



# Derecho público en el siglo XXI

Regulación del mercado, contratación pública  
y derechos humanos

Jaime Cubides Cárdenas • Julián Enrique Pinilla Malagón  
Jheison Torres Ávila • Germán Vallejo Almeida

**PÚBLICO 15**

IUS-Público es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del Derecho Público actual; propicia y abre espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a nuestra sociedad en lo pertinente al Derecho TIC, el Derecho Internacional, el Derecho Constitucional o el Derecho Administrativo.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en el Derecho Público, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y la mejora del sector público a escala nacional e internacional.

#### OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

- Perspectivas del constitucionalismo
- Pensar el derecho como derecho virtual
- La transparencia y el buen gobierno: una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales
- Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia
- Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia
- El derecho a la buena administración electrónica

**JAIME CUBIDES CÁRDENAS.** Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y magíster en Docencia e Investigación de la Universidad Sergio Arboleda. Doctorando en Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Líder, profesor e investigador del grupo de investigación: “Persona, instituciones y exigencias de justicia” del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

**JULIÁN ENRIQUE PINILLA MALAGÓN.** Abogado y profesor de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derecho, especialista en Derecho Constitucional, especialista en Derecho Público, especialista en Docencia Universitaria. actualmente se encuentra realizando cursos de doctorado en la Universidad de Buenos Aires.

**JHEISON TORRES ÁVILA.** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia con maestría en Derecho y doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante (España). Director de proyectos en instituciones como la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior y el PNUD. Ha sido consultor en la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), el Ministerio de Justicia, la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (ERLB) y la Superintendencia de Servicios Públicos. Profesor de las Universidades Católica de Colombia, Rosario, Andes, Santo Tomás y Nacional de Colombia.

**GERMÁN VALLEJO ALMEIDA.** Abogado. Magíster en Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona y Doctorado (PhD). Ha trabajado en el Ministerio de Justicia, la Presidencia de la República y la Organización de Estados Americanos OEA. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño, profesor del Externado y actualmente se desempeña como profesor e investigador de planta de la Universidad Católica de Colombia.

Jaime Cubides Cárdenas • Julián Enrique Pinilla Malagón  
Jheison Torres Ávila • Germán Vallejo Almeida

# Derecho público en el siglo XXI

## Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos

**D**  
**PÚBLICO 15**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

Cubides Cárdenas, Jaime

Derecho público en el siglo XXI : regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos / Jaime Cubides Cárdenas, Julián Enrique Pinilla Malagón, Jheison Torres Ávila y Germán Vallejo Almeida.—Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2016  
136 páginas.-- (Colección : JUS Derecho público; no. 15)

ISBN 978-958-8934-38-9 (impreso)

ISBN 978-958-8934-39-6 (digital)

I. Título II. Serie III. Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso IV. Pinilla Malagón, Julián Enrique V. Torres Ávila, Jheison VI. Vallejo Almeida, Germán

1. Derecho público-Siglo XXI 2. Derecho internacional-Siglo XXI. 3. Derechos civiles-Siglo XXI

Dewey. 342. SCDD ed. 21

### **Proceso de arbitraje**

1er concepto

Evaluación: 14 de junio de 2016

2do concepto

Evaluación: 6 de julio de 2016

© Universidad Católica de Colombia

© Jaime Cubides Cárdenas  
Julián Enrique Pinilla Malagón  
Jheison Torres Ávila  
Germán Vallejo Almeida

Primera edición, Bogotá, D. C.  
Noviembre de 2016

#### *Dirección Editorial*

Stella Valbuena García

#### *Coordinación Editorial*

María Paula Godoy Casasbuenas

#### *Corrección de estilo*

Gabriela de la Parra M.

#### *Diseño de colección*

Juanita Isaza

#### *Diagramación*

Mauricio Salamanca

#### *Publicación digital*

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

#### *Impresión*

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

#### **Facultad de Derecho**

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

#### **Editorial**

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

## CONTENIDO

<b>PRÓLOGO</b> .....	7
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9
<b>Capítulo 1. La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado</b> .....	13
Introducción.....	13
Una aproximación al modelo Estado regulador .....	15
Estado gendarme.....	15
Estado intervencionista.....	16
Estado regulador.....	17
¿Qué es la regulación?.....	20
La captura regulatoria.....	21
Fallas del mercado. Mi beneficio es su coste .....	22
Inestabilidad de los ciclos económicos.....	22
La existencia de bienes públicos .....	24
Las externalidades .....	24
La competencia imperfecta.....	26
La distribución desigual de la renta.....	28
Los sesgos cognitivos .....	30
Conclusiones .....	34

## **Capítulo 2.** La etapa contractual en los negocios de la administración.

Estudio de las figuras jurídicas reguladas por el estatuto general de contratación .....	37
Introducción.....	37
Breve mención del proceso de formación de voluntad de la Administración .....	38
Etapa contractual .....	43
Plazo de ejecución .....	43
Anticipo y pago anticipado.....	44
Mayor cantidad de obra y obra complementaria o adicional.....	46
Mayor cantidad de obra .....	46
Obra adicional o complementaria.....	48
Plazo de liquidación .....	63
Conclusiones .....	64

## **Capítulo 3.** Las políticas del recuerdo: el caso chileno .....

El caso chileno: construcción de la verdad colectiva y prácticas de reparación simbólica .....	66
Comisión nacional de prisión política y tortura o Comisión Valech.....	74
Garantías de no repetición y medidas de prevención .....	77
Gestos simbólicos de reconocimiento y encuentro .....	79
Reconocimiento de la memoria .....	79
Creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos.....	80
Conclusión.....	82

## **Capítulo 4.** El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina .....

Introducción.....	83
Acercamiento dogmático-constitucional.....	85
Control de constitucionalidad en Colombia. Un análisis histórico jurídico 1811-1991 .....	85
Constitución de Cundinamarca de 1811 y 1812 .....	86
La Gran Colombia. Constitución de Cúcuta de 1821 .....	87
Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832.....	89
Constitución de la Nueva Granada de 1843 .....	92
Constitución Política de 1853.....	93
Constitución Política de 1858.....	94
Constitución Política de 1863: en el marco de un Estado federado .....	95
Constitución Política de 1886 .....	96
Acto Legislativo 03 de 1910.....	99
El control de constitucionalidad en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 .....	100

Control de convencionalidad en Colombia .....	102
La Constitución de 1853. El control de constitucionalidad en Argentina .....	105
Antecedentes de la Constitución argentina de 1853 .....	106
Control de constitucionalidad en la Constitución de 1853 .....	112
Inclusión de la Carta de derechos sociales en la Constitución de 1857 .....	114
La reforma constitucional de 1994 .....	115
Conclusiones .....	120
<b>Bibliografía</b> .....	<b>123</b>



## PRÓLOGO

Al tener en cuenta que la función principal de todo escrito es la de establecer un lazo entre el autor y el interlocutor, se presenta este texto, como un escrito académico resultado de investigación, que relaciona diferentes áreas del Derecho Público en el marco del ordenamiento jurídico colombiano.

Encontramos un nexo concomitante en la interacción de la Economía, la Política y el Derecho, como herramientas de regulación e intervención del Gobierno central en la economía: la capacidad que tiene el Derecho como mecanismo de control social dentro de un sistema económico y factor determinante en el momento de mostrar el vínculo entre una actividad comercial y los mecanismos de control e intervención gubernamental.

La Economía de mercado, junto con los principios de la Administración pública, permite forjar y desarrollar las reglas básicas de la contratación estatal para proveer, satisfacer y ejecutar las políticas públicas de un país en desarrollo.

Abordamos el tema de los derechos humanos, en lo que respecta a su violación y la no aplicación plena de un sistema jurídico por parte de una dictadura chilena que, en su momento, cometió todos los abusos posibles y, con la aplicación de un Soft Law, se libra de la mayor parte del castigo y deja un cierto sabor a impunidad. Se extiende ese ejercicio experimental y casuístico al caso colombiano, con la intención seria de poner fin a un conflicto.

Por último, se ofrece el análisis sobre el control de constitucionalidad, que examina la construcción dogmática en un ejercicio de Derecho comparado entre dos Naciones: Colombia y Argentina.

En una segunda etapa, este texto nos lleva a acercarnos a grandes reflexiones que se presentan en el Derecho Público actual de gran relevancia para nuestro Estado.

Profesora Dora Yamile Naged M.  
Universidad Católica de Colombia.  
Bogotá, mayo 29 de 2016

## INTRODUCCIÓN

Sería extraño encontrar un escrito en el área del Derecho que no pretenda diseñar o promover nuevas estructuras jurídicas que lleven a la sociedad a hacer cambios profundos acordes con las conveniencias sociales de cada país. Esta obra no es la excepción: veremos al Derecho cumplir su labor por excelencia, que es servir como mecanismo de control social.

En el Derecho Público existen similitudes y diferencias dignas de análisis que se presentan en el campo jurídico, cultural y social de América Latina. Es el caso de la observancia del poder en manos del Estado, enfocado en la forma en la que se ejerce y en que no debe limitarse al otorgamiento de derechos, sino que debe incluir en esta veeduría el seguimiento de las políticas públicas que garanticen el equilibrio, la transparencia y el buen uso de los recursos del Estado. Para ello, puede valerse de la creación de órganos, agencias y entes de control que regulen y vigilen las facultades y los derechos otorgados por la Administración pública, sin que generen monopolios, corrupción o celebraciones indebidas de contratos con la Administración y el sector privado, entre otras. Asimismo, tampoco se puede permitir que el ejercicio del Derecho Privado y las relaciones que regula este por encima de la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado.

Al respecto, se pueden analizar escritos como el de Juan Rulfo que, en su libro *Pedro Páramo*, no solo nos pinta una impresión cultural propia de su país de origen, sino que también logra que el lector de cualquier país de América Latina

se identifique con lo que expresa en sus páginas. Vemos que la situación de su primer escrito revisa la captura regulatoria como la colusión entre el regulador y la empresa o industria que regula.

