

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE LA
JURISDICCIÓN ROGADA

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO 2005-2015

MARILUZ BARAJAS CÁCERES

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE POSTGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2017

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE LA
JURISDICCIÓN ROGADA

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO 2005-2015

MARILUZ BARAJAS CÁCERES

Trabajo de grado para optar al título de
Magíster en Derecho Administrativo

Director
JOSÉ RORY FORERO SALCEDO
Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE POSTGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2017

Nota de aceptación

Dra. Nhory Torregroza Jiménez
Jurado

Dr. William Guillermo Jiménez
Jurado

Bogotá D.C., 30 de Enero de 2017

“Es preferible para un pueblo tener malas leyes con buenos jueces, que malos jueces con leyes extraordinarias”.

Francesco Carnelutti

AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos a:

Dios por ser mi mayor fuente de inspiración y fortaleza para alcanzar mis sueños.

Mi familia por sus oraciones y apoyo incondicional.

Al Doctor José Rory Forero Salcedo, por su orientación, motivación y enseñanzas para lograr este trabajo de investigación.

**AUTORIDADES ACADÉMICAS
UNIVERSIDAD LIBRE**

DIRECTIVAS NACIONAL Y SECCIONAL

PRESIDENTE NACIONAL
JORGE ALARCÓN NIÑO

VICEPRESIDENTE NACIONAL
JORGE GAVIRIA LIÉVANO

RECTOR NACIONAL
FERNANDO D`JANON RODRÍGUEZ

CENSOR NACIONAL
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

SECRETARIO GENERAL
FLORO HERMES DE SAN JOSÉ GÓMEZ PINEDA

PRESIDENTE SECCIONAL
JULIO ROBERTO GALINDO

RECTOR SECCIONAL
JESÚS HERNANDO ÁLVAREZ MORA

DECANO FACULTAD DE DERECHO
CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ

SECRETARIO ACADÉMICO
ÁLVARO ALJURE MORENO

DIRECTORA CENTRO DE INVESTIGACIONES
GLORIA ANDREA MAHECHA SÁNCHEZ

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. GENERALIDADES	13
1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	13
1.2 HIPÓTESIS	13
1.3 METODOLOGÍA	13
1.4 JUSTIFICACIÓN	14
1.5 OBJETIVOS	16
1.5.1 General	16
1.5.2 Específicos	16
2. GÉNESIS DE LA JURISDICCIÓN ROGADA, A PARTIR DE LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	17
2.1 ORIGEN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	17
2.1.1 Aportes del estado liberal al derecho administrativo	21
2.1.1.1 El principio de legalidad	22
2.1.1.2 La teoría de la división de poderes	24
2.1.1.3 Teoría del acto administrativo	25
2.1.2 El derecho administrativo en Colombia	26
2.1.2.1 Evolución	26
2.1.2.2 De la Independencia hasta finales del siglo XIX	27
2.1.2.3 El siglo XX	27
2.1.2.4 La Constitución de 1991	29
2.2 EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	29
2.2.1 La Carta Magna	30
2.2.2 La independencia de los Estados Unidos	32
2.2.3 La Revolución Francesa	32
2.3 EL ABSOLUTISMO	35
2.3.1 El absolutismo español	36
2.3.2 El absolutismo francés	36
2.4 EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO	36
2.5 EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	37
2.6 EL ESTADO TOTALITARIO	39
2.7 EL ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL DE DERECHO	41
2.8 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO	42
2.9 CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL	43
2.10 CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	44
2.10.1 Supremacía o prevalencia	45
2.10.2 Universalidad	45
2.11 DERECHOS CONSAGRADOS DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991	47

3. EL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN ROGADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, A LA LUZ DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS SOBRE LA CONCEPCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES	49
3.1 LA TEORÍA DEL DERECHO DE HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART	49
3.2 LA TEORÍA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN	55
3.3 LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE ROBERT ALEXY	58
3.3.1 El principio de proporcionalidad	58
3.3.2 Teoría de la ponderación	59
3.3.2.1 Idoneidad o adecuación	60
3.3.2.2 Necesidad	61
3.3.2.3 Proporcionalidad en sentido estricto	61
3.4 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO	63
3.4.1 Nicho citacional	64
3.4.1.1 Sentencia arquimédica	66
4. ¿CÓMO AVANZAR EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR ENCIMA DEL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN ROGADA?	83
4.1 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	84
4.2 INTEGRACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA	86
5. CONCLUSIONES	99
BIBLIOGRAFÍA	104

LISTA DE CUADROS

	pág.
Cuadro 1. Pronunciamientos sobre la aplicación del principio de justicia rogada en las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo	65
Cuadro 2. Evolución del principio de la jurisdicción rogada, 2005-2015	66

INTRODUCCIÓN

Los continuos cambios sociales son aquellos que exigen y permiten los avances de los diferentes ámbitos dentro de los cuales el ser humano se desarrolla en comunidad, situación que implica indiscutiblemente para el derecho una adaptación constante de todas aquellas normas que rigen la vida en comunidad, eventos generalmente coyunturales son los que han desembocado en nuevos modelos organizacionales del Estado formados generalmente bajo el esquema de una Constitución que garantiza las libertades individuales y las relaciones entre los diferentes poderes del Estado.

En ese esquema de constitucionalización, es necesario que todas las normas de las diversas áreas que forman parte del derecho sienten sus bases en los derechos consagrados en la Constitución. Es así como absolutamente todas las ramas del derecho deben ser elaboradas, aplicadas e interpretadas a la luz de los principios y derechos constitucionales.

En la presente investigación se dará cuenta del desarrollo que han tenido los derechos fundamentales como límite del principio de la jurisdicción rogada en la jurisprudencia del Consejo de Estado durante el periodo comprendido entre los años 2005 a 2015.

La relevancia del tema radica en el hecho de que en el ámbito procesal del derecho administrativo ha regido un principio que gobierna el actuar dentro del cual el juez desarrolla su función de administrar justicia y es el denominado principio de la jurisdicción rogada, es decir, no se aplica el principio "jura novit curia", sino que al juez sólo le compete dar al ciudadano el derecho que legal y fundamentadamente exponga en la demanda como vulnerado, razón por la que a pesar de encontrar otro derecho, si éste no se indica dentro de las pretensiones no puede ser amparado dentro de la sentencia¹.

¹ La demanda debe contener "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación". En repetidas ocasiones esta Sala ha dicho que no puede el demandante pretender que el Juez lo sustituya en su papel de señalar con toda precisión tanto la norma violada como la que la infringe y, sobre todo, de indicar con toda claridad en cuál o cuáles aspectos de un artículo o entre cuáles artículos de las normas enfrentadas y por qué, se ha producido la violación de la norma superior en la jerarquía normativa. También se ha reiterado que la citación de las normas violadas y la expresión del concepto de la violación no puede hacerse en bloque, es decir, mediante la sola mención del decreto o la ley respectiva para concluir diciendo que resultaron violadas, sino que es preciso identificar la parte del contenido que haya sido contrariado.

Así, en reciente jurisprudencia se dijo: "Esta Corporación ha dicho reiteradamente que las disposiciones de los artículos 84 y 210 del Código Contencioso Administrativo que señalan los requisitos que deben contener la demanda, entre los que se menciona el de 'la expresión de las disposiciones que se estimen violadas y el concepto de la violación', no obedece a un simple aspecto formal sino que hace parte de un aspecto fundamental de la justicia contencioso administrativa, cual es el de que se trata de una jurisdicción rogada, es decir, que solamente puede ocuparse de aquellos puntos que le son sometidos y por las razones en que aparecen

Dentro de los requisitos de la demanda tanto el antiguo código de procedimiento administrativo como el actual mantienen la obligación de exponer los fundamentos de derecho de las pretensiones, puntualizando que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación.

Ahora bien, cabe interrogarse sobre las consecuencias de la aplicación estricta del mencionado principio, específicamente si puede acarrear una violación a los derechos fundamentales y, de ser así, cuáles y de qué tipo son las limitaciones o excepciones que restringen su aplicación y las consecuencias generadas en los usuarios de la administración de justicia. Precisamente, este estudio se dedica a responder esta pregunta, teniendo como insumo la jurisprudencia contencioso administrativa emanada por el Consejo de Estado en el periodo de tiempo antes delimitado.

Dos concepciones teóricas enmarcan la presente investigación: la ponderación de principios y el garantismo. La primera, desde la óptica de las diferentes formas de concebir soluciones a los casos difíciles, bajo un sistema de argumentación generado cuando entran en colisión varios principios, estableciendo un sistema de precedencia dependiendo de las circunstancias de cada caso, de conformidad con la interpretación realizada por el juez², asimismo por el enfoque de análisis jurisprudencial que pretende detectar en la práctica judicial las limitaciones constitucionales al principio de la jurisdicción rogada. La segunda, como el deber que tienen los juristas, en virtud del modelo constitucional, de valorar la validez de las leyes de acuerdo con los principios constitucionales³.

En efecto, los cambios jurisprudenciales deben ser encaminados a un derecho más flexible, adaptable a la realidad social y no simplemente a la aplicación de normas sin una ponderación de las garantías constitucionales. La materialización de los derechos consagrados en la Constitución Política, bajo el amparo del denominado Estado Social de Derecho, debe partir de reglas claras que otorguen seguridad jurídica a los ciudadanos, sin que ello implique que el principio de la jurisdicción rogada constituya una excusa para justificar la inflexibilidad de los trámites procesales, desconociendo los derechos constitucionales. De allí el título de esta investigación.

De esta manera, el presente trabajo busca inscribirse en el proceso de *constitucionalización* del derecho en Colombia, el cual ha implicado, entre otras

fundamentados en las respectivas acciones" (COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia diciembre 18 de 1984. Proceso 4464. C. P. Simón Rodríguez).

² El estudio se realizará a partir de las teorías de H.L.A. Hart, Ronald Dworkin y Robert Alexy.

³ FERRAJOLI, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 50.

cosas, la creciente incidencia en la Administración de Justicia de la importancia y prevalencia que han adquirido los denominados derechos fundamentales*.

El trabajo se desarrolla en tres capítulos, en el primero se relacionan los antecedentes del origen del principio de la jurisdicción rogada, partiendo del proceso de evolución histórica del derecho administrativo, los aportes que recibió del Estado Liberal, el surgimiento del principio de legalidad, la teoría de la división de los poderes y del acto administrativo, hasta llegar a la emersión del derecho administrativo en Colombia. A su vez, se desarrolla el surgimiento de los derechos fundamentales, de un lado, desde acontecimientos como la carta magna, la independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa y, de otro, desde los diferentes modelos de Estados que permitieron su implementación constitucional hasta llegar a su consagración en Colombia con la Constitución Política de 1991.

El segundo capítulo comprende una exposición de las principales teorías argumentativas en la colisión de principios, iniciando por la proporcionalidad como construcción doctrinaria y la ponderación de derechos, desde la óptica de H.L.A. Hart, Ronald Dworkin y Robert Alexy, acompasado por un análisis jurídico de las decisiones del Consejo de Estado sobre el principio de la jurisdicción rogada desde el año 2005 al 2015, interpretando constitucionalmente sus alcances frente a los derechos fundamentales.

En el tercer capítulo, se hace alusión a los instrumentos internacionales incorporados en nuestra legislación, sus mecanismos de protección y los aportes dados en la defensa de los derechos fundamentales; los sistemas de cargas probatorias haciendo énfasis en la necesidad de aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en la jurisdicción contencioso administrativa. Finalmente se realizan algunas recomendaciones para avanzar en la protección de los derechos fundamentales y se exponen las conclusiones de la presente investigación.

* Para efectos de este trabajo, se entenderán los derechos fundamentales bajo un criterio amplio de interpretación, como el desarrollado por la Corte Constitucional con el paso del tiempo y no bajo interpretaciones restrictivas, como aquella que entendía por derechos fundamentales exclusivamente los consagrados en los artículos 11 a 40 de la Carta Política.

1. GENERALIDADES

1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿De qué manera y bajo qué fundamentos teóricos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha resuelto los casos en los que la aplicación del principio de jurisdicción rogada implicaba la desprotección de derechos fundamentales, como el debido proceso en el periodo 2005-2015?

1.2 HIPÓTESIS

La hipótesis que se intentará demostrar en este trabajo postula que el principio de la jurisdicción rogada efectivamente limita el acceso a la administración de justicia dado que le impide al juez fallar más allá del marco legal y del concepto de violación expuesto por el demandante, presentándose de este modo desconocimiento de la vigencia del debido proceso como derecho fundamental.

1.3 METODOLOGÍA

Esta investigación estudia la forma como el Consejo de Estado desarrolla el principio de jurisdicción rogada en relación con los derechos fundamentales, observando los modos de solución de casos concretos y las perspectivas teórico jurídicas que a partir de ello se abren para la obtención de criterios generales de ponderación. Por supuesto se tendrán en cuenta elementos distintos a los jurisprudenciales tales como las elaboraciones iusteóricas de autores como H.L.A. Hart, Ronald Dworkin y Robert Alexy en lo relativo a los principios.

El presente trabajo tiene un enfoque cualitativo, enmarcado en la investigación de una parte, principalmente jurídica, toda vez que se parte del estudio del conocimiento de las normas, la jurisprudencia y la doctrina jurídica, con el propósito de buscar criterios de unificación, desarrollo y perfeccionamiento de la jurisprudencia entorno a la garantía de los derechos fundamentales por encima del principio de la jurisdicción rogada. Y de otra, ius filosófica, como una forma de complementación que permite realizar un examen de la rigidez normativa que exige la enunciación y explicación de las normas violadas en contraposición con la afectación de derechos fundamentales que conlleven a un verdadero análisis de aplicación de la teoría de la ponderación.

El tipo de investigación es descriptivo, como quiera que se evalúan aspectos como la interpretación jurisprudencial del principio de la jurisdicción rogada frente a los derechos fundamentales; ello sin desmedro de incluir elementos valorativos a partir de criterios como la constitucionalización del derecho, la primacía de los derechos fundamentales y la prevalencia de principios de mayor peso que el de la jurisdicción rogada.

El método utilizado es el deductivo e inductivo, el primero partiendo de la generalidad de los conceptos de legalidad, principios, derechos fundamentales y jurisdicción rogada y, el segundo porque se estudian casos concretos de la jurisprudencia del Consejo de Estado para identificar la aplicación e interpretación de dichos conceptos.

La técnica o recolección de información es documental analizando primordialmente las sentencias del Consejo de Estado en asuntos sometidos a su consideración. Las fuentes de información son primarias y secundarias, esto es, partiendo de la norma y las sentencias y tomando acotaciones realizadas por teóricos sobre el tema objeto de estudio.

1.4 JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica porque a pesar de la constitucionalización del derecho, iniciada en Colombia con la expedición de la Constitución Política en el año 1991, la existencia del principio de la jurisdicción rogada que impera en la jurisdicción contencioso administrativa no ha permitido un desarrollo integral de los principios constitucionales, toda vez que en las decisiones del Consejo de Estado como máximo tribunal de cierre, aún sigue vigente con bastante rigidez la aplicación del mencionado principio, conllevando con ello al desconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Como era natural el Código Contencioso Administrativo - CCA - establecido con el Decreto 01 de 1984, obedecía a las prerrogativas propias de un Estado de Derecho. Sin embargo, la transformación a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho creado a partir de la Constitución de 1991, concebido con un poder soberano radicado en el pueblo, consagró toda una gama de derechos de estirpe fundamental. El CCA por ser anterior a la nueva Constitución contemplaba una rigurosidad en la interpretación de las normas y en las formalidades propias de su especialidad, permitiendo que el juez bajo el amparo del principio de la jurisdicción rogada limitará de cierta forma la aplicación del derecho y su deber de administrar justicia.

Por ello, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-197 de 1999 con ponencia del Doctor Antonio Barrera Carbonell al decidir la demanda de inconstitucionalidad del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo que señala los requisitos del contenido de la demanda, el cual establece "...Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación", declaró la exequibilidad condicionada de la norma en el sentido de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda

no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el artículo 4 de la Constitución*.

La condición referida ha significado una variación paulatina de la aplicación inflexible del principio de jurisdicción rogada, por lo que este estudio se propone revisar y actualizar la jurisprudencia del Consejo de Estado en ese campo.

Con el fin de modificar los procedimientos, la parte sustancial de la jurisdicción administrativa y de renovar conceptos, trámites y demás actuaciones en consonancia con la nueva era de la constitucionalización del derecho, a partir del primero de julio del año 2012, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se configuró el nuevo Código Contencioso Administrativo, bajo un sistema mixto de procedimiento, dando prioridad a la oralidad como mecanismo de descongestión judicial. No obstante, a pesar de los esfuerzos por instaurar una justicia más garantista al ciudadano, aún se mantiene la misma exigencia en cuanto a la señalización de las normas violadas dentro de los requisitos formales de la demanda según el numeral 4 del artículo 162, lo cual quiere decir que no se suprimió del contexto jurídico administrativo el principio de jurisdicción rogada.

Dicha situación conlleva a que, a pesar de la aplicación condicionada establecida por la Corte Constitucional, el ciudadano se vea en la obligación de demostrar que el acto acusado afecta un derecho fundamental, o en caso de no ser expuesto en la demanda depende de la valoración y apreciación del administrador de justicia para ampararlo, y pasar por alto las exigencias formales de las demandas administrativas.

Este trabajo pretende hallar y analizar los desarrollos jurisprudenciales del

* Señaló la Corte Constitucional que la exigencia que contiene el segmento normativo acusado, cuando se demandan actos administrativos, encuentra su justificación. Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada. Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, mas aun cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.

Consejo de Estado que: *i)* han afianzado; o *ii)* han limitado la denominada jurisdicción rogada dando prevalencia a la materialización de los derechos fundamentales por encima de cualquier imperativo procesal.

La delimitación del juez para fallar conforme a las normas vulneradas expuestas en la demanda, se encuentra justificada por cuanto los actos administrativos gozan de presunción de legalidad y concierne a quien los ataca indicar las razones de su inconformismo. Además, de acuerdo con criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado es claro que ayuda en la función del administrador de justicia al delimitar su

“...campo de estudio debido a que carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo es dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración”⁴.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 General. Determinar si el principio de la jurisdicción rogada constituye una limitación a los derechos fundamentales, al restringir al juez a pronunciarse en su sentencia solamente frente a los fundamentos jurídicos expuestos en la demanda. Esto teniendo como referencia la jurisprudencia del Consejo de Estado proferida en el periodo 2005 - 2015.

1.5.2 Específicos

- Establecer los antecedentes dogmático - jurídicos de los derechos fundamentales y del principio de jurisdicción rogada.
- Analizar los desarrollos teóricos de algunos pensadores jurídicos sobre los principios y derechos, así como de sus criterios de ponderación.
- Determinar cómo el principio de la jurisdicción rogada limita el acceso a la administración de justicia, a partir de casos concretos.

⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia marzo 23 de 2006. Proceso 4164-04. C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

2. GÉNESIS DE LA JURISDICCIÓN ROGADA, A PARTIR DE LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La jurisdicción rogada, es concebida como aquel principio bajo el cual el juez se encuentra limitado a decidir un litigio solo en los aspectos que hayan sido puestos en su conocimiento por el demandante, es así como su estudio de legalidad está orientado por las normas invocadas en el libelo demandatorio.

En este orden de ideas se podría decir que los elementos del principio de la jurisdicción rogada son: *i)* Es exclusivo del derecho administrativo, *ii)* corresponde al demandante indicar claramente las normas constitucionales y legales que considera vulneradas, *iii)* surge como consecuencia de la aplicación de la presunción de legalidad que tienen los actos administrativos, *iv)* condiciona el estudio de caso a las normas señaladas en la demanda, demarcando tanto el terreno de defensa para el demandado como el ámbito de análisis del juez y el alcance de su decisión.

El Derecho Administrativo en tanto rama del Derecho, tal como expone Vélez García⁵, es una disciplina que regula la búsqueda inmediata de los fines concretos del Estado, y, por ello, no puede limitarse a la actividad estatal, dentro del órgano ejecutivo, dirigida a tal propósito.

El Estado como estructura organizada busca también garantizar que todos sus ciudadanos tengan derecho al acceso a la administración de justicia con el fin de que sus controversias sean resueltas bajo los principios de igualdad e imparcialidad, sin embargo, el Derecho Administrativo es concebido como una jurisdicción especial debido a la materia particular que estudia y regula; como respuesta a esa especialidad nació en el Derecho francés el principio de la jurisdicción rogada, pero no como un derecho independiente y autónomo, sino como el resultado de unas características propias del derecho Administrativo.

2.1 ORIGEN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Es difícil establecer un momento preciso en el que hizo su aparición el Derecho Administrativo, existen dos teorías al respecto: algunos autores conciben su origen con la revolución francesa, para otros este ámbito del conocimiento jurídico nació antes de ese hecho histórico y debe ubicarse entonces en los Estados Alemanes como consecuencia del conflicto entre el Emperador y los príncipes territoriales⁶. Independientemente, de si constituyó o no el origen del derecho administrativo y

⁵ VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo. Bogotá: Presencia, 1996. p. 41.

⁶ BALBÍN, Carlos Francisco. Curso de derecho administrativo. T. I. Buenos Aires: La Ley, 2008. p. 2 -3.

los principios que rodearon su iniciación, la Revolución Francesa, representó un evento trascendental no sólo para la historia de éste país, sino para la historia de la humanidad⁷.

Con el ánimo de avanzar en el objeto de nuestro estudio no profundizaremos sobre el origen del Derecho Administrativo sólo referiré que Maurice Haurion⁸ propulsor del método jurídico es considerado como el “inventor” del Derecho Administrativo, tal como lo indicó Garrido Falla⁹; así pues, tomaremos como punto de partida la primera teoría que nos lleva a la concepción del Estado Liberal a partir de la Revolución Francesa para poder ver la formación de sus instituciones, especialmente el Consejo de Estado.

Es pertinente señalar que el Derecho Administrativo no es un escudo protector de la autoridad del Estado, como muchos han llegado a pensar, o un instrumento al servicio exclusivo de la Administración Pública en los conflictos con los administrados, sino que, al contrario su normatividad protege en gran medida los derechos de éstos contra la arbitrariedad o el abuso de la autoridad¹⁰. Puede decirse que fue justamente el abuso del poder el detonante que motivó la implementación de un sistema jurídico limitante de las prerrogativas Estatales.

Como se señaló, Francia es considerada la cuna del Derecho Administrativo por ser el primer país que reunió las dos condiciones que hacen posible y necesario

⁷ GÜECHÁ, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004. p. 35.

⁸ Jurista francés; nació en Ladiville el 17 de agosto de 1856. Realizó estudios de jurisprudencia. A Maurice Haurion se le debe la ciencia jurídica como principal hallazgo de la doctrina de la institución. Su obra tanto en su vertiente jurídica como en la sociológica, ha sido profundamente estimada por intelectuales tan destacados como Renard, Delos y Gurvitch. Algunas de sus principales obras fueron: Notes de jurisprudence, Principes de droit public, Principes de droit constitutionnel y, sobre todo, La teoría de la institución y de la fundación. Escritos que produjeron, en el momento de su publicación, un fuerte impacto. Durante algún tiempo, las páginas de sus Principes de droit constitutionnel representaron el best-seller de la intelectualidad francesa, de la que H. fue miembro destacado. En 1888 pasó a formar parte del claustro de profesores de la Facultad de Derecho de Toulousé y solamente la muerte, acaecida el 12 mar. 1929 en esta misma ciudad, le separaría de la docencia. El sueño dorado de H. fue ver insertado dentro de los regímenes jurídicos positivos el Derecho natural (MAYANS OLACHEA, Mario Alfonso y PERFECTO RUIZ, Alejandra. Grandes abogados de la historia parte 2 [en línea]. s.l.: Wordpress.com, 2011. [citado el 28-05-15]. Disponible en: <https://mayansperfectoabogados.wordpress.com/2011/01/29/grandes-abogados-de-la-historia-parte-2/>). A partir de 1954 se publican las obras de los grandes constructores del Derecho administrativo francés moderno.

⁹ “Al decano HAURIU - ha escrito WALINE - debemos nosotros las teorías del régimen administrativo, del privilegio de la Administración, de la decisión ejecutoria, de la responsabilidad administrativa; a sus esfuerzos debemos más de una modificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado (principalmente sobre admisibilidad del recurso por exceso de poder y sobre competencia en materia de responsabilidad de las personas administrativas)” (GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOZADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de derecho administrativo. Vol. I: Parte General. 15 ed. Editorial Tecnos, 2005. p. 159).

¹⁰ VÉLEZ GARCÍA, Op. cit., p. 23.

un Derecho Administrativo, así lo expuso M. Jean Rivero¹¹ en el Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo celebrado en Medellín - Colombia, tales condiciones son:

- Una administración suficientemente desarrollada en el marco de la unidad estatal, que exigía un sistema de reglas para su funcionamiento, ya que su amplitud y coherencia le impedían contentarse con resolver sus problemas casos por caso.
- El principio de legalidad de la Administración, según el cual, ésta última, que es una rama del ejecutivo, se encuentra sometida a la regla del Derecho, condición que es una de las mayores conquistas de la revolución de 1789 que marcó el fin de la soberanía absoluta del monarca.

Bajo el principio de la división de poderes, con el fin de ejercer control sobre las decisiones adoptadas por el Ejecutivo, el Estado francés creó tribunales administrativos con la intención de juzgar la conducta de la Administración Pública, distinguiéndose la Administración activa como aquella propia de sus funciones y la Administración Jurisdiccional como la ejercida por los tribunales.

Fue así como tuvo lugar el hecho de que el poder ejecutivo se juzgue a sí mismo y que ningún otro poder pueda hacerlo, principio conocido como jurisdicción retenida, que posteriormente fue remplazado por el criterio de jurisdicción delegada a través de los tribunales administrativos dentro del poder ejecutivo, pero con algo de independencia frente al poder central.

El Consejo de Estado francés nació en 1800¹², en sus orígenes ésta institución fue concebida como una asamblea política y no como un juez administrativo en los términos en los que lo conocemos actualmente, su función no era juzgar las decisiones de la Administración, al contrario era considerado un apoyo del poder ejecutivo para resolver o aconsejar sobre controversias en materia administrativa, era un cuerpo consultor dentro del nuevo sistema de gobierno, relevando el antiguo consejo del rey. Su función básicamente era ejercer control sobre los propios actos del Gobierno, pues dichas decisiones no eran controladas por ninguna otra autoridad.

Sólo hasta finales del Siglo XIX el Consejo de Estado adquiere un carácter independiente, capaz de controlar de una forma más rigurosa a la Administración¹³, dicha institución sobrevivió a todos y cada uno de los cambios

¹¹ RIVERO, M. Jean. El derecho administrativo francés en el mundo. En: Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo: La jurisdicción administrativa, máxima expresión de garantía ciudadana. Memorias. Medellín: Publigráficas, 1980. p. 173.

¹² MODERNE, Franck. Apuntes de derecho administrativo comparado. Bogotá: Centro Editorial Rosarista, 2002. p. 8.

¹³ Es a partir de 1872, con la caída del Segundo Imperio, cuando el Consejo de Estado recibió del

políticos, económicos y sociales en más de dos siglos de existencia, evolución reflejada en la elaboración de una jurisprudencia sólida capaz de controlar el actuar de la administración pública para garantizar el respeto de las leyes y el interés general como razón de ser de toda administración. Se demostró así que su razón de ser es la de velar por los derechos ciudadanos evitando los abusos de la Administración bajo una nueva concepción del poder político - ciudadanos libres e iguales en derecho - en un régimen democrático.

Los tribunales creados para conocer de los asuntos de la Administración fueron configurando principios independientes de los que regían el Derecho Privado y se caracterizaron por reconocer a la Administración Pública unas prerrogativas de las que carecen los ciudadanos y las empresas privadas. Fue el Consejo de Estado Francés la institución que fortaleció el Derecho Administrativo, estableciendo las bases de la responsabilidad administrativa, la organización y extensión progresiva del control de legalidad y la teoría de los contratos administrativos. El mayor avance se produce cuando esos principios pasan de tener un origen jurisprudencial a formar parte del derecho positivo, en las leyes y la Constitución¹⁴.

