forma automática siempre que se presente colisión de principios, ni que se niegue su condición de juez y determinador de la solución, es más, su condición es definitiva para el empleo adecuado de la ponderación, ésta por si sola, no sería lógica y se volvería inaplicable, prácticamente inexistente, así que el papel del juez es muy relevante, indelegable y altamente trascendental, toda vez que tienen en sus manos la consideración de los parámetros de proporcionalidad aplicables a cada caso.

Un ordenamiento jurídico legalista es ineficiente y aún cuando podría decirse que es operante, es indudable que se requiere de los principios para que sea eficaz y efectivo. Lastimosamente, el tribunal de lo contencioso administrativo ha impedido que muchos de los principios y deberes constitucionales sean cumplidos y materializados puesto que ha aplicado la ley por encima de los principios -muestra de ello, es el caso analizado con anterioridad sobre las acciones de repetición-, no obstante, se resalta el trabajo realizado por la Sección Tercera del Consejo de Estado con algunos fallos que resuelven acciones populares, en los cuales se ha acudido a la proporcionalidad como solución a las colisiones de principios y a través de este método se logran decisiones mas ponderadas, equitativas e imparciales.

Por lo anterior, es que los jueces administrativos requieren de una certeza jurídica que les permita aplicar el derecho administrativo desde una visión principialística, y la mejor forma de materializarlo es a través de la ponderación y del principio de proporcionalidad. Es muy importante que los jueces sean conscientes de tal responsabilidad, deben quitarse la máscara de la legalidad que en principio les soluciona “fácilmente” y de forma segura los conflictos o problemas jurídicos, para darle paso a la visualización clara que, para hacer realmente justicia, se debe acudir a la principialística que es la única forma de garantizar la real, proporcionada y equilibrada aplicación del derecho administrativo.

Se ha demostrado que el principio de proporcionalidad se encuentra establecido en la Constitución Política, y como norma de normas es de aplicación preferente; la Corte Constitucional, como quedó demostrado con anterioridad, sí ha acogido la ponderación como solución al conflicto de principios y como método de interpretación jurídica, sin embargo, el derecho administrativo ha sido un poco ajeno a ese fenómeno, el Consejo de Estado como máximo exponente de la jurisprudencia en la materia, mantiene una posición conservadora y moderada, en el entendido de mantener los postulados anticuados utilizados desde hace años, que le garantiza una solución legal facilista pero que evita realizar un examen más exhaustivo del problema jurídico que irremediablemente los llevaría a acudir a un método de interpretación diferente.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, específicamente la Sección Tercera, ha variado su razonamiento para dar paso, en el caso de las acciones populares, a un pensamiento novedoso respecto al que utiliza para resolver las acciones ordinarias. Gracias al análisis que realiza como juez constitucional, la Sección Tercera ha recurrido a la ponderación y al principio de proporcionalidad como métodos argumentativos para resolver las acciones constitucionales. Sin embargo, sin justificación alguna y sin razón lógica aparente, cuando adopta nuevamente la visión de juez administrativo para fallar acciones ordinarias, vuelve, lamentablemente, a adoptar una postura lególatra, anticuada y muy limitada. El cambio argumentativo realizado por el mismo juez no es razonado, ni siquiera bajo el entendido de que al resolver acciones distintas, el razonamiento debe variar: una mentalidad y raciocinio para las acciones constitucionales, y otro diametralmente opuesto para las acciones ordinarias.

El Consejo de Estado, como máximo órgano de lo contencioso administrativo, debe empezar a realizar sus análisis hermenéuticos bajo los parámetros de un derecho administrativo principialista, que prefiera resolver un problema jurídico a través de la ponderación y no acudiendo a la ley como solución fácil y práctica. Si la Sección Tercera, en algunos de sus fallos de acciones populares, ya empezó a efectuar un trabajo desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, esta es la oportunidad para que el alto tribunal se abra aún más, y no sólo aplique tal argumentación en los

fallos constitucionales sino también en las acciones ordinarias, en las cuales sería de gran utilidad.

Ahora bien, se dejó en claro que la visión principialista y proporcional del derecho administrativo no es la regla general en el Consejo de Estado, sin embargo, los pequeños pasos que ha dado en algunas de sus decisiones, son fundamentales para que los jueces administrativos dejen a un lado la ignorancia o la timidez frente al principio de proporcionalidad y se despojen del pensamiento rígido y formalista con el cual aplican el derecho administrativo, que lo único que logra es una justicia a medias que respeta en exceso la norma.