Autores de Economía como George Stigler hacen un paréntesis en este tema y muestran que, a pesar de que la industria regulada se convierte en consumidora de ventajas políticas, intenta de inmediato aprovechar esa regulación y asumir de alguna forma el control de la misma.

A partir de este tipo de regulaciones surge uno de los entes más regulados —que es la contratación estatal—, con el Estado como prestador de servicios, en busca de aminorar la corrupción y lograr una mayor eficiencia con los recursos con los que este cuenta. Tal regulación parte del Derecho Administrativo, sin importar el tipo o tamaño del Estado; el control ejercido sobre esos entes económicos, contraten o no con el Estado, queda en entredicho con el favorecimiento político que se hace a algunas empresas. Estos casos han sido nombrados en América Latina; no muy lejos tenemos que el 6 de diciembre de 1928 un regimiento de las Fuerzas Armadas de Colombia abrió fuego contra un número indeterminado de manifestantes que protestaban por las pésimas condiciones de trabajo en la United Fruit Company, que gozaba de la protección política por parte del Gobierno de la época.

Esto nos acerca al tema del aprovechamiento de la legislación existente o de la modificación de la misma para favorecer a algunas empresas, que lleva al uso del poder coercitivo del Estado para beneficiar los intereses de particulares, de donde surgen las preguntas: ¿Es el Estado responsable de proteger a la sociedad o a los intereses de una minoría? ¿Dónde quedan los mecanismos creados dentro del contexto contencioso administrativo para evitar estos eventos?

Al adentrarnos en la parte jurídica y en problemas de investigación vinculados a diferentes áreas del Derecho público, en particular al Derecho Administrativo y Constitucional, se encuentra que si bien un sistema jurídico es un mecanismo de control social, también puede ser usado no solo por cualquier persona, sino también por algunos elementos dentro del mismo Estado que buscan el provecho del particular e individual por encima del bien común.

En la parte final tenemos un escrito sobre el actual proceso de paz en Colombia. Permite reflexionar acerca de que, después de más de cincuenta años de guerra, la sociedad se encuentra con un odio generalizado de parte de los dos principales

antagonistas y plantea que solo se puede lograr la paz con la iniciativa de perdón y olvido y con mecanismos que garanticen la no repetición de estos fenómenos.

El conflicto y la dinámica social son el espiral; los actores cambian, pero el conflicto siempre existirá si no se diseñan estrategias que conduzcan a una reparación y a lo que la sociedad protagonista denomine justicia.

Para analizar el contexto del conflicto se debe hacer una lectura analítica, comparativa e histórica, si lo que se pretende es ampliar el panorama de manera objetiva para ver las falencias y posibles soluciones.

Este libro es producto del trabajo investigativo del grupo Derecho público y TIC-Fundamentación e implementación de los derechos humanos para la línea Derecho administrativo-Personas, instituciones y exigencias de justicia en el marco de la fase 1 del proyecto “Grandes transformaciones del derecho”.



# LA CAPTURA REGULATORIA Y SU RELACIÓN CON LAS FALLAS DEL MERCADO\*

Germán Vallejo Almeida

*Si una empresa produce un bien determinado en un ambiente competitivo, lo hace porque el valor de ese bien para la sociedad es mayor que el costo social que implica producirlo.*

*Case y Fair, 1997, p. 314*

## Introducción

Los cambios sociales influyen en el diseño de las reglas y estructuras que adoptan los ordenamientos jurídicos. La globalización e internacionalización han modificado las normas, no solo del Derecho Privado —en la medida en que las han hecho más flexibles para facilitar las transacciones comerciales—, sino del Derecho Público, en general, y del Derecho Administrativo, en particular.

Desde el advenimiento del Estado de Derecho se han implementado diversos modelos de administración pública con la intención de respetar y satisfacer los derechos y las libertades que les han sido reconocidos a los asociados. Cabe

.....  
\* Este capítulo contiene resultados del proyecto de investigación “Grandes transformaciones del Derecho Público en la actualidad. Fase I”, en desarrollo de la línea de Derecho Administrativo, del grupo Derecho Público y TIC, del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

señalar que la redefinición del rol de la Administración y de sus mecanismos de acción, desde del Estado de policía hasta el Estado regulador, han sido guiados por distintas realidades sociales.

La revolución económica de los últimos años ha dado pie para que se materialice un desarrollo sin precedentes, de tal suerte que se estructuran profundos cambios, entre ellos, la formación de la sociedad de la información, la reducción de las distancias, el mejoramiento en las condiciones sociales y la existencia de una población cada vez más educada.

Pese al arrollador ritmo de innovaciones, varios actores del mercado se han fortalecido, al punto de construir verdaderos monopolios que afectan tanto al mercado como a los ciudadanos. Quien dirige el monopolio ofrece cada vez menos calidad de servicios a los asociados por un mayor precio, con lo que se presentan verdaderos fallos del mercado y, en ocasiones, inexistencia del mismo, por las razones que más adelante explicaremos. Como respuesta a este fenómeno surgió el Estado regulador, orientado a estructurar cuerpos normativos que incentiven la competencia y protejan los derechos de los ciudadanos en las relaciones asimétricas en las que se ven envueltos para la satisfacción de sus necesidades básicas.

En procura de cumplir con sus funciones, la Administración forma agencias regulatorias, las cuales están en la obligación de vigilar el mercado e intervenir en él siempre que sea necesario proteger el bienestar de la sociedad, bien sea con el reglamento en promoción de la competencia, con el diseño de estándares mínimos en la relación calidad-precio o con la institución de normas tendientes a garantizar la prestación presente y futura del servicio.

Sin embargo, en ocasiones, estas agencias reguladoras son capturadas por los intereses del mercado hacia el cual va dirigida su función, ya porque las grandes empresas tienen relaciones con los agentes (una vez estos cesan su labor con el Estado se vinculan con tal sector) o porque existe corrupción. En cualquier caso, la industria termina influenciando en el diseño y la estructuración de la reglamentación de la que es objeto, lo que afecta los cimientos del Estado social de Derecho, puesto que el cumplimiento de la regulación conlleva a la satisfacción de intereses particulares y no al bien de la comunidad.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

En este escrito se desarrollarán y profundizarán los temas ya enunciados. En primera medida, se hará una aproximación al desarrollo que han tenido los modelos de Administración Pública hasta llegar al Estado regulador. Luego, se pormenorizará sobre el concepto de regulación y se precisará en qué consiste la teoría de la captura regulatoria, para pasar a estudiar los fallos del mercado. Por último se expondrán las conclusiones.

### **Una aproximación al modelo Estado regulador**

El tránsito del Estado absolutista al Estado de Derecho<sup>1</sup> supuso la reivindicación y la reafirmación del individuo frente a este, en la medida en que se empiezan a reconocer derechos y libertades a los asociados, quienes imponen al Estado el deber de respetarlos y garantizarlos. Se han encuadrado tres modelos de Estado: i) gendarme; ii) intervencionista, y iii) regulador.

#### *Estado gendarme*

El 14 de julio de 1789, miles de parisinos armados se tomaron la fortaleza de la Bastilla. Por su estratégica ubicación —sus cañones se dirigían hacia los barrios obreros— resultó trascendental, pues, junto con otros tantos actos revolucionarios derivados de ella, constituyó un punto de inflexión que permitió la conquista de una nueva forma de Estado (McPhee, 2007).

El modelo de Estado gendarme y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, son dos de las consecuencias más relevantes de la Revolución Francesa. En este modelo de Estado, el Derecho Administrativo estaba conformado por el grupo de acciones que materializaban el poder de policía<sup>2</sup>, entendido como la facultad de la que disponen las autoridades para expedir normas que limitan las libertades, con el exclusivo fin teleológico de mantener o restablecer el orden público.

.....  
1 El Estado de Derecho supone la existencia de un orden jurídico estructurado mediante el diseño de un ejercicio del poder público que no permita la vuelta al Estado absolutista. De tal manera, el poder se ve controlado por medio de la fragmentación de su labor: el Legislativo es el creador de leyes y, por tanto, de límites; el Ejecutivo lleva a cabo el mandato del Legislador y la Rama Judicial resuelve conflictos surgidos por el quebrantamiento de la ley.

2 La Corte Constitucional (2010) manifestó: "El poder de policía se caracteriza por su naturaleza normativa y por la facultad legítima de regulación de actos de carácter general, impersonal y abstracto, orientados a crear condiciones para la convivencia social, en ámbitos ordinarios, y dentro de los términos de salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen".

De tal manera, el Estado solo interviene cuando se presentan alteraciones en el orden público y con el único objetivo de restablecerlo. Bien lo afirmó Agustín Gordillo: “[...] la policía es la suprema potestad que se ejerce para evitar los males futuros en el estado de la cosa pública interna [...] la promoción del bien común no pertenece a la esfera de la policía” (Gordillo, 1975, p. 123). Cesada la perturbación, debía finalizar la intervención del Estado, pues el bienestar general era una tarea que debía asumir y dirigir la sociedad civil.

En materia económica, se aplicaron los postulados del liberalismo clásico (leseferismo); en lo relativo al orden público, al estar circunscrito al orden y a la salubridad públicos y al orden moral y religioso (Alfonso, 1984), se siguieron las reglas del poder de policía. La estructura de la Administración era mínima, debido a que su ámbito de intervención estaba restringido.

### *Estado intervencionista*

En el modelo de Estado gendarme, el ejercicio de las libertades y los derechos que le habían sido reconocidos a los asociados propició la industrialización, lo que supuso explotación económica, trabajo no digno, culto al mercado y migración de la población rural a las urbes. Esto quiere decir que si bien el Estado permitió un amplio ejercicio de la libertad, los postulados revolucionarios no se materializaron, porque no hubo una mejora en las condiciones sociales (Restrepo, 2007).

Como respuesta a este fenómeno surgió el Estado intervencionista, el cual, además de reconocer los derechos de segunda generación, se encargó de la prestación de los servicios básicos, “teniendo en cuenta la falta de interés de los particulares en acometerlas, por su falta de rentabilidad o por requerir ingentes sumas de dinero para el montaje de la infraestructura requerida para su prestación” (Restrepo, 2007, p. 38).