Los miembros del Consejo de Estado a diferencia de los demás altos tribunales no son nombrados como los magistrados profesionales, al respecto, Frank Moderne señala que:

“... ellos no pasan por la Escuela Nacional de la Magistratura; provienen principalmente de la Escuela Nacional de Administración, alta escuela de la función pública. Además, un determinado número de miembros del Consejo de Estado es reclutado de otros sectores. Esto permite nombrar en el seno del Consejo de Estado representantes de las fuerzas económicas, sociales e intelectuales del país. Otros, incluso, son nombrados por un tiempo determinado en servicio extraordinario y aportan al Consejo el concurso de su reconocida competencia”¹⁵.

legislador (todavía no existía una Constitución para el nuevo régimen) el poder de administrar justicia en nombre del pueblo. Es lo que denominamos justicia delegada. A partir de esa fecha, las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado conocieron un desarrollo todavía más espectacular y llevaron al establecimiento de un régimen denominado régimen administrativo, es decir, un conjunto de normas de fondo que gobiernan la acción y la organización de la administración. El mismo Consejo de Estado, convertido en juez, ejerció sobre la administración un control cada vez más riguroso (MODERNE, Franck. Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia. En: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina: Coloquio Conmemorativo del Bicentenario del Consejo de Estado Francés. Santa fe de Bogotá: Temis, 1999. p. 33-36).

¹⁴ BLANQUER CRIADO, David. Derecho administrativo I: El fin, los medios y el control. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2010. p 99.

¹⁵ MODERNE, Franck. Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia. En: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina: Coloquio Conmemorativo del Bicentenario del Consejo de Estado Francés. Santa fe de Bogotá: Temis, 1999. p. 36.

Esta situación permite mantener miembros destacados de diferentes sectores de la sociedad que mantienen buenas relaciones con la administración sobre la cual ejercen control.

En Colombia el Consejo de Estado es anterior a la jurisdicción contencioso administrativa, fue creado a imagen y semejanza del Consejo de Estado francés y napoleónico, establecido el 1799. Fue fundado por Bolívar mediante el decreto del 30 de octubre de 1817, institución llamada Consejo Provincial de Estado, con funciones exclusivamente consultivas y asesoras del Gobierno; como jurisdicción fue creada con la reforma constitucional de 1910, mediante la Ley 130 de 1913 como una jurisdicción especial independiente de la justicia ordinaria como juzgadora de la actividad administrativa¹⁶. En el año de 1979 fue incluida, de manera expresa, en la Constitución como rama jurisdiccional del poder público¹⁷.

2.1.1 Aportes del Estado Liberal al derecho administrativo. Las inconformidades generadas por fenómenos sociales y económicos como la Revolución Industrial, la migración del campo a las grandes ciudades, la lucha de intereses entre los campesinos y la ya fortalecida clase burguesa que había descubierto en las finanzas y los negocios una forma de generar riqueza que posteriormente se vio reflejada en poder político, fueron circunstancias que propiciaron el surgimiento de una nueva forma de pensamiento que gestó una concepción diferente del Estado y sus finalidades.

El Estado Liberal como nueva forma política se apoya en unos presupuestos teóricos que constituyen la más radical negación del Estado Absolutista y que son: la idea de la *soberanía nacional*, dirigida a afirmar la nación como fuente y origen de todos los poderes; el principio de *división de poderes*, como instrumento de defensa de la libertad de los ciudadanos; el *reconocimiento de los derechos innatos de los ciudadanos* como la libertad, la igualdad y la propiedad; y el *principio de legalidad*, la revolución aspira establecer un régimen político en el que las decisiones y reglas no se adopten singularmente por la voluntad caprichosa de un gobernante, sino mediante una norma general, estable y equitativa.

Las sociedades empiezan a organizarse bajo la concepción de Estados de derecho, entendidos como aquellos donde “sus autoridades se rigen, basan y estructuran en el principio de legalidad, la protección y respeto de los derechos y libertades fundamentales, la división de poderes y la creación de tribunales independientes que diriman los conflictos”¹⁸.

¹⁶ LAMPREA, Pedro Antonio. Práctica contenciosa y administrativa. Bogotá: Doctrina y Ley, 1999. p. 695.

¹⁷ GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. Fundamentos constitucionales de nuestro derecho administrativo. Bogotá. Ediciones Rosaristas, 1984. p. 367.

¹⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. 13 ed. Bogotá: Legis Editores, 2008. p. 212.

En palabras del profesor Santamaría Pastor algunas de las razones de la procedimentalización de la actividad administrativa fueron: la reacción natural del Estado liberal de Derecho ante el fenómeno de asunción de potestades autoritarias por la Administración, el crecimiento orgánico de la administración, la presión de la burocracia, a la que el procedimiento proporciona comodidades, seguridad y garantiza esferas de influencia administrativización¹⁹.

Al contrario de la monarquía absoluta, donde la palabra del rey es la ley, el Estado liberal prevé el amparo del individuo por medio del principio de legalidad, es decir, que no esté sometido a la arbitrariedad del poder. Para ello, el Estado de derecho se basa en dos principios fundamentales: la legalidad, esto es, el sometimiento del imperio de la ley para gobernantes y gobernados; y la separación de poderes entre “todos actúan bajo las leyes: el parlamento, el gobierno y el sistema judicial”²⁰.

“El Estado liberal, entonces, se esforzó en limitar el ejercicio del poder político y en garantizar las libertades individuales”²¹, por eso buscó controlar el poder político a través de instituciones especializadas.

2.1.1.1 El principio de legalidad. El principio de legalidad²² constituyó una de las principales teorías del nuevo pensamiento jurídico. Con la Revolución Francesa cambió completamente la idea de la autoridad, es así como de ser esta ejercida por el Monarca en representación divina de Dios en la tierra, se forma un nuevo concepto de autoridad mediante el cual la nueva fuente del Derecho la constituye la voluntad general, en donde solo se acepta una forma legítima de expresión: la ley general.

La configuración de éste principio como dogma jurídico central del nuevo Estado, que adquirió más tarde, proyección universal en el mundo del derecho

¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios del derecho administrativo. Vol. I. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003. p. 55-56.

²⁰ AGUILÓ REGLA, Josep. De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. En: BURGOS SILVA, Germán. Independencia judicial en América Latina: ¿De quién?, ¿Para qué?, ¿Cómo?. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2007. p. 70.

²¹ REVELO REBOLLEDO, Javier. Independencia judicial en tiempos de Uribe. En: Papel Político. Enero-junio, 2008. vol. 13. no. 1, p. 58.

²² La importancia de la Ley en este nuevo orden social, ocasionó que un nuevo principio entrara en escena, “la legalidad”, que implicaba que el poder se sometiera al derecho; esta, fue tal vez el arma más fuerte para asegurar la “no - arbitrariedad”, porque quienes representaban al pueblo encontraban un verdadero límite en la voluntad general que se expresaba a través de la ley, es decir que, el derecho natural que había sido el gestor de la necesidad de cambio, muy pronto cedería terreno ante la actividad del legislador, quien, finalmente era el que asignaba competencias a los demás órganos del Estado, teniendo estos la función de cumplir con exactitud lo dispuesto por él (RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de administración pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 35).

Constitucional europeo y, pese a los inconvenientes teóricos que planteaba, por la diversidad de fuentes doctrinarias que lo nutrían, terminó afirmándose en la era que marcó el auge del positivismo legalista²³. Cabe mencionar que el concepto de legalidad va ligado al de legitimidad, pero sin creer en ningún momento que constituyen lo mismo, pues la legitimidad es la pretensión de una autoridad para ejercer dominación con la aceptación de los miembros de la asociación sobre los cuales es ejercida, lo que significa que esa “aceptación” es la que identifica el grado de conformidad de la sociedad frente a su gobierno.

Sin embargo, cuando se menciona la palabra legalidad se habla de la idea de Estado de Derecho, concepción que orientó durante largos años la organización del Estado en su máxima expresión, pues dicho ordenamiento depende directamente de la aplicación de procedimientos rígidos a los cuales la Administración se ve sometida para el correcto desempeño de sus fines: El Estado sujeto al imperio de la ley.

Este principio constituye un parámetro de obligatoriedad bajo el cual los ciudadanos se rigen, al aceptar que las normas son creadas por cierto órgano (legislativo) facultado para ello. Es por esta razón que existe una presunción de legalidad en todas y cada una de las actuaciones de la Administración frente a sus ciudadanos, pues no se concebiría que la propia Administración actuara de mala fe o en contra de los derechos consagrados en la Constitución y en la ley.

Fue así como a partir de este momento histórico toda actuación del Gobierno debe estar precedida por una norma que delimite claramente su actuar de tal forma que justifique su aplicación. Inicialmente era concebida para prerrogativas dispuestas claramente en la ley, pero con el avance de las teorías constitucionalistas, obviamente el principio de legalidad fue abarcando el campo legal y constitucional. Como bien lo expresa Romero Pérez²⁴, el Estado de Derecho, vital para la sociedad democrática, tiene como punto de apoyo esencial el principio de legalidad, y, en su mejor acepción el bloque de legalidad. Entendiéndose bloque de legalidad a todo el ordenamiento jurídico, llámese normas jurídicas escritas de cualquier rango más los principios generales del derecho. El aludido principio consiste, en primer lugar, en la obligación de sujeción a la Constitución de toda actuación capaz de producir efectos en el mundo jurídico, sin importar el sujeto activo de la acción; y, en segundo lugar, su sujeción a la ley²⁵.

Es así como con la constitucionalización del derecho, la legalidad por si misma perdió su hegemonía, pues actualmente no es la conformidad a la ley *stricto*

²³ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. p 115.

²⁴ ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. Derecho administrativo general. San José de Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia, 2002. p, 75.

²⁵ VIANA CLEVES, María José. Principio de confianza legítima en el derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 120.

sensu, es decir, a la regla dispuesta por el poder legislativo, sino la conformidad a la ley *lato sensu*, es decir, al conjunto de reglas de derecho superior²⁶.

2.1.1.2 La teoría de la división de poderes. La segunda idea que refuerza la exigencia de que toda actuación singular del poder tenga que estar cubierta por una Ley previa es el principio técnico de división de los poderes: el Ejecutivo se designa así porque justamente su misión es “ejecutar” la Ley, particularizar sus mandatos en los casos concretos; la distinción entre los poderes Legislativo y Ejecutivo da al primero la preeminencia y limita al segundo a actuar en el marco previo trazado por las decisiones de aquél, esto es, por las Leyes²⁷. No es meramente una medida de racionalización del poder estatal (de tal modo que cada función pública homogénea se confiere a órganos distintos, superando la confusión típica del Antigua Régimen), sino, ante todo, un instrumento de defensa de la libertad de los ciudadanos²⁸.

Las funciones del Estado fueron consideradas por Aristóteles después de un severo análisis de más de 150 tipos de gobierno de su época, concluyendo que legislar, administrar y juzgar, son tareas que corresponden a instituciones diversas²⁹. Sin embargo, fue Montesquieu el principal exponente de una teoría sistemática y dogmática de la separación de poderes, con la idea básica de asegurar la libertad del hombre, por la diversificación de poderes y por la necesidad de evitar la concentración de esos poderes en un solo: “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder se ve inducido a abusar de él y llega hasta donde encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”³⁰.

Esta teoría es la que permite dar origen a la independencia de cada rama del poder público, es así como se exige que cada una esté revestida de una ley previa que le permita ejercer sus competencias independientes pero en armonía con un poder integral. Por lo tanto el legislativo crea las leyes, el ejecutivo las cumple dentro del marco trazado por aquel al igual que el poder judicial. Es a esta técnica estructural precisa a lo que se llama propiamente principio de legalidad de la Administración: ésta está sometida a la ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación³¹.

Dentro de las principales funciones de éste principio tenemos: asegura la unidad y estabilidad del sistema democrático, contribuye a la racionalidad del Estado

²⁶ FAVOREAU, Luis. Legalidad y constitucionalidad: La constitucionalización del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 13.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo I. 11 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002. p. 435.

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Op. cit., p. 62.

²⁹ SERRA ROJAS, Andrés. Teoría del estado. México: Porrúa, 2003. p. 367.

³⁰ *Ibíd.*, p. 368.

³¹ *Ibíd.*, p. 435.

democrático mediante la introducción de factores de diferenciación en el ejercicio del poder, el establecimiento de un sistema objetivo de formas y competencias que obligue a los grupos políticamente dominantes, y el ejercicio de una oposición parlamentaria que limite y controle el poder que ejerce la mayoría, sigue cumpliendo su función garantizadora de la libertad individual; y finalmente, la posibilidad de la revisión constitucional abre un camino para controlar y limitar la unión del Legislativo y Ejecutivo, relanzando a la Judicatura en defensa del ciudadano frente a los excesos de aquéllos³².

Esa necesidad de separación de poderes, como pilar fundamental de los Estados regidos por un texto constitucional, fue consagrada en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al disponer “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

El verdadero aporte del Derecho Público surgido con la revolución francesa es el cambio radical de la concepción del sistema jurídico³³, señala García de Enterría que la primera expresión más o menos construida, para calificar la técnica de ejecución de la legalidad por la Administración, consideró tal ejecución como una simple particularización en la actuación concreta de los mandatos abstractos de las normas. Así fue forjándose el concepto clave de acto administrativo considerado una declaración concreta con la que la Administración particulariza o aplica una previsión general normativa. Por ello la Administración materializa los fines de cada Estado en la toma de decisiones que deben ser conformes a la ley y en busca del bienestar general, situación que a la vez legitima su actuar.

2.1.1.3 Teoría del acto administrativo. En cuanto a la teoría del acto administrativo para algunos autores su inicio se encuentra en la primera doctrina francesa del Derecho Administrativo, justo cuando se decide atribuir a unos órganos especializados la competencia para conocer de asuntos en que la Administración fuera parte, pues es ahí donde se debe definir cuáles son esos asuntos. El concepto de acto administrativo envuelve todo tipo de actuación de la Administración formalizada o no. Acto administrativo como lo definió Merlín en 1812, era “una decisión de la autoridad administrativa, una acción o un hecho de la Administración que tiene relación con sus funciones”; en definitiva cualquier actuación de la Administración³⁴.

³² DIEZ MORENO, Fernando. El estado social. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 145.

³³ La Administración es una creación abstracta del Derecho y no una emancipación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la Revolución instaura, y que revela como dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos (DIEZ MORENO, Fernando. El estado social. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 436).

³⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Op. cit., p. 128.

Bajo este contexto fue necesario formalizar cualquier proceder de la Administración, así se concibió que las manifestaciones de la administración se materializan a través de actos, hechos, operaciones u omisiones, para el caso en particular solo haremos énfasis en la teoría del acto administrativo dado que es la regla general por la que se toman decisiones cuando un individuo eleva alguna petición y sus atributos constituyen parte esencial de este trabajo de investigación.

Se mencionaran algunos de los conceptos dados a la ya mencionada forma de manifestación de la Administración con el fin de identificar sus elementos. Para algunos autores se entiende por acto administrativo las decisiones y manifestaciones de voluntad hechas por la Administración o por funcionarios y órganos del Estado que sin pertenecer a la Administración necesariamente, obran en función administrativa con el deliberado propósito de producir efectos jurídicos³⁵, para otros, como el profesor Jaime Vidal, la importancia del acto administrativo en el derecho administrativo es similar a la del negocio jurídico en el derecho privado, sus características se han forjado con el control de legalidad³⁶.

Al concebirse al acto administrativo como un elemento esencial para la Administración en el cumplimiento de sus funciones, por ser la manifestación directa de su voluntad en la toma de decisiones que produce consecuencias jurídicas que afectan un derecho individual, se puede decir que para nuestro objeto de estudio constituye el eje que articula la disposición de la Administración amparado por el llamado principio de legalidad que presume que toda actuación se encuentra conforme a la Constitución y la Ley. Como mecanismos judiciales de control para que las decisiones de la administración no devengan en arbitrarias el derecho colombiano instauró: la vía gubernativa, la vía jurisdiccional o vía de acción, la vía de excepción y la revocatoria directa³⁷.

Antes de profundizar cómo afecta esa presunción los derechos fundamentales de los colombianos con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se estudiará la formación del Derecho Administrativo en nuestro país y su evolución hasta nuestros días con el fin de evidenciar su aplicación actual.

2.1.2 El derecho administrativo en Colombia

2.1.2.1 Evolución. Luego de realizar un estudio de los orígenes del Derecho Administrativo en Francia, se estudiará cómo éste surge en Colombia, comenzando desde la independencia hasta llegar a la actualidad, tomando los principales acontecimientos que contribuyeron a la consolidación del Derecho

³⁵ GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo. Principios del derecho administrativo. Bogotá: ABC Editores, 2002. p. 226.

³⁶ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas. Bogotá: Legis, 2008. p. 292.

³⁷ GARCÍA HERREROS, Orlando. Lecciones de derecho administrativo. Santa fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994. p. 105.

Administrativo como derecho especial, autónomo e independiente y cómo su máximo órgano, el Consejo de Estado, constituye una de las principales Corporaciones de la Rama Judicial.

2.1.2.2 De la Independencia hasta finales del siglo XIX. Con instituciones básicamente derivadas del Estado Francés, luego de la Revolución, Colombia se inicia en la lucha por alcanzar su independencia del gobierno español, bajo principios orientadores de libertad e igualdad comienza a recorrer un camino como Estado independiente y autónomo. Dentro de sus primeras instituciones encontramos al Consejo de Estado cuyo inicio data del año 1817, integrado por Ministros, Magistrados de la Corte y altos funcionarios del gobierno, cuyas funciones eran exclusivamente de tipo político y administrativo³⁸.

En principio sus funciones eran básicamente consultivas y solo era convocado discrecionalmente por el Libertador Simón Bolívar, hacia el año de 1830 avanza en el desarrollo de sus funciones sumándose la de tipo administrativo, tales como la preparación de los Decretos del Gobierno y proponer reformas, en el campo consultivo opinaba previamente sobre la declaratoria de guerra, los tratados de paz y tratados internacionales.

Hacia el año de 1843 se presentan los primeros indicios de separación del Consejo de Estado del poder ejecutivo, pues el nombramiento de sus miembros lo hace el Congreso y no el Presidente de la República, hecho que puede decirse es el embrión de la jurisdicción contencioso administrativa. Sus funciones eran dictaminar actos de administración del ejecutivo y decretos de cierta importancia.

Más adelante la Constitución de 1886 le impone como características: miembros que componen la institución, con funciones de cuerpo consultivo y con capacidad para presentar proyectos de ley. A partir de ese momento se constituye como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, como puede observarse continúa teniendo injerencia el poder político, razón por la que no se le considera un organismo completamente jurisdiccional.

2.1.2.3 El siglo XX. Con la expedición de la Ley 27 de 1904 se señalan las funciones a cumplir en su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo como la de decidir sobre la validez o la nulidad de las ordenanzas, las causales para la declaratoria de inexecuibilidad eran: violación de los derechos civiles y el desconocimiento de algunas garantías en que pudieran haber incurrido dichas ordenanzas. Es importante señalar que en ese momento la Procuraduría General de la Nación debía emitir concepto sobre la legalidad de las normas acusadas, el cual casi siempre apuntaba a defender la legalidad atacada, circunstancia que se conserva hasta la actualidad.

³⁸ GONZÁLEZ CHARRY, Op. cit., p. 366.

Sin embargo, el Acto reformativo 10 de 1905 suprimió al Consejo de Estado y solo hasta 1910 el Acto legislativo 3 ordenó crear la jurisdicción contencioso administrativa, orden que se ejecutó a través de la Ley 130 de 1913 que fue la que organizó los procedimientos y las acciones de lo contencioso administrativo, creando así el primer código sobre esta materia.

La Ley 60 de 1914 divide dicha Corporación en dos salas: la de lo Contencioso Administrativo y la de Negocios Generales, desde ese momento hasta nuestros días dicha institución se ha mantenido en el tiempo a pesar de las circunstancias; hacia el año de 1928 con la Ley 25 se crean los Tribunales Administrativos para cada Departamento.

Desde ese momento hasta finales del siglo XX señala el profesor Libardo Rodríguez, las principales normas han sido:

- *“Ley 70 de 1930:* eliminación de las salas dejando las competencias consultivas y contenciosas a la sala en pleno.
- *Ley 7 de 1932:* creó la sala de negocios electorales.
- *Ley 167 de 1941:* se constituyó en un segundo código conservando la estructura de la jurisdicción y el carácter jurisdiccional y consultivo.
- *Decreto Legislativo 51 de 1957:* estableció que el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia sería paritario que las vacantes serían llenadas por la misma Corporación a través del mecanismo llamado de cooptación.
- *Reforma Constitucional de 1968:* ratificó las funciones consultivas, de preparación de proyectos de ley y como tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo”³⁹.

Por su parte, el Acto Legislativo No 1 de 1979, mantuvo el control difuso de la Constitución dándole competencia al Consejo para conocer el juzgamiento de los Decretos del Ejecutivo, además le otorgaron 3 importantes funciones: conocer de los procesos de pérdida de investidura de los miembros del Congreso por violar el régimen de incompatibilidades y cuando no asisten a un determinado número de sesiones y finalmente resolver conflictos entre entidades o personas particulares y una comisión del congreso que tenía atribuciones para llamarlas y pedirles cuentas de sus actividades económicas y sociales⁴⁰.

En el año de 1984 con el Decreto Ley 01 se estableció el Código Contencioso Administrativo, que fue derogado por la Ley 1437 de 2011 que constituye nuestro actual Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, cuya parte pertinente para nuestro estudio se evaluará más adelante de una forma más precisa.

³⁹ MODERNE, Op. cit, p. 47.

⁴⁰ GONZALEZ CHARRY, Op. cit., p. 379.

2.1.2.4 La Constitución de 1991. Con la promulgación de la Constitución de 1991 y la inclusión en el sistema jurídico de una serie de nuevos derechos y de principios que regirían a partir de ese momento toda nuestra legislación, se concibió un nuevo enfoque que exigía mayores garantías para los ciudadanos y un cambio radical en la concepción del Estado, pues se mutaba del conocido Estado de Derecho bajo el cual el hombre y la sociedad giraban alrededor de las leyes, hacia el denominado Estado Social de Derecho que orienta toda su filosofía para que las leyes y el Estado visualicen al ser humano como un *todo* alrededor del cual existe su razón de ser, es decir, toda creación legislativa debe garantizar una serie de derechos del ciudadano que no pueden ser quebrantados bajo ninguna excepción ni justificación, de forma tal que permitan su desarrollo en armonía con la sociedad.

Bajo este esquema toda nuestra normatividad se orientó hacia el llamado constitucionalismo del derecho y con la creación de instituciones como la Corte Constitucional se estableció el control concentrado para ciertos asuntos - acción de inconstitucionalidad- sin significar ello que se dejara de lado el control difuso que conservan los jueces para inaplicar leyes o decretos que consideren violatorios de derechos constitucionales. Como es apenas obvio la Jurisdicción Contencioso Administrativa no podía ser ajena a este fenómeno jurídico que conllevaría un gran avance a favor de los ciudadanos, como se expondrá en el capítulo cuarto.

2.2 EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En primer lugar se abordará lo concerniente a la evolución de los llamados derechos fundamentales, su tránsito a través de la historia, la manera de concebirllos y su implementación en la Constitución Política de 1991, pues estos no siempre estuvieron presentes en la vida del ser humano, es decir, no eran exigibles materialmente por no encontrarse consagrados en textos constitucionales como los apreciamos en la actualidad. Su proceso evolutivo ha generado enfrentamientos constantes y en la mayoría de los casos actos violentos por su reconocimiento.

Bajo una corriente formada en la Escuela Iusnaturalista los derechos fundamentales son apreciados como un Derecho Natural⁴¹, inherente al ser humano, es decir, propio del individuo, esenciales para vivir bajo preceptos como la dignidad humana y la libertad, razón por la que no pueden concebirse como

⁴¹ La "naturaleza", como fundamento del derecho, es lo que existe por sí, independientemente de nuestra obra y nuestro querer. Puede tratarse, por ejemplo, del orden físico o biológico, creador de las desigualdades que permiten a los fuertes imponerse a los más débiles, como pensaba el sofista Calicles, o, por otra parte, de ciertos rasgos o características comunes, biológicas, psicológicas, sociales, etcétera, del ser humano, en las que deben buscarse el origen y raíz del derecho natural (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo. México: Distribuciones Fontamara, 1999. p. 132).

creación del positivismo jurídico, sino como la materialización de sus derechos propios. Algunos autores como el jurista Edgar Bodenheimer⁴² exponen como resumen de la doctrina clásica del derecho natural que los derechos básicos del individuo - es decir, gozar de la vida, la libertad y la propiedad - no debían ser disminuidos por la sociedad, porque esos derechos los había conferido Dios al hombre y eran anteriores a toda sociedad. Son derechos inalienables - “naturales”.

Dicha inalienabilidad se fortalece al considerar que sería ilógico admitir la existencia de una normatividad garante de unos derechos, antes que la presencia misma del ser humano. Por su parte, el positivismo es una creación del hombre que al revelar unos derechos propios se ve en la necesidad de formalizarlos para hacerlos exigibles ante otros, dado que ésta era la única forma de detener el abuso de poder de los gobernantes. Hobbes es el fundador de la idea de los derechos naturales tal como ha sido concebida en el siglo XVIII. En esta época primó la concepción de unos derechos naturales inalienables que, por ser tales, permanecían en la condición civil con una magnitud tal que representaban límites infranqueables para el ejercicio de la soberanía⁴³.

A pesar de no existir una fecha exacta para explicar su formación se puede decir que sus orígenes han sido producto de constantes luchas contra la opresión, la desigualdad, el autoritarismo, muestra de él han sido por ejemplo la Carta Magna de 1215 (documento inglés del Rey Juan I de Inglaterra), donde se puede decir que se otorgó el debido proceso; la independencia de los Estados Unidos (1776), la Revolución francesa (1789), la primera y segunda guerra mundial, todos ellos son acontecimientos que marcaron la historia del mundo y que generaron una ola de exigencias, de pactos, de reclamaciones que dieron origen a la consagración de los denominados derechos de primera, segunda y tercera generación.

2.2.1 La Carta Magna. Constituye el primer escrito de reconocimiento de derechos, bien lo expresa Peces- Barba y Fernández⁴⁴, la Carta magna es quizás el primer episodio de esa lucha que obliga al Rey Juan a hacer concesiones y a otorgar privilegios a los barones, a los comerciantes y a los habitantes de algunas ciudades como Londres. Este escrito constituyó sin lugar a dudas la primera vez que un Rey se veía en la necesidad de otorgar derechos a la aristocracia y a limitar sus abusos producto de las inconformidades de su pueblo, fue sancionada el 15 de Junio de 1215 por el Rey Juan I de Inglaterra (Juan sin Tierra).

Dentro de los principales reconocimientos consagrados se encontraban el control al poder del Rey ejercido por una comisión conformada por 25 barones, se

⁴² BODENHEIMER, Edgar. Teoría del derecho. Bogotá: Leyer, 2008. p. 118.

⁴³ RAMÍREZ ECHEVERRI, Juan D. Thomas Hobbes y el estado absoluto: Del estado de razón al estado de terror. Medellín: Universidad de Antioquia, 2010. p.47.

⁴⁴ PECES - BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. Historia de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2003. p. 47.

ampliaba la seguridad a campesinos, comerciantes y artesanos, se establecía el respeto por las libertades religiosas y políticas, y se incluía que ninguna persona podría ser enjuiciada sólo por la voluntad del monarca. Esta última consagración es quizás la más importante sin que por ello se minimice el alcance de las demás, pues significa el nacimiento del derecho al Debido Proceso.