Analizar los problemas jurídicos con esquemas diferentes a los que se han usado durante años, es un cambio drástico, pero no por eso, innecesario, es más, es importante, que si la jurisdicción administrativa quiere renovarse debe acudir a los criterios constitucionales de interpretación y de solución de conflictos entre principios para encontrar nuevas maneras de interpretar y aplicar el derecho. Y que mejor forma de demostrarlo que resaltando el análisis argumentativo realizado en las acciones populares que resuelve la Sección Tercera. En razón a esta nueva perspectiva es que el derecho administrativo y sus jueces deben iniciarse para así establecer una fundamentación, argumentación y razonamiento novedoso que permita un discurso jurídico acorde con la principialística y la proporcionalidad.

Es necesario para la oxigenación del derecho administrativo, que los jueces dejen el rigorismo a un lado, y acudan a una interpretación menos estricta del derecho. Se debe desarraigar el positivismo. La ponderación y el principio de proporcionalidad son la respuesta novedosa para un derecho administrativo legalista, conservador y poco innovador, que requiere con urgencia una aplicación ingeniosa del derecho y de la argumentación jurídica. Cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Es facilismo de los jueces? Porque es evidente que requiere menos esfuerzo resolver un problema jurídico conforme a la normatividad a la que se ha acudido siempre, que analizar desde el punto de vista de la filosofía del derecho para sopesar los principios jurídicos que se enfrentan al resolver un caso.

Las ventajas, para los jueces administrativos, de la aplicación de la ponderación a través del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, son evidentes: con este método los principios constitucionales prevalecen -como lo ordena la Constitución Política en su artículo 4º-, logrando así, la máxima eficacia de los mismos. Esa visión es innovadora para el derecho administrativo y no podemos esperar más para aplicarla. Buen ejemplo ha empezado a dar la Sección Tercera del Consejo de Estado con sus sentencias constitucionales y esperemos que ese sólo sea el abrebocas, y que a partir de ahora la jurisprudencia administrativa sea referente para argumentación e interpretación jurídica desde la perspectiva de la ponderación.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abendroth, Wolfgang. El Estado de derecho democrático y social como proyecto político, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
2. Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
3. Aparicio Wilhelmi, Marco. Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El artículo 93 de la Constitución Española como cláusula de apertura a la interrelación ordinamental en un marco pluralista, Universidad Autónoma de Barcelona, 2002 en www.tdx.cesca.es/TESIS_UdG/AVAILABLE/TDX-1212103-121813//tmdg3de3.pdf consulta de noviembre 6 de 2006.
4. Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan. Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1996.
5. Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2003.
6. Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003.
7. Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

8. Carbonell, Miguel y Pérez Karla. “Principio de legalidad”, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, en www.bibliojurídica.org consulta de noviembre 15 de 2004.
9. Carrio, Genaro. Principio jurídicos y positivismo jurídico, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1990.
10. Cepeda Espinosa, Manuel José. Derecho Constitucional Jurisprudencial, Editorial Legis, Bogotá, 2001.
11. Colombia, Congreso de la República, Ley 489 de 1998.
12. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 7102 del 11 de junio de 1992, Consejero Ponente Julio César Uribe.
13. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 6970 del 29 de octubre de 1992, Consejero Ponente Julio César Uribe.
14. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 4376 del 4 de julio de 1997, Consejero Ponente Juan Alberto Polo.
15. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 15.368 del 5 de mayo de 2005, Consejero Ponente Juan Ángel Palacio.
16. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de tutela AC-1818 de julio 14 de 1994, Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta.
17. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia ACU- 108 de diciembre 18 de 1997, Consejero Ponente Mariela Vega de Herrera.
18. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia ACU- 1690 de Noviembre 3 de 2000, Consejero Ponente Juan Ángel Palacio.

19. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia S-761 de febrero 8 de 2000, Consejero Ponente Javier Díaz Bueno.
20. Colombia, Consejo de Estado, Acción Popular AP-170 de Febrero 16 de 2001, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enriquez.
21. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de Acción Popular AP-082 del 12 de octubre de 2000, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enriquez.
22. Colombia, Consejo de Estado, Acción de Cumplimiento ACU-1690 de Noviembre 3 de 2000, Consejero Ponente Juan Ángel Palacio Hincapié.
23. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia AP-170 febrero 16 de 2001, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enriquez.
24. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de Acción Popular AP-166 del 1° de junio de 2001, CP. Alier Eduardo Hernández Enriquez.
25. Colombia, Consejo de Estado, Acción Popular AP-170 de febrero 16 de 2001, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández.
26. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 7071 del 23 de agosto de 2001, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
27. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 12.616 del 6 de marzo de 2003, Consejero Ponente María Inés Ortiz.
28. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 8149 del 8 de mayo de 2003, Consejero Ponente Manuel Santiago Urueta.
29. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 13.341 del 4 de septiembre de 2003, Consejero Ponente Germán Ayala Mantilla.

30. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de tutela AC-542 de Octubre 23 de 2003, Consejero Ponente Juan Ángel Palacio.
31. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 689 del 10 de marzo de 2005, Consejero Ponente María Claudia Rojas Lasso.
32. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 14.194 del 31 de marzo de 2005, Consejero Ponente María Inés Ortiz.
33. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 274 del 20 de octubre de 2005, Consejero Ponente María Claudia Rojas Lasso.
34. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 392 del 23 de febrero de 2006, Consejero Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
35. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 836 del 2 de marzo de 2006, Consejero Ponente Rafael Ostau de Lafont Planeta.
36. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 14.035 del 25 de septiembre de 2006, Consejero Ponente Héctor Romero Díaz.
37. Colombia, Consejo de Estado, Sentencia 18.621 del 2 de mayo de 2007, Consejero Ponente Consejero Ponente Ruth Stella Correa.
38. Consejo de Estado, Acción Popular 2004-00009 el 30 de agosto de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.
39. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-004 de mayo 7 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente RE 001.

40. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-004 de mayo 7 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente RE-001.
41. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-221 de mayo 29 de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-006.
42. Colombia, Corte Constitucional, Sala N° 1 de revisión. Sentencia de tutela T-406 de junio 5 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
43. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-406 de junio 5 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente T-778.
44. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-427 de junio 24 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente T-936.
45. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-449 de julio 9 de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-033.
46. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-422 de julio 15 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, Expediente T-298.
47. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-486 de agosto 11 de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente T-1900.
48. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-333 de agosto 12 de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-217 y D-225.

49. Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de constitucionalidad C-479 de agosto 13 de 1992, Magistrados Ponentes José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez.
50. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-511 de septiembre 3 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-034.
51. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-557 de octubre 15 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, Expediente RE-007.
52. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-561 de octubre 20 de 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-063.
53. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-582 de noviembre 12 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente T-4018.
54. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-588 de noviembre 12 de 1992, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández, Expediente D-068.
55. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-530 de noviembre 17 de 1993, Magistrado Ponente Alejandro Martínez, Expediente D-260.

56. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-015 de febrero 4 de 1994, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente T-21434.
57. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-230 de mayo 10 de 1994, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente T-28319.
58. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-314 de abril 1 de 1994, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy, Expediente D-4842.
59. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-473 de octubre 27 de 1994, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-565.
60. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-548 de diciembre 1 de 1994, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, Expediente D-622.
61. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-109 de marzo 15 de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-680.
62. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-328 julio 27 de 1995, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-722.

63. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-450 de octubre 4 de 1995, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, Expediente D-849.
64. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-037 de febrero 5 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente PE-008.
65. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-070 de febrero 22 de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente: D-1021.
66. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-118 de marzo 21 de 1996, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente: D-1069.
67. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-139 de abril 9 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente: D-1080.
68. Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-253 de junio 6 de 1996, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, Expediente D-1086.
69. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-322 de julio 23 de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente T-98585.

70. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-409 de septiembre 4 de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-1197.
71. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-237a de marzo 11 de 2000, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, Expediente D-4773.
72. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 10 de mayo de 2000, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, Expediente LAT-154.
73. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-669 de junio 14 de 2000, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-2717.
74. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-803 de junio 29 de 2000, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Expediente D-2715.
75. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-1441 de 25 de octubre de 2000, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, Expediente D-2963.
76. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-1064 de octubre 10 de 2001, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba, Expediente D-3449.

77. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-616 de agosto 6 de 2002, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, Expediente D-3860.
78. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-876 de octubre 16 de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Expediente RE 117.
79. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-916 de diciembre 16 de 2002, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, Expediente D-4020.
80. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-150 de febrero 25 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, Expediente D-4194.
81. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-475 de junio 10 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, Expediente D-4340.
82. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-570 de julio 15 de 2003, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy, Expediente D-4436.
83. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-573 de julio 15 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, Expediente D-4441.

84. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-741 de agosto 28 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, Expediente D-4405.
85. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-776 de septiembre 9 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, Expediente D-4429.
86. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-1017 de octubre 30 de 2003, Magistrados Ponentes Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar, Expediente D-4622.
87. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-1228 de diciembre 5 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Expediente T-583364.
88. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad C-071 de febrero 3 de 2004, Magistrado Ponente Álvaro Tafur, Expediente D-4692.
89. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-677 julio 15 de 2004, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy, Expediente T-845134.
90. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-785 agosto 18 de 2004, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy, Expediente D-5075.
91. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-864 de 7 de Septiembre de 2004, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, Expediente D-5073.

92. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-931 septiembre 29 de 2004, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy, Expediente D-5125.
93. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de tutela T-982 octubre 8 de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, Expediente T-916680.
94. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-989 de octubre 12 de 2004, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas, Expediente D-5100.
95. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-998 de octubre 12 de 2004, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Expediente D-5135.
96. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-936 de septiembre 29 de 2004, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, Expediente D-5123.
97. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-062 agosto 1° de 2005, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, Expediente D-5314.
98. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad C-822 de agosto 10 de 2005, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, Expediente D-5549.
99. Cretella Junior, José. Curso de derecho administrativo, Compañía Editora Forense, Río de Janeiro, 1967.

100. De cabo Martín, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Editorial Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1997.
101. Estrada Vélez, Sergio Iván. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, Editorial Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2006.
102. Forero Forero, Claudia Helena. *Principios constitucionales: manifestación positiva de los principios generales del Derecho (sistema jurídico colombiano: Derecho en parte natural y en parte positivo)*, Investigación ganadora del primer premio del segundo concurso de investigación jurídica “Octavio Arizmendi Posada”, Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana, Bogotá, 1998.
103. García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.
104. García Trevijano Fos, José Antonio. *Tratado de derecho administrativo*, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1968.
105. Garronera Morales, Ángel. *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.
106. Guillien Raymond, Vincent Jean. *Diccionario Jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 1995.
107. Hernández, José Ignacio. “Principio de legalidad administrativa y ordenación de las telecomunicaciones”, en *opiniones de interés despacho*

- abogados Badell & Grau, Venezuela, 2002, en www.badellgrau.com/legaltelecomnacho.htm consulta de noviembre 21 de 2004.
108. Ibáñez Najar, Jorge Enrique. Estudio de derecho constitucional y administrativo. Editorial Legis, Bogotá, 2007.
109. Madriñan Rivera, Ramón Eduardo. El Estado Social de Derecho, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997.
110. M Enrique Reyes, Alfredo. La Constitución de la nueva Colombia, Cerec, Bogotá, 1991.
111. Merkl, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo, Editora Nacional, México, 1975.
112. Ministerio del Interior. Conmemoración y evaluación de los diez años de vigencia de la Constitución Política de Colombia, Bogotá, 2002.
113. Mora Caicedo, Esteban. Código Contencioso Administrativo, Editorial Leyer, Bogotá, 1999.
114. Ramos Tapias, María Inmaculada., Woischnik Jan. Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. En www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_8332_1.pdf
115. Recasens Fiches, Luis. Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, México, 1985.

116. Rivero, Jean. Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.
117. Rodríguez, Libardo. Derecho administrativo, Editorial Temis, Bogotá, 2000.
118. Sagües, Néstor Pedro. Los principios específicos del derecho constitucional, Editorial Universidad Externado de Colombia, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, sin año.
119. Sánchez Gil, Rubén. Principio de proporcionalidad, www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=2422. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Primera edición 2007.
120. Santofimio, Jaime Orlando. Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.
121. Valencia Restrepo, Hernán. Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho. Editorial Temis, Bogotá, 1993.
122. Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia, Editorial Trotta, Madrid, 1999.