El Estado asume la función de satisfacer las necesidades básicas de la sociedad; por consiguiente, su estructura se amplía, porque al ser un Estado prestador, las actividades a su cargo se multiplican y, con ellas, el aparato estatal. Por otro lado, en el tránsito del Estado de policía al intervencionista surge la transformación del Estado de Derecho al Estado social de Derecho, debido a que a las autoridades se les puede exigir tanto la sujeción de sus actuaciones al principio de legalidad como su encauzamiento hacia la satisfacción del interés general.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

El modelo de Estado intervencionista entró en crisis en razón de la sostenibilidad fiscal<sup>3</sup>, “el excesivo endeudamiento para atender las demandas sociales de servicios de una población creciente y cada vez más educada y la presión de los actores del mercado para obtener su liberalización” (Restrepo, 2007, p. 66). De ahí surgió el Estado regulador, porque la Administración asumió que es mucho más eficiente en la vigilancia del sistema económico que como gestor y prestador de los servicios públicos. El espectro de actuación del nuevo modelo estaba en:

[...] garantizar la prestación de los servicios demandados por la población, pero liberándolo de la obligación de asumir la prestación, trasladándola a los particulares y reservándose la potestad reguladora, empleada para forzar a los prestadores a brindar el acceso universal a los servicios y evitar prácticas monopolísticas de abuso de la posición dominante, en defensa de los derechos de los usuarios (Restrepo, 2007, p. 39).

### *Estado regulador*

Un nuevo modelo de Estado surgió a finales de 1970, el cual incluyó entre sus postulados: privatización, liberalismo en materia económica, reformas de bienestar, descentralización administrativa<sup>4</sup> y desregulación. En efecto, las características principales y distintivas del modelo de Estado regulador son la privatización y la desregulación (Majone, 1997).

La privatización<sup>5</sup> ha sido definida como: i) “el traspaso de algunas empresas y actividades gubernamentales a inversionistas privados” (Glade, 1995, p. 11); ii) una práctica mediante la cual “el sector público cede a la iniciativa privada una

3 El Estado se endeuda para poder prestar los servicios básicos. Ante la poca rentabilidad, se genera una nueva deuda para pagar la anterior, por lo que el endeudamiento ya no está destinado a la prestación del servicio.

4 En Colombia, la descentralización administrativa tiene la particularidad de que aparte de ser una modalidad de acción de la organización administrativa, también es un principio fundante del Estado. La descentralización puede ser funcional o por servicios, territorial y por colaboración. Es funcional cuando el traslado de una competencia se hace a una persona jurídica del mismo nivel, como cuando por ley se traslada la competencia de un Ministerio a un establecimiento público del orden nacional. Es territorial cuando el traslado se hace de la Nación a una región y es por colaboración cuando, como expresión del principio de un Estado participativo, el traslado se hace a personas jurídicas de Derecho Privado, para lo cual deberá encuadrarse dentro de alguno de los siguientes títulos habilitantes que permiten a particulares el ejercicio de funciones administrativas: i) asignación constitucional y desarrollo legal; ii) asignación y desarrollo legal, y iii) asignación legal y desarrollo administrativo (Vidal, 2005).

5 En sentido amplio, la privatización va mucho más allá de la transferencia de la propiedad estatal y comprende toda modificación en los modos de actuación de la Administración como consecuencia de la transferencia de empresas o actividades al sector privado o de su adecuación a las reglas del mercado; la privatización en sentido estricto exige la transferencia de la titularidad o del control de la empresa estatal a manos de agentes privados (Muñoz, 2004).

serie de recursos productivos para que esta última lleve a cabo su explotación con una mayor eficiencia y racionalidad de modo que el conjunto de la sociedad resulte beneficiada” (Tafur, 1993, p. 185), y iii) “reclutar energías privadas para mejorar el funcionamiento de tareas que, en cierto sentido, seguirían siendo públicas” (Donahue, 1991, p. 296). La desregulación no es entendida como la no existencia de regulación, sino como el surgimiento de una regulación menos restrictiva y rígida (Majone, 1997).

Con estos parámetros, la reforma al modelo:

[...] debiera conducir a un Estado fortalecido, con sus finanzas recuperadas y, con su administración obedeciendo a criterios gerenciales de eficiencia. Igualmente a [...] que el Estado asegure que las actividades sociales, que no son monopolistas por naturaleza, sean realizadas competitivamente por el sector público no-estatal y por él controladas aunque con el apoyo financiero del Estado, de manera de lograr la ampliación de los derechos sociales (Bressers y Cunill, 1998, p. 29).

Esto quiere decir que, además de la crisis en las políticas de intervención del *welfare State*, el cambio de modelo de Estado tuvo como causa la necesidad de un marco regulatorio que permitiera la intervención de los particulares en la economía y, sobre todo, en la prestación de los servicios públicos (Majone, 1994). A esto se suma que las empresas de propiedad pública entraron en crisis por no alcanzar su desarrollo social y sus objetivos económicos, por su desastrosa contabilidad y por su tendencia a ser capturadas por los políticos y los sindicatos (Majone, 1997).

El surgimiento del modelo de Estado regulador trajo consigo la creación de un nuevo concepto: lo público no estatal. Se dice nuevo en la medida en que “lo que es estatal es, en principio, público. Lo que es público puede no ser estatal, si no forma parte del aparato del Estado” (Bressers y Cunill, 1998, p. 42). La regulación está encaminada a fomentar:

[...] organizaciones o formas de control “públicas” porque están volcadas al interés general; que son “no estatales” porque no forman parte del aparato del Estado. Por otra parte, [...] la existencia de una forma de propiedad no estatal encuentra un importante fundamento en ventajas que ella tendría tanto sobre la propiedad pública estatal como sobre la privada, ventajas tales que pueden redundar en la maximización

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

de los derechos sociales, vía prestaciones de mayor diversidad y calidad (Bressers y Cunill, 1998, p. 51)<sup>6</sup>.

Las principales características de este modelo de Estado son: liberalización (desmonopolización), desestatización de funciones y el paso de un Estado prestador a uno regulador de la competencia entre privados para la prestación de servicios básicos, lo que mejora calidad y precio para los ciudadanos.

Este modelo sufrió una transformación que lo llevó a ser más flexible en la gestión (modelo de Estado gerencial). Se incorporaron técnicas de gerencia del sector privado adaptadas al sector público, las cuales no fueron fácilmente incorporables por cuanto el Estado no funciona como la empresa privada<sup>7</sup>; esto produjo la aparición del modelo de la gobernanza, que identifica al Estado como un gestor o articulador de redes. El Estado reconoce que no es el único ni el principal protagonista de la vida social. La diferencia radica en que el Estado sigue siendo el único actor que representa el interés general de la sociedad (Organización de Naciones Unidas, 2005).

El involucramiento de las Cortes en la Administración es quizá la consecuencia más importante del surgimiento del Estado regulador, toda vez que lo

6 Bressers y Cunill (1998) enumeran las ventajas de la siguiente forma: "1) Pluralización de la oferta de servicios sociales frente a la provisión monopolista y autoritativa que caracteriza la oferta de servicios públicos desde el ámbito estatal [...] 2) Flexibilización y desburocratización de la gestión social. La producción no estatal de servicios sociales ofrece la posibilidad de obtener prestaciones adaptadas a los públicos concernidos, en oposición a las prestaciones uniformes que tienden a caracterizar la oferta pública estatal [...] 3) Responsabilidad. Los integrantes de las entidades de servicios públicos no estatales tienden a ser más responsables por los destinos de sus organizaciones" (p. 33). Sobre las diferencias entre la propiedad pública no estatal y la pública y privada, afirman: "[...] que la diferencia crítica que deslinda la propiedad pública no estatal respecto de la privada es que mientras ésta implica la acumulación de capital para ganancias privadas, aquella existe para servir un bien público. Por otra parte, compartiendo este mismo propósito con las entidades estatales, se distingue de ellas en que son ciudadanos privados, voluntarios y no políticos electos, los responsables por crear estas agencias, adoptar sus políticas y seleccionar a su personal" (p. 35).

7 Guerrero Orozco (2009) hace una fuerte crítica al modelo de Estado gerencial: "[...] en primer lugar, la Nueva Gerencia Pública constituye una visión privada sobre lo público. En segundo lugar, aunque lleva por nombre la voz 'gerencia', no es la gerencia su fundamento, sino la más general noción de empresa mercantil, que es el modelo que propone como sustituto del esquema 'burocrático' del Estado. Aunque la Nueva Gerencia Pública ostenta como apellido el vocablo 'público', nada lo vincula a tal noción, pues sus propósitos y resultados se encaminan a la privatización del Estado. En fin: emanada de los procesos de exprivatización de la década de los años de 1980, la Nueva Gerencia Pública personifica la endoprivatización de la gestión pública a través del establecimiento de mercados interiores y mecanismos de competitividad entre las oficinas gubernamentales, que aclaman la ganancia, el lucro y el individualismo egoísta, que ninguna relación tienen con el espíritu solidario de lo público. La Nueva Gerencia Pública es un infante de la segunda generación neoliberal, cuya cuna son los procesos comerciales y los mercados financieros" (p. 11).

que antes constituía controversia burocrática se externalizó y se transformó en conflictos entre la Administración y agentes autónomos de regulación (Majone, 1997).

El control judicial de las decisiones de una entidad reguladora incluye un examen de la conformidad de la decisión con la ley de habilitación que le otorga la facultad a dicha agencia. Asimismo, analiza la conformidad de la decisión con las normas de los procedimientos administrativos, de los derechos individuales y los valores democráticos. En efecto, en la revisión de las decisiones de las entidades, un tribunal imparcial puede vetar aquellas que no cumplan con la intención legislativa y los valores democráticos (McCubbins, Nool y Weingast, 1987).

### ¿Qué es la regulación?

Si estamos en presencia del modelo de Estado regulador, es categórico hacer una aproximación a una definición del concepto regulación. La doctrina ha identificado tres nociones: i) consiste en la promulgación de normas, por parte del Gobierno, acompañada de mecanismos de seguimiento y aplicación, por lo general mediante una agencia pública especializada; ii) es cualquier forma de intervención directa del Estado en la economía, y iii) es un mecanismo de influencia o control social que afecta todos los aspectos del comportamiento proveniente de cualquier fuente, ya sean intencionales o no (Black, 2002).