Este derecho preveía que los juicios serían realizados con arreglo a la ley previamente establecida y no que las condenas impuestas serían solo por capricho del Rey. Al respecto, se menciona que:

“... en estos años, la práctica del monarca era enviar a los barones a prisión y encarcelarlos, e incluso matarlos sin previo juicio, cuando a consideración de la Corona no cumplía sus obligaciones tributarias o cometían crímenes contra el reino. Esta Carta reconoce que “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni se usará la fuerza contra él, ni se enviará a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”⁴⁵.

De lo referido, se observa que inicialmente el Debido Proceso buscaba eliminar arbitrariedades en los juicios que se llevaban a cabo por el Monarca, no obstante, a lo largo de la historia este derecho fue aplicándose en todo tipo de actuación Estatal tanto en la parte judicial como en la Administrativa.

Fue así, como surgió este primer derecho que daría lugar posteriormente al reconocimiento de otros que igualmente serían catalogados como fundamentales. Sin embargo, es conveniente precisar como lo expuso Peces- Barba y Fernández⁴⁶ que el concepto de derechos fundamentales es un concepto histórico del mundo moderno, pues ésta es una época marcada por grandes cambios revolucionarios que ocasionaron una nueva forma de concebir la estructura de los Estados basados en la democracia y en la igualdad de los hombres.

La importancia de la Carta Magna la constituye el haber sido el primer documento de reconocimiento de derechos para la población, ya que ésta veía subyugadas sus condiciones de existencia a una voluntad impuesta, represora y sin límites que agredía de manera persistente la vida de los súbditos.

El Derecho inglés después del acontecimiento de la Carta Magna fue

⁴⁵ LÓPEZ MONROY, José de Jesús. Sistema Jurídico del *common law*. México: Porrúa, 2003. p. 14, citado por DE LA ROSA, Paola Liliana. El debido proceso, sus orígenes, su evolución y su reconocimiento en el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México. En: Alter Enfoques Críticos. Julio-diciembre, 2010. año 1, no. 2, p. 63.

⁴⁶ PECES - BARBA MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ GARCÍA, Op. cit., p. 15.

fortaleciendo una sola ley consuetudinaria, *el common law*, a través del cual los Tribunales ejercían control sobre las decisiones del Rey, circunstancia que permitiría desarrollar un derecho en el que la ley no constituyera su principal fuente.

2.2.2 La independencia de los Estados Unidos. Los acontecimientos que conllevaron a la Independencia de las 13 colonias americanas no serán estudio de profundización en la presente investigación, pues no constituye el eje central materia de estudio, por tal razón solo se hará énfasis en los derechos que se consagraron con ella.

La idea de independencia es algo que surge con la inconformidad de las personas por el trato, los abusos, el sentirse relegados, a pesar de considerarse vitales para la existencia de cierto núcleo de poder que sólo es posible gracias a sus aportes, a pesar de ello no tienen un papel sobresaliente en la estructura de la sociedad.

Esta serie de inconformidades llevó a que hacia finales del Siglo XVIII se presentara la revolución Americana en contra de la hegemonía inglesa y francesa, como resultado de ese proceso el 4 de Julio de 1776, se produce la declaración de Independencia de los Estados Unidos bajo los preceptos de soberanía y libertad.

Con influencia del liberalismo moderno, la filosofía que sustentó la independencia fue la igualdad de los hombres desde su nacimiento y la concepción de que estos poseen ciertos derechos inalienables, como son la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; además con el fin de evitar que los futuros gobiernos se extralimitaran en el ejercicio de sus funciones se dispuso que estos solo pueden gobernar con el consentimiento de los gobernados y que cualquier gobierno puede ser disuelto cuando deja de proteger los derechos del pueblo.

Así se consagraron derechos que posteriormente harán parte de los llamados derechos fundamentales, producto de la inconformidad de los pueblos con sus gobernantes y resultado de una de las Revoluciones más emblemáticas de la historia.

Como bien lo señala Sánchez Viamonte⁴⁷, es imposible negar la importancia del influjo ejercido por la emancipación norteamericana sobre la Francia revolucionaria en el aspecto estrictamente institucional, toda vez que crearon nuevas instituciones, incorporándolas a su derecho positivo y dándoles la vivencia de una aplicación inmediata.

2.2.3 La Revolución Francesa. Con antecedentes como los expuestos de inconformidades y sublevaciones la revolución francesa constituye la cumbre de

⁴⁷ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Los derechos del hombre en la Revolución Francesa. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1956. p. 13.

las luchas, gestada por una pujante y bien situada clase burguesa y por el campesinado que sufría las inclemencias del sistema feudal convirtieron a ésta en el episodio más importante escrito para la historia que conllevó a la declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano.

Dicha revolución tiene gran importancia por los límites que impuso a una clase privilegiada como la nobleza y por supuesto al siempre bien ponderado clero, y por las fronteras que atravesó pues sus logros fueron inspiración para muchas otras naciones en la consagración de derechos.

El fin del Estado Absolutista constituyó el nacimiento del Estado Liberal, con una doctrina inspirada en los cambios económicos, políticos y sociales de la época. En el año de 1789 - redactada el día 26 de agosto - se expidió la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuyo preámbulo señaló:

“Los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobierno, deciden exponer, en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que todos los miembros de la sociedad tengan presente esta declaración y les recuerde, permanentemente, sus derechos y sus deberes...”.

Así, se consolidó la consagración de una gama de derechos que con una visión de la escuela iusnaturalista, son considerados como inalienables y sagrados del hombre, es decir, son necesarios para su existencia y para su vida en comunidad, algunos de los derechos otorgados fueron: la libertad, la igualdad, la libre expresión, la propiedad, la seguridad, el debido proceso, la presunción de inocencia, la libertad religiosa, entre otros.

Esta declaración constituye la conquista de los derechos reclamados por el pueblo francés quienes a partir de ese momento encuentran amparo legal a sus necesidades, desmontando de esta manera siglos de privilegios para ciertas clases basadas en distinciones hereditarias.

Refiriéndose al surgimiento de los derechos fundamentales como una génesis del mundo moderno Peces Barba Martínez y Fernández García⁴⁸ exponen:

“... la burguesía naciente y el sistema capitalista se ampararán, para fortalecerse, en esa nueva forma política, que favorecerá el desarrollo de esta clase y del sistema económico a ella vinculado, hasta que ya en el siglo XVIII, la fuerza de la burguesía la llevará a reclamar también

⁴⁸ PECES - BARBA MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ GARCÍA, Op. cit., p. 22.

para sí el poder político. Entonces el individualismo y las filosofía de los derechos fundamentales, junto con los demás elementos de la filosofía liberal, usando como legitimación el iusnaturalismo racionalista, se separarán, combatirán y destruirán a ese Estado absoluto, que primero sirvió a sus intereses.

Una vez se presenta el quebrantamiento del Estado Absolutista para dar paso a una nueva formación de Estado (Estado de Derecho), como lo expone Rincón Córdoba⁴⁹, el individualismo a través del principio de libertad, se convierte en la razón de ser del orden en construcción, pues si se quería romper con el pasado se debía partir del supuesto necesario de que toda persona tiene unos derechos de los cuales no puede ser despojada, estos no son un privilegio que otorga la autoridad sino que se constituyen en límite al poder de la misma.

Sin duda alguna el momento más álgido que orientó a que los derechos reconocidos a los ciudadanos en cada Estado merecieran un status internacional en el que la humanidad entera se comprometiera a su protección, aún en casos de conflicto armado, lo constituyó la primera y segunda guerra mundial, este triste periodo de la historia, significó una alerta para exigir en cada rincón del planeta que los otrora derechos del hombre y del ciudadano tuvieran una connotación más amplia, ahora reconocidos como derechos humanos universales.

Para lograr contextualizar el tránsito de los derechos fundamentales, además de momentos históricos como los acabados de mencionar, es necesario remontarnos a los diferentes modelos de Estado partiendo del Estado Absolutista hasta nuestra actualidad para comprender la necesidad de su implementación constitucional.

El Estado como forma de organización social, comprende a todas las sociedades del pasado, desde las más primitivas hasta las actuales, pues es imposible concebir una asociación humana que incluya los aspectos más importantes de la vida de sus integrantes sin una dirección o un poder de mando que mantenga cierto orden o ciertas reglas sobre el comportamiento de los individuos que la componen⁵⁰.

Antes de entrar a ver los diferentes tipos de Estado desarrollados a lo largo de la historia, es preciso relacionar algunos de los conceptos dados al mismo. Una de ellas, la que podemos denominar como definición ahistórica (no histórica, sin historia) es válida para todos los tiempos: “El Estado como institución política es la forma política de un pueblo o la organización política suprema de un pueblo”. Una definición moderna y aceptable, que también priva como punto de partida o de

⁴⁹ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de administración pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 38.

⁵⁰ VALDÉS, Clemente. La invención del Estado: Un estudio sobre su utilidad para controlar a los pueblos. México: Ediciones Coyoacán, 2010. p. 49.

orientación es la de Jellinek. Considera este autor que el Estado es la agrupación humana sedentaria con un poder de mando originario. Otra definición es la de León Duguit (1859-1928) quien estima que el Estado existe y existió allí donde hubo una relación entre gobernantes y gobernados en orden a la solidaridad social⁵¹.

Como se puede apreciar la necesidad de organización de una sociedad o grupo de personas fue la que permitió la conformación estructurada de comunidades regidas por el poder de un gobernante. Algunos de ellos fueron:

2.3 EL ABSOLUTISMO

La primera clasificación de formas de gobierno toma sus más antiguos orígenes doctrinarios en el pensamiento griego. Tradición que arranca con Heródoto, quien distingue dichas formas por el número de gobernantes; uno (monarquía), pocos (aristocracia) y todo el pueblo, la multitud (democracia)⁵².

Como una forma de gobierno en Europa Occidental surgió el absolutismo reforzando el poder del monarca, fue esencialmente un aparato reorganizado y potenciado de dominio feudal, destinado a mantener a las masas campesinas en su posición social transicional. Nunca fue un árbitro entre la aristocracia y la burguesía⁵³. La autoridad del Rey se fue reforzando de forma casi simultánea en países como Inglaterra, Francia o España, durante los reinados de Enrique VII, Luis XI y Fernando e Isabel, respectivamente, donde situaciones como la inseguridad ocasionada por enfrentamientos entre la clase noble y la burguesa, el desarrollo de una economía de mercado en la explotación feudal generaron actos de rebelión que conllevaron a la necesidad de fortalecer el poder del Rey para justificar una forma de organización que les permitiera controlar cada una de las esferas que regían a la sociedad como lo era la facultad para hacer las leyes, administrar justicia, cobrar impuestos, entre otras.

La consolidación del absolutismo tuvo hacia el siglo XVI una fase autoritaria, donde el monarca aún respetaba y garantizaba privilegios de la clase burguesa afianzando sus intereses y otorgándoles títulos nobiliarios, posteriormente debido a la amplia concentración de poder que obtuvo en los siglos XVII y XVIII surgió una nueva etapa que desbordó en despotismo sus actuaciones imponiendo su voluntad por encima de las leyes sin ningún tipo de control.

Fue un periodo caracterizado principalmente por el aumento de los ejércitos, la integración de la nobleza feudal mediante la adquisición de cargos, la imposición

⁵¹ ARNAIZ, Aurora. El estado y sus fundamentos institucionales. México: Trillas, 1995. p. 38.

⁵² ZARINI, Helio Juan. Derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 268.

⁵³ Dicho de otra forma, el Estado Absolutista fue el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada (ANDERSON, Perry. El estado absolutista. 18 ed. México: Siglo Veintiuno, 2005. p. 12.

de impuestos para los más pobres, pues la clase señorial se encontraba exenta de los mismos, crecimiento económico debido a los metales preciosos y el comercio americano. Sin embargo, en el Siglo XVII la monarquía persiguió a muchas familias nobles llevándolas a la ruina, al considerar sus riquezas como una amenaza para su soberanía.

2.3.1 El absolutismo español. España era considerada la primera gran potencia de la Europa Moderna. El alcance y el impacto del absolutismo español entre las monarquías occidentales de esa época fue, en sentido estricto, “desmesurado”. Su presión internacional actuó como específica sobredeterminación de los modelos nacionales del resto del continente, a causa del poder y la riqueza desproporcionados que tenía a su disposición⁵⁴.

Aspectos como las alianzas matrimoniales de la realeza española con otras casas reales - Habsburgo - y el descubrimiento y conquista del nuevo continente le permitieron incrementar su territorio e influencia, a lo largo y ancho de Europa debido a la prosperidad que generó el oro y los metales preciosos que ingresaron en su economía a partir del Siglo XVI.

2.3.2 El absolutismo francés. Debido al desobedecimiento de algunas provincias, la monarquía tuvo que concentrar su poder hasta lograr una estructura firme. Las tres grandes rupturas del orden político fueron naturalmente, la guerra de los Cien Años en el siglo XV, las guerras de religión en el siglo XVI y la fronda en el siglo XVII. La transición de la monarquía medieval a la absoluta se vio paralizada en un primer momento y acelerada inmediatamente después por estas crisis, cuyo último resultado sería la creación de un culto a la autoridad real, en la época de Luis XIV, sin parangón en ningún otro país de Europa Occidental⁵⁵.

Fue durante el periodo de Luis XIII que el cardenal Richelieu quien se desempeñó como primer ministro consolidó la centralización de la monarquía, instituyendo políticas administrativas que permitían una injerencia más cercana e inmediata en cada una de las provincias francesas mediante la figura de los *intendants de justice, de pólíce et de finances*, buscando con ello evitar sublevaciones internas. El poder recaía completamente en la voluntad del Rey, en palabras de Luis XV: el Estado soy yo, por cuanto creaba las leyes, las implementaba y juzgaba, encontrándose, eso sí, exento de las mismas.

2.4 EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO

El presupuesto filosófico del Estado liberal, entendido como Estado limitado en contraposición al Estado absoluto, es la doctrina de los derechos del hombre elaborada por la escuela del derecho natural (o iusnaturalismo): la doctrina de

⁵⁴ ANDERSON, Perry. El estado absolutista. 18 ed. México: Siglo Veintiuno, 2005. p. 55.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 82.

acuerdo con la cual el hombre, todos los hombres indistintamente tienen por naturaleza, y por tanto sin importar su voluntad, mucho menos la voluntad de unos cuantos o de uno solo, algunos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la felicidad, que el Estado, o más concretamente aquellos que en un determinado momento histórico detentan el poder legítimo para ejercer la fuerza para obtener la obediencia a sus mandatos, deben respetar no invadiéndolos y garantizarlos frente a cualquier intervención posible por parte de los demás⁵⁶.

Es la forma histórica que adopta el Estado como realización de la ideología del individualismo liberal triunfante en las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa de los siglos XVII y XVIII. Es la contrapartida del antiguo régimen, del feudalismo y la monarquía absolutista. Su antítesis⁵⁷.

En el siglo XVIII, tanto en Inglaterra como en Francia surgió una constelación de pensadores que propagaron doctrinas diametralmente opuestas a las que le sirvieron de fundamento al absolutismo, descollando en primer lugar, con luz muy viva, el filósofo inglés John Locke (1632-1704), sobre todo con los tratados de gobierno, obra en donde se perfilan los contornos de un orden social nuevo en el cual el reinado despótico originado en el derecho divino de los reyes debía ser remplazado por el liberalismo político y el individualismo económico, aceptando la ley de las mayorías como expresión de la voluntad popular, e insistiendo en que hay una ley superior a la misma voluntad del Estado que permite, inclusive, la rebelión popular cuando en forma grave sean conculcados los intereses superiores de la comunidad⁵⁸.

Se caracterizó por la modificación en la forma de concebir el poder ya no como una potestad divina en cabeza del Rey, sino como un poder concebido desde las bases, perteneciente al pueblo, perfilándose, entonces, limitaciones y responsabilidades frente a los ciudadanos en cuya representación gobernaba. Se desconcentró el ejercicio de la autoridad mediante la división y separación de poderes.

2.5 EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado de derecho, concebido de acuerdo con las ideas del liberalismo clásico del siglo XIX, entró en crisis desde la primera posguerra. La conciencia de esta crisis es general y como superación a la misma se presenta la adaptación del

⁵⁶ BOBBIO, Norberto, Liberalismo y democracia. Santa fe de Bogotá. Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 11.

⁵⁷ SÁCHICA, Luis Carlos. Derecho constitucional general. 4 ed. Bogotá: Temis, 2006. p. 86.

⁵⁸ OLANO GARCÍA, Alejandro Hernán. Preguntas y respuestas de derecho constitucional colombiano y teoría general del estado. Bogotá: Doctrina y Ley, 2002. p. 364.

Estado de Derecho a las urgentes tareas sociales mediante su remodelación o reinterpretación como Estado Social de Derecho⁵⁹.

Fue así, como los despropósitos de la primera guerra mundial tuvieron como consecuencia en la sociedad la necesidad de evaluar las políticas estatales concebidas únicamente a favor de la clase burguesa luego de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y de la revolución francesa. Esta noción surgió como reacción a la desigualdad creada en las relaciones del Siglo XIX, favorecidas por el principio del *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar)⁶⁰.

El inconformismo de algunos movimientos sociales conllevó a Alemania a materializar con la constitución de Weimar⁶¹ de 1919, lo que el político Lorenz Von Stein⁶² había denominado el Estado Social de Derecho encaminado a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente las clases bajas.

Dicha constitución pregonaba por garantizar derechos como la educación pública, la vivienda digna, el trabajo, la salud, el medio ambiente, la asistencia para los más vulnerables como los ancianos y los inválidos, etc. Para poder llevar a cabo esos beneficios fue necesario poner en marcha nuevas medidas económicas frente al manejo de los recursos producto del recaudo de impuestos y el gasto público.

Alguno de los conceptos que han tratado de definirlo estiman que el Estado Social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que

⁵⁹ CHARRY, Juan Manuel et al. Corte Constitucional y estado social de derecho. Medellín: Universidad de Medellín, 2007. p. 32.

⁶⁰ YOUNES MORENO, Diego. Derecho constitucional colombiano. 12 ed. Bogotá: Legis Editores, 2012. p. 66.

⁶¹ Con la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial (1918), llegó a su fin el Imperio y se produjo la abdicación del Káiser Guillermo II y la de todos los príncipes que gobernaban los Estados que integraban el Segundo Reich. El poder fue asumido por los soviets de obreros y soldados, los que establecieron un gobierno provisional dirigido por el “Consejo de Comisarios del Pueblo”.

Se trató de un régimen de tendencia socialista que, a diferencia del establecido por los bolcheviques en Rusia, se declaró provisional y convocó una Asamblea Nacional en Weimar, para que elaborara una Constitución democrática, asamblea que se eligió por sufragio universal igual y directo y expidió el 11 de agosto de 1919 la célebre Constitución de Weimar (VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2012. p. 125-126).

⁶² Como precursor del Estado Social suele citarse al alemán Lorenz Von Stein, quien había dicho en el siglo XIX que el haber terminado la época de las revoluciones políticas había que comenzar la de las reformas sociales. Afirmando la distinción entre sociedad y Estado, en el sentido de que el segundo tiende al desarrollo de la personalidad del individuo, mientras la sociedad tiende a la miseria, servidumbre de la personalidad debido a las relaciones de propiedad, es decir en el sentido de que la dominación de las cosas se trastoca en la dominación sobre las personas (YOUNES JEREZ, Simón. Teoría del estado: Modelos históricos de estado. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2008. p. 329).

entendemos en este caso el Estado Liberal Burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos⁶³. Su primordial objetivo promulgaba por garantizar condiciones básicas, para que las personas pudieran desarrollar su vida en condiciones de dignidad, a través de la asistencia del Estado en la prestación de servicios esenciales.

Así la principal manifestación de la procura del mínimo existencial en el Estado Social, se encontraba en la existencia de los sistemas de seguridad social, con garantía y coadministración estatal, los cuales se desplegaban hacia la disminución de los riesgos sociales de los integrantes del Estado. Por lo tanto, para que un Estado pueda llevar el calificativo de “Social” debe procurar por la existencia de sistemas de seguridad social⁶⁴.

2.6 EL ESTADO TOTALITARIO

Para encontrar el origen de esta organización estatal, es necesario remitirnos a las antiguas formas de gobernar, como fueron el imperio romano o las monarquías absolutas, pues ellas podrían asimilarse en algunos aspectos a las bases que permitieron el surgimiento del Estado Totalitario. El principal aspecto lo constituiría que el ejercicio del poder se encuentra en cabeza de una sola persona, sin embargo, el dictador romano, era designado por uno de los cónsules, por un periodo inferior a seis meses, para defender al país contra un enemigo exterior o para hacer frente a las disensiones interiores, dentro de sus funciones designaba al comandante de la caballería, carecía de autoridad para modificar la constitución, para intervenir en los litigios civiles o imponer nuevas obligaciones fiscales a los ciudadanos⁶⁵. Por su parte, las monarquías absolutas, se amparaban en la legitimidad, cuando el acceso al poder se hallaba regulado constitucionalmente por la herencia o por la elección y era aceptado de manera general como la forma normal de gobierno⁶⁶.

Sin embargo, fue la coyuntura de la primera posguerra mundial, donde se concibió como actualmente se conocen los regímenes totalitarios o dictatoriales, las inconformidades de diversos gobiernos agobiados por el expansionismo territorial conllevaron al quebrantamiento de los derechos ciudadanos. Y cuando la guerra, la inflación y el paro disolvieron definitivamente los viejos vínculos sociales, los individuos aislados y masificados fueron presa fácil de movimientos totalitarios que se autoproclaman poseedores de las eternas verdades de la Naturaleza y de la

⁶³ MADRIÑÁN, Ramón Eduardo. El estado social de derecho. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001. p. 55.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 57-58.

⁶⁵ NEUMANN, Franz. El estado democrático y el estado autoritario. Buenos Aires: Paidós, 1957. p. 219.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 220.

Historia. Desde esta perspectiva, el antisemitismo o la lucha de clases pierden sus contenidos específicos para convertirse en instrumentos del consenso totalitario: fabricantes de una identidad que recoloca los “átomos” de una sociedad de masas en el interior de una comunidad esencial⁶⁷.

Según González Callejas, citando a Fisichella y Fiorillo, el término totalitario surgió en Italia en 1923, cuando el liberal Giovanni Amendola utilizó en sus artículos “Majorita e minorita” y “Cavour e Pansoja”, aparecidos en *Il Mondo* el 12 de mayo y el 28 de junio, el apelativo de “sistema totalitario” para denunciar los abusos electorales de Mussolini. Probablemente fue el socialista Lelio Basso quien inventó el neologismo “totalitarismo” en un ensayo aparecido en la revista *La Rivoluzione liberale* el 2 de enero de 1925, donde señalaba que “todos los órganos estatales, la Corona, el Parlamento, la Judicatura que en la teoría tradicional encarnan los tres poderes y la fuerza armada en la que actúan la voluntad, se convierten en instrumentos de un solo partido que se hace interprete de la voluntad unánime, del totalitarismo indiferenciado”⁶⁸.

Una de las principales exponentes de este régimen, es quizás, Hannah Arendt⁶⁹, quien en 1951 publicó su monumental obra *Los Orígenes del Totalitarismo*, partiendo de diferenciar el totalitarismo del autoritarismo, precisando que una diferencia previa entre regímenes totalitarios auténticos, como el nazismo y el estalinismo, y regímenes autoritarios como sería en su opinión el fascismo, es que éste aún es una forma de Estado: un Estado fuerte que utiliza los métodos tradicionales de poder, que se vale de una racionalidad medios - fines que, aunque opresiva, pretende tan sólo la obediencia y el silencio de los opositores⁷⁰. Mientras que el totalitarismo se estructura en círculos concéntricos, como las capas de una cebolla, donde el líder irradia su poder, través de la propaganda, en todas las direcciones desde el círculo interior⁷¹.

En amplias secciones de su libro el Origen del Totalitarismo, Hannah Arendt describe el totalitarismo como emancipación imperialista de la inquietud típica de la sociedad burguesa, explicando el hundimiento del Estado nacional a partir de un conflicto no resuelto entre Estado y Sociedad⁷². De los movimientos surgidos a

⁶⁷ FORTI, Simona. El totalitarismo: Trayectoria de una idea límite. Barcelona, 2008. p. 79.

⁶⁸ GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. Los totalitarismos. Madrid: Síntesis, 2012. p. 10.

⁶⁹ La biografía de Hannah Arendt nos muestra la historia de una generación de intelectuales europeos empujados al exilio por el nazismo. Nació en Hannover, en 1906, aunque su infancia transcurriera en la misma ciudad donde nació Kant, Königsberg. De allí procedía su familia compuesta por judíos ilustrados de clase media, partidarios de la asimilación, y próximos a posiciones socialistas. Su acercamiento a la filosofía se produjo en la universidad, y en ella también tuvo lugar un encuentro decisivo: en Marburgo conocería a su maestro Martin Heidegger (VALLESPÍN, Fernando. (ed.). Historia de la teoría política. Madrid: Alianza Editorial, 1995. p. 151).

⁷⁰ FORTI, Op. cit., p. 80.

⁷¹ VALLESPÍN, Op. cit., p. 179.

⁷² BRUNKHORST, Hauke. El legado filosófico de Hannah Arendt. Madrid: Biblioteca Nueva, 2006. p. 119.

inicios del siglo XX, el estalinismo y el nazismo son los que sintetizan todos los factores de descomposición y de contradicción de la historia política moderna⁷³.

Dentro de los principales cambios que permiten identificar la variación de modelo estatal encontramos la transición de un lado, de un Estado cimentado en la autoridad del derecho a uno policial y de otro, pasar de la difusión a la concentración del poder, pero sin lugar a dudas su esencia la brinda la conformación de un partido estatal monopolizador que inicialmente es utilizado para llegar al poder bajo una aparente democracia para posteriormente transformarse en una fuerza opresora que permea todas las esferas de la sociedad, mediante imposiciones arbitrarias de todo tipo.

La dictadura es un problema intratable en el pensamiento liberal democrático, porque es incompatible con la definición misma de un régimen democrático de garantías: en él solo puede reconocerse temporalmente un derecho de excepción⁷⁴. Algunas de las características de las dictadura son: el monopolio de medios tradicionales como: el ejército, la policía, la burocracia, la magistratura y el control de la educación, los medios de comunicación, las instituciones económicas y la vida personal de los ciudadanos mediante la dominación política.

En un Estado Totalitario moderno el déspota (persona o partido) trata de relacionar su poder con alguna aspiración o ideal más elevado, al cual afirma servir. En la forma moderna el poder déspota se disfraza generalmente de una forma más impersonal. El ejercicio del poder ilimitado está desprovisto de todo elemento personal⁷⁵.

2.7 EL ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL DE DERECHO

Lo que caracteriza al actual estado constitucional es ante todo la separación entre los distintos componentes del Derecho, aquellos que en el Estado de Derecho del siglo XIX estaban unificados o reducidos en la ley. El Estado Constitucional se ha presentado como 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, exceptuando la función constituyente⁷⁶.

El Estado constitucional de derecho es una estructura jurídico-política diseñada y orientada a la garantía de un catálogo de derechos normativamente declarados: los derechos, a priori, condicionan el diseño de los poderes políticos y las instituciones públicas y, a posteriori, inspiran y orientan su funcionamiento. “Son dos los rasgos que caracterizan al Estado constitucional de derecho y lo

⁷³ FORTI, Op. cit., p. 79.

⁷⁴ SCHMITT, Carl. Ensayos sobre la dictadura 1916-1923. España: Tecnos, 2013. p. XXIX.

⁷⁵ YOUNES JEREZ, Op. cit., p. 295.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 267.

singularizan respecto de modelos jurídico-políticos anteriores: la rigidez del texto constitucional y su garantía jurisdiccional⁷⁷. La rigidez constitucional significa el reconocimiento de que las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, y esta supremacía constitucional se manifiesta por un lado, mediante el establecimiento de procedimientos especiales de reforma, y mediante la institución del control constitucional de las leyes, por otro⁷⁸.