Las dos primeras son acepciones planteadas desde una perspectiva de centralización, en el entendido de que la regulación proviene del Estado. La tercera rompe ese vínculo, que no proporciona suficiente información respecto a los límites del concepto y deja un margen reducido de análisis (Black, 2002). En conclusión, la regulación es una actividad del Estado y, por eso, una conceptualización que la separe de este no podrá ser asumida como acertada por lo que tal fenómeno social o académico correspondería a otra categoría (Black, 2002).

Por otro lado, la OECD (1995) define regulación como la gama de instrumentos jurídicos con los que las instituciones de Gobierno imponen obligaciones o restricciones sobre el comportamiento del sector privado. Constituciones, leyes parlamentarias, legislaciones subordinadas, decretos, órdenes, normas, licencias, códigos y algunas formas de orientación administrativa pueden ser considerados como regulación.

En últimas, la regulación puede ser calificada como aquella intervención social o económica por una entidad burocrática mediante procedimientos administrativos (Fiorina, 1982). El estudio tradicional del Derecho Administrativo, considera los procedimientos administrativos como medio de asegurar la equidad y la legitimidad de las decisiones de los administradores. Sus fundamentos son los principios constitucionales y del *common Law* de la no delegación, la separación de poderes, el debido proceso y otros procedimientos que protegen contra las decisiones autocráticas y caprichosas tomadas por funcionarios del Gobierno (McCubbins *et al.*, 1987).

### La captura regulatoria

La captura regulatoria, teoría derivada de la escuela de Chicago (Guerrero, 2009), ha sido explicada como una de las formas en la que puede suceder la captura del Estado y que se constituye por: “[...] la influencia sobre el diseño e implementación de las políticas públicas (Vidal y De León, 2010)”. Esto implica la cooptación de las agencias regulatorias por representantes de las empresas reguladas mediante el rentismo —cuando determinados grupos de interés propugnan leyes y normas que les provean una renta garantizada. Los legisladores, por ejemplo, pueden modificar los distritos electorales para asegurar su reelección— y mediante la corrupción (Carrión, 2008).

A ese respecto se ha agregado:

The capture theory of regulations holds that no matter what the motive is for the initial regulation and the establishment of the regulatory agency, eventually the agency will be captured by the special interests of the industry being regulated. The following are a few of the interrelated points that have been put forth to support this theory:

In many cases, persons who have been in the industry are asked to regulate the industry because they know the most about it.

Members of the regulated industry make a point of getting to know the members of the regulatory agency. They may talk frequently about business matters; perhaps they socialize. The bond between the two groups grows stronger over time, possibly having an impact on regulatory measures.

After they either retire or quit their jobs, regulators often go to work for the industries they once regulated (Arnold, 2008, p. 550).

La captura regulatoria puede materializarse en conexidad con corrupción o sin esta. En aquella, la influencia en el proceso de formación de la regulación se hace por medio de pagos ilegales, favores, dádivas y otras contraprestaciones a los legisladores. La segunda:

[...] puede ocurrir de dos formas: influencia y fallas de agencia. La influencia es la capacidad de empresas y otros grandes actores para incidir sobre la formación de las reglas del juego, sin necesidad de acceder a pagos privados a funcionarios y reguladores, haciendo uso de su tamaño o de la interacción frecuente con funcionarios. En el caso de las fallas de agencia ocurre por la asimetría de información y de problemas de acción colectiva, como cuando el proceso político que da por resultado la formación de normas contestado de manera diferenciada por diferentes actores (Sandoval, 2009, p. 147).

### **Fallas del mercado. Mi beneficio es su coste**

Las fallas del mercado<sup>8</sup> son situaciones en las que el mercado no logra alcanzar la eficiencia<sup>9</sup> porque “la búsqueda individual del propio interés genera malos resultados para la sociedad en su conjunto” (Krugman y Wells, 2006, p. 3).

A continuación se describirán las principales causas de los fallos del mercado.

#### *Inestabilidad de los ciclos económicos*

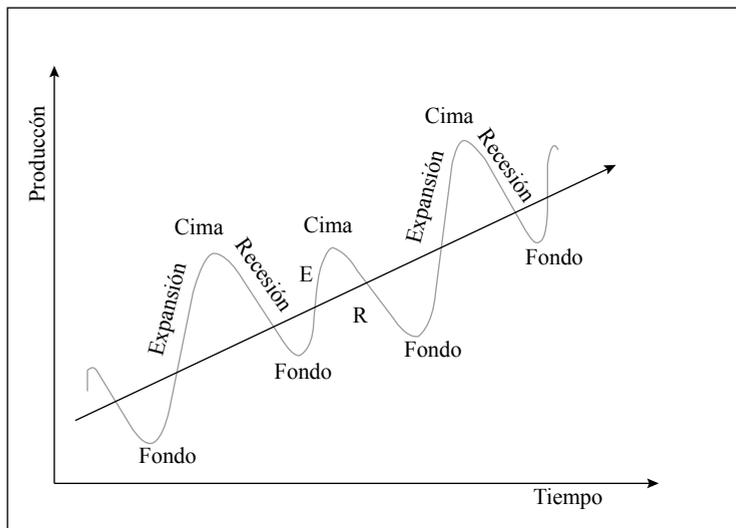
Los ciclos económicos “son fluctuaciones de la actividad económica en fases alternas de expansión y recesión” (Spencer, 1993, p. 123). En determinados períodos, los recursos productivos permanecen improductivos; de ahí que esta sea la causa de fallas del mercado más importante, puesto que eleva los porcentajes de desempleo en un país. Este fenómeno de los ciclos económicos es continuo y casi imposible de revertir (Figura 1). Por ello, las políticas sociales que adopte el Gobierno deberán estar orientadas a mitigar el impacto de un lapso de recesión en la economía en los sectores de la sociedad menos privilegiados, ya que en ese sector los efectos de esta falla del mercado son mayores al encarecerse los productos de primera necesidad.

8 Producida cuando los recursos están mal asignados o se asignan de forma ineficiente.

9 Las decisiones son ineficientes cuando los costos o los beneficios sociales se pasan por alto o se excluyen al hacer los cálculos.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado.

Figura 1. Los ciclos económicos



Fuente: Spencer (1993, p. 126)

En cuanto a la política económica, el Gobierno tiene dos opciones: según la escuela de Adam Smith (1776)<sup>10</sup>, el Gobierno no debe intervenir y el mercado se debe autorregular sin la intervención del Estado como una mano invisible que lo equilibra. Para Keynes (1936)<sup>11</sup>, la política a seguir en períodos de recesión es fomentar políticas orientadas a aumentar la producción y el consumo de bienes y servicios. Durante la crisis económica de 1929, John Maynard Keynes escribió el

.....  
<sup>10</sup> (Kirkcaldy, Gran Bretaña, 1723-Edimburgo, id., 1790). Economista escocés. Su principal aportación teórica es el análisis del mecanismo mediante el cual el libre juego de mercado (tanto a escala interna como en las relaciones comerciales con otros países) entre los diversos sectores de la economía genera el máximo beneficio económico del conjunto. Como consecuencia, se mostró siempre contrario a cualquier intervención o regulación de la actividad económica, reduciendo el papel del Estado al de garante de las reglas del juego" (Smith, 1776).

<sup>11</sup> "Economista inglés (Cambridge, 1883-Firle, Sussex, 1946). Recibió una educación de élite en Eton y Cambridge, en 1909 entró como profesor en el King's College de Cambridge, donde enseñaría Economía hasta su muerte. Su obra decisiva fue la *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (1936), con la que dio una respuesta definitiva a la grave depresión económica desencadenada en todo el mundo a partir del crash de la Bolsa de Nueva York de 1929. Retomando intuiciones olvidadas de los teóricos del subconsumo (como Malthus), Keynes indicó que la causa de la crisis era la insuficiencia de la demanda, debida a la creciente propensión marginal al ahorro de las sociedades desarrolladas (esto es: que a medida que aumenta la renta, es mayor la parte de ésta que se destina al ahorro y menor la que se dedica al consumo, con lo que una parte de la producción no encuentra comprador).

En su opinión, el desempleo así originado no podía remediarse únicamente con medidas monetarias. La debilidad del consumo privado sólo podía remediarse incrementando el gasto público en periodos de recesión, haciendo que el Estado incurriera en un déficit para crear demanda adicional. La importancia de los puntos de vista contenidos en aquel libro fue tal que fundó toda una rama de la teoría económica moderna, la macroeconomía, dedicada a explorar las relaciones entre los grandes agregados de la renta nacional" (Keynes, 1936, p. 14).

libro *La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, en el que criticaba a los defensores del liberalismo económico, porque sostenía que en una situación de crisis extrema como la de la década del treinta, con un índice de desempleo altísimo, la economía no podía reaccionar por sí sola. Entonces, Keynes propuso que la salida de la crisis solo era posible mediante la intervención directa del Gobierno, con el fomento de políticas orientadas a aumentar el consumo y el gasto público, en aras de estimular la reacción de los mercados.

### *La existencia de bienes públicos*

El mercado produce los bienes y servicios que la comunidad demanda. En el caso de los bienes públicos, “productos o servicios que brindan beneficios colectivos a la sociedad y, en cierto modo, se consumen colectivamente” (Case y Fair, 1997, p. 313), no sucede esto, toda vez que no generan la rentabilidad necesaria para seducir la inversión de un particular.

Este fenómeno basa su ocurrencia en una razón fundamental: por un lado, resulta casi imposible impedir el uso generalizado de determinados bienes (vías públicas, servicios judiciales o de policía, salud pública, etc.) sin que los ciudadanos tengan que hacer algún tipo de erogación, lo que genera consumidores parásitos (aquellas personas que no efectúan pagos por el uso de bienes o servicios públicos).

En estos casos, el Estado deberá proveer a la sociedad estos bienes o servicios, a los cuales no tienen acceso mediante la producción propia (educación, sanidad, policía, etc.) o con subvenciones parciales que permitan su adquisición (vivienda, educación, etc.).

### *Las externalidades*

La tercera fuente de los fallos del mercado es “la presencia de costos y beneficios externos que se impone o transmite a un grupo o individuo ajeno, o externo, a la transacción; [...] es aquello que afecta a terceros” (Case y Fair, 1997, p. 313). El ejemplo más común está relacionado con las consecuencias que genera el mercado en el ambiente debido a la contaminación de los páramos, la contaminación auditiva, la contaminación visual, etc., que son los efectos que tiene alguna actividad económica de consumo o producción sobre otros agentes económicos.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

En la mayoría de las situaciones no se consideran las externalidades, no se valora el coste o beneficio social de la acción; por ejemplo, una empresa minera que sigue la regla de conducta racional de máximo beneficio tratará de evitar un coste adicional que impida la contaminación, el gasto desmedido de las aguas o el daño a la fauna y flora de un ecosistema. En estos casos, será el Estado el llamado a obligar a los agentes económicos a tener en cuenta esta falla del mercado dentro de sus actividades diarias, todo lo cual se materializa con la regulación.

Al desarrollar su actividad, la empresa genera unos costes internos o de producción a causa de la utilización de sus factores productivos, los cuales son medibles. Sin embargo, en ocasiones, dicha actividad tiene consecuencias negativas sobre el entorno que no son asumidas por la empresa. Lo anterior se denomina coste social y es soportado por personas ajenas a la organización. Dichos costes sociales, como se venía diciendo, no influyen en la estructura de costos de la organización y tampoco se reflejan en el precio de venta; por lo tanto, el mercado falla.

Las externalidades pueden ser positivas o negativas, de acuerdo con la situación. Por ejemplo, una externalidad positiva podría ser el incremento del uso de transporte público o el uso de la bicicleta, con las disminuciones de CO<sub>2</sub> que ello implicaría.

Puesto que el mercado no asume el costo de las externalidades, se hace necesario que el Estado intervenga y adopte medidas como el establecimiento de límites de contaminación o fijación de impuestos. Mediante estas políticas, se deberá intentar que las empresas hagan interno el coste social o prohibir algunas actividades en aras del bien común. Es preciso que los Gobiernos se esmeren por orientar sus medidas a la prevención y al cuidado del ambiente, en lugar de obtener una compensación económica y crear conciencia de evitar a toda costa el deterioro ambiental (cambio climático, desaparición de especies, agotamiento de recursos naturales, destrucción de hábitats, etc.).

Encaminados a lograr un desarrollo sostenible<sup>12</sup> a largo plazo, deberían esforzarse por contabilizar los costes de las externalidades negativas, con el fin de corregir su resultado nocivo sobre la sociedad. Para enmendar estos efectos, la

.....  
12 Se puede llamar desarrollo sostenible a aquel que es capaz de satisfacer las necesidades actuales, sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones. Hoy sabemos que una buena parte de las actividades humanas, como están planteadas, no son sostenibles a mediano y largo plazo.

Economía Ambiental<sup>13</sup> concentra sus estudios en cuantificar esos costes externos negativos; sin embargo, en la práctica, esta tarea es bastante complicada. ¿Cómo evaluar el coste de la contaminación de un río o de la muerte de especies?

### *La competencia imperfecta*

En un mercado ideal existiría un número plural de compradores y vendedores, de forma que ninguno de estos tenga la posibilidad de influir en el precio de un bien o servicio. No obstante, cuando una empresa tiene algún control sobre el establecimiento del valor de un producto, se origina un fenómeno conocido como competencia imperfecta, como sucede cuando una sola compañía ofrece un bien o servicio, caso en el cual el monopolio se ve restringido por la demanda del producto.

En Economía, las posiciones dominantes de mercado se pueden resumir de manera sencilla: los precios de un determinado bien o servicio no se establecen por su oferta o demanda, esto es, por las reglas del mercado, sino porque una empresa (monopolio) o algunas (oligopolio) que dominan el mercado lo imponen.

Un ejemplo de competencia imperfecta en Colombia puede evidenciarse en el sector de la salud, producto de comparar el precio internacional de los medicamentos con el valor al que lo distribuyen internamente. En el sector agropecuario, podemos contrastar los precios de los insumos agrícolas, sobre todo, aquellos controlados por las multinacionales, que son un escollo importante en la estructura de costos para los empresarios colombianos de este campo. El precio del combustible se convirtió en un excesivo impuesto que afecta en particular al sector transportador y a la logística y estructura de costos del transporte de alimentos. En este caso se configura una posición dominante del Gobierno mismo.

Ante este fenómeno es imperativa la intervención del Estado, en aras de intentar subsanar estas desigualdades en la economía que generan el fenómeno de la competencia imperfecta. En materia de comercio exterior, existen ciertas medidas que puede usar el Estado para este fin: aranceles, permisos especiales, cuotas

.....  
13 "La economía ambiental es el estudio de la conservación de los recursos naturales. Aplica instrumentos analíticos a las decisiones económicas que repercuten en el medio ambiente, considerando este como un proveedor de recursos ecológicos, naturales, de servicios recreativos, etc. Surge para plantear vías favorables que deriven a la optimización de la explotación de los recursos naturales que son escasos pero con diversos usos por los cuales hay que optar" (Aguilera, 1994, p. 42).

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

especiales, cupos, boicots y bloqueo total, entre otros<sup>14</sup>. La existencia de este tipo de factores obedece a muchas situaciones propias de los países: protección de sus sectores productivos, cierre de su economía al exterior, razones políticas, etc.

El comercio exterior ha tomado mayor importancia con los nuevos esquemas de integración mundial. En este escenario hallamos la posibilidad de incursionar en otros mercados y dar a conocer productos y servicios nacionales al mundo; hay un sinfín de oportunidades comerciales para importar y exportar. Peso a ello, una oportunidad para algunos sectores puede constituir una verdadera amenaza para otros.

En el mercado interno, fenómenos como el *dumping* o las subvenciones<sup>15</sup> hacen que el Gobierno deba estar atento a emitir medidas de salvaguardias<sup>16</sup> sobre algunos productos.

.....  
14 Arancel: son impuestos o gravámenes que se aplican a los bienes que son objeto de importación o exportación. Esto se hace con el objetivo de incrementar el precio final de los productos para emparejar el precio con los productos nacionales idénticos o similares.

Permiso especial: un permiso especial, ya sea por tipo de mercancía, por sector al que se destina, por el tipo de uso, etc., tiene como objetivo desmotivar la importación (en casos raros, la exportación) de las mercancías que necesiten dicho permiso.

Cuotas especiales: son gravámenes especiales para una situación especial, ya sea un tipo de mercancía, un uso, un sector, un proceso de producción, etc. De la misma manera que los impuestos, tienen el objetivo de incrementar el precio final del producto para desmotivar la operación.

Cupo: es un límite al cual se debe ajustar una operación de comercio exterior y puede ser en el volumen de importación o exportación de un determinado producto.

Boicot: es la promoción negativa de un producto o una mercancía.

Bloqueo total: es la prohibición tajante del comercio de una determinada mercancía.

15 Se considera *dumping* cuando el precio de exportación es menor al valor normal del bien en el lugar de origen, comparados en el mismo grado de comercialización. Se considera subvención cuando un Gobierno financia directamente a algún sector o una empresa de la economía de su país. El Ministerio de Comercio Exterior o el Incomex, según el caso, "podrán determinar y ordenar el cobro de derechos 'antidumping' o de derechos compensatorios, definitivos, o provisionales, a la importación de todo producto objeto de 'dumping' o de subvención, respecto del cual se haya comprobado que causa, amenaza causar un perjuicio importante a la producción nacional, o retrasa sensiblemente el establecimiento de una producción en Colombia" (Sandoval, 2009, p. 479).

16 "Consiste en una limitación temporal de las importaciones, que puede tomar la forma de un arancel o una restricción cuantitativa y ser aplicada para prevenir o reparar el daño grave o la amenaza de daño grave a una rama de la producción nacional, así como facilitar su ajuste a las condiciones de competencia con el mercado internacional. Estas medidas deben ser apropiadas para facilitar el ajuste económico de la rama de producción, de tal manera que se logren beneficios económicos y sociales superiores a los costos que se deriven de la medida.

Una salvaguardia se adopta cuando se ha determinado que las importaciones de cierto producto han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.

El artículo XIX del GATT de 1947 constituye el marco jurídico internacional inicial sobre salvaguardias, que posteriormente fue recogido y modificado por el Acuerdo sobre Salvaguardias establecido en la Ronda Uruguay y

El Gobierno ha fomentado procesos de transformación productiva, de generación de redes y clústeres (Sandoval, 2009), de financiamiento e inversión en la agroindustria, de asesoramiento técnico y consultoría para los negocios internacionales, de inversión en infraestructura y de educación, ciencia y tecnología para mitigar los efectos de la internacionalización de la economía y la disparidad en la capacidad de producción entre los Estados. La pregunta es si estas medidas son suficientes para proteger al productor nacional mientras avanza la integración y desgravación arancelaria de los productos.

### *La distribución desigual de la renta*

En las economías de mercado, el consumidor elige de conformidad con sus gustos o preferencias, pero el mercado solo está dispuesto a satisfacer las exigencias de aquellos que tienen capacidad económica. Por ello, se afirma que en ocasiones la “existencia de mercados competitivos puede generar una distribución de la renta muy desigual y dejar a algunas personas unos recursos insuficientes para vivir” (Stiglitz, 2003, p. 103). Esto ocasiona que una de las funciones primordiales del Estado sea la redistribución de la renta.