El nuevo paradigma del Estado Constitucional modifica la validez de las leyes, de un aspecto meramente formal - procedimientos para su promulgación -, imponiendo un cambio de naturaleza de la jurisdicción, el jurista Luigi Ferrajoli destaca que se impone al juez la crítica de las leyes inválidas, reinterpreta las mismas en sentido constitucional o denunciando su inconstitucionalidad; y un cambio en el papel de la ciencia jurídica, en el sentido de que resulta investida de una función, ya no sólo descriptiva, sino también crítica de las antinomias y lagunas de la legislación respecto de los mandatos constitucionales⁷⁹.

2.8 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Bajo esta enunciación los constitucionalistas contemporáneos suelen concebir un Estado de justicia en el que imperan los instrumentos eficaces y efectivos para la protección de los derechos fundamentales, distinguiéndolos algunos en instrumentos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. La nueva jurisdicción constitucional pretende dotarse de controles de manera que sea verdadera guarda de nuestros derechos: se pone mucho énfasis en principios como la racionalidad, los derechos fundamentales, el interés social, los principios jurídicos, etc.⁸⁰.

En el siglo XX, el Estado Liberal o Estado de Derecho se transformó en el Estado Social y Democrático de Derecho cumpliendo el Estado un papel mucho más activo con el objeto de extender el bienestar a toda la sociedad mediante prestaciones activas y no simples abstenciones⁸¹. Para algunos autores como Ignacio Sotelo, modelos como el Estado de Derecho Alemán, el *rule of law* británico y el Estado democrático como producto revolucionario, cabalmente francés, se influenciaron mutuamente hasta el punto de fundirse en “el Estado Democrático de Derecho”⁸².

⁷⁷ GUASTINI, Ricardo: La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico, citado por PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo y garantismo: Una relación difícil. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. 2007. no. 41, p. 240.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 29.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Positivismo crítico, derechos y democracia, citado por PACHECO, Miguel Ángel. Constitucionalismo y garantismo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 209.

⁸⁰ LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. (ed.). Constitución y democracia: La cuadratura del círculo. Bogotá: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012. p. 231-232.

⁸¹ BLANQUER CRIADO, Op. cit., p 10.

⁸² SOTELO, Ignacio. El estado social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive. Madrid: Trotta, 2010. p. 114.

De manera que, la teoría constitucional contemporánea no puede ser otra cosa sino la teoría jurídica de la democracia; no es posible separar Estado de Derecho y Democracia, no es posible entender la organización y competencia del poder constituido sin la atribución de la soberanía del pueblo⁸³. La democracia social como perfeccionamiento de la democracia política a través del constitucionalismo social no reniega de los postulados del constitucionalismo clásico - en cuanto libertad - sino que pretende enriquecerlos, vigorizarlos y desarrollar su potencialidad⁸⁴.

El ideal de organización político-social es el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, cuyos elementos constitutivos son: la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentran su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de Cultura (kulturstaat) abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción y algunos otros más que deben estar incorporados en una democracia ciudadana basada en el principio del pluralismo⁸⁵.

Bajo este esquema, es de vital importancia la labor desarrollada por los Tribunales Constitucionales y los jueces encaminada a ser garantes y defensores de los derechos consagrados en los textos constitucionales, permitiendo la efectividad de los mismos a los ciudadanos.

2.9 CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

La teoría de los derechos fundamentales es catalogada como el núcleo que permite el desarrollo de los derechos individuales, como la fuente de la cual emanan los demás derechos y que su especial protección legitiman el actuar de la Administración en todos y cada uno de los campos del derecho, es sin lugar a dudas la mayor conquista hecha por el hombre para beneficio de todos los ciudadanos sin permitir ningún tipo de discriminación.

⁸³ DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo. Constitucionalismo social: Hacia un nuevo estado social y democrático de derecho. Bogotá: Instituto María Cano ISMAC, 2001. p. 24.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 28.

⁸⁵ HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 1-2.

Los derechos fundamentales que en palabras del distinguido filósofo italiano Luigi Ferrajoli⁸⁶, son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

Esta definición tiene la enorme ventaja de explicar los derechos fundamentales con independencia de las concretas características de cada ordenamiento: al menos en la tradición liberal democrática, lo principal es que hay derechos que se reconocen efectivamente a todas las personas o a todos los ciudadanos por el mero hecho de serlo, siendo accesorio, en cambio, el modo en que están regulados y protegidos⁸⁷. Por lo tanto, no es la inclusión o no de un derecho dentro del texto constitucional o legal, lo que permite su protección, sino que pertenezca al ámbito personal e inherente del ser humano, en la mayoría de los casos incluidos como derechos universales en documentos tales como el Convenio de Derechos Humanos de la Unión Europea.

Es así como su concepción fortaleció las relaciones internas e internacionales al formar parte de todo un conglomerado de Constituciones y Tratados Internacionales. En los usos lingüísticos establecidos, la expresión “derechos humanos” designa normalmente aquellos derechos que, refiriéndose a valores básicos, están declarados por tratados internacionales. La diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos estribaría, así, en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacionales, en el caso de los derechos humanos⁸⁸.

Con el fin de identificar la variedad de conceptos tejidos alrededor de estos derechos, veremos como el autor alemán Martín Borowski⁸⁹, realizó una clasificación al respecto:

2.10 CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales tienen su razón de ser, su espíritu en la protección de la dignidad humana⁹⁰, como el bastión que sostiene todos los demás. También

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2007. p 19.

⁸⁷ DIEZ-PICAZO, Luis María. Sistema de derechos fundamentales. 2 ed. Pamplona, España: Arandazi, 2008. p. 38.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 40.

⁸⁹ BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 34-37.

⁹⁰ La dignidad es la excelencia que todo persona tiene por su modo de ser superior y por la grandeza de su misión en el mundo. La dignidad de la persona se identifica con una perfección absoluta, surgida de sus fundamentos ontológicos constitutivos, que abarca la totalidad del supuesto por ella designado y no admite grados o niveles (HOYOS CASTAÑEDA, Ilya. El concepto

se conoce a los derechos fundamentales como derechos de la persona, derechos humanos o libertades públicas.

El Estado como máxima expresión de la voluntad del pueblo debe proteger los derechos naturales del ser humano aún por encima de sus propios intereses, pero como se pueden establecer esos llamados derechos fundamentales?, que los diferencia de los demás derechos de la persona?, en un estudio sobre este tema surge la inquietud de cuándo se está en presencia de una exigencia moral y, más específicamente, cuándo esa exigencia merece el calificativo de importante y se hace acreedora al respeto de todos⁹¹, estableciendo que los dos mejores candidatos para responder estos interrogantes son: la universalidad y la supremacía.

2.10.1 Supremacía o prevalencia. Cuando se habla de supremacía, está se evidencia en la ponderación que se hace de los derechos al entrar en conflicto unos con otros, es allí donde se logra percibir cual se encuentra por encima del otro.

Cuando se dice que un derecho tiene prevalencia sobre otro, esto quiere decir que es de mayor importancia, que adquiere un status superior en su alcance, es por esto que los denominados derechos fundamentales se encuentran por encima de cualquier otro derecho.

2.10.2 Universalidad. Cuando se afirma que los derechos fundamentales son universales, esto refiere que no corresponden a un grupo determinado de personas, ni a una zona territorial particular de aplicación, contrario a ello significa que son apreciados y propios de cada ser humano sin que haya cabida a algún tipo de discriminación.

Refiriéndose a los rasgos característicos Rincón Córdoba⁹², expone que con la revolución francesa se dio a conocer que el individuo es el centro de gravedad de cualquier sistema político, y por lo tanto, absolutamente todos los sujetos que habitan la tierra tienen unas libertades y derechos que se deben respetar.

Igualmente, se caracterizan por ser imprescriptibles, inalienables e inherentes al ser humano, esto es, hacen parte de todo su ser, de su propia existencia.

Una vez señaladas las características de los derechos fundamentales, es necesario mencionar que en el Siglo XX adquirieron un nuevo matiz y con ello fueron consagrados como derechos de primera, segunda y tercera generación:

jurídico de persona, citado por MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Derechos fundamentales. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 1992. p. 16).

⁹¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 31-32.

⁹² RINCÓN CÓRDOBA, Op. cit., p. 39.

- **Primera generación.** Inicialmente se desarrollan los derechos de primera generación también conocidos como derechos civiles, individuales y políticos, cuyo auge data del siglo XVIII naciendo de la revelación de los pueblos contra los abusos de las monarquías, derechos que con el pasar de los años han afianzado su importancia y prevalencia frente a los demás. Bien lo expresa García de Enterría⁹³ estos derechos son producto del racionalismo de la época y por lo tanto del derecho natural, todos los hombres nacían con unos derechos preexistentes al Estado, venían con cada persona como si se tratará de un órgano más, naciendo de ésta manera la característica de “inherencia”, y legitimando a los ciudadanos a oponerse a la autoridad cuando ésta pretendiera vulnerarlos.

- **Segunda generación.** Buscan garantizar el bienestar económico de los pueblos, pues constituiría un absurdo considerar que los individuos pueden desarrollarse plenamente sin unas condiciones económicas mínimas que le permitan tener acceso a una mejor educación, trabajo y seguridad social. Estos derechos constituyen una verdadera lucha de cada Estado por mejorar su capacidad económica y sus relaciones de cooperación mutua con otros países para abrir mercados que faciliten su desarrollo.

- **Tercera generación.** Son el eco de la lucha de los países desarrollados por cuidar el medio ambiente, exigir la paz, la tranquilidad, son derechos que traspasan las fronteras y unen más a las naciones en una sola voz para vivir mejor.

Es importante precisar que si bien en sus orígenes dicha clasificación obedeció a algún grado de prevalencia, actualmente solo hace alusión a la forma como históricamente fueron concebidos, ya que no atañen a su importancia o forma alguna de jerarquización.

Para otros autores como Quinche Ramírez, los define como derechos humanos positivizados por vía constitucional, pero con garantía reforzada⁹⁴. Por su parte Uprimny indica que la diferencia entre los derechos constitucionales en general y los derechos fundamentales es esencialmente el reforzamiento de la garantía, pues no todos los derechos constitucionalizados son derechos fundamentales ya que estos últimos gozan de unas garantías suplementarias⁹⁵.

En este aspecto adquiere relevancia indicar que para gran parte de la doctrina no existen criterios claros que permitan diferenciar de forma conceptual los *derechos fundamentales* y *derechos humanos*. Como lo precisa Pérez Luño al referirse a la

⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 51.

⁹⁴ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano: De la carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Temis, 2012. p. 91.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 91.

Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta a reservar la denominación “derechos fundamentales” para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales⁹⁶.

2.11 DERECHOS CONSAGRADOS DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

A pesar de la evolución que transformaba a los países europeos y a los americanos, luego de los acontecimientos vividos en el siglo XX, solo hasta el año de 1991, Colombia decide reformar su texto constitucional vigente por más de un siglo y dar apertura a una nueva Carta formada con una dogmática liberal y garantista, a través de la cual se consagrarían nuevos derechos y se fortalecerían otros ya existentes. Lo anterior con la finalidad de transformar las instituciones jurídicas en defensores implacables de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y otorgándoles a estos de forma directa las herramientas para exigir del Estado la protección de sus derechos y de esta forma evitar que solo fueran parte de un texto constitucional para materializarlos en su diario vivir.

El reconocimiento de los derechos humanos dentro de la filosofía que inspiró dicha constitución, incluyó a Colombia en el desarrollo de un pensamiento más proteccionista por la dignidad humana conforme a los valores consagrados por las Naciones Unidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los derechos personales del hombre que a lo largo de la historia fueron considerados naturales, inalienables, esenciales, inherentes, actualmente son denominados derechos humanos, que en los textos jurídicos de rango constitucional son llamados *derechos fundamentales*. La expresión se utilizó por vez primera en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, acordada y promulgada en 1949. En esta constitución se habla de derechos fundamentales para referirse a los derechos humanos que hacen parte esencial del ordenamiento democrático y libre, por lo que constituyen el fundamento de la unidad política del pueblo⁹⁷.

Bajo ese contexto, la Constitución Colombiana estipuló en el Título II denominado De los Derechos, las Garantías y los Deberes, tres capítulos para definir los derechos fundamentales, los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos colectivos y del ambiente, división que básicamente corresponde a una

⁹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 31.

⁹⁷ STEIN, Ekkehart. Derecho político. Madrid: Aguilar, 1973. p. 239-240, citado por MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Estudios sobre derechos fundamentales. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 1995. p. 15.

organización de tipo formal como inicialmente fueron concebidos los derechos de primera, segunda y tercera generación.

Lo derechos fundamentales a que se refiere ese capítulo, son los que el Preámbulo de la Declaración Universal de 1948 llama “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Un derecho es fundamental cuando hace parte de aquellos bienes jurídicos que por estar inseparablemente unidos a la condición humana, por integrar su núcleo jurídico primario, constituyen el fundamento de toda comunidad política, en cuanto le sirven de principio y de razón primordial. Son dicho de otra manera, los derechos “inherentes a la persona humana” de que nos habla el artículo 94 de la Carta de 1991: los derechos que todo ser humano lleva como atributos jurídicos innatos, que existen con anterioridad al surgimiento de las normas positivas y que se caracterizan por su calidad de inalienables, en cuanto no admiten enajenación, cesión ni transferencia de su contenido imprescindible⁹⁸.

En este específico sentido paulatinamente se ha desarrollado la constitucionalización del derecho en cada una de sus áreas, para el objeto de la presente investigación se hará énfasis directa en cómo *el acceso a la administración de justicia en la jurisdicción administrativa ha evolucionado o no en la protección de los derechos fundamentales frente al principio de la jurisdicción rogada*.

⁹⁸ MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Estudios sobre derechos fundamentales. Bogotá. Defensoría del Pueblo. Tercer Mundo Editores, 1995. p. 15.

3. EL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN ROGADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, A LA LUZ DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS SOBRE LA CONCEPCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

En este capítulo se hará alusión a las principales teorías desarrolladas en el siglo XX, sobre la forma de solucionar los llamados casos difíciles, para luego relacionar la forma como el Consejo de Estado ha enfocado su jurisprudencia en relación con el carácter rogativo de la jurisdicción administrativa, analizando los criterios de ponderación de principios y derechos expuestos al solucionar casos concretos.

3.1 LA TEORÍA DEL DERECHO DE HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART

El inglés Herbert Lionel Adolphus Hart, fue uno de los mayores exponentes de la teoría jurídica del siglo XX, aunque es crítico de teóricos positivistas como Austin y Kelsen, Hart se inscribe dentro de esta corriente de pensamiento jurídico, fundamentalmente por su concepción del derecho como reglas y por su interés por distinguir el ámbito de lo jurídico de la moral o la política. Realizó un análisis de la interpretación y aplicación del derecho, y especialmente la cuestión de la discrecionalidad de los jueces en los casos dudosos.

En 1961, en “El concepto de derecho”, se opuso a la teoría imperativista de Austin⁹⁹ que pretendía demostrar que la clave para comprender el derecho se

⁹⁹ “John Austin (3 de marzo de 1790, Suffolk - diciembre de 1859, Weybridge, Surrey) fue un jurista británico. Pertenecía al grupo de pensadores utilitaristas formado en torno a Jeremy Bentham y James Mill. Fue nombrado el primer profesor de jurisprudencia de la recién creada Universidad de Londres (University College) en 1828, renunciando a su cátedra en 1832 a causa de la escasez de alumnos. Austin, hasta entonces un abogado ejerciente poco conocido, con escasa formación académica, realizó un importante viaje de estudios a varias universidades de Alemania, para conocer las doctrinas jurídicas dominantes, como el historicismo y el conceptualismo. Una idea reviste especial importancia: la noción de "sistema", que toma de Savigny y la Escuela Histórica. La importancia de Austin radica en que incorpora, en el ámbito anglosajón, el método de los juristas europeos, al que da un nuevo enfoque de carácter analítico (analytical jurisprudence). En el contexto de la tradición nominalista y positivista, sus escritos son un intento por diferenciar las leyes de la moral, y por analizar aquéllas de forma autónoma, como objeto de estudio específico, especialmente su obra *The Province of Jurisprudence Determined* de 1832, única que publicó en vida. En 1861, dos años después de su muerte, se publicaron sus escritos recopilados bajo el título "Lectures on Jurisprudence". Ayudó a definir a la jurisprudencia como el análisis de conceptos legales fundamentales (el Derecho que es), opuesto a la crítica de las instituciones jurídicas, que llamó *ciencia de la legislación*, y que estudia el Derecho tal y como debería ser. Para Austin, todo Derecho se compone de mandatos emitidos por el soberano, dirigidos a la ordenación racional de la sociedad. Aunque cada orden jurídico es diferente, sus elementos básicos o estructura no varían significativamente: así que la ciencia jurídica puede estudiar, al lado de las peculiaridades de cada ordenamiento (jurisprudencia particular), la estructura permanente de todo Derecho posible, los conceptos fundamentales que encontramos en todas las legislaciones (jurisprudencia general). Esta segunda aproximación ha dado lugar, posteriormente, a lo que conocemos como Teoría General del Derecho” (FUNDACIÓN WIKIMEDIA. John Austin (jurista) [en línea]. s.l.: El autor, 2015. [citado el 16-06-15]. Disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/John_Austin_\(jurista\)](https://es.wikipedia.org/wiki/John_Austin_(jurista))).

hallaba en la noción simple de orden respaldada por amenazas, denominadas “mandato” (*command*). Dentro de su obra planteó tres problemas recurrentes en la naturaleza del derecho, a saber:

- i) ¿En qué se diferencia el derecho de las ordenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas?.
- ii) ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella?
- iii) ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?

Sostuvo que el concepto de obediencia o mandato debía comprenderse a partir de la noción de reglas, pues la existencia de estas es lo que constituye la estructura normativa de la sociedad, por cuanto el que una persona tenga una obligación jurídica quiere decir que existe una regla que la prevé. El enunciado de que un sistema jurídico consiste, por lo menos en general, en reglas, no podría haber sido puesto en duda ni considerado difícil de entender¹⁰⁰, el derecho no solo contiene reglas sino que está compuesto principalmente de ellas. Algunas reglas son obligatorias, dándose de un lado, como imposiciones de formas de conducta y, de otro, como regulación de procedimientos para las actividades que desean llevar a cabo. Dentro de las actuaciones sociales pueden existir conductas convergentes, es decir, actividades que pueden o no realizarse, que corresponden a simples hábitos que dependen de la liberalidad de las personas y la consagración de reglas jurídicas imperiosas, esto es, de estricto cumplimiento.

La diferencia entre unas y otras radica en que las conductas convergentes no tienen ningún tipo de reproche o castigo, mientras que la inobservancia de las reglas genera discrepancias y en tratándose de reglas jurídicas ocasiona la imposición de sanciones.

Concibió que el derecho estaba compuesto por reglas primarias y secundarias, las primeras las caracterizó como aquellas que se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer¹⁰¹, es decir, confieren derechos y obligaciones tales como las normas laborales que confieren derecho a unas determinadas prestaciones, las segundas, las definió como aquellas que establecen las formas de crear otras normas, dentro de estas estarían, por ejemplo, las normas relativas a la configuración de contratos [entendidos como norma para las partes] y las normas que reglamentan las ritualidades que debe observar el congreso de la república para la creación de leyes.

Partiendo inicialmente de una estructura social basada en la costumbre, le otorgó a las reglas que regían esa organización el nombre de reglas primarias de

¹⁰⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de derecho. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 10.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 117.

obligación (prácticas de aceptación), considerando que una sociedad solamente podía vivir con reglas primarias bajo tres condiciones a saber: *i)* Que las reglas restringieran de algún modo acciones de violencia, el robo y el engaño; *ii)* Que el grupo que rechaza las reglas sea minoritario, para que sean opacados por la presión social de la mayoría que si las acepta y *iii)* Que sea una comunidad pequeña unida por fuertes lazos (parentesco, creencias, sentido común) se encuentre ubicado en un ambiente estable. De lo contrario resultaría defectuoso y necesitaría algunas formas de complementación, en primer lugar, porque existiría *falta de certeza*, dado que las reglas primarias forman simplemente un conjunto de pautas conductuales, sin ningún tipo de procedimiento para resolver las dudas que puedan surgir para aplicar una regla en determinada situación (texto o funcionario revestido de autoridad). En segundo lugar, tendrían un *carácter estático* que no permitiría adaptar mediante cambios las reglas a los cambios sociales, pues quienes se benefician del cumplimiento de las obligaciones, estos no podrían exonerar a los obligados, ni transferir a terceros esos beneficios. En tercer lugar los castigos por violación a las reglas como presión social no son ejecutados por un órgano especial.

Respecto de cada uno de los tres defectos que presenta una estructura social concedida únicamente por reglas primarias, planteó la necesidad de complementarlas con reglas secundarias, considerándolas en su conjunto un verdadero sistema jurídico, a saber:

- Frente a la falta de certeza, introdujo lo que denominó “regla de reconocimiento”, que especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce¹⁰². Para lograr ese reconocimiento en un sistema simple, la regla debe tener una referencia escrita revestida de autoridad, como la forma propia para resolver las dudas acerca de la existencia de la regla, y en un sistema jurídico, esto es, organizado o más complejo debe acudir a la idea de validez.

Para comprender esa idea de validez, debe partirse de la base que en toda sociedad compleja contemporánea las reglas jurídicas están organizadas jerárquicamente, de tal forma que la validez de una regla depende de su conformidad con las reglas ubicadas en un nivel jerárquico más alto¹⁰³. De ahí que, se acude al origen de la cadena jurídica a la que pertenece una norma, donde la Constitución constituye el criterio supremo de validez, donde a su vez la validez de la Constitución está dado por una regla que establece que “lo que la Constitución dice es derecho”¹⁰⁴.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 117.

¹⁰³ RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial: El debate Hart - Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. p. 26.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 27.

- En cuanto al *carácter estático* incluyó unas “reglas de cambio” que permitirían que un individuo o grupo de personas tuvieran la facultad de introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forma parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores¹⁰⁵.

- Sobre la necesidad de que la facultad sancionatoria estuviera en cabeza de un órgano especial, implementó las “reglas de adjudicación” mediante las cuales se confieren potestades a ciertos individuos para juzgar, definiendo además el procedimiento para tal fin. Dichas reglas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un *status* especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Estas reglas, como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia¹⁰⁶.

Con base en lo expuesto, concluyó que con las soluciones dadas en conjunto a los defectos de una estructura social concebida únicamente con normas primarias, aquella se convierte en un verdadero sistema jurídico.

Explicaba el jurista Hart, sobre la versión predictiva de la regla que una de las objeciones a esa teoría es que si examinamos de cerca la actividad del juez o del funcionario que castiga las desviaciones de las reglas jurídicas (o la de aquellos particulares que censuran o critican las desviaciones de las reglas no jurídicas), vemos que en esta actividad las reglas desempeñan un papel que dicha versión predictiva deja sin explicación alguna. Porque el juez, al castigar, toma a la regla como guía y a la transgresión como la razón y justificación del castigo al transgresor. El aspecto predictivo de la regla (aunque totalmente real) es irrelevante a los fines del juez, mientras que el *status* de ella como guía y justificación es esencial¹⁰⁷. Por ello, el castigo o censura finalmente es provocado por la transgresión de la regla.

En el específico campo de los tribunales, la labor del juez no es tan simple o básica, pues en la mayoría de los casos las reglas aplicables a un caso concreto no suelen ser tan claras para emitir en todos los eventos un único resultado, por lo tanto, es necesario realizar una labor interpretativa de cada palabra expresada en la ley para proceder a emitir una decisión. A pesar de la aparente simplicidad de algunas disposiciones, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas¹⁰⁸.

Cuando un juez enuncia que una regla es válida es un enunciado interno (reconoce como válida alguna regla particular del sistema), que la regla satisface

¹⁰⁵ HART, Op. cit., p. 119.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 120.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 15.

los requisitos para identificar lo que será considerado como derecho en su tribunal, y no constituye una profecía de su decisión, sino una parte de la razón de la misma¹⁰⁹. La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es una *regla última* y cuando hay varios criterios de orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es supremo.

El criterio supremo de validez jurídica, permite que las reglas identificadas por referencia a él sean reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros criterios, como lo serían un orden de subordinación y primacía relativas, por encontrarse en un lugar relativo en una escala, mientras que la regla última no es reconocida si contradice las reglas identificadas por referencia al criterio supremo. De manera que, el carácter jurídicamente último de la regla de reconocimiento lleva consigo ciertas presuposiciones, mientras que la validez o status de una regla miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento, no puede presentarse esa misma situación sobre la propia regla de reconocimiento; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera¹¹⁰. Por lo tanto, dentro de un sistema jurídico la regla de reconocimiento es la única regla cuya fuerza obligatoria depende de la aceptación que tiene en la ciudadanía.

Formuló dos puntos de vista desde los cuales puede ser considerada la regla de reconocimiento última: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes le usan para identificar el derecho¹¹¹. Advirtió que el interés personal de obediencia de las reglas que conlleva a cualquier ciudadano a cumplirlas, no caracteriza, ni podría hacerlo, la actitud de los jueces frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales, por cuanto la regla de reconocimiento última que determina la validez de las otras reglas debe ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez obedece por su cuenta¹¹².

A su vez, planteó dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial¹¹³.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 131.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 135.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 139.

¹¹² *Ibid.*, p. 144.

¹¹³ *Ibid.*, p. 145.

Para el objeto de nuestra investigación, es importante destacar la forma como concibió el análisis de los casos puestos en conocimiento de los jueces, donde refirió que aquellos podían ser de fácil o de dudosa interpretación, entendiendo a los primeros como aquellos donde los intérpretes están de acuerdo en la aplicación o no de alguna expresión contenida en la norma, mientras que los segundos debían ser resueltos utilizando la técnica de la analogía como criterio aproximativo de los casos fáciles, pues debido a la vaguedad como característica inherente del lenguaje jurídico, podía existir más de una interpretación razonable, momento en el cual aparece la discrecionalidad del juez para escoger la interpretación que considere más apropiada. Por lo tanto, cuando la regla aplicable es imprecisa, debe el juez escoger prudentemente la opción que estime adecuada. Bajo estas circunstancias excepcionales el juez no está poniendo en práctica el Derecho, por cuanto las reglas no le dan una sola dirección, sino que el juez está creándolo para dar solución al caso concreto.

En otras palabras, independientemente de la técnica de precedente o legislación¹¹⁴ que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, debido a la textura abierta - indeterminada del lenguaje - , en los casos difíciles no es posible subsumir hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística. Por ello, propuso utilizar la técnica de la analogía, para definir si el caso se asemeja en “grado suficiente” a un caso típico en aspectos “relevantes”, situación que le confiere al juez cierto grado de discrecionalidad para tomar la decisión. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente definidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas¹¹⁵.

Como quiera que no convivimos en un mundo capaz de predeterminedar las diferentes posibilidades fácticas que pueden surgir, para previamente establecer una regla aplicable al caso, que conllevaría a la existencia de una teoría jurídica “mecánica”, es necesario resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria.

Para que el Tribunal pueda llevar a cabo un razonable equilibrio al valorar las pretensiones de un caso, realiza una adecuación de un *standard* variable, es decir, una revisión del debido cuidado que se debió tener, para asegurar: 1). Que se tomaron precauciones que evitarían un daño sustancial y 2). Que esas

¹¹⁴ “Buena parte de la teoría jurídica de este siglo ha consistido en hacerse progresivamente cargo (y a veces en exagerar) el hecho importante de que la distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación), es mucho menos firme de lo que sugiere este contraste ingenuo. Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas” (HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de derecho. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 159).

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 159.

precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables¹¹⁶.