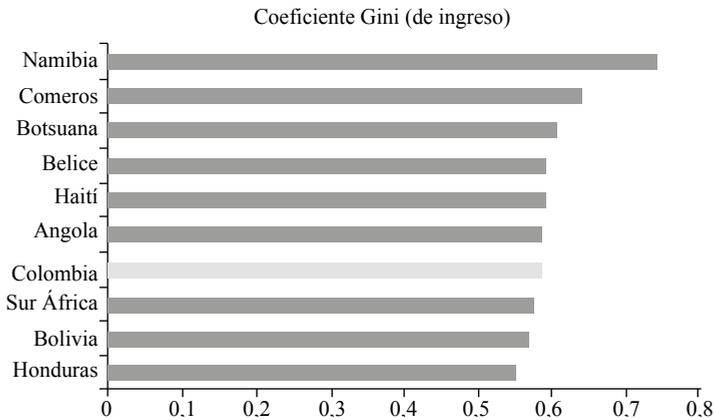
Como se aprecia en la Figura 2, Colombia es el séptimo país más desigual del mundo. De ahí que la distribución dispar de la renta se configure como el problema más evidente en nuestro país, es decir, el que genera el mayor impacto.

Frente a este fallo del mercado, en Colombia se han adoptado medidas que pueden tener un impacto positivo sobre la desigualdad a mediano plazo: la Ley de víctimas y restitución de tierras, la Reforma del sistema de regalías, la minirreforma tributaria y las reformas en el sector salud. Sin embargo, la política fiscal aún no se está aprovechando de una manera efectiva para lograr este objetivo. El sistema tributario debe ser más progresivo (los hogares ricos tributan más que los pobres en comparación con su ingreso). En lo relativo al gasto público, este debe focalizarse (monetario y no monetario) hacia los hogares de menores ingresos.

---

adoptado como norma multilateral por la OMC. Las salvaguardias no pueden ir dirigidas exclusivamente contra las importaciones de un determinado país” (Sandoval, 2009, p. 479).

Figura 2. Colombia es el séptimo país más desigual del mundo



Fuente: PNUD (2010)

La política fiscal de un país es aquella que le concierne al sector público en torno a sus decisiones sobre gasto, impuestos y endeudamiento. Con ella no solo se puede enfrentar el flagelo de la desigualdad, sino también el crecimiento del PIB, la inflación, el desempleo, etc.

En cuanto a los instrumentos de política fiscal, desde el punto de vista de los ingresos, el Estado tiene la potestad de controlar a quién y en qué cantidad se deben cobrar los impuestos, así como desarrollar mecanismos eficientes para evitar al máximo la evasión. Desde el punto de vista del gasto, el Estado tiene influencia en el aumento de salarios año tras año, las contrataciones y los dineros que se envían a otros municipios, departamentos y entidades del país.

Existen dos clases de políticas fiscales: expansionista y contraccionista. La primera se presenta cuando aumenta el gasto del Gobierno o se reducen los impuestos. La segunda surge al reducir el gasto del Gobierno o aumentar los impuestos. Por ejemplo, en situaciones cuando la economía está estancada, el Gobierno puede formular medidas para incrementar el consumo, como la reducción de impuestos; esto causará que las personas tengan más ingresos para comprar bienes y servicios en general. Del mismo modo, el Estado puede gastar más dinero en la economía y hacer inversiones que jalonan la producción de las empresas.

### *Los sesgos cognitivos*

Los sesgos cognitivos son consecuencia directa de las situaciones que se perciben; en general, las percepciones de un sujeto son erróneas, ilógicas, inexactas e irracionales debido a dos factores que comprueban ese mismo desacierto, esto es, la poca información con la que cuenta y el impulso para tomar posiciones o decisiones.

El hecho de que la información sea parcial, distorsionada o errónea hace que el resultado sea adverso o desfavorable; los sesgos cognitivos también se presentan en temas como la toma de decisiones y el manejo de las probabilidades en determinadas situaciones que, según el psicólogo Daniel Kahneman (Tversky y Kahneman, 1981), son las intuiciones y el razonamiento<sup>17</sup>.

[La información] juega un papel sumamente importante y en este sentido se pueden tomar decisiones bajo certeza, bajo completa ignorancia o con cierto riesgo. La toma de decisiones bajo certeza o completa ignorancia no son problema, el caso más interesante es la toma de decisión con riesgo en el que se supone que el sujeto tiene alguna información y puede evaluar las probabilidades de los distintos estados de la naturaleza (p. 62).

En efecto, la toma de decisiones que conllevan algún riesgo es el estudio que adelanta el psicólogo Kahneman y lo orienta con un método heurístico<sup>18</sup>, es decir, como juicios o decisiones a los que un sujeto se encuentra sometido al no contar con toda la información. Dentro de los sistemas cognitivos, la toma de decisiones bajo riesgo o incertidumbre se ha denominado sistema de la intuición, en el cual la información incompleta de una situación hace que unas veces la decisión sea correcta y en otras, errónea.

En el estudio de los psicólogos Tversky y Kahneman (1981) sobre la teoría de la perspectiva, se establecieron los sesgos cognitivos presentes en la toma de decisiones de la siguiente manera:

- La creencia en la ley de los pequeños números: se materializa en los juegos de azar. Un jugador cree que, al lanzar un dado que en repetidas

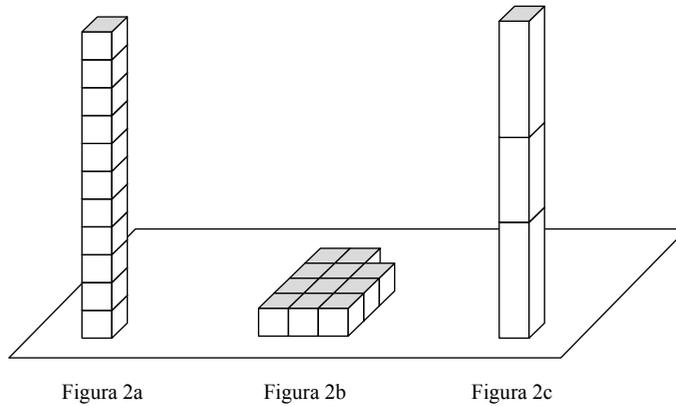
17 Lo establecido por Kahneman (Tversky y Kahneman, 1981) consiste en los tres sistemas cognitivos y es a partir de la percepción que se encuentra integrada por dos sistemas: el sistema I, la intuición, cuenta con un proceso rápido, sin esfuerzo, automático y de aprendizaje lento y el sistema II, el razonamiento, a diferencia de la intuición, posee un proceso con esfuerzo, controlado y neutral.

18 Un procedimiento heurístico es el que provee ayuda en la solución de un problema, pero no de manera justificada.

ocasiones ha mostrado números grandes, ocurrirá un desvío y la próxima vez aparecerá un número pequeño. Se establece entonces que el proceso mediante el cual llega a la conclusión es errada, porque el hecho de lanzar tantas veces el dado no corresponde a una cadena, un proceso o ciclo natural; por el contrario, son acciones independientes una de la otra, lo que explica que unas veces sí pueda ocurrir y otras no.

- Los juicios de incertidumbre: son análisis de los sujetos frente a las decisiones que deben tomar cada día, en los cuales se evidencia que no siempre responden a juicios de razonabilidad, sino al azar, puesto que cada juicio lleva un componente subjetivo que varía de acuerdo con las experiencias del sujeto ante decisiones fáciles o difíciles. Como tan solo se cuenta con una parte de la información, las elecciones pueden ser correctas o incorrectas (Cortada de Kohan, 2008).
- Las elecciones riesgosas: son la decisiones que el sujeto toma sin contar con un conocimiento posterior o las consecuencias que implicarán. Es claro el ejemplo de salir a la calle con un paraguas porque no se sabe si lloverá. La mayoría de los individuos tiene aversión al riesgo, es decir, al tomar una decisión, no se siente cómoda con la incertidumbre; por el contrario, quiere estar muy segura de su decisión.
- Teoría de la perspectiva: según el psicólogo Kahneman (1981), a partir de la teoría de la perspectiva, las personas piensan de acuerdo con ganancias, pérdidas y resultados neutrales, lo que trae como consecuencia inmediata la elección a riesgo que hace el sujeto, dado que sus pensamientos se mueven entre lo que gana, lo que pierde y lo que lo deja en un escenario igual al que se encontraba antes de tomar la decisión.
- Accesibilidad: con base en subjetividades y vivencias personales, el sujeto determina la probabilidad, o sea, valora sus pensamientos mediante la intuición. Kahneman (1981) utiliza el ejemplo de las torres 2a y 2c: ambas cuentan con la misma altura, pero como la torre 2a tiene cuadros uniformes y la torre 2c solo tres cuadros separados, las personas creen que la más alta es la 2a (Figura 3).

Figura 3. Los sesgos cognitivos



Fuente: Tversky y Kahneman (1981, p. 239)

- Dominancia e invariancia: la dominancia supone que, si una de dos opciones (A) es solo un poco mejor que la otra (B), siempre se preferirá A. La invariancia sostiene que lo que determina la preferencia por una u otra expectativa no depende del detalle de cada una, pues si son similares, no debe existir favoritismo por una u otra. La invariancia respecto de los hechos no se presenta, dado que las decisiones de los sujetos siempre tienen connotación subjetiva, además de las experiencias reiteradas que hacen que el sujeto sea adverso o no al riesgo.
- El sesgo de sobreconfianza: se entiende como el exceso de seguridad personal frente a las determinaciones propias cuyos resultados resultan ser desfavorablemente distantes respecto a las conclusiones realmente obtenidas.

Los bienes y servicios no se distribuyen de la mejor manera, debido a que la actuación de los individuos en la toma de decisiones afecta al mercado, pues al no contar con la información completa sobre una situación, las apreciaciones que se obtienen tienden a ser equivocadas. Es posible observar como ejemplo claro de la situación la ocurrencia de pánico económico —en nuestra legislación se tiene como cualquier acto que se divulgue en medios públicos, información falsa o inexacta— que conlleva la pérdida de confianza de algún sector de la economía, como el de los inversionistas.

Frente a las fallas del mercado, el Estado puede optar por intervenir o por no hacerlo. En Colombia, el Artículo 333 de la Constitución Política establece:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Acerca del mencionado Artículo, la Corte Constitucional (2012a) manifestó:

Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que estas libertades no son absolutas y que el Estado tiene la obligación de intervenir en la economía para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad, la Corte ha precisado que las libertades económicas pueden ser limitadas.