Para Hart en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas a pesar de que aquellos niegan cumplir tal función insistiendo en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente, es respectivamente, buscar la “intención del legislador” y el derecho que ya existe¹¹⁷. Sin embargo, siempre serán las reglas que integran el sistema las que fijan las pautas que conllevan a tomar decisiones judiciales correctas.

Rechazó la teoría de que las reglas son predicciones de las decisiones de los tribunales, pues aquellas deben ser entendidas como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir, su discreción¹¹⁸.

Concibió la idea de la justicia partiendo de la base que los individuos tienen derecho entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad, situación que debe ser respetada cuando hay que distribuir cargas o beneficios y también es algo que debe ser restablecido cuando ha sido alterado¹¹⁹. Por lo tanto, para lograr tratar los casos semejantes de la misma forma y los casos diferentes de diferente manera, debe establecerse qué clase de semejanzas y diferencias son relevantes para enmarcar un caso en cada una de esas categorías.

3.2 LA TEORÍA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN

Propuso el derecho desde una perspectiva más allá de las normas que rigen el positivismo jurídico, pues junto con las normas existen las directrices y los principios que no pueden ser medidas por lo que él llamaba un *test de su origen* para identificar su aplicación, toda vez que aquellos dependen de su contenido y fuerza argumentativa.

El principal desarrollo de la teoría de los principios de Ronald Dworkin se encuentra en dos ensayos contenidos en su libro *Los derechos en serio*, titulados *EL MODELO DE LAS NORMAS I y II*, su propósito fundamental en estos textos es refutar el modelo del derecho planteado por el teórico analítico inglés Herbert Hart, quien concebía el derecho como algo esencialmente compuesto por normas o reglas.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p 165.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p 169.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p 183.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p 198.

Fundamentado en algunas decisiones judiciales de los Estados Unidos, Ronald Dworkin se propone demostrar que en el razonamiento jurídico intervienen otros estándares además de los normativos, por esa vía conecta el derecho con la moralidad al sostener que en las decisiones judiciales y en todo pensar jurídico juegan un papel influyente los principios. Dworkin los define de la siguiente forma:

“Llamo *principio* a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, y definió la “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”¹²⁰.

Un principio se diferencia de múltiples formas de una norma, en primer lugar por su origen, las normas derivan de unas fuentes explícitamente definidas, de otras normas que les confieren validez [Dworkin en ningún momento refuta la teoría de las normas primarias y secundarias] en tanto que los principios provienen de algo tan difuso como la “moralidad”.

Así mismo, las normas operan a manera de disyuntivas, es decir, que si dos de éstas se enfrentan necesariamente alguna ha de ser inválida y por ende debe ser excluida del ordenamiento jurídico.

“La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

[...]

Pero no es así como operan los principios. Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”¹²¹.

Generalmente dentro del sistema jurídico con la inclusión de otras normas, se resuelven los conflictos entre normas, pues aquella fija parámetros como la autoridad superior, o la posterior o la más especial.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 6 reimpresión. Barcelona: Ariel, 2007. p. 72.

¹²¹ *Ibid.*, p. 74-75.

Por su parte, los principios poseen la dimensión del *peso* o importancia, de modo que si en un caso concreto se ven enfrentados dos principios alguno de ellos prevalecerá pero el otro seguirá vigente a la espera de tener un peso prevalente. Puede inferirse con facilidad que la *validez*, característica de las normas jurídicas auténticas, no es un rasgo constitutivo de los principios. A este respecto Dworkin señala:

“Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso o importancia. Cuando los principios se interfieren [...] quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia.

[...]

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son *funcionalmente* importantes”¹²².

Esta teoría de los principios sirve a Dworkin para negar la teoría positivista de la discrecionalidad, según la cual, cuando el derecho no era claro en la solución de casos específicos los jueces deciden discrecionalmente. La única discrecionalidad que está dispuesto a aceptar es aquella que implica que los jueces han de ejercer su discernimiento para configurar una decisión judicial, es decir, que la discrecionalidad no significa de ningún modo arbitrariedad.

De manera que, aunque no hayan reglas aplicables a un asunto específico, siempre existirán principios que lo sean, los cuales deben ser encontrados por el juez “Hércules”, de forma tal, que justifiquen moralmente la decisión del caso, pues no comparte la separación conceptual entre el derecho (ser) y la moral (deber ser) que fue propuesta por los positivistas. En las interpretaciones respaldadas por un juez, desde el fuero interno, para defender una postura son relevantes la justificación moral y la existencia de normas que justifiquen la decisión.

Las reglas se desenvuelven en un esquema de todo o nada, en la medida en que si una interfiere en el campo de aplicación de la otra, pueden suceder dos eventos: que la remplace o que constituya una excepción. Mientras que en los principios no opera esa lógica, ya que cuando estos colisionan no se crea un patrón de prelación sobre el otro, simplemente significa una inaplicación en un caso específico, más no que desaparezca del sistema jurídico o que sea una excepción frente al principio contrapuesto.

¹²² *Ibid.*, p. 77.

Por lo tanto, la médula de la división de las normas jurídicas propuesta por Dworkin la constituye el hecho de que las reglas son conclusivas y los principios no, dado que los primeros carecen de la dimensión de pesar o ponderar que caracteriza a los segundos.

3.3 LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN DE ROBERT ALEXY

Ante la proliferación del constitucionalismo, y con el fin de armonizar cada manifestación del Estado en contornos como la legislación y la jurisprudencia surgió en el ámbito del derecho el principio de proporcionalidad y la teoría de la ponderación.

3.3.1 El principio de proporcionalidad. Con la expedición de textos constitucionales después de la segunda guerra mundial, se catalogaron una serie de derechos como de estirpe fundamental, situación que conllevó a que fuera necesaria su implementación mediante una adecuada técnica de interpretación.

De origen alemán, el análisis de proporcionalidad es una construcción doctrinal que surgió y luego se extendió a Europa central y oriental, a finales de los años 90, prácticamente todos los sistemas de justicia constitucional vigentes en el mundo, con la excepción parcial de los Estados Unidos habían aceptado los principios básicos del análisis de proporcionalidad¹²³. Se difundió como un principio general del derecho no escrito, por medio del reconocimiento de decisiones judiciales, constituye un procedimiento de toma de decisiones y una estructura analítica que los jueces emplean para resolver las tensiones entre dos “valores” o “intereses” constitucionales invocados.

Fue así como ante la aceptación de que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado, se plantean cuestionamientos frente a la forma y los requisitos que justifican esa limitación. De ahí que, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de la mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible¹²⁴.

Con la implementación de la pirámide kelseniana, para nuestro tema de investigación los derechos fundamentales, componen los derechos llamados a proteger cuando el actuar de la administración trasgrede alguno de ellos. Sin embargo, la situación se vuelve más compleja cuando los derechos enfrentados ostentan la misma categoría, ante esta posibilidad se ha establecido teorías como la ponderación de derechos.

¹²³ STONE SWEET, Alec y MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 12.

¹²⁴ CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 10.

3.3.2 Teoría de la ponderación. La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto¹²⁵.

El principal exponente de ésta teoría es el filósofo Alemán Robert Alexy, quien propuso que instituir la diferencia entre los principios y las normas constituye la base de la teoría de los derechos fundamentales. Para lograr ese objetivo, agrupó a los principios y las reglas bajo el concepto de norma porque establecen lo que es debido.

Partiendo del criterio de la generalidad por ser el más utilizado, se otorga al principio un rango superior y a la regla uno inferior, planteó una diferencia entre estos dos conceptos, indicando que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, es decir, son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. Por su parte, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no, si es válida debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos, por ello contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible¹²⁶.

Lo anterior, significa en palabras de Alexy que la diferencia entre las reglas y los principios es cualitativa y no de grado. Una vez identificada la divergencia en esos dos conceptos, se esboza las posibilidades que surgen cuando entran en conflicto esos dos tipos de normas.

Si el conflicto es entre las reglas, la solución está en la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida, es decir, corresponde expulsarla del ordenamiento jurídico, pues el concepto de validez jurídica no es graduable. Pero si el conflicto es entre principios, no puede declararse la invalidez de alguno de ellos o introducir una cláusula de excepción, en esos casos uno de los principios tiene que ceder o preceder al otro, pues la observancia de uno limita jurídicamente la posibilidad de cumplimiento del otro.

Pero como se logra establecer ¿cuál de los principios tiene que ceder?, para dar respuesta a este interrogante Alexy diseñó un esquema denominado la *dimensión del peso*, indicando que prima el principio con mayor peso dependiendo de la

¹²⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 12.

¹²⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010. p. 67-68.

situación fáctica del caso concreto. Para ello, se debe evaluar de un lado, la obligación o deber ser de uno de los principios (que generalmente constituye una actuación estatal), y de otra, que la afectación de los derechos de la contraparte se presente en la menor medida posible.

La relación de precedencia condicionada de un principio frente a otro se determina dependiendo de las condiciones del caso, en otras palabras, las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente; se trata de la ley de la colisión que refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables¹²⁷.

Ahora bien, al momento de denominar las normas de derecho fundamental, se incluyó a las que se encuentran directamente estatuidas como a las normas adscritas, entendiéndose esta última como aquella en la que es posible aducir una fundamentación iusfundamental correcta. Dentro de las normas de derecho fundamental se encuentran algunas que tienen la connotación de reglas y otras de principios.

Téngase en cuenta que la teoría de la proporcionalidad va íntimamente ligada a la teoría de los principios, pues la primera es el método que fija las pautas para inclinar la balanza a favor de un principio por oposición de otro en un caso jurídico específico. El principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios que permiten realizar la ponderación, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹²⁸.

Esos mismos subprincipios, constituyen las reglas del principio de proporcionalidad¹²⁹ que Bernal Pulido explica como los límites que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Esas reglas son los subprincipios de:

3.3.2.1 Idoneidad o adecuación. Este subprincipio tiene dos elementos, a saber:

* La finalidad legítima: Que cada medida de afectación o intervención que el

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 76.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 91-92.

¹²⁹ Es un concepto jurídico que aparece con frecuencia en las decisiones de los tribunales constitucionales europeos y también en las de nuestra corte constitucional, contribuyendo de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales (BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad en el estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 66).

poder público haga de la libertad tenga una finalidad, esto es, que no puede ser arbitraria y que la finalidad sea legítima, es decir, no puede ser constitucionalmente prohibida.

- * La adecuación fáctica: Que el medio seleccionado por la autoridad para restringir la libertad sea fáctica o empíricamente adecuada para ese fin, en otras palabras que sirva para el fin que se propone o que por lo menos contribuya a alcanzar el fin que se proponga.

3.3.2.2 Necesidad. Debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido. Entre todas las medidas que pueden contribuir para alcanzar el fin que la autoridad política se propone, la escogida es la que restringe los derechos fundamentales de la forma más benigna posible.

3.3.2.3 Proporcionalidad en sentido estricto. La importancia del objetivo perseguido debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. De manera que, las ventajas obtenidas con la intervención del derecho fundamental compensen los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

La ponderación constituye solamente una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sino “una relación de precedencia condicionada” entre los principios a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial¹³⁰.

Nótese como la interpretación del derecho a través de los principios constituye una forma encaminada a la aplicación de la justicia material ofreciendo soluciones eficaces dependiendo de los hechos de cada caso concreto.

Sin embargo, para la realidad del derecho lo más importante no es definir cuáles normas pertenecen a una u otra categoría (principios o reglas), sino saber cuáles son los criterios para su interpretación y aplicación, dependiendo de las particularidades del caso, cuando las situaciones conducen a juicios concretos de deber ser jurídico recíprocamente opuestos, opera entre los principios *una relación de precedencia condicionada*, esto es, las condiciones en que un principio se antepone al otro.

Como resultado de ese estudio de precedencia, Alexy diseñó una estructura de la ponderación en tres elementos a saber: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación, elementos que Bernal Pulido¹³¹, expone de la siguiente manera:

¹³⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 29-30.

¹³¹ *Ibid.*, p. 31-36.

- **La ley de la ponderación.** Este aspecto indica que cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Para tal fin se tienen las siguientes etapas: *i)* definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios, *ii)* definir la importancia de la satisfacción del principio opuesto, y *iii)* precisar si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación del otro.

Las dos primeras premisas son análogas y determinan la primera variable a tener en cuenta, esto es, *el grado de afectación de los principios* en cada caso particular, grado que según Alexy puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica o de tres intensidades, a saber: leve, medio o intenso.

Mientras que para adelantar la tercera etapa es necesario identificar la segunda variable asignando un *peso abstracto* a cada principio para fijar el de mayor relevancia, a pesar de encontrarse dentro de la misma jerarquización, dependiendo de los valores que rijan la sociedad. Y, por último la tercera variable es “S”, que es la certeza de las apreciaciones empíricas concernientes a la insatisfacción de un principio respecto de la satisfacción de otro. Para obtener un resultado concreto en la ponderación atendiendo a la implementación de las anteriores etapas, es necesario acudir a la fórmula del peso.

- La fórmula del peso. Corresponde a la importancia del principio, su medida abstracta y la seguridad jurídica de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia, siendo enfrentadas bajo los mismos criterios con otro principio, estableciendo una relación de precedencia condicionada. Para facilitar su practicidad es posible atribuir un valor numérico de forma representativa a las variables de su importancia y del peso abstracto con una escala tríadica así: leve, medio y grave. Y para la seguridad de las apreciaciones empíricas una expresión cuantitativa como: cierto, plausible y no evidentemente falso. De manera que, usando estos valores es posible determinar el “peso concreto” de los principios contrapuestos.

- **La carga de la argumentación.** Este elemento se hace necesario cuando al realizar la fórmula del peso los principios contrapuestos dan como resultado un empate. Para definir esta situación se debe favorecer derechos como la libertad y la igualdad jurídica, sin perder de vista la constitucionalidad de las leyes bajo el criterio de que son adoptadas por las autoridades democráticamente legitimadas. En palabras de Moreso¹³² el grado de afectación de un derecho determinado es de tres rangos: leve, medio y grave, donde las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves, en caso de empate, según entiende en la propuesta de Alexy, el legislador goza de discreción para afectar

¹³² MORESO, José Juan. El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 84.

uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas. Por su parte, Stone y Matthews señalan dos aportes importantes dados por Alexy, de un lado, que el propósito de la ponderación deber ser el de resolver presuntos conflictos entre principios y ayudar a todos los órganos del Estado en su tarea de optimizar apropiadamente los derechos y otros principios contrapuestos y, de otro, la construcción de la ponderación como una especie de regla metaconstitucional¹³³.

3.4 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Con la creación de la Corte Constitucional en la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia colombiana inicia una nueva etapa de evolución hacia lo que se consideraría en sus inicios como la Corte de Oro, por el enfoque más racional, actual y garante de los principios que orientaron el marco de los derechos fundamentales.

Como bien lo señala López Medina, la Corte construye un sistema de precedentes basado en principios y derechos y derechos constitucionales tales como el derecho a la igualdad, la seguridad jurídica, el principio de buena fe y confianza legítima y, finalmente, en la autoridad entregada a las Altas Cortes como unificadoras de la jurisprudencia nacional¹³⁴.

Para llevar a cabo el estudio empírico del avance suscitado en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el principio de la jurisdicción rogada se analizarán los pronunciamientos desde al año 2005 hasta el 2015, incluyendo las decisiones emitidas con posterioridad al mes de julio de 2012, cuando entró en vigencia el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Antes de comenzar la exposición de las posturas del Consejo de Estado en el periodo previamente referido, es importante precisar que en los años anteriores se mantuvo, una jurisprudencia reiterada, enfatizada en el carácter rogado de la jurisdicción donde era imperativo examinar las súplicas de la demanda con fundamento exclusivo en las disposiciones invocadas en la demanda. De manera que, si ninguna de las normas señaladas en el libelo demandatorio consagraban los derechos, que en sentir del actor le conferían el derecho pedido, no era viable atender favorablemente las súplicas de la demanda.

Bajo ese contexto, consideraba el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que esa jurisdicción era rogada y no oficiosa, y por lo tanto no podía el juzgador pronunciarse sobre cuestiones que concretamente no le habían sido

¹³³ STONE SWEET y MATTHEWS, Op. Cit., p. 50.

¹³⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2006. p. 29.

sometidas a su consideración en la demanda, como sería el pronunciamiento sobre la violación de normas legales distintas a las relatadas en el libelo. En el específico caso de las acciones en que se impugnaban actos administrativos con miras a deprecar la nulidad de éstos, se imponía como carga procesal que se indicarán de manera precisa las disposiciones que se estimaban infringidas y se explicará el concepto de violación; pues el acto administrativo es creado de manera unilateral por la administración, con el fin de imponer situaciones jurídicas cuya eficacia se apoyaba en la presunción juris tantum de que están conformes con el ordenamiento jurídico. Correspondiendo al actor desvirtuar esta presunción por medio de una explicación lógico - jurídica¹³⁵.

Esa presunción era la que constituía el principio de la rogación, por lo tanto, al juez administrativo no le era dado en el contencioso de anulación regirse por el principio de la iura novit curia. Sin embargo, se reconocía, la prevalencia del derecho sustancial para resolver de mérito.

En ese escenario la jurisprudencia administrativa pregonaba por un favorecimiento de los actos administrativos al tenor de la presunción de juridicidad (legalidad y veracidad) que les permitía producir los efectos que les son propios con el solo requisito de haber adquirido firmeza, despojarlos de ella requería una expresa petición de nulidad apoyada por elementos fácticos y argumentos jurídicos que la demostraran¹³⁶.

Una vez aclarada la postura dominante al interior de la jurisprudencia administrativa¹³⁷, sobre el principio de la jurisdicción rogada, se realizará el análisis de la jurisprudencia bajo el modelo de línea planteado por el profesor López Medina, para ello se presentará como problema jurídico de la línea ¿En qué casos específicos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado aplicación a la exequibilidad condicionada establecida por la Corte Constitucional del numeral 4 del artículo 147 del CCA, actualmente numeral 4 del artículo 162 del CPACA, esto es, dando prelación a derechos fundamentales sobre el principio de jurisdicción rogada?

3.4.1 Nicho citacional. A continuación se presentan las providencias analizadas que fundamentan las diferentes posiciones del Consejo de Estado, desde el año 2005 hasta el 2015, sobre la forma como han abordado el tema de la jurisdicción rogada frente a derechos fundamentales. Para mayor organización se indicará la subsección, el número de radicado donde se especifican las providencias

¹³⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de mayo 28 de 1992. Proceso 1992-N3016. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹³⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de julio 03 de 1992. Proceso 1992-N5711. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹³⁷ Ver entre otras las siguientes sentencias: Sentencia de marzo 15 de 1999, Radicación número: S-780, C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Sentencia del 17 de julio de 2003. Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01), C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

analizadas que fundamentan cada una de las posiciones jurisprudenciales antes explicadas en torno al problema jurídico planteado, relacionado con el principio de justicia rogada en el proceso contencioso administrativo.

Cuadro 1. Pronunciamientos sobre la aplicación del principio de justicia rogada en las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO										
2008										
00-02046 (Jesús María Lemos Bustamante)										

SECCIÓN PRIMERA										
2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
					03-00287		05-00110			

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A										
2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
	01-01961		02-00963 01-00869 00-01274		06-06441 00-07769	05-01756	95-10178	03-00650	11-00130 11-00359 06-01595 12-01532	

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B										
2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
	01-00834		00-01274	01-01938 02-01586 00-02298	00-02353					

SECCIÓN TERCERA										
2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
03-00047	96-04901					95-00916 99-00655	99-00274	99-00278 90-06951 95-00998 95-05276	08-00777 93-07386	

SECCIÓN CUARTA										
2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
			04-00484 01-03541		99-90004			10-00110 06-03296 13-00008 09-00175		

SECCIÓN QUINTA										
2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
03-00054					07-00239					

Fuente: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Homepage [en línea]. Bogotá: El autor, s.f. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>

3.4.1.1 Sentencia arquimédica. Como sentencia arquimédica, entendida como tal “... una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias.”¹³⁸, se tomó la más reciente encontrada sobre el tema, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 01 de septiembre de 2014. Radicación número: 25000 23 25 000 2012 01532 01 (2998-2013), actor: Oswaldo Winston Vega Malagón vs Instituto del Seguro Social. En ese caso en la demanda se solicitó la aplicación de unas normas que no eran las que regían la situación pensional de la actora, lo que en principio entraría en contradicción con el principio de justicia rogada y que no dejaría otro camino diferente a desestimar las pretensiones de la demanda. No obstante, ante la especial protección a la tercera edad a quienes imponerle la carga de volver a presentar la demanda para acceder a la reliquidación pensional, constituiría un desacierto que no se ajusta a los principios que rigen el Estado Social de Derecho, se entró a resolver el fondo del asunto.

El cuadro precedente muestra un rastreo de las sentencias que hicieron alusión al carácter rogado de la jurisdicción, algunas de ellas dando una aplicación rígida de ese principio, otras ponderando los distintos principios y derechos que entraron en colisión con aquel al momento de evaluar la protección de los postulados constitucionales. Por ello, la línea fundada en la exequibilidad condicionada de la norma que impone la exigencia de la exposición de las normas violadas, arroja la siguiente situación:

¿Ha evolucionado la interpretación rígida del principio de la jurisdicción rogada, en la jurisprudencia del Consejo de Estado?

Cuadro 2. Evolución del principio de la jurisdicción rogada, 2005-2015.

La jurisdicción administrativa es rogada y a el juez solo le compete pronunciarse sobre los puntos claramente establecidos en la demanda	-	-	Bajo los postulados constitucionales debe hacerse una interpretación sistemática de la demanda cuando se afecten derechos fundamentales
	04-00484 C.P. López (4º-08)	01- 01961 C.P. Moreno (2º- 06)	
	-	-	
	01-03541 C.P. Palacio (4º-08)	02-00963 C.P. Gómez A. (2º -08)	
	-	-	
	00-02298 C.P. Ramirez (2º-09)	01-00869 C.P. Lemos (2º-08)	
	-	-	
	03-00287 C.P. Ostau (1º-10)	00-01586 C.P. Arenas (2º-09)	
	-	-	
	06-06441 C.P. Alvarado (2º-10)	00-07769 C.P. Vergara (2º-10)	
-	-		
00-02353 C.P. Ramírez (2º-10)	00-02501 C.P. Ramírez (2º-10)		

¹³⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p. 132.

-	07-00239 C.P. Jimenez (5º-10)	-	95-10178 C.P. Vargas (2º-12)
-	95-00916 C.P. Conto (3º-11)	-	03-00650 C.P. Vergara (2º-13)
-	08-00777 C.P. Briceño (4º-14)	-	90-06951 C.P. Conto (3º-13)
-	06-01595 C.P. Gómez (2º-14)		

Fuente: Autora.

Con la sentencia 2001-01961¹³⁹ proferida en el año 2006, la sección segunda del Consejo de Estado comenzó una interpretación más armónica de los postulados constitucionales en un caso donde se omitió mencionar como parte demandada a la Nación, toda vez que simplemente se hizo alusión como parte pasiva al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, situación que conllevó a esa entidad a proponer la falta de legitimación en la causa indicando “Resulta errada la posición del Tribunal, al considerar que por haber contestado la demanda la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, aceptó la condición de parte en el proceso, pues precisamente en la contestación se excepcionó porque se demandó a una dependencia y no a la persona jurídica. Es claro entonces, que el hecho de haber concurrido al proceso la persona jurídica de derecho público que debió ser demandada no subsanó el yerro del demandante”.

Sobre ese aspecto el Consejo dijo que sin negar la naturaleza rogada de la jurisdicción Contencioso Administrativa y el deber de quien ante ella acuda de presentar su reclamación en la forma indicada por las normas aplicables, no es viable en un Estado Constitucional de Derecho convertir las formalidades propias de la acción en barreras para acceder al derecho a la administración de justicia. De manera que, existían eventualidades en las que, sin llegar a efectuar correcciones de la demanda y por ende modificar su contenido, el juez, como director del proceso, podría interpretar razonablemente la demanda y así evitar un fallo inhibitorio. Sumado a lo anterior, fue enfático en señalar que si bien era cierto en el escrito de demanda no se incluyó a la Nación, en el auto de admisión el *a quo* sí la ordenó notificar por intermedio de sus representantes, situación que permitió que dentro del término legal, la representante de la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional ejerciera su derecho de defensa.

Luego, la misma sección segunda en el proceso 2002- 00963¹⁴⁰ abordó un litigio referente al pago de una pensión post-mortem con fundamento en el artículo 46 de

¹³⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de septiembre 28 de 2006. Proceso 2001-01961-01. C. P. Jaime Moreno García.

¹⁴⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Sentencia de junio 05 de 2008. Proceso 2002-00963-01. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

la Ley 100 de 1993, denegada ante la imposibilidad de emplear el régimen invocado, sumado al hecho de que el causahabiente solamente había cotizado por un periodo de 17 años y 10 meses al servicio de la docencia oficial. El demandante requirió hacer efectiva dicha pensión contemplada en el Decreto 224 de 1972*, conforme a los diferentes criterios jurisprudenciales que habían revisado situaciones similares, permitiendo la aplicación analógica del artículo 46** de la Ley 100 de 1993. En ese contexto fáctico, se adujo que en virtud del *principio de la jurisdicción rogada* que se impone para el ejercicio de las acciones impugnatorias conforme al artículo 137 numeral 4º del Código Contencioso Administrativo, ello no impedía que el operador judicial se relevará de dar aplicación a las disposiciones carentes de vigencia dentro del ordenamiento jurídico, aun cuando su derogatoria no hubiese sido alegada por la parte interesada.

En esa oportunidad el ad quem, refirió principios como el de legalidad y el principio de universalidad, en virtud del cual dicho sistema se concibe como una garantía de protección para todas las personas, sin discriminación alguna, en todas las etapas de la vida, favorabilidad e igualdad, equidad, inescindibilidad de la ley. A su vez, dio prelación al principio de favorabilidad en el reconocimiento de derechos laborales sobre el principio de jurisdicción rogada, pero sin desvirtuar el principio de inescindibilidad de la norma. Por ello, precisó que la aplicación del artículo 7º del Decreto 224 de 1972 conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales están encaminadas a mitigar los efectos de la viudez.

Por último resaltó que en casos similares al que se juzgaba, a la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convirtiera en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad.

En un asunto sobre el pago de cesantías, dentro del expediente 2001- 00869¹⁴¹, se dijo que sin negar la naturaleza rogada de la jurisdicción Contencioso Administrativa y el deber de quien ante ella acuda de presentar su reclamación en la forma indicada por las normas aplicables, no es viable en un Estado Constitucional de Derecho convertir las formalidades propias de la acción en

* Esa norma consagraba el derecho a la pensión de sobrevivientes pero solo para los profesores que hubiesen laborado en planteles oficiales durante 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el conyugue y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento.

** La Ley 100 de 1993, resultaba ser más beneficiosa al requerir tan solo 26 semanas de cotización.

¹⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de agosto 06 de 2008. Proceso 2001-00869-01. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

barreras para acceder al derecho a la administración de justicia. Que existen eventualidades en las que, sin llegar a efectuar correcciones de la demanda y por ende modificar su contenido, el juez, como director del proceso, puede interpretar razonablemente la demanda y así evitar un fallo inhibitorio.

En un primer momento, para abordar el litigio le dio prioridad al derecho de acceso a la justicia de la actora, por cuanto ésta omitió enunciar en debida forma a la entidad demandada, no obstante, como la entidad ejerció oportunamente su derecho de defensa se realizó el estudio del fondo del asunto. De manera que, cedió el principio de la jurisdicción rogada frente al acceso a la administración de justicia, pero al momento de definir el régimen legal que regulaba la situación laboral de la actora primó el principio de inescindibilidad de la norma, habida cuenta que era imposible salvaguardar derechos consagrados en normas diferentes lo que conllevó a denegar las súplicas de la demanda.

Bajo esta misma orientación en el proceso 2002-01586 donde el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca se inhibió de fallar un asunto debido a la falta del concepto de violación, la segunda instancia a pesar de la existencia de la jurisdicción rogada consideró que cuando en la demanda a pesar de no cumplirse con este rigorismo se le dan al juez suficientes elementos normativos y fácticos de cuyo estudio integral se puede inferir el marco de la censura, resulta obligatorio el estudio de fondo.

Concretamente dijo:

“... el marco demandatorio en este asunto, permitía al juez luego del análisis integral del mismo, estudiar de fondo la controversia, máxime cuando el demandante señaló las normas que consideraba aplicables a sus derechos laborales, en especial al folio 18 cuando señala que además de las normas constitucionales los actos acusados desconocieron el contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, 344 de 1996 y la Ley 244 de 1995, está última que desarrolló en un capítulo que denominó *análisis normativo*”¹⁴².

Nótese en este caso, dos aspectos importantes, de un lado, que no existió una ausencia total del marco normativo, por cuanto el demandante sí hizo alusión a las normas que, en su sentir, le amparaban los derechos reclamados, solamente que fueron enunciadas de una forma diferente y, de otro, el asunto debatido giraba en torno al pago de derechos laborales que ya habían sido reconocidos y no pagados debido a la errónea liquidación de los mismos, lo que conllevó indiscutiblemente a dar prelación al principio del derecho sustancial sobre las formalidades.

¹⁴² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de mayo 21 de 2009. Proceso 2002-01586-01. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

En el proceso 2000-02353, sobre una insubsistencia por calificación de servicios de un empleado de carrera, donde simplemente se acusó de ilegalidad el acto de trámite del formato de calificación y no los que suspendieron y revocaron el periodo de prueba; la primera instancia declaró la ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto éstos últimos actos eran los verdaderos actos administrativos que frustraban las aspiraciones del demandante y los que han debido ser recurridos oportunamente, por lo que la demanda adolecía no sólo de proposición jurídica completa sino que además no tenía congruencia entre los fundamentos de derecho y el petitum.

Resaltó que dicha omisión impedía a la Sala hacer un pronunciamiento de fondo, ya que si le corresponde al fallador interpretar la demanda para identificar el derecho pretendido como se argumenta en el recurso de apelación, tal deber no puede llevar al Juez a estimar como demandados unos actos administrativos que no lo fueron, pues estaría modificando el petitum de la demanda. Concretamente dijo “Como lo ha reiterado esta Corporación, la Jurisdicción Administrativa es rogada, y por ello el Juez Administrativo sólo puede decidir sobre los actos que fueron objeto de demanda”¹⁴³.

Este caso difiere un poco de los otros en la medida en que no se trata solamente de las exposiciones normativas del concepto de violación de los actos acusados, sino de la modificación de las pretensiones del libelo demandatorio para incluir el juez, a motu proprio, actos que no fueron definidos por el accionante. Sin embargo, se consideró pertinente mencionarlo en la medida en que valdría la pena cuestionarse si en el hipotético caso de que con el material probatorio allegado al proceso se demostrará una desvinculación injustificada que conllevará a la vulneración del debido proceso y de otros derechos de índole fundamental ¿podría el juez emitir una decisión de fondo?.

Una de las sentencias más claras sobre la aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional C-197 de 1999, es la proferida dentro del proceso 2000-07769, sobre el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a un miembro de la fuerza pública como consecuencia de una acción directa del enemigo en el Departamento del Guaviare. Evaluó que en virtud de la Jurisdicción rogada, con el porcentaje establecido por la Junta Médica Laboral, no era posible reconocerle al actor la pensión de jubilación por incapacidad relativa de que trata el artículo 117 del Decreto 1213 de 1990, como tampoco una indemnización debido a que ésta pretensión no fue solicitada en la demanda. Refirió la consagración de derechos como la seguridad social, la vida en condiciones dignas y la salud, de manera que, como en materia laboral esos derechos constituyen la consagración del principio de favorabilidad, permitió en esa óptica la aplicación de la Ley 100 de 1993, que disponía de menores requisitos para hacer viable el reconocimiento de una

¹⁴³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de febrero 18 de 2010. Proceso 2000-02353-01. C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

indemnización, se hará la citación in extenso debido a su importancia para el tema de investigación:

“Aunque la indemnización no fue solicitada en sede judicial, pues el actor pidió la pensión de invalidez y no la indemnización, resulta forzoso aplicar en este caso la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, que declaró exequible el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, que enseña que cuando el fallador advierte que la administración ha violentado un derecho fundamental debe entrar a reconocerlo, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 228 de la Carta, así no hubiese hecho parte de las normas violadas ni del concepto de la violación esgrimido en la demanda. El juez en estas circunstancias no puede ser un convidado de piedra, como tampoco un simple espectador de los dramas humanos ocasionados por la violencia que por años ha azotado a nuestra nación.

Por todo lo anterior, no se aplicará **en este caso** el principio de la justicia rogada que ha caracterizado por años a esta jurisdicción, sino que por el contrario es deber del juez decidir por fuera de lo pedido, con el fin de garantizarle al demandante sus derechos sustanciales, los cuales deben prevalecer cuando los hechos expuestos en el libelo así lo determinen, de acuerdo con el viejo aforismo latino “Da mihi Factum, dabo tibi ius” (Dame los hechos y yo te daré el derecho).

Protección que debe brindar a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y demás derechos y libertades, más aún si al momento de impartir justicia evidencia la vulneración de un derecho fundamental de aplicación inmediata”¹⁴⁴.

Pese a la garantía otorgada en este caso, es importante recalcar que ello obedeció no solamente al acatamiento de la sentencia de la Corte Constitucional, sino también al importante hecho de que la indemnización si había sido solicitada en el momento de agotar la vía gubernativa, situación que le había permitido a la entidad accionada referirse a la misma en los actos administrativos acusados, pese a que no fue expresamente pedida en las pretensiones del libelo demandatorio.

Igual situación aconteció en el proceso 1995-10178, en un caso de declaración de insubsistencia donde el Tribunal Administrativo del Atlántico denegó las súplicas de la demanda con fundamento en que si bien en la demanda se invocaban como vulneradas normas constitucionales, no era posible proceder a su estudio por

¹⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de marzo 25 de 2010. Proceso 2000-07769-01. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

cuanto su transgresión sólo podría estudiarse a través de las normas de rango legal que las hubieren desarrollado. Argumentos que consideró inadmisibles la segunda instancia indicando que:

“...de conformidad con el artículo 25 de la Constitución Política, el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Igualmente, el artículo 5º establece la primacía de los derechos inalienables de la persona, lo que obliga, de encontrar que han sido vulnerados, a hacerlos efectivos así no medien leyes que desarrollen los preceptos constitucionales que los consagran”¹⁴⁵.

Fue así como el derecho del debido proceso como desarrollo del principio de legalidad, concebido por el constituyente como un derecho fundamental de aplicación inmediata, se sobrepuso sobre el principio de jurisdicción rogada imponiéndole al juez entrar a estudiar el asunto de fondo con la simple enunciación de normas constitucionales, toda vez que, el juez está en la obligación de proteger derechos, cuando estos han sido vulnerados por la autoridad.

La sentencia proferida en el proceso 2000-02501¹⁴⁶, constituyó una sentencia hito en tratándose de los asuntos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación, en este caso precisó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que el principio de la congruencia de la sentencia hace alusión a elementos internos y externos, los primeros tienen que ver con la coherencia que debe existir entre las decisiones contenidas en la parte resolutoria de la providencia y el análisis jurídico - normativo plasmado en su parte considerativa, junto con la valoración realizada por el fallador de los aspectos fácticos y probatorios. Y el segundo, se refiere a la consonancia que debe existir entre lo decidido en la sentencia con lo pedido por las partes en la demanda y corrección de la misma y en las excepciones que se propongan.

A pesar de la limitación que implica las pretensiones de la demanda, indicó que existen casos en los que el fallador debe decidir acerca de aspectos que aun cuando no fueron planteados expresamente por las partes, se encuentran implícitos en las pretensiones o en las excepciones propuestas, caso en el cual no se configura la inconsonancia de la sentencia. Resaltó que los cargos alegados sobre la gravedad de la falta debían ser evaluados al tenor de la condicionalidad consagrada por la Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999 y el artículo 29 de la Constitución Política. Por lo tanto, el principio de favorabilidad y el debido

¹⁴⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de octubre 24 de 2012. Proceso 1995-10178-01. C. P. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁴⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de agosto 19 de 2010. Proceso 2000-02501-01. C. P. Bertha Lucía Ramírez.

proceso primaron sobre el carácter rogativo de la justicia administrativa para entrar a evaluar como consecuencia lógica de la gravedad de la conducta la graduación de la sanción impuesta.

En el año 2014, en el proceso 2011-00130¹⁴⁷, el Consejo de Estado al resolver una demanda por una sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación a un miembro de la Policía Nacional, enfatizó en primer lugar, que los actos de control disciplinario adoptados por la Administración Pública y por la Procuraduría General de la Nación, es decir, expedidos en ejercicio de la potestad disciplinaria en sus ámbitos interno y externo, constituían ejercicio de función administrativa, y por lo tanto son actos administrativos sujetos al pleno control de constitucionalidad y legalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. En segundo lugar, que ese control es pleno e integral, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y de la ley en la medida en que sea aplicable, y que no se encuentra restringido ni por aquello que se plantee expresamente en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de los jueces que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa.

Insistió que en plena vigencia de los derechos y garantías fundamentales establecidos por el constituyente exige, en tanto obligación, que los jueces sustituyan un enfoque limitado y restrictivo sobre el alcance de sus propias atribuciones de control sobre los actos de la administración pública, por un enfoque garantista de control integral, que permita a los jueces verificar en casos concretos si se ha dado pleno respeto a los derechos consagrados en la Carta Política.

Reprochó la tesis de la jurisdicción rogada y pregonó por un juez que ejerza un control sustantivo completo que propenda por materializar, en cada caso concreto, el alcance pleno de los derechos establecidos en la Constitución.

Esta misma línea se ha mantenido en asuntos por sanciones disciplinarias en procesos como el 2011-00359¹⁴⁸ donde se dijo que a la jurisdicción le corresponde proteger al ciudadano de la arbitrariedad, de la desmesura, de la iniquidad, de la ilegalidad, en fin, de las conductas de la administración que vayan contra la Constitución y la ley, en un marco regido por el debido proceso (valoración probatoria- garantías básicas- derecho de defensa).

Tratándose de asuntos pensionales, en el proceso 2005-01756-02¹⁴⁹, la E.S.E.

¹⁴⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de febrero 13 de 2014. Proceso 2011-00130-01. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁴⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de febrero 13 de 2014. Proceso 2011-00359-01. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁴⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de junio 23 de 2011. Proceso 2005-01756-02. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga - en Liquidación demandó su propio acto de reconocimiento de una pensión de jubilación que fue otorgada atendiendo de las prerrogativas de una convención colectiva. Luego del análisis de la situación laboral de la demandada se estableció que a los empleados públicos de la entidad les fue aplicada, en forma ilegal, la regulación pactada para el reconocimiento pensional, desconociéndose flagrantemente la competencia exclusiva del legislador en materia de clasificación de empleos, y por ende, extendiendo beneficios convencionales a un personal sometido por el carácter de sus funciones a un régimen salarial y prestacional legal y reglamentario.

A pesar de ello, consideró que como la demandada era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, su situación pensional se regía por las disposiciones de la Ley 33 de 1985, esto es, tener 55 años de edad y 20 de servicios, requisitos que para la fecha de la sentencia se encontraban cumplidos, razón por la que ordenó el reconocimiento pensional en virtud del artículo 170 del C.C.A., que le permite al fallador contencioso, restablecer el derecho particular, estatuir disposiciones nuevas en remplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas.

En este evento se ponderó el principio de la buena fe y la confianza legítima alegados por la demandada, para adquirir y mantener su derecho pensional bajo los parámetros previstos en la convención colectiva, el principio de la jurisdicción rogada para otorgar un derecho que no fue discutido en la contestación de la demanda y el principio de favorabilidad en materia pensional. Otorgándosele a este último un mayor valor para permitir que atendiendo un marco jurídico diferente la accionada pudiera continuar manteniendo un ingreso que le permitiera su sustento económico. Ello en atención a los principios constitucionales de favorabilidad en materia laboral y prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 del C.C.A., esto es, para restablecer el derecho particular.

En el proceso 2003-00650¹⁵⁰, sobre el reconocimiento de una pensión de jubilación a pesar de que el actor señaló como vulneradas las disposiciones de la Ley 6 de 1945, al analizar las pruebas recaudadas se evidenció que su derecho se consolidaba al amparo de la Ley 33 de 1985, y como para la fecha de proferirse la sentencia ya había cumplido la edad para tal fin, se ordenó a la entidad demandada que, si no había dispuesto el reconocimiento de la pensión, adelantara los trámites correspondientes para ese efecto. En este evento al ponderarse el principio de jurisdicción rogada con el derecho a la pensión, éste último tuvo mayor peso.

¹⁵⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de marzo 07 de 2013. Proceso 2013-00650-01. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Pese al avance en algunos temas puestos en conocimiento de la jurisdicción administrativa, en otros, se ha mantenido la prelación del principio de la jurisdicción rogada, a saber:

En la sentencia proferida dentro del proceso 2000-02298, dentro de una demanda por el reconocimiento y pago de derechos laborales de un celador de una institución educativa, el *a quo* anotó que el acápite de las normas violadas indicaba preceptos que no tenían relación con las súplicas de la demanda, así como tampoco fundamentaba una explicación que permitiera un estudio lógico de la vulneración del acto acusado y un estudio de fondo sobre el problema planteado. Adujo que “la demanda como la sentencia debe contener un silogismo que suponga una razonada demostración de los cargos con la suficiente propiedad jurídica, y no simplemente con la afirmación de que viola tal o cual disposición”¹⁵¹.

Concluyó que si el actor consideraba ostentar el derecho al pago del recargo nocturno, horas extras, dominicales, festivos y compensatorios por laborar en días festivos, así como el subsidio familiar y prima de alimentación, estaba en la obligación de precisar las normas que prevén tales derechos y en qué condiciones. Apreciación que fue avalada por el *ad quem* cuando recalcó que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa al tener el carácter de rogada, impone una carga al demandante consistente en que las pretensiones solicitadas además de concretas y claras, deben estar coherentemente desarrolladas a través de las normas legales que infringió la Administración, explicando el nexo causal y la antijuridicidad dentro del concepto de violación. Sólo de esta manera el operador de justicia podrá confrontar el Acto acusado con el Ordenamiento Jurídico determinando si la presunción de legalidad fue efectivamente desvirtuada.

Como consecuencia de ello, denegó las prestaciones sociales que en su reclamación carecieron de fundamento jurídico, priorizando el principio de la jurisdicción rogada.

En el proceso 06-06441¹⁵², sobre una reliquidación pensional de un miembro de la aeronáutica civil, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada, se indicó que se advertía que el *a quo* negó la inclusión de la indemnización por vacaciones no disfrutadas; pese a ello, esa instancia no entraría a estudiar la pertinencia de la misma para efectuar la reliquidación pensional ordenada, toda vez que el interesado no había interpuesto recurso de apelación en torno a la decisión de primera instancia. De esta manera se garantizaba el principio de jurisdicción rogada, teniendo en cuenta que según lo establecido en el artículo

¹⁵¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de julio 30 de 2009. Proceso 2000-02298-01. C. P. Bertha Lucía Ramírez.

¹⁵² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de marzo 04 de 2010. Proceso 2006-06441-01. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

357 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, por lo cual el superior, en principio, no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo¹⁵³. Igualmente se garantizaba el principio de la *no reformatio in pejus*, pues en este caso la entidad accionada actúa como apelante único.

En este evento, no entró la justicia administrativa a evaluar la posible agresión de derechos fundamentales o de principios laborales sobre la formalidad del marco que define el estudio de la segunda instancia, es decir, las razones de inconformidad esbozadas en el recurso de alzada por el apelante.

En el desarrollo del proceso 2006-01595¹⁵⁴, la administración para despejar las dudas que presentaba la resolución de reconocimiento y pago de una pensión de jubilación post mortem, debido a las diferentes interpretaciones que se le hacían sobre la cuantía y la fecha desde la cual debía pagarse, y con el fin de evitar más reclamaciones ejecutivas ante la jurisdicción, procedió a emitir un nuevo acto administrativo, situación que conllevó a la revocatoria tácita del acto inicial. Luego de realizar un estudio sobre la procedencia de esa prerrogativa de la administración, consideró que las razones que conllevaron a la revocatoria, no eran generadas por un error aritmético o de hecho y mucho menos por un reconocimiento pensional indebido, de manera que, no era válido que la administración procediera a la revocatoria directa parcial de la Resolución No. 3406 de 24 de octubre de 1991, pues modificó aspectos tan importantes como la fecha de reconocimiento y el monto pensional, sin que se hubiese observado el debido proceso en la actuación administrativa, esto es, con la debida comparecencia de la actora, para que ejerciera el derecho de contradicción.

Pese a la ilegalidad de los actos acusados, como el petitum de la demanda fue encaminado a obtener la nulidad de los actos administrativos que aclararon el reconocimiento pensional sin incluir el correlativo restablecimiento que eventualmente pudiera observarse de los efectos jurídicos desplegados por las resoluciones demandadas, previo a su declaratoria de suspensión provisional, en aplicación del principio de jurisdicción rogada, consideró que para el caso particular de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho se le impone

¹⁵³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de junio 05 de 2007. Proceso 2000-00506-01. C. P. Jaime Moreno García. "... debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, **cuya sustentación es obligatoria**, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente".

¹⁵⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de abril 09 de 2014. Proceso 2006-01595-01. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

al interesado en la declaratoria de nulidad de un acto administrativo asumir ciertas obligaciones para que ante la jurisdicción se discuta si una decisión de la Administración se ajusta al ordenamiento jurídico.

Que el mencionado principio va de la mano con el principio de congruencia de la sentencia que debe ser respetado por los jueces, pues estos tienen que fallar según lo pedido y de acuerdo con lo probado. Argumento que se justifica en virtud de la conexidad existente entre el debido proceso, manifestado particularmente en el derecho de contradicción, y el ceñimiento de las decisiones judiciales a lo pedido y probado dentro del mismo.

De manera que, prevaleció el principio de la jurisdicción rogada sobre una verdadera materialización de la justicia a pesar de los efectos económicos que causaron*, así hubiese sido temporalmente, los actos declarados nulos.

En el proceso 2003-00287¹⁵⁵ se demandó la nulidad de circulares expedidas por el Ministerio de la Protección Social que regulaban las fuentes de financiamiento a la población desplazada y los procedimientos para el cobro de tales recursos. Como quiera que el actor se limitó a señalar como fundamento de sus pretensiones, la violación de los artículos 4° y 29 de la Carta, sin precisar cuáles eran las disposiciones de orden legal o reglamentario que fueron trasgredidas al expedirse las circulares acusadas, el cargo se centró en establecer si dichas circulares establecieron algunos requisitos adicionales a los contemplados en la Circular 021 de fecha 17 de agosto de 2001, con fundamento en la cual las IPS venían prestando servicios de salud en beneficio de la población desplazada por la violencia.

Realizó una confrontación del contenido de las circulares que regulaban la prestación de la atención integral en salud a la población desplazada por la violencia, precisando que las circulares acusadas fueron expedidas de conformidad con las competencias y facultades consagradas en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 205 de 2003, y que podía ser modificada por otra circular al encontrarse dentro de la misma jerarquía normativa.

La Sala redujo el análisis de la decisión a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, dado que, se establecía una auditoria para el trámite de facturación ante el fosalde de aquellas que no hubiesen tenido ordenación de pago a la fecha de expedición de la circular. Una vez aclarado dicho aspecto la Sala consideró que en tratándose del juzgamiento de actos administrativos, la violación de las normas constitucionales tan solo podían darse en forma indirecta, concretándose a través de la infracción de las normas legales o reglamentarias que hubiesen desarrollado tales preceptos de orden superior. Que en ese orden

* Modificación del monto pensional.

¹⁵⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia de enero 28 de 2010. Proceso 2003-00287-00. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

de ideas, no podía soslayarse que las circulares demandadas fueron expedidas en virtud de normas de orden legal o reglamentario, a través de las cuales se desarrollaron los principios constitucionales contenidos en los artículos 4° y 29 de la Carta, las cuales pudieron resultar infringidas de primera mano.

Que la aludida omisión del demandante, impedía a la Sala hacer un pronunciamiento de fondo con respecto a las normas legales o reglamentarias dejadas de citar como violadas, pues la indicación de los fundamentos de derecho de las pretensiones, además de constituir una carga del actor, delimita el marco de acción dentro del cual puede moverse el juzgador, en atención al carácter rogado que es propio de la justicia administrativa, razón por la que denegó las súplicas de la demanda, considerando que el actor no había desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados.

Nótese como en este caso ante la abstracción en la formulación de los cargos de nulidad, el problema jurídico únicamente se centró en la retroactividad para la facturación de los pagos por los servicios prestados, a pesar de tratarse de la regulación de asuntos tan importantes como la prestación de los servicios de salud a una comunidad que goza de especial protección constitucional como es el caso de las personas desplazadas. Prevalciendo el principio de la jurisdicción rogada sobre cualquier otra prerrogativa constitucional que estuviese siendo vulnerada. Sumado al hecho de que no se trataba de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de la acción de simple nulidad que consagraba el artículo 84 del C.C.A., situación que significaba un mayor análisis de las normas constitucionales que estuviesen siendo desconocidas o afectadas con los actos acusados.

En tratándose de asuntos de índole contractual, dentro del proceso 1995-00916¹⁵⁶ en un asunto donde se solicitó la nulidad de las actas parciales de liquidación del contrato y se omitió el acta final del mismo, la Sala dijo que la congruencia de las providencias judiciales se establece mediante el proceso comparativo entre la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, teniendo en cuenta que la materia litigiosa, comprendía también los asuntos que el legislador atribuía al juez y que son complemento obligado y necesario de lo suplicado expresamente. Que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es esencialmente rogada, es decir, que el juez no puede ir más allá de lo pedido y sus decisiones no puede resolver cuestiones no planteadas en la demanda.

En este evento si las actas parciales de liquidación del contrato fueron indebidamente realizadas no sería una consecuencia lógica que el acta final estuviese en la misma situación, lo que generaría de una parte, una violación del debido proceso del contratista y, de otra, un enriquecimiento sin causa para el Estado.

¹⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de febrero 14 de 2011. Proceso 1995-00916-01. C. P. Stella Conto Díaz.

Por su parte, las acciones de reparación directa si han encontrado una evolución significativa al abordar el principio de la jurisdicción rogada, específicamente en su enfrentamiento con el principio de reparación integral, en asuntos por vulneración de derechos humanos o por una afectación grave de un derecho fundamental.

En el proceso 1990-06951¹⁵⁷, sobre una falla en el servicio por la indebida atención médica que ocasionó la extirpación del útero como consecuencia de una infección presentada después de un procedimiento de cesárea a una joven de 21 años, recalcó que aunque en principio no cabe hacer más gravosa la situación del apelante único, conforme al principio de la no reformatio in pejus, dicho límite se fisura frente al deber estatal de reparar en integridad la afectación significativa de un derecho fundamental, caso en el que resulta posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa. Lo anterior debido a la vulneración grave del derecho fundamental a la salud de la joven demandante que afectó su dignidad humana, siendo preciso proteger las órbitas subjetiva y objetiva del derecho vulnerado.

En tratándose de los asuntos asignados a la sección cuarta en el proceso 2008-00777¹⁵⁸ donde se acusaba el acto que estableció unas tarifas de impuesto al alumbrado público del Municipio de Tubará advirtió que los argumentos del actor atacaron el acto demandado desde el punto de vista de la competencia que tenía el Concejo Municipal para reglamentar el impuesto de alumbrado público con fundamento en una ley en la que no se habían precisado sus elementos, pero en ningún momento el demandante cuestionó o hizo un análisis de la legalidad de las tarifas fijadas en el Acuerdo; tampoco del concepto de violación o de las normas invocadas como violadas se podía advertir o inferir que se hubiese planteado tal controversia.

Infirió que en esas condiciones, como tal fundamento de hecho no fue expuesto por el actor en la demanda, dentro del marco de decisión que le atañe al juez, conforme a lo previsto en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, no era posible hacer un pronunciamiento sobre este cargo, pues se vulneraría el derecho de defensa de la entidad demandada ya que ésta no tuvo la oportunidad para defender sus intereses, aspecto que si bien no fue alegado por la demandada en su recurso, no impide que el juez se pronuncie de oficio, máxime cuando está involucrado un derecho fundamental.

Pese a hacer alusión a la facultad que se tiene de hacer un pronunciamiento más allá de lo relacionado en el marco normativo de la demanda, como en asuntos tarifarios se tiene precisado que frente a una posible desproporción o falta de

¹⁵⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de febrero 28 de 2013. Proceso 1990-06951-01. C. P. Stella Conto Díaz.

¹⁵⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA. Sentencia de marzo 27 de 2014. Proceso 2008-00777-01. C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

equidad y progresividad entre los diferentes sectores para los que se establece el impuesto de alumbrado público, no es suficiente indicar que la existencia diferencial entre distintos sectores, como ocurre en este caso, violan los principios tributarios antes señalados, pues además tendría que estar demostrado que el ente territorial recupera más de lo que le cuesta prestar el servicio o que, en efecto, se pruebe la desproporción concreta que no consulte la capacidad tributaria frente a determinados contribuyentes, aspecto que no fue probado. En ese orden de ideas, simplemente no indagó en la posible afectación de derechos fundamentales de los sujetos activos de los aludidos cobros, sino que resaltó una carga probatoria que le incumbía al actor y no fue demostrada en el proceso.

En otro asunto, proceso 2004-00484¹⁵⁹ donde se cuestionaban los actos de liquidación oficial de revisión de una declaración de renta, el Consejo dijo que era improcedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque únicamente se demandaron actos de trámite - el que inadmitió el recurso de reconsideración y el que confirmó esa decisión - los cuales no eran susceptibles de ser demandados por sí solos, situación que no advirtió el Tribunal al admitir la demanda ni al decidir mediante sentencia de mérito. En efecto, se requiere para su conocimiento ante la jurisdicción que junto con ellos se acuse el acto definitivo, esto es, la Liquidación Oficial de Revisión, puesto que constituyen una unidad inseparable en la medida en que, aún anulado los primeros, no es posible estudiar de fondo el último, toda vez que siendo la justicia contencioso administrativo rogada, el juez no puede pronunciarse sobre su legalidad y en consecuencia seguiría estando vigente en el ordenamiento jurídico.

En este aspecto es importante mencionar que si en algunos eventos la jurisprudencia atendiendo a la existencia del poder judicial que le permite al juez desentrañar la intención del demandante cuando la falta de técnica jurídica de la demanda dificulta la comprensión de alguno de los presupuestos que orientarán su labor, puede al tenor de una interpretación sistémica de la demanda realizar el estudio de legalidad sobre el cual gira la controversia, en otros casos, sin embargo, el principio de jurisdicción rogada no cede cuanto se trata de sacar del mundo jurídico actos cuya nulidad no fue solicitada en el libelo demandatorio.

En el litigio 2001-03541 en contra del Municipio de Santiago de Cali, como la sociedad demandante no allegó los decretos locales que regulaban el trámite de la sanción por la no declaración del impuesto de juegos, ni solicitó al juez que fuese practicada ante la imposibilidad de presentarla con la demanda, se denegaron las pretensiones incoadas. El Consejo de Estado mantuvo incólume su postura de que "Para la Sala, aportar la prueba de la existencia de las normas locales es una carga procesal de quien las pretenda hacer valer, que el juez no puede trasladarse de manera oficiosa, toda vez que se trata de una jurisdicción rogada y constituye

¹⁵⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA. Sentencia de diciembre 11 de 2008. Proceso 2004-00484-01. C. P. Lilia López López.

además un requisito expreso de la demanda, que no puede suplirse con las afirmaciones hechas por las partes”¹⁶⁰.