Del texto constitucional y de la interpretación hecha por la Corte Constitucional se desprende que el Estado colombiano sigue el modelo de Administración pública, regido bajo los preceptos de la regulación para la competencia y, por consiguiente, está en la imperiosa obligación de intervenir activamente en la economía para remediar los fallos del mercado y promover el desarrollo de la sociedad civil en un marco de equidad.

## Conclusiones

Las realidades sociales influyen en la estructuración de los modelos de Administración pública, pues con estos se pretende dar respuesta a los retos que impone el progreso humano. De ahí que desde el surgimiento del Estado de Derecho se hayan implementado diferentes modelos de gestión, que pasan por el Estado gendarme, el intervencionista y el regulador.

Este último sufrió una transformación que lo llevó a ser más flexible en la gestión (modelo de Estado gerencial) y se incorporaron técnicas de gerencia del sector privado adaptadas al sector público. Estas no fueron fácilmente incorporables, por cuanto el Estado no funciona como la empresa privada, lo que produjo el surgimiento del modelo de la gobernanza, el cual identifica al Estado como un gestor o articulador de redes. El Estado reconoce que no es el único ni el principal protagonista de la vida social. La diferencia radica en que el Estado sigue siendo el único actor que representa el interés general de la sociedad.

Según este modelo y los preceptos constitucionales contenidos en los Artículos 333 y 334, se puede afirmar que Colombia es un Estado regulador que pugna por el mantenimiento o la generación de competencia en la prestación de servicios básicos. Sin embargo, puede intervenir en ciertas circunstancias (bien sea mediante regulación<sup>19</sup> o por medio de una entidad que responda al concepto de descentralización administrativa funcional o por servicios) para racionalizar la economía o hacer una distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. En esa dirección se ha agregado:

Aun cuando el mercado sea eficiente en el sentido de Pareto, existen razones que justifican la intervención del Estado. En primer lugar, el mercado competitivo puede dar lugar a una distribución de la renta que no sea deseable desde el punto de vista social y, en segundo lugar, hay quienes creen que los individuos, aun cuando estén bien informados, no juzgan correctamente los bienes que consumen, lo que justifica las reglamentaciones que restringen el consumo de algunos bienes y la provisión pública de otros (Stiglitz, 2003, p. 107).

Pese a ello, no se debe caer en un “mesianonormativismo”, esto es, regular todos los aspectos del mercado, motivados en la falsa ilusión de que las normas

.....  
19 La regulación tiene dos orientaciones: liberalizar aspectos del servicio propios del devenir del mercado y fijar ciertos parámetros de protección a los usuarios en los aspectos cercanos al monopolio.

•La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado•

constituyen el manual de la tierra prometida y nos llevarán al mercado perfecto, no solo porque se perdería el valor de la regulación misma, sino porque se intervendría en la economía sin que tal situación sea una imperiosa necesidad.

En cuanto a los fallos del mercado, se puede concluir que estos afectan la eficiencia del mismo e impiden la asignación de los recursos para obtener resultados eficientes, lo que legitima al Estado para intervenir en la economía.

En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo y la regulación el instrumento para defender la competencia o crearla cuando no exista o sustituirla cuando existan elementos de monopolio natural. El mercado tiene muchas ventajas, pero exige que el Estado cree un sistema jurídico institucional que impone limitaciones y deberes a aquellos que actúan en estos sectores. Así pues, la regulación siempre será necesaria pero debe ser sólo imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye, lo defiende pero no lo sustituye (Ariño, 2004, p. 606).

Cuando el Estado interviene, surge la problemática de la captura regulatoria, que afecta el funcionamiento del Estado:

[...] y se convierte en un serio obstáculo para la equidad y el desarrollo. Su efecto es muy dañino ya que promueve el menosprecio por la legalidad y el Estado de Derecho, ya que cumplir la ley no hace sino desviar cada vez más los fines del gobierno (Sandoval, 2009, p. 147).

Considero que para evitar esta problemática, que socava las bases sobre las cuales se fundó el Estado, se deben establecer mecanismos para que los miembros de las entidades de regulación sean elegidos mediante concursos abiertos de mérito; que los organismos de control, vigilancia y regulación sean de carácter técnico y su financiación no se obtenga de contribuciones de los regulados, pues esto afecta su autonomía; que, una vez posesionados sus miembros, queden sujetos a los regímenes de inhabilidades<sup>20</sup>, incompatibilidades<sup>21</sup> y conflictos de interés<sup>22</sup>.

.....  
20 Las incompatibilidades son un impedimento para que una persona ostente dos calidades simultáneamente. No puede haber relación de parentesco entre el ordenador del gasto de una entidad estatal y un oferente dentro del marco de un proceso de contratación administrativa (Consejo de Estado, 2011a; Corte Constitucional, 2012b).

21 La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que las inhabilidades no son una sanción, sino una falta de capacidad (Consejo de Estado, 1999; Corte Constitucional, 2013).

22 La jurisprudencia del Consejo de Estado (2011b; 2011c) define el conflicto de interés como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo que puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevar al funcionario a adoptar determinaciones de aprovechamiento particular, en detrimento del interés público.



# LA ETAPA CONTRACTUAL EN LOS NEGOCIOS DE LA ADMINISTRACIÓN. ESTUDIO DE LAS FIGURAS JURÍDICAS REGULADAS POR EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN<sup>\*23</sup>

Germán Vallejo Almeida

## Introducción

El Legislador definió el contrato estatal como cualquier acto jurídico generador de obligaciones derivado del ejercicio de la autonomía de la voluntad que celebre una entidad estatal (Congreso de la República, 1993, art. 32). De ahí que el Estatuto de contratación pública incluyera el principio de autonomía de la voluntad y, en consecuencia, la aplicación del Derecho Privado a los contratos que celebra la Administración (Congreso de la República, 1993, art. 13).

Pese a ello, el contrato estatal, entendido como uno de los instrumentos de que dispone la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado<sup>24</sup>, tiene una reglamentación autónoma que ubica a las partes en un ámbito disímil al

.....  
<sup>\*23</sup> Este capítulo contiene resultados del proyecto de investigación "Grandes transformaciones del Derecho Público en la actualidad. Fase I" en desarrollo de la línea Derecho Administrativo del Grupo Derecho Público y TIC, del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

<sup>24</sup> El profesor Samuel Yong Serrano (2013) precisa que es "un acto jurídico bilateral que puede tener origen en una entidad estatal o en un particular en los casos permitidos, generador de obligaciones, celebrado, de manera virtual o en documento físico, por una entidad pública o una persona particular que cumpla funciones administrativas con el oferente escogido de acuerdo al procedimiento establecido en el estatuto contractual" (p. 36).

que se encontrarían si el acuerdo de voluntades estuviera única y exclusivamente sujeto al régimen contractual contenido en el Derecho Privado (Escobar, 1999).

Entre las materias que tienen una reglamentación autónoma se pueden señalar: a) el régimen precontractual, esto es, las modalidades de selección de contratistas; b) las normas relativas a las incompatibilidades, inhabilidades y los conflictos de interés; c) las reglas que imponen determinadas solemnidades y formalidades al contrato estatal; d) la existencia de cláusulas excepcionales; e) el equilibrio económico del contrato, y f) la configuración de unas normas especiales sobre nulidades contractuales (Palacio, 2011).

Es preciso elaborar un escrito en el que se describan y analicen las diferentes circunstancias fácticas que pueden tener lugar en la etapa contractual y que ameritan la aplicación de figuras jurídicas que, si bien están reguladas en el Derecho Privado, al tratarse de un contrato que busca la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines estatales (Congreso de la República, 1991, art. 3), tienen una reglamentación distinta (Matallana, 2012).

En este documento se señalarán los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato estatal, previa mención del proceso de formación de voluntad de la Administración. En seguida, se estudiarán los sucesos que pueden tener ocurrencia durante la etapa contractual y que permiten la aplicación de figuras jurídicas propias del régimen de los contratos de la Administración, entre ellos, el anticipo y el pago anticipado, la utilización o no de las denominadas cláusulas excepcionales, las multas y la cláusula penal, los conceptos de mayores cantidades de obra y obras adicionales o complementarias, el equilibrio económico del contrato, el régimen de nulidades y la liquidación del contrato.

### **Breve mención del proceso de formación de voluntad de la Administración**

La etapa previa a la celebración de un contrato estatal, también conocida como proceso de formación de voluntad de la Administración<sup>25</sup>, se estudia en dos fases. La primera de ellas es la etapa de planeación y se circunscribe al orden interno de las entidades estatales, esto es, a la decisión de celebrar el negocio y a la forma y las condiciones para celebrarlo, y la segunda alude a las relaciones de

.....  
25 "Si bien existe la tendencia de identificar la etapa precontractual con el procedimiento administrativo de selección del contratista, es pertinente afirmar, que dicha etapa va más allá de la simple selección de la persona con quien se va a celebrar el contrato" (Güechá, 2007, p. 184).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

la Administración con los particulares interesados en contratar con ella (Escola, 1977).

Acerca de la etapa de planeación, el profesor Jaime Orlando Santofimio (2009) afirma que esta es a la vez un deber y un principio y, como tal, vincula a las diferentes entidades estatales, en la medida en que se les exige que los negocios que pretenden celebrar estén debidamente “diseñados y pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público” (p. 42 y 43). A diferencia de lo que sucede con los particulares, la Administración no puede improvisar en sus negocios y contratar por capricho, pues el ordenamiento jurídico no solo indica las reglas que ha de seguir durante el trámite previo al acuerdo de voluntades, sino la modalidad con la cual se hará la escogencia objetiva<sup>26</sup>.

Esta etapa de planeación<sup>27</sup> incluye los siguientes documentos: el plan anual de adquisiciones<sup>28</sup>, los estudios previos<sup>29</sup>, el prepliego de condiciones<sup>30</sup> y el aviso de convocatoria. Ninguno de ellos ostenta la categoría de acto administrativo; por ello, pese a haberlos publicado, la entidad no está en la obligación de abrir el proceso de contratación, o sea, expedir el acto administrativo de apertura.