A pesar de que la parte actora allegó los decretos municipales echados de menos como material probatorio, la segunda instancia confirmó la decisión del *a quo*, situación vulneratoria del debido proceso, donde tuvo prelación sin mayor argumentación el principio de la jurisdicción rogada para cercenar el derecho de acceso efectivo a la justicia.

En el desarrollo de una acción de nulidad electoral 2007-00239 el *a quo* declaró la ineptitud de la demanda, estimando que no se compadecía del contenido normativo del numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, pues no se explicó el concepto de violación, sino que se limitó a transcribir jurisprudencia de la sección quinta. Que eran reiterados los pronunciamientos que sostenían que toda demanda enderezada a la anulación de un acto administrativo debía contener las normas violadas y la expresión del concepto de la violación, requerimiento que no era solamente formal, por cuanto existía en virtud del principio de legalidad que gobierna el ejercicio de la función pública.

Resaltó que el concepto de la violación constituye el referente para el ejercicio del control que la Constitución le ha deferido al Juez de lo contencioso administrativo. Sin embargo, el *ad quem* al desatar el recurso de alzada precisó que no es necesario que el concepto de violación de normas sea elaborado con ciertas formalidades, pues basta que se refieran argumentos que permitan establecer los alcances de la inconformidad planteada. Por ello, adujo que “Sólo de esa forma se logran conciliar principios como los de la legalidad, del que se deducen la presunción de legalidad del acto administrativo y el carácter de rogada de la jurisdicción, con otros como el de la prevalencia del derecho sustancial”¹⁶¹, aspecto que adquiere mayor relevancia cuando se está frente a una acción electoral cuyo propósito es resolver los conflictos relacionados con la conformación del poder político.

Que como la sentencia mencionada en el concepto de violación aludía a la causal de nulidad de los actos electorales establecida en el numeral 2º del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, era posible entender, que se accionaba, por esa razón, situación que le permitió a la segunda instancia realizar un estudio de fondo sobre la posible configuración de nulidad sustentada en la presencia de registros electorales falsos o apócrifos.

No obstante, aclaró “Al margen de lo discurredo, la Sala debe precisar que si bien los hechos de la demanda dan cuenta de otras irregularidades, tal como lo precisó

¹⁶⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA. Sentencia de junio 08 de 2008. Proceso 2001-03541-01. C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

¹⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA. Sentencia de abril 29 de 2010. Proceso 2007-00239-02. C. P. Filemón Jiménez Ochoa.

el Agente del Ministerio Público en la segunda instancia, en este caso no es posible hacer una interpretación que permita su estudio por razón de que no se ofrecieron tan claros como los que referían la falsedad”¹⁶².

Nótese que a pesar de que se entró a abordar de fondo el estudio del caso al tenor de una causal de nulidad que se podía inferir del concepto de violación, no hizo lo mismo respecto de otras irregularidades relacionadas en los hechos por falta de “claridad” en los mismos.

¹⁶² Ibid.

4. ¿CÓMO AVANZAR EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR ENCIMA DEL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN ROGADA?

Los ideales amparados en teorías como el constitucionalismo o el neoconstitucionalismo, permitieron la concepción de un nuevo modelo de Estado, el primero concebido en palabras del maestro Maurizio Fioravanti, como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la Constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía¹⁶³. Y el segundo, también llamado el constitucionalismo contemporáneo considerado una forma política inédita en el continente europeo y una nueva cultura jurídica, o por lo menos una teoría del derecho distinta de la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico, y que es producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda postguerra¹⁶⁴. Teoría que permitió que las actuaciones de todos los ordenamientos jurídicos democráticos llevaran implícito el garantismo por los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Bajo ese esquema la mayoría de Constituciones del Mundo, incluyendo la nuestra, desarrolló en su primera parte toda una gama de principios, valores, filosofías e ideologías que forman la base de la estructura de cada Estado, destacando de manera importante los llamados *derechos fundamentales*.

Con el auge del constitucionalismo la mayoría de países adoptaron dentro de su estructura una sala encargada de los asuntos constitucionales - amparo constitucional ó acción de tutela - otros en cambio conformaron un tribunal o corte independiente al interior del poder público. A pesar de ello, como los derechos constitucionales deben evidenciarse en todas y cada una de las decisiones judiciales, para el caso colombiano el control de constitucionalidad se encuentra en cabeza de todos los jueces de la república (control difuso) y en la Corte Constitucional (control concentrado) quien tiene a su cargo velar por la guarda y supremacía de la Constitución Política.

Con el panorama descrito, la normatividad internacional, fue adquiriendo mayor injerencia en el ámbito interno, inicialmente con la contemplación en el texto constitucional de prerrogativas que van desde los principios orientadores de las relaciones exteriores, la inclusión de los convenios internacionales del trabajo que siendo ratificados hacen parte de la legislación interna y en la aplicación de derechos derivados del bloque de constitucionalidad, entre otros*. Y

¹⁶³ FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. Madrid: Trotta, 2001. p. 85.

¹⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitución y derechos fundamentales, citado por BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 11.

* Ver los artículos 9, 53, 93, 94, 102 y 214 de la Constitución Política.

posteriormente, con el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional que amplió el catálogo de derechos, incluyendo aquellos consagrados en tratados internacionales. Al respecto dijo la Corte:

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”¹⁶⁵.

No obstante, es necesario advertir que serían inaplicables¹⁶⁶ las normas o preceptos de los convenios internacionales que sean contrarias a las previstas en el texto constitucional colombiano.

4.1 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En armonía con lo expuesto en precedencia, es necesario apreciar para un adecuado estudio acerca de los derechos fundamentales, el contexto internacional en el que se han promulgado diversos instrumentos para la garantía y la protección de los mismos. Por ello, a partir de la segunda mitad del siglo XX, no puede entenderse que la garantía de éstos se encuentre únicamente en las constituciones de cada uno de los Estados. Por el contrario, los derechos fundamentales son derechos “supra- estatales” pertenecientes a todos los seres humanos independientemente de sus diversas ciudadanía¹⁶⁷.

Así, por ejemplo, encontramos que los derechos fundamentales¹⁶⁸, considerados internacionalmente como derechos humanos, se encuentran establecidos en tratados internacionales tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San

¹⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 1995 de mayo 18 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-295 de 1993 de julio 29 de 1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Op. cit., p. 40.

¹⁶⁸ Recuérdese como se mencionó en el capítulo I, donde QUINCHE RAMÍREZ, citaba a UPRIMNY Rodrigo que “se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta a reservar la denominación “derechos fundamentales” para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales” (QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano: De la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Temis, 2012. p. 91).

José- (1969), Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), entre otros.

Ahora bien, en lo que respecta a Colombia, resultaría claro afirmar que la protección y la garantía de los derechos fundamentales no sólo deviene de la Constitución Política de 1991, sino que en virtud del artículo 93 superior, también proviene de los distintos tratados de derechos humanos ratificados por nuestro país. En este sentido, se tiene que el marco de protección de los derechos es primero que todo de carácter convencional, luego constitucional y finalmente legal. De esta manera, en lo que concierne al ámbito regional al cual pertenece nuestro país, tenemos diversos instrumentos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* y los dos órganos que se encargan de velar por el cumplimiento de aquellos, a saber: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es por ello que, los derechos fundamentales no sólo se encuentran establecidos en disposiciones normativas de orden nacional, sino también internacional. Asimismo, su justiciabilidad no sólo puede realizarse ante Tribunales estatales sino también supra estatales.

Lo anterior ha venido cobrando una importancia aún mayor, con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con la incorporación que de la misma se ha realizado por parte de los jueces colombianos, en medio de no pocas resistencias. En efecto, aquel Tribunal se ingenió la creación de una importante herramienta para que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como los demás instrumentos que hacen parte del sistema interamericano cobraran mayor efectividad en cada uno de los Estados parte.

Fue así como, vía jurisprudencial la Corte IDH dio origen al denominado “Control de Convencionalidad”, en virtud del cual, tanto dicho Tribunal como los órganos de los Estados parte del Pacto de San José, particularmente los de carácter judicial, deben asegurarse de respetar las disposiciones de la Convención y demás tratados que integran el sistema interamericano de Derechos Humanos, así como la interpretación que de los mismos efectúa la Corte IDH.

* Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana de Derechos Humanos; Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belém Do Pará); Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia; Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Lo anterior implica que, por ejemplo, un juez colombiano al momento de resolver un caso debe asegurarse de acatar las previsiones de los diferentes instrumentos que hacen parte de aquél marco convencional del cual nuestro país es parte. Ciertamente, se trataría de efectuar un control de convencionalidad de carácter difuso, de tal manera que sea constante la preocupación de hacer compatible el ordenamiento jurídico interno con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶⁹.

4.2 INTEGRACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

La jurisdicción Contencioso administrativa, en particular la sección tercera del Consejo de Estado, ha venido incorporando activamente la aplicación del denominado control de convencionalidad y ha declarado la responsabilidad del Estado por sendas violaciones a las previsiones de la Convención. Adicionalmente, ha adoptado los estándares de reparación integral de la Corte IDH, todo lo cual, ha significado una gran evolución en la protección de los derechos de quienes han sido víctimas de violaciones a sus derechos humanos¹⁷⁰.

De igual manera, como se mencionó párrafos atrás, la jurisprudencia de la sección tercera desde hace unos años ha desarrollado de manera amplia la tesis según la cual ante la violación de derechos humanos y más exactamente ante la configuración de un daño a “bienes constitucional y convencionalmente amparados”, el principio de la jurisdicción rogada así como el de congruencia, deben ceder ante el principio de la reparación integral.

Específicamente ha considerado que es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al margen de los principios de congruencia y de no reformatio in pejus, en los casos de *i)* grave violación a derechos humanos por parte del Estado -acción u omisión- o por la actividad de terceros pero imputable al primero y *ii)* la afectación significativa a un derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional. Precizando que si se presenta colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero, en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, toda vez que

¹⁶⁹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de Derechos humanos. En: Revista de Estudios Constitucionales. 2014. vol. 12, no. 1, p. 132.

¹⁷⁰ Para ver un estudio sobre las implicaciones del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, puede consultarse en PÉREZ NIÑO, Walter Fernando; ZAMBRANO SALAZAR, Laura Sofía y CEPEDA RODRÍGUEZ, Emerson Harvey. El impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano en la reparación a víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos. En: Eunomía. Revista en cultura de la legalidad. Octubre, 2015 - marzo, 2016. no. 9, p. 161-177.

el canon indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales es el único contenido del principio de reparación integral que se encuentra amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado¹⁷¹.

Bajo esa misma tesis se ha reparado a las víctimas en asuntos de indebido manejo de fumigaciones que ocasionaron daños al medio ambiente¹⁷², por fallas del servicio derivadas de acciones combatientes donde miembros de las fuerzas armadas del Estado segaron la vida de personas con el único propósito de hacerlas pasar por falsos positivos¹⁷³.

En este sentido, el juez administrativo está facultado para ordenar medidas de reparación no solicitadas en la demanda, por lo general medidas que tienden a la satisfacción, a la rehabilitación, a las garantías de no repetición e inclusive a medidas de reparación transformadora. Cabe precisar que esta evolución jurisprudencial se ha dado, entre otras razones, debido a la incorporación de estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos, a través de figuras como el denominado control de convencionalidad, vía bloque de constitucionalidad.

Pese a los logros alcanzados en asuntos donde se debate la responsabilidad del Estado, cuando se trata de atacar la nulidad de actos administrativos el principio de jurisdicción rogada adquiere mayor rigidez, pues la presunción de legalidad que poseen las manifestaciones de voluntad de la Administración le traspasa la carga de la prueba al accionante.

Teniendo en cuenta que a través de la ley, no se modificó la técnica jurídica formal del contenido de la demanda, por cuanto el C.P.A.C.A., mantuvo la exigencia del concepto de violación de las normas presuntamente violadas, debe la jurisprudencia del Consejo de Estado fijar nuevas pautas interpretativas que

¹⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de febrero 28 de 2013. Proceso 1990-06951-01. C. P. Stella Conto Díaz.

¹⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de enero 30 de 2013. Proceso 1999-00278-01. C. P. Stella Conto Díaz. "... la judicatura se encuentra habilitada para imponer medidas de justicia restaurativa, sin consideración a las reglas procesales de congruencia y *non reformatio in peius*, cuando quiera que la situación que se pretende restablecer compromete derechos constitucionales de interés general o colectivo, para el efecto la protección del medio ambiente, el que -por lo demás- el Estado está en la obligación de proteger, atendiendo los compromisos internacionales referidos *ut supra* en el marco jurídico".

¹⁷³ Ver entre otras, las siguientes sentencias: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de Unificación de septiembre 11 de 2013. Proceso 1994-07654-01. C. P. Danilo Rojas Betancourt. "Por regla general, estas facultades se encuentran limitadas por los principios de congruencia, de jurisdicción rogada y *de no reformatio in pejus*, de manera que para que proceda el reconocimiento de medidas tanto de carácter compensatorio -como son la indemnización de los perjuicios morales y materiales causados- como de carácter restitutorio, es necesario que exista una petición expresa de la parte demandante en tal sentido".

garanticen a los ciudadanos la materialización de sus derechos, como sería morigerar el principio de legalidad que rige las actuaciones de la Administración, en el sentido de que constituya una carga probatoria más equilibrada. Para ello, las entidades tendrían el deber de demostrar que sus decisiones fueron tomadas atendiendo las garantías constitucionales y legales que rigen cada procedimiento, explicando de forma detallada los fundamentos jurídicos que conllevaron a tomar la decisión cuya legalidad es cuestionada.

En este punto es necesario realizar una contextualización de las cargas que rigen el derecho contencioso administrativo, con el fin de demostrar la importancia y necesidad de una variación en ese aspecto que permita un mayor análisis interpretativo del juez.

4.3 LAS CARGAS PROBATORIAS

El derecho probatorio es parte del correspondiente derecho procesal¹⁷⁴; procesalismo cuya finalidad es servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales, en 1991 fue elevado a rango constitucional en su artículo 228, son las normas procesales probatorias de una especial relevancia, pues se repite desde siempre y concreta en el aforismo romano “*Idem est non esse aut non probari*”¹⁷⁵.

La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio “*onus probandi*”, el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo¹⁷⁶.

Se han concebido dos sistemas probatorios, de una parte, existe el sistema dispositivo que confiere a las partes el dominio del procedimiento y se caracteriza por los siguientes principios: (i) el juez no puede iniciar de oficio (*nemo jure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt conoceres nihil ab judicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede

¹⁷⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. T. 3: Pruebas. 2 ed. Bogotá: Dupre Editores. 2008, p. 23.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 25.

¹⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-070 de febrero 25 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre la carga de la prueba de un lado, tenemos su consagración legal en el artículo 1757 del Código Civil y, de otro, en el ámbito procesal en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*en eat ultra petita partium*)”¹⁷⁷.

De otra, se encuentra el modelo inquisitivo, que por el contrario, se caracteriza por una actividad protagónica del juez y secundaria de las partes, el juez debe investigar la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes. Por tanto, en el inquisitivo puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a buscar la verdad¹⁷⁸.

En el campo específico del derecho civil el ordenamiento jurídico Colombiano es considerado mixto, pues el proceso civil moderno se considera de interés público y se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso, tiende hacia la verdad real y a la igualdad de las partes y establece la libre valoración de la prueba. No obstante, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones y acepta que las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción o arbitramento¹⁷⁹.

Dicho sistema mixto adquirió mayor fuerza con los postulados constitucionales del Estado social de derecho, pues se exigía del juez un papel activo y dinámico dentro del proceso, dado que dejó de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material¹⁸⁰.

Ahora bien, dentro de las teorías modernas que buscan hacer realidad la idea de la justicia material se concibió el concepto de la carga dinámica de la prueba. Esta concepción surgió como consecuencia de la desigualdad entre las partes para

¹⁷⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-874 de septiembre 30 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ Este diseño normativo del proceso para empoderar al juez encontró abierto respaldo en la Constitución de 1991, que consagró un Estado Social y Democrático de Derecho: “La aspiración última del pueblo de alcanzar un marco que garantizara un ‘orden justo’, la consagración de la administración de justicia como una función pública esencial y como un derecho fundamental de cada persona, así como la prevalencia del derecho sustancial, significaron en su conjunto un fortalecimiento de la función judicial y un compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material” (COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-768 de octubre 16 de 2015. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

poder demostrar los hechos alegados, por factores como la especialidad técnica y en algunos eventos científica.

La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal¹⁸¹.

Ante dicha desigualdad era necesaria la intervención judicial para restablecer el equilibrio probatorio en el desarrollo del proceso. En responsabilidades por fallas médicas, es quizá uno de los escenarios donde adquirió mayor relevancia esa teoría, permitiendo a la luz de nuevas tesis jurisprudenciales modificar las cargas probatorias. De igual forma, en materia de tutela, la regla no es “el que alega prueba”, sino “el que puede probar debe probar”, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos¹⁸². De ahí que, en asuntos de tutela fue necesario redistribuir la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos fundamentales afectados, como por ejemplo en casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral.

Dicha teoría fue fundada en principios de solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal¹⁸³, donde el postulado del deber de probar se invierte a quien puede probar. De manera que, su objetivo primordial es complementar y perfeccionar las cargas probatorias.

4.4 LAS CARGAS PROBATORIAS EN LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

El Código Contencioso Administrativo remitía en materia probatoria la aplicación de aquellas pruebas consagradas en el Código de Procedimiento Civil en lo que resultasen compatibles con las normas del Estatuto Administrativo¹⁸⁴. A su vez, también permitía el decreto oficioso de pruebas cuando fuesen necesarias para el esclarecimiento de la verdad¹⁸⁵. Por lo tanto, de conformidad con lo expuesto en precedencia la jurisdicción administrativa también tenía un sistema mixto conformado por el sistema dispositivo y el inquisitivo.

En los debates que originaron el nuevo estatuto procesal administrativo se debatió la pertinencia de un nuevo esquema probatorio, específicamente se dijo:

¹⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-741 de agosto 06 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086 de febrero 24 de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁸⁴ Artículo 168 del C.C.A.

¹⁸⁵ Artículo 169 del C.C.A.

“Se propuso a los inicios de la discusión, si era pertinente regular esta figura con el ánimo de morigerar la carga probatoria que incumbe a las partes, cuando quiera que una de ellas está en mejor posición de probar, sea por superioridad técnica, o dado sus conocimientos especiales, o porque se encuentra en su esfera jurídica la producción de las prueba. Como se sabe se trata de un sistema de redistribución de la carga procesal o de inversión de la carga, en la que en las condiciones anotadas, el juez traslada al inicio del litigio la obligación de demostrar la verdad de lo alegado a la contraparte de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte y con independencia de quien haya alegado el hecho dentro del proceso. Sin embargo, la comisión no estuvo de acuerdo con implementar la carga dinámica de la prueba, considerando que no es posible conjugarla con los principios de igualdad, debido proceso y derecho de defensa”¹⁸⁶.

Con fundamento en esas consideraciones no se hizo ninguna alusión específica dentro del CPACA que modificara el régimen probatorio que existía, es decir, no hubo ninguna disposición respecto de las cargas procesales. Por el contrario, se integró de forma más generalizada las normas que regulaban el Código de Procedimiento Civil al trámite de los procesos contenciosos administrativos. De una parte, porque se estableció tajantemente la remisión en lo que no estuviese expresamente regulado en el estatuto procesal administrativo, y, de otra, porque se suprimió la expresión “en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código”. De ahí que, podría considerarse que en materia probatoria la jurisdicción administrativa al igual que en la civil el régimen probatorio es mixto; dispositivo porque concierne a las partes probar los supuestos de hecho que alegan e inquisitivo porque el juez tiene la facultad officiosa para decretar pruebas.

Sin embargo, como el C.P.A.C.A. (Ley 1437 de 2011), fue expedido con anterioridad a la expedición del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), es necesario advertir que bajo ese nuevo esquema procesal, fue concebida la teoría de la carga dinámica de la prueba, pero como atribución facultativa del juez para asignarle a alguna de las partes determinada carga probatoria. En los motivos de exposición del proyecto de ley se enfatizó que:

“La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se

¹⁸⁶ NAMEN VARGAS, Álvaro. Régimen Probatorio, nulidades e incidentes en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo. En: Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Memorias: Consejo de Estado, 2011.

llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho”¹⁸⁷.

Fue así como aquella teoría expuesta en la dogmática y en la jurisprudencia adquirió jerarquía legal. Sin embargo, se consideró que imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.

Por lo anterior, cuando el inciso final del artículo 103 del CPACA al definir los principios y el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo indica que “Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código”¹⁸⁸. En ese panorama el administrador de justicia tiene dos posibilidades, de un lado, ceñirse estrictamente a que el demandante tiene la obligación de enunciar las normas violadas y demostrar que los actos acusados son ilegales (carga procesal) y, de otro, remitirse a las disposiciones del Código General del Proceso, esto es, que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”¹⁸⁹.

Sin olvidar, por supuesto que al remitirse a las disposiciones del CGP “según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos...”¹⁹⁰.

En ese orden de ideas, a pesar de que el legislador no modificó el régimen probatorio del CPACA, si lo hizo la consagración de la carga dinámica de la prueba en el Código General del Proceso, pero con matices facultativos para que

¹⁸⁷ CONGRESO DE COLOMBIA. Proyecto de Ley 196 de 2011 Cámara. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Gaceta del Congreso. Bogotá, 2011. no. 119.

¹⁸⁸ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, 2011. no. 47.956. art. 103.

¹⁸⁹ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. no. 48.489. art. 167.

¹⁹⁰ *Ibid.*, art. 167.

el juez decida los casos en que invierte la carga de la prueba. Por lo tanto, se propone que los administradores de justicia a través de sus sentencias constituyan una línea jurisprudencial que imponga a las entidades el deber de demostrar que sus manifestaciones de voluntad expresados en actos administrativos fueron expedidos respetando, en primer lugar, el derecho fundamental del debido proceso, precisando las normas constitucionales y legales que apoyan sus decisiones y, en segundo lugar, allegando los elementos probatorios que justifican denegar el reconocimiento del derecho alegado por el demandante.

Dicho planteamiento es absolutamente válido para la protección de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho como el colombiano, que exige de los jueces una justicia real que únicamente se logra integrando un estudio juicioso de ponderación al enfrentar los principios constitucionales y derechos fundamentales contra el principio de jurisdicción rogada que implica una modificación en el régimen probatorio, pues sin lugar a equívocos el ciudadano siempre se encuentra en un estado de indefensión y desventaja frente a los organismo públicos.

En otras palabras, quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, situación que justifica una distribución diferente de la carga de la prueba para que sea la entidad accionada a quien le corresponda desvirtuar lo alegado en su contra.

Las razones que conllevaron al legislador a no contemplar la carga dinámica de la prueba considerando que no era posible conjugarla con los principios de igualdad, debido proceso y derecho de contradicción carecen de un juicio de razonabilidad, pues se le dio prioridad a esos principios a favor de las diferentes entidades estatales, por encima de los derechos de las personas naturales, que están en desventaja de obtener el reconocimiento de sus derechos, por encontrarse frente a principios como la legalidad, la jurisdicción rogada y el deber de probar que rige las actuaciones procesales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Es por ello que, es necesario avanzar mediante la jurisprudencia a una integración en el campo jurídico con los postulados constitucionales, los derechos de los convenios internacionales ratificados por Colombia y las teorías desarrolladas en el Siglo XX sobre las posibles formas de solucionar los casos difíciles, encaminados a mesurar la aplicación del principio de la jurisdicción rogada.

Lo expuesto no significaría una interpretación extrema de ilegalidad de las actuaciones de las entidades estatales, pues dicha concepción iría en contra de las bases que formaron el Estado de Derecho, sino simplemente un equilibrio de las cargas probatorias acorde con los postulados constitucionales.

Al modificarse la carga de la prueba que atañe al principio de legalidad, carecería

de sentido la existencia del principio de la jurisdicción rogada, por cuanto el juez, al tenor del papel activo que debe ejercer, tendría la obligación de realizar un estudio íntegro de las situaciones fácticas puestas en su conocimiento. Y en consecuencia, entrar a restablecer los derechos vulnerados sin más limitaciones que lo efectivamente probado dentro del proceso.

En el tema específico del concepto de las normas violadas, sumado al hecho de la presunción de legalidad de los actos administrativos, la jurisprudencia justifica la necesidad de indicar las razones de inconformismo del accionante considerando que eso ayuda en la función del administrador de justicia al delimitar su “campo de estudio debido a que carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo es dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración”¹⁹¹.

Al respecto, es pertinente indicar que esas afirmaciones actualmente no tienen respaldo ni jurídico ni práctico, toda vez que con las modernas herramientas tecnológicas el acceso a las normas nacionales o los decretos departamentales dejó de ser una excusa que ampare el carácter rogado de la jurisdicción administrativa, de tal forma que, no puede alegarse un desconocimiento normativo de ninguna índole, más aún cuando generalmente se presentan demandas en bloque sobre un mismo tema. Circunstancia que hace más que evidente la instrucción del juez en los asuntos que son puestos en su conocimiento.

Como quiera que el único y legítimo fin que justifica la existencia de los despachos judiciales es la justicia que se le imparte al ciudadano, debe limitarse a su mínima expresión excusas que buscan disculpar su real aplicación.

Sin embargo, para evitar que el juez deba hacer el trabajo que le corresponde a los profesionales del derecho que representan los intereses del demandante, es necesario que aquel acuda a sus poderes sancionatorios cuando advierta una actitud pasiva y negligente de los abogados.

Dado que la jurisdicción administrativa no dispuso una normatividad especial de los poderes sancionatorios del juez, es necesario remitirnos al Código General del Proceso, que consagró en el artículo 42 los deberes y poderes de los jueces, dentro de los cuales en el numeral 3º se indica:

“Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad,

¹⁹¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia marzo 23 de 2006. Proceso 4164-04. C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal¹⁹².

Ello permite, que el juez pueda de forma directa sancionar las conductas que no sean acordes con el buen desempeño de la profesión, como sería el caso de presentar demandas sin los requisitos y exigencias mínimas de técnica jurídica que prevé el estatuto procesal. También podría compulsar copias ante la jurisdicción disciplinaria por constituir faltas a los deberes profesionales del abogado actuaciones como: la inobservancia a la ley; por no conocer, promover y respetar las normas consagradas en el código disciplinario; no actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión; no colaborar leal y legalmente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado, entre otros.

La labor de la recta y cumplida realización de la justicia solamente se logra cuando cada una de las partes desempeña a cabalidad las cargas procesales que les son impuestas dentro del desarrollo del litigio, de manera que, para el sujeto activo significa interponer una demanda con la mayor claridad y precisión posible y aportar las pruebas que tengan en su poder, a su vez, el sujeto pasivo debe fundamentar jurídicamente las razones que conllevaron a la entidad a denegar el reconocimiento del derecho alegado y demostrar con pruebas que tomaron la decisión aplicando la normas correspondientes al caso concreto.

Ahora, sin duda, el papel más importante lo cumple el juez, quien desde su posición tiene el deber de impartir justicia, más allá de las simples formalidades, razón por la que no puede limitarse solamente a tomar decisiones con los argumentos o pruebas inicialmente presentados, por el contrario al apreciar carencias argumentativas o probatorias tiene la facultad de requerir a la parte que tiene la facilidad de allegar las pruebas necesarias para tal fin.

Pero es precisamente en esa facultad o potestad donde encontramos una inercia del poder judicial, una pasividad que desconoce o disminuye la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, según se observó en el capítulo tercero, la jurisprudencia del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción administrativa sigue encaminada a dar prevalencia al principio de la jurisdicción rogada, no existen sentencias con la carga argumentativa necesaria y suficiente ante la colisión de principios, toda vez que se enfocan en la prioridad de la jurisdicción rogada sin hacer un análisis de fondo de los derechos fundamentales que se ven afectados con esa decisión.

Desafortunadamente esa postura es la que permite afirmar que en tratándose de la nulidad de actos administrativos, la regla general es dar primacía al principio de jurisdicción rogada sobre cualquier otro principio o derecho considerado de rango

¹⁹² CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 1564, Op. cit., art. 42.

fundamental, careciendo de total aplicación las teorías de ponderación. Es en ese punto donde es necesario un fortalecimiento de la estructura de las sentencias judiciales, pues los considerandos no dan suficientes razones que justifiquen la decisión.

Una decisión judicial se considera justificada (o bien fundamentada) si el argumento cuya conclusión expresa el contenido de dicha decisión es un buen argumento, o como se dice de forma más técnica, si dicho argumento es sólido¹⁹³. En ese orden de ideas, la jurisprudencia administrativa, no está observando en debida forma la afectación de derechos fundamentales como lo indicó la Corte Constitucional, ni mucho menos aplicando las teorías de ponderación.

Si bien es cierto que, las reglas y principios varían dependiendo de la sociedad, sus costumbres y cultura, razones que conllevan obviamente a evaluar las premisas fácticas y normativas dependiendo del ambiente en que se desarrollen. Es necesario observar, como lo refiere Bernal Pulido¹⁹⁴ que pueden presentarse premisas en un primer lugar ligadas al concepto de persona definido por el sistema jurídico y político de su entorno social, en las que prevalecerá las concepciones morales de cada individuo, o de otra parte, factores como la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance o continuidad con que la medida afecte o satisfaga los principios enfrentados.

Los principios no solo hacen parte del derecho positivo, en la medida en que son normas generalmente previstas en la Constitución, y a menudo en la ley, que aguardan para ser interpretadas y aplicadas, sino que también hacen parte de la aplicación del derecho, es decir, que el juez al momento de resolver un caso concreto debe, no solo aplicar los principios en tanto que normas positivas - lado pasivo de los principios -, sino que se debe valer de ellos como instrumento o mecanismo para argumentar racionalmente la decisión - lado procedimental o activo de los principios -, sobre todo, pero no exclusivamente, en tratándose de aplicación de las reglas en los casos difíciles, pues en éste último caso, esos principios sirven de apoyo para la búsqueda de una interpretación lo más justa posible. Es en el uso de los principios al argumentar y fallar, donde se funden derecho y moral en la aplicación del primero¹⁹⁵.

Si bien es cierto, la teoría de la ponderación de principios constitucionales ha tenido alguna acogida en las decisiones judiciales, también lo es que no goza de una aceptación absoluta. Pese a las falencias que este sistema pueda tener, su

¹⁹³ BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Argumentación judicial: Construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2006. p. 17.

¹⁹⁴ BERNAL PULIDO, El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho, Op. cit., p. 37-38.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier. La decisión judicial. T. I. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2011. p. 444.

implementación exige una carga argumentativa razonable en las sentencias, donde el poder de decisión judicial tiene el deber de abarcar todos los aspectos demostrados y debatidos dentro del proceso sin importar si fueron o no pedidos en la demanda. Pues más allá de ello, el derecho no es una ciencia que tenga verdades absolutas y la solución depende de las particularidades de cada caso.

El estudio integral de los elementos que rodean un proceso (pretensiones, argumentos, pruebas), de ninguna manera contraviene derechos como el debido proceso o contradicción, pues con la ampliación de términos para contestar la demanda - 55 días - consagrado en el CPACA, las entidades accionadas tienen actualmente tiempo más que razonable para ejercer una debida defensa de los intereses que representan.

Sin duda alguna, el avance sobre el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales debe ser un límite infranqueable de cualquier otro principio, incluyendo por supuesto el principio de jurisdicción rogada.

El diálogo mucho más frecuente en la actualidad entre los tribunales nacionales y los internacionales, han propiciado el desarrollo en materia de protección a los derechos humanos, lo cual ha implicado flexibilizar principios como el de congruencia y el de jurisdicción rogada.

Por ello, el Consejo de Estado a través de todas sus secciones no sólo de la tercera, debe comprender que estamos en una era de la constitucionalización del derecho o lo que es mejor aún la protección multinivel de los derechos, lo que implica que estos deben protegerse en cualquier instancia nacional o, en su defecto, internacional. Si al dar aplicación estricta al principio de la jurisdicción rogada, se desconocen los derechos de los ciudadanos, es claro que la administración de justicia no está cumpliendo con sus fines. De allí que el juez administrativo debe adquirir un papel mucho más activo en la protección y garantía de los derechos previstos en la carta política y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Ciertamente, el juez administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias señaladas por el derecho internacional de los derechos humanos¹⁹⁶. Bajo este propósito, entonces, la jurisprudencia debe fijar unas subreglas o pautas que le impongan al juez dejar de lado la potestad caprichosa y a veces arbitraria de no hacer una ponderación efectiva de los derechos enfrentados para analizar de forma razonada y proporcionada los asuntos puestos a su consideración, donde hacer uso de la potestad de acudir a la carga dinámica de la prueba, se convierta en la regla general.

¹⁹⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de octubre 19 de 2007. Radicado: 29273. M. P. Enrique Gil Botero.

Por lo tanto, es necesario de un lado, que el juez sea un sujeto activo conocedor de la importancia e incidencia que tiene en sus decisiones el reconocimiento material de los derechos fundamentales para quienes acuden a los estrados judiciales y de otro, que los profesionales del derecho aporten en sus demandas una carga argumentativa sólida que le exija al juez, de igual forma, pronunciarse de fondo sobre las diferentes razones que conllevan a conceder o negar un derecho.

Lo anterior, por cuanto la administración de justicia no puede justificar la desprotección de los derechos fundamentales basados en principios simplemente formales como el de la jurisdicción rogada, dado que ello conllevaría al desconocimiento del ordenamiento constitucional a nivel interno y de los convenios internacionales a nivel externo.

En este aspecto cumple una labor importante la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, institución que capacita a los funcionarios judiciales, para que dentro de sus módulos y cursos promuevan la aplicación de fundamentos garantistas para la protección de los derechos fundamentales exigiendo con mayor rigorismo argumentos sólidos dentro de la estructura de las sentencias como forma de contrarrestar decisiones emitidas con aspectos meramente formales.

5. CONCLUSIONES

El contexto internacional, con todos sus acontecimientos sociales y jurídicos, especialmente en los dos últimos siglos, permitieron en el ámbito nacional la formación de un modelo de Estado basado en políticas que promulgaban la consagración y consolidación de nuevos derechos, al mismo tiempo que implementaba mecanismos para su protección.

La transformación del paradigma constitucional basado en el fortalecimiento de los derechos fundamentales creó la necesidad de adaptar los marcos legales que regían los trámites procesales sometidos al conocimiento de la administración de justicia.

Como quiera que el Código Contencioso Administrativo fue expedido en el año 1984, sus postulados estaban adaptados a las políticas existentes en aquella época. Sin embargo, en Colombia los derechos fundamentales adquirieron a partir de la Constitución de 1991, una nueva connotación en el ámbito jurídico que obligó a las diferentes instituciones del Estado a garantizar su protección en todas y cada una de las actuaciones que realizaba. En otras palabras, se dio inicio a una nueva etapa de constitucionalización del derecho, que permeaba cada actuación administrativa o judicial.

La finalidad de dicha consagración es la realización efectiva de los derechos reconocidos, de manera que, todas las actuaciones del Estado son irradiadas por la prevalencia de los derechos fundamentales. Sin lugar a dudas, esa prevalencia se convierte en el engranaje que une cada pieza de la estructura estatal, siendo necesaria para su fortalecimiento y elemento indispensable para legitimar políticas formadas en pensamientos democráticos. Es por ello que, el juicio de validez de las leyes se hace en directa confrontación con los postulados constitucionales, por lo que al evidenciarse algún tipo de transgresión en estos la consecuencia directa sea la inexecutable de dichas disposiciones; criterios que sin duda alguna rige en la mayoría de tribunales constitucionales del mundo.

Por ello, la jurisprudencia nacional fue acompasando los principios constitucionales con las normas propias de cada juicio, situación a la que no fue ajena la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a pesar del excesivo rigorismo que impetraba en sus decisiones. El papel que juega el juez es de tal importancia que ese valor supremo de administrar justicia, debe ser debidamente sustentado, más aún cuando con sus decisiones se afectan derechos fundamentales.

El principio de legalidad bajo la estela de presunción de que las actuaciones de la administración son ajustadas a la ley, permitió el surgimiento del principio de la jurisdicción rogada imperante en los juicios propios del derecho administrativo. El fortalecimiento de dicho principio conllevó a una limitación del acceso a la

administración de justicia en la jurisdicción contenciosa, si bien en un inicio, el principio de la jurisdicción rogada tuvo su importancia y utilidad en la medida en que reducía el campo normativo de estudio y valoración del juez, con el desarrollo de los derechos fundamentales, aquél principio tiene el deber social de ceder ante estos. No obstante, en la práctica no ha sido totalmente así.

El propósito del presente trabajo estaba enfocado en demostrar como el principio de la jurisdicción rogada existente en la jurisdicción administrativa limita el acceso a la administración de justicia y el debido proceso, afectando con ello el reconocimiento de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Para verificar la hipótesis planteada se analizó desde el año 2005 al 2015 la jurisprudencia del Consejo de Estado, identificando los fundamentos jurídicos en la ponderación de derechos y principios que entraron en colisión con el carácter rogado, donde se evidenció que ese principio abarcaba no solamente la obligatoriedad de exponer las normas violadas y el concepto de violación conforme lo disponía el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, requisito que se mantuvo en el numeral 4 del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sino también la carga procesal de que el interesado pidiera todo aquello, a lo que creía tener derecho, como por ejemplo definir claramente los actos acusados de ilegalidad o la forma de restablecimiento del derecho.

Lo anterior, adquirió mayor relevancia en la medida en que si para la aplicación del principio *iura novit curia* que le otorga un mayor margen de acción al juez para resolver la controversia, era imperativo respetar el principio de la congruencia de la sentencia y con ello el marco de la relación procesal en cuanto a los sujetos, el objeto y la causa, con mayor razón el juez administrativo debía atender las pretensiones de la demanda y aquellos aspectos contenidos implícitamente en ellas.

Las teorías de formación de reglas, principios, derechos y la ponderación de aquellos expuestas por juristas como H.L.A Hart, Ronald Dworkin y Robert Alexy, contribuyeron en forma notable en la labor judicial, como una herramienta argumentativa que permitió discernir que esos postulados no son absolutos ni contienen una fórmula matemática que permitan una única respuesta, sino que todo depende de las condiciones fácticas de cada caso, para que el juez realice una ponderación razonable de su aplicación. Que las decisiones no pueden ser producto de la discrecionalidad del administrador de justicia, sino que deben obedecer a un análisis serio de los derechos cuya protección se pretende para escoger la interpretación más apropiada.

El análisis de constitucionalidad del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, mediante el cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de esa disposición a la posible afectación de derechos

fundamentales, obligó al juez a tener una visión más amplia de los asuntos que debía resolver, para integrar con sus decisiones, el nuevo esquema constitucional fijado a partir del año 1991 al amparo de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho encaminado a una real y efectiva protección del ciudadano como eje central de la sociedad.

Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido un avance significativo para la protección de algunos derechos fundamentales con posterioridad al año 2005, ese garantismo se ha visto reflejado en las decisiones de la sección segunda debido a los asuntos de índole laboral que atiende, por cuanto la protección otorgada correspondió de un lado, por tratarse de temas pensionales y, de otro, porque los sujetos en su gran mayoría ya han adquirido otra categoría especial de protección constitucional por ser personas de la tercera edad.

Por lo tanto, básicamente en asuntos pensionales es donde efectivamente se ha visto una evolución tendiente a abandonar la rigidez del principio rogativo de la jurisdicción para dar paso a una materialización real de la justicia bajo los postulados constitucionales.

El estudio jurisprudencial demostró que principios como la favorabilidad, la inescindibilidad, la legalidad, la universalidad y derechos como el acceso a la administración de justicia, el derecho sustancial sobre el procesal y la seguridad social, entre ellos mismos, o con el principio de la jurisdicción rogada son los que tienen un mayor margen de enfrentamiento. Sin embargo, es importante recalcar que el carácter rogado de la justicia administrativa se sigue manteniendo en las decisiones del Consejo de Estado, situación que constituye un eventual desconocimiento y una limitación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En efecto, en una reciente decisión de mayo de 2016, la sección primera del Consejo de Estado consolidó dicha tesis cuando decidió declarar probada la excepción de ineptitud de la demanda considerando que:

“... con la simple lectura del precario escrito de demanda para evidenciar no solo la falta de técnica con que fue confeccionado, algo en lo que la jurisprudencia administrativa ha sido flexible habida cuenta del carácter público de la acción de nulidad simple y de la efectividad del derecho consagrado por el artículo 229 de la Constitución en juego con la interposición de este medio de control, sino también **la completa ausencia del concepto de la violación de las normas superiores señaladas de haber sido vulneradas** por el acto atacado...”

No puede esta Corporación perder de vista que la Justicia Administrativa es rogada, que los actos administrativos que se acusan ante ella se presumen ajustados a la Constitución y a la Ley, y que la

primera de las cargas que asume quien acude a ella en sede de anulación de un acto administrativo es la de exponer de manera clara, adecuada y suficiente las razones por las cuales estima que la decisión demandada incurre en el cargo señalado.

Esto, por cuanto de acuerdo con lo previsto por el artículo 137.4 CCA, toda demanda que se interponga ante esta jurisdicción, cuando se dirija contra un acto administrativo, debe **indicar las normas violadas y explicar el concepto de la violación**¹⁹⁷.

Concluyó que pese a indicarse en el apartado de “Fundamentos fácticos” de la demanda algunas disposiciones constitucionales y reglamentarias como infringidas la parte actora no ofrecía explicación alguna sobre la manera como el acto acusado vulneraba tales previsiones. Dijo además que:

“... una adecuada definición del concepto de la violación depende que la parte demandada tenga certeza de cuáles son los motivos por los que se le lleva a juicio, condición indispensable para una defensa acorde con la garantía del artículo 29 de la Constitución, y que el juez adquiera una comprensión adecuada de la controversia, aspecto esencial para fijar el litigio dentro de los contornos señalados por las partes en sus pretensiones, excepciones y razones de defensa, conforme lo exige el debido proceso constitucionalmente impuesto”¹⁹⁸.

Los parámetros expuestos por la Corte Constitucional al momento de declarar la exequibilidad condicionada estimando la exigencia de las normas violadas como la necesidad de una carga mínima, razonable y proporcionada, significó que en la mayoría de casos se encuentre justificada la aplicación del principio de la jurisdicción rogada, sin un análisis de fondo de los derechos fundamentales que pueden verse afectados con la decisión, como se vislumbró en el panorama jurisprudencial expuesto en el capítulo tercero, no existe una carga argumentativa sólida de ponderación de los principios o derechos que entran en colisión.

Si bien es cierto que, ésta jurisdicción debido a su especialidad, tiene una técnica jurídica de mayor exigencia en los requisitos de la demanda, también lo es que, la Administración a través de sus diferentes entidades es la más irrespetuosa de los derechos fundamentales, razón por la que sería necesario y conveniente la implementación de nuevas cargas probatorias para los sujetos procesales que permitieran a las accionadas demostrar que actuaron conforme a la Constitución y a la Ley al momento de materializar su voluntad con actos administrativos.

¹⁹⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia de mayo 05 de 2016. Proceso 2010-00260-01. C. P. Guillermo Vargas Ayala.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

Las situaciones fácticas descritas logran demostrar la hipótesis planteada en la presente investigación, pues sin lugar a equívocos las sentencias donde ha imperado la aplicación del principio de la jurisdicción rogada vulnera derechos fundamentales que van más allá del debido proceso en un simple trámite, por cuanto se están afectando de forma considerable e irreparable derechos de tipo laboral como el trabajo, la seguridad social y el mínimo vital y móvil que se ve reflejado en otros derechos como la igualdad, la vida en condiciones dignas y el acceso efectivo a que la justicia estudie de fondo sus reclamaciones y restablezca los agravios ocasionados por las entidades estatales.

La Administración de Justicia como función pública se encuentra regida por el principio de prevalencia de lo sustancial, circunstancia que hace necesario que si las leyes no se encuentran acompasadas con los derechos y garantías constitucionales, sea el juez quien realice una interpretación sistemática de las normas para hacer prevalecer la justicia.

Por último y cuando se pensaba que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo implicaría reformas sustanciales en este sentido, las modificaciones de tipo procesal introducidas no fueron acordes con los principios consagrados en la Constitución, pues el formalismo de enunciación de normas en el concepto de violación se mantuvo y dejó a la discrecionalidad de los jueces el estudio sobre la afectación o no de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVA NACIONAL

CONGRESO DE COLOMBIA. Decreto 1400. (6, agosto, 1970). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Bogotá, 1970. no. 33.150.

_____. Decreto 1. (2, enero, 1984). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, 1984. no. 36.439.

_____. Ley 11237. (22, enero, 2007). Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado. Diario Oficial. Bogotá, 2007. no. 46.519.

_____. Ley 1437. (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, 2011. no. 47.956.

_____. Proyecto de Ley 196 de 2011 Cámara. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Gaceta del Congreso. Bogotá, 2011. no. 119.

_____. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. no. 48.489.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991.

CONVENIOS INTERNACIONALES

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belém Do Pará.

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte.

Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-070 de febrero 25 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-295 de 1993 de julio 29 de 1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-225 de 1995 de mayo 18 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-874 de septiembre 30 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia T-741 de agosto 06 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia SU-768 de octubre 16 de 2015. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

_____. Sentencia C-086 de febrero 24 de 2016. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia diciembre 18 de 1984. Proceso 4464. C. P. Simón Rodríguez.

_____. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de mayo 28 de 1992. Proceso 1992-N3016. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

_____. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de julio 03 de 1992. Proceso 1992-N5711. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia marzo 23 de 2006. Proceso 4164-04. C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de septiembre 28 de 2006. Proceso 2001-01961-01. C. P. Jaime Moreno García.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de junio 05 de 2007. Proceso 2000-00506-01. C. P. Jaime Moreno García.

_____. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de octubre 19 de 2007. Radicado: 29273. M. P. Enrique Gil Botero.

_____. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Sentencia de junio 05 de 2008. Proceso 2002-00963-01. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

_____. SECCIÓN CUARTA. Sentencia de junio 08 de 2008. Proceso 2001-03541-01. C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de agosto 06 de 2008. Proceso 2001-00869-01. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

_____. SECCIÓN CUARTA. Sentencia de diciembre 11 de 2008. Proceso 2004-00484-01. C. P. Lilia López López.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de mayo 21 de 2009. Proceso 2002-01586-01. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de julio 30 de 2009. Proceso 2000-02298-01. C. P. Bertha Lucía Ramírez.

_____. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia de enero 28 de 2010. Proceso 2003-00287-00. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de febrero 18 de 2010. Proceso 2000-02353-01. C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

_____. SECCIÓN QUINTA. Sentencia de abril 29 de 2010. Proceso 2007-00239-02. C. P. Filemón Jiménez Ochoa.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de marzo 04 de 2010. Proceso 2006-06441-01. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de marzo 25 de 2010. Proceso 2000-07769-01. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de agosto 19 de 2010. Proceso 2000-02501-01. C. P. Bertha Lucía Ramírez.

_____. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de febrero 14 de 2011. Proceso 1995-00916-01. C. P. Stella Conto Díaz.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de junio 23 de 2011. Proceso 2005-01756-02. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de octubre 24 de 2012. Proceso 1995-10178-01. C. P. Alfonso Vargas Rincón.

_____. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de enero 30 de 2013. Proceso 1999-00278-01. C. P. Stella Conto Díaz.

_____. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de febrero 28 de 2013. Proceso 1990-06951-01. C. P. Stella Conto Díaz.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de marzo 07 de 2013. Proceso 2013-00650-01. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

_____. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de Unificación de septiembre 11 de 2013. Proceso 1994-07654-01. C. P. Danilo Rojas Betancourt.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de febrero 13 de 2014. Proceso 2011-00130-01. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de febrero 13 de 2014. Proceso 2011-00359-01. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

_____. SECCIÓN CUARTA. Sentencia de marzo 27 de 2014. Proceso 2008-00777-01. C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

_____. SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de abril 09 de 2014. Proceso 2006-01595-01. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

_____. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia de mayo 05 de 2016. Proceso 2010-00260-01. C. P. Guillermo Vargas Ayala.

LIBROS Y REVISTAS

AGUILÓ REGLA, Josep. De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. En: BURGOS SILVA, Germán. Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿Para qué?, ¿Cómo?. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2007. p. 65-81.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

- ANDERSON, Perry. El estado absolutista. 18 ed. México: Siglo Veintiuno, 2005.
- ARNAIZ, Aurora. El estado y sus fundamentos institucionales. México: Trillas, 1995.
- BALBÍN, Carlos Francisco. Curso de derecho administrativo. T. I. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- _____. El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- _____. El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BLANQUER CRIADO, David. Derecho administrativo I: El fin, los medios y el control. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2010.
- BOBBIO, Norberto, Liberalismo y democracia. Santa fe de Bogotá. Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BODENHEIMER, Edgar. Teoría del derecho. Bogotá: Leyer, 2008.
- BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Argumentación judicial: Construcción, reconstrucción y evaluación de argumentaciones orales y escritas. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2006.
- BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRUNKHORST, Hauke. El legado filosófico de Hannah Arendt. Madrid: Biblioteca Nueva, 2006.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de Derechos humanos. En: Revista de Estudios Constitucionales. 2014. vol. 12, no. 1, p. 105-161.
- CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

CHARRY, Juan Manuel et al. Corte Constitucional y estado social de derecho. Medellín: Universidad de Medellín, 2007.

DE LA ROSA, Paola Liliana. El debido proceso, sus orígenes, su evolución y su reconocimiento en el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México. En: Alter Enfoques Críticos. Julio-diciembre, 2010. año 1, no. 2, p. 61-79.

DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo. Constitucionalismo social: Hacia un nuevo estado social y democrático de derecho. Bogotá: Instituto María Cano ISMAC, 2001.

DIEZ MORENO, Fernando. El estado social. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

DIEZ-PICAZO, Luis María. Sistema de derechos fundamentales. 2 ed. Pamplona, España: Arandazi, 2008.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 6 reimpresión. Barcelona: Ariel, 2007

FAVOREAU, Luis. Legalidad y constitucionalidad: La constitucionalización del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. Democracia y garantismo. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010.

_____. El garantismo y la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. Madrid: Trotta, 2001.

FORTI, Simona. El totalitarismo: Trayectoria de una idea límite. Barcelona, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo I. 11 ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

GARCÍA HERREROS, Orlando. Lecciones de derecho administrativo. Santa fe de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOZADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de derecho administrativo. Vol. I: Parte General. 15 ed. Editorial Tecnos, 2005.

GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo. Principios del derecho administrativo. Bogotá: ABC Editores, 2002.

GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. Los totalitarismos. Madrid: Síntesis, 2012.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. Fundamentos constitucionales de nuestro derecho administrativo. Bogotá. Ediciones Rosaristas, 1984.

GÜECHÁ, Ciro Nolberto. Derecho procesal administrativo. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de derecho. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

LAMPREA, Pedro Antonio. Práctica contenciosa y administrativa. Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.

LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. (ed.). Constitución y democracia: La cuadratura del círculo. Bogotá: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. T. 3: Pruebas. 2 ed. Bogotá: Dupre Editores. 2008.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2006.

_____. Interpretación constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario. Derechos fundamentales. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública, 1992.

_____. Estudios sobre derechos fundamentales. Bogotá. Defensoría del Pueblo. Tercer Mundo Editores, 1995.

MADRIÑÁN, Ramón Eduardo. El estado social de derecho. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

MODERNE, Franck. Apuntes de derecho administrativo comparado. Bogotá: Centro Editorial Rosarista, 2002.

MORESO, José Juan. El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

NAMEN VARGAS, Álvaro. Régimen Probatorio, nulidades e incidentes en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo. En: Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Memorias: Consejo de Estado, 2011.

NEUMANN, Franz. El estado democrático y el estado autoritario. Buenos Aires: Paidós, 1957.

OLANO GARCÍA, Alejandro Hernán. Preguntas y respuestas de derecho constitucional colombiano y teoría general del estado. Bogotá: Doctrina y Ley, 2002.

PECES - BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. Historia de los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2003.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo y garantismo: Una relación difícil. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez. 2007. no. 41, p. 237-257.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ NIÑO, Walter Fernando; ZAMBRANO SALAZAR, Laura Sofía y CEPEDA RODRÍGUEZ, Emerson Harvey. El impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano en la reparación a víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos. En: Eunomía. Revista en cultura de la legalidad. Octubre, 2015 - marzo, 2016. no. 9, p. 161-177.

PACHECO, Miguel Ángel. Constitucionalismo y garantismo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2007.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano: De la carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Temis, 2012.

RAMÍREZ ECHEVERRI, Juan D. Thomas Hobbes y el estado absoluto: Del estado de razón al estado de terror. Medellín: Universidad de Antioquia, 2010.

REVELO REBOLLEDO, Javier. Independencia judicial en tiempos de Uribe. En: Papel Político. Enero-junio, 2008. vol. 13. no. 1, p. 53-94.

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de administración pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de administración pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

RIVERO, M. Jean. El derecho administrativo francés en el mundo. En: Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo: La jurisdicción administrativa, máxima expresión de garantía ciudadana. Memorias. Medellín: Publigráficas, 1980.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina: Coloquio Conmemorativo del Bicentenario del Consejo de Estado Francés. Santa fe de Bogotá: Temis, 1999.

RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial: El debate Hart - Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. Derecho administrativo general. San José de Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia, 2002.

SÁCHICA, Luis Carlos. Derecho constitucional general. 4 ed. Bogotá: Temis, 2006.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Los derechos del hombre en la Revolución Francesa. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1956.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios del derecho administrativo. Vol. I. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

SCHMITT, Carl. Ensayos sobre la dictadura 1916-1923. España: Tecnos, 2013.

SERRA ROJAS, Andrés. Teoría del estado. México: Porrúa, 2003.

SOTELO, Ignacio. El estado social: Antecedentes, origen, desarrollo y declive. Madrid: Trotta, 2010.

STONE SWEET, Alec y MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La decisión judicial. T. I. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2011.

VALDÉS, Clemente. La invención del estado: Un estudio sobre su utilidad para controlar a los pueblos. México: Ediciones Coyoacán, 2010.

VALLESPÍN, Fernando. (ed.). Historia de la teoría política. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo. Bogotá: Presencia, 1996.

VIANA CLEVES, María José. Principio de confianza legítima en el derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. 13 ed. Bogotá: Legis Editores, 2008.

_____. Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas. Bogotá: Legis, 2008.

VILA CASADO, Iván. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. 2 ed. Bogotá: Legis Editores, 2012.

YOUNES JEREZ, Simón. Teoría del estado: Modelos históricos de estado. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2008.

YOUNES MORENO, Diego. Derecho constitucional colombiano. 12 ed. Bogotá: Legis Editores, 2012.

ZARINI, Helio Juan. Derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1992.

INTERNET

FUNDACIÓN WIKIMEDIA. John Austin (jurista) [en línea]. s.l.: El autor, 2015. [citado el 16-06-15]. Disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/John_Austin_\(jurista\)](https://es.wikipedia.org/wiki/John_Austin_(jurista))

MAYANS OLACHEA, Mario Alfonso y PERFECTO RUIZ, Alejandra. Grandes abogados de la historia parte 2 [en línea]. s.l.: Wordpress.com, 2011. [citado el 28-05-15]. Disponible en: <https://mayansyperfectoabogados.wordpress.com/2011/01/29/grandes-abogados-de-la-historia-parte-2/>