.....  
26 La jurisprudencia del Consejo de Estado (2004c) considera que “la selección objetiva comporta: i) la obligación de fijar previamente los criterios de selección (art. 24 ord. 5º), ii) el llamado público para que, en igualdad de oportunidades, se presenten las ofertas (principio de concurrencia) (art. 30 núm. 3), y iii) la transparencia (art. 24)”. Puede verse Rodríguez (2013).

27 “La planeación es un concepto propio del Estado social de Derecho, como criterio garantizador de la legalidad y del interés general, pilares fundamentales dentro de la sociedad actual. La planeación se utiliza en todos los niveles del Estado para garantizar la macro estructura de las naciones y su forma de cumplir con los fines previstos por ella en beneficio de los administrados” (Vélez, 2005, pp. 600-601).

28 Al tenor de lo estatuido en el Artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, a más tardar el 31 de enero de cada año, todas las entidades del Estado deberán publicar en su página web el plan de acción para el año siguiente. En él se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, los planes generales de compras y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto con los indicadores de gestión. Asimismo, el Artículo 3 del Decreto 1510 de 2013 define este documento como un instrumento de planeación contractual que las entidades estatales deben diligenciar, publicar y actualizar.

29 El Artículo 20 del Decreto 1510 establece que son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del proceso de contratación y deben contener, entre otras cosas, la identificación de la necesidad, la modalidad de selección, las características de los bienes, obras o servicios que se van a contratar, los costos, valores y precios que podrían requerirse para la celebración y ejecución del contrato, los criterios de habilitación y calificación, el análisis del riesgo y las garantías que se van a exigir durante el procedimiento de selección.

30 Deberá contener los mismos elementos que el pliego de condiciones. Este documento está edificado sobre la base de permitir a los interesados conocer y solicitar modificaciones sobre las condiciones generales tanto del proceso de contratación como del futuro negocio.

Merecen mención especial las modalidades de selección de las que dispone la Administración para celebrar sus negocios, pues estas, además de determinar la estructura del trámite que se debe surtir en la etapa precontractual, fijan los criterios de calificación.

Las diferentes entidades estatales cuentan con las siguientes modalidades de selección: la licitación; la selección abreviada, que incluye la subasta inversa, el acuerdo marco de precios, la compra en bolsas de productos y la menor cuantía; el concurso de méritos; la contratación directa y la mínima cuantía.

Sobre la licitación pública<sup>31</sup>, el profesor Enrique Lasso Sayagués (2002) estima que consiste en “una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas señaladas, formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa, con lo cual el contrato queda perfeccionado” (p. 543). Esta modalidad de selección constituye la regla general, en la medida en que resulta aplicable cuando la ley no expresa que proceda alguna otra (Congreso de la República, 1993, art. 2).

La selección abreviada es la modalidad de selección prevista para aquellos casos en los que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación, la cuantía o la destinación del bien se pueden adelantar procesos simplificados, si se comparan con el trámite de la licitación, para garantizar la eficiencia de la gestión contractual (Congreso de la República, 2007, art. 2, num. 2).

Dentro de esta modalidad encontramos la subasta inversa, el acuerdo marco de precios<sup>32</sup>, la compra en bolsa de productos y la menor cuantía. Las tres primeras están edificadas para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes<sup>33</sup>, mientras la menor cuantía procede para la contratación de servicios de salud<sup>34</sup>; para aquellos casos en los que una licitación ha sido decla-

31 Procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual de la Administración, cuya finalidad es seleccionar al oferente idóneo que ofrezca las condiciones más favorables para la entidad (Dromi, 2002).

32 Definido por el Legislador como aquel contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia compra eficiente o quien haga sus veces, para la provisión a las entidades estatales de bienes y servicios de características técnicas uniformes, en la forma, el plazo y las condiciones establecidas en este (Presidencia de la República, 2013, art. 3).

33 Se calificarán como tales bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares que, en consecuencia, pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición (Presidencia de la República, 2013, art. 3).

34 Pueden verse Presidencia de la República (2013, art. 60) y Congreso de la República (1993, art. 2, num. 2, lit. c).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

rada desierta; para la contratación de empresas industriales y comerciales del Estado, las de economía mixta y las empresas en las cuales el Estado tiene más del 50 % del capital social, que no se encuentren en competencia y siempre que el objeto contractual sea respecto de su actividad industrial o comercial<sup>35</sup> y para la adquisición de bienes y servicios del sector defensa, siempre que no requiera reserva<sup>36</sup>.

El concurso de méritos es la modalidad de selección que procede para la prestación de servicios de consultoría<sup>37</sup> y para los proyectos de arquitectura. Es el único evento en el que la entidad está habilitada para calificar la experiencia tanto del interesado como de su equipo de trabajo (Presidencia de la República, 2013, art. 67).

La contratación directa<sup>38</sup> procede, entre otros eventos (Congreso de la República, 2007, art. 2, num. 4), para la contratación entre entidades estatales, cuando se ha declarado la urgencia manifiesta, en aquellos eventos en que no exista pluralidad de oferentes<sup>39</sup>, para celebrar los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión<sup>40</sup>, para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas, para la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles y para la contratación de bienes y servicios del sector defensa que requieran reserva, etc.

35 Salvo los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia, para los cuales aplicará la modalidad de selección correspondiente (Presidencia de la República, 2013, art. 63).

36 En estos casos, si el bien o servicio tiene características técnicas uniformes, la entidad deberá acudir a la subasta inversa, el acuerdo marco de precios o la compra en bolsa de productos. Si la adquisición requiere reserva, se tramitará por medio de la contratación directa (Presidencia de la República, 2013, art. 65; 78).

37 Son de consultoría los contratos que celebren las entidades estatales, referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Asimismo, son de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (Congreso de la República, año, art. 32, num. 2). De conformidad con el numeral 4 del Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en ningún caso se podrá incluir el precio como factor de calificación.

38 La contratación directa es una "forma de exigencia del contratista, excepcional a la regla general de la licitación, con un procedimiento más ágil y expedito sin que ello implique apartarse de los principios de la función pública ni del régimen de contratación" (Consejo de Estado, 2007a).

39 El Legislador estableció que no existe pluralidad de oferentes cuando solo hay una persona que pueda proveer el bien o servicio, bien sea por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, bien sea porque es el proveedor exclusivo en el territorio nacional (Presidencia de la República, 2013, art. 80).

40 Son aquellos de naturaleza intelectual que se derivan del cumplimiento de funciones de la Administración, como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales (Presidencia de la República, 2013, art. 81).

Las reglas particulares de la mínima cuantía se aplican a los contratos cuyo valor no exceda un 10 % de la menor cuantía; se toma como referencia para este cálculo el presupuesto de cada entidad individualmente considerada y sin que sea relevante el objeto a contratar (Congreso de la República, 2011, art. 94).

La segunda fase del proceso de formación de voluntad de la Administración es la etapa precontractual propiamente dicha. Inicia con el acto administrativo de apertura (Presidencia de la República, 2013, art. 24), pasa por el pliego de condiciones<sup>41</sup> y sus adendas<sup>42</sup>, la presentación de las ofertas y su evaluación<sup>43</sup> y culmina en la resolución de adjudicación<sup>44</sup> o de declaratoria de desierta<sup>45</sup>.

De la expedición del acto administrativo de adjudicación<sup>46</sup> surgen, entre otras, las siguientes consecuencias: a) derecho subjetivo del adjudicatario (contratar con el Estado); b) deber de la entidad (contratar con el adjudicatario); c) derecho del adjudicatario a la indemnización de daños y perjuicios por el desistimiento del adjudicador antes del perfeccionamiento del contrato, y e) derecho de los demás oferentes de retirar los documentos presentados y de reintegro de las garantías (Consejo de Estado, SCA, 2004b).

.....  
41 Sin lugar a dudas, el pliego de condiciones constituye el documento más importante de la etapa precontractual. Sobre este, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2006c; 2013a) ha precisado que es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas obligatorias tanto para la entidad como para los interesados u oferentes, elaborados unilateralmente por la Administración para reglar el desarrollo del proceso de selección y del contrato. Ostenta una naturaleza mixta, pues nace como acto administrativo de carácter general, pero desde la celebración del contrato, cambia esa naturaleza y se transforma en cláusula contractual.

42 Las adendas son el sistema por el cual la Administración explica, aclara, agrega o modifica el pliego de condiciones (Presidencia de la República, 2013, arts. 3; 25). Una vez publicadas, se integran al pliego y ostentan la misma validez y el mismo carácter vinculante que este (Consejo de Estado, 1996).

43 El Consejo de Estado (2012b) precisó que el “acto de calificación entraña la expresión de un juicio de valor por parte de la entidad estatal, lo cual comporta que esta juzgue el grado de suficiencia o insuficiencia de los diferentes componentes que previamente se han señalado como objeto de evaluación”. La misma sección de esa Corporación indicó que los informes de evaluación deben ser motivados y se deben referir a cada uno de los factores de evaluación” (Consejo de Estado, 2007b).

44 La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2011b) ha señalado que la facultad de adjudicar no es discrecional sino reglada, por consiguiente, cumplidas las condiciones fijadas tanto por la ley como por el pliego de condiciones y presentada una oferta favorable, la entidad deberá adjudicar. En caso contrario, deberá indemnizar al adjudicatario.

45 La declaratoria de desierto del proceso de selección solo procede por las causas legales, esto es, cuando se presentan circunstancias que impiden la selección objetiva. Pueden verse Consejo de Estado (2013c; 2011b; 2011d).

46 El cual supone “—desde una faceta positiva— la selección y por lo mismo la aceptación de la oferta que se estima la más conveniente y favorable con arreglo a lo dispuesto en los pliegos de condiciones y —desde una faceta negativa— la no adjudicación a los otros proponentes” (Consejo de Estado, 2011c).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

## Etapa contractual

La etapa contractual se estudiará en dos fases o etapas, las cuales están edificadas con base en períodos: el plazo de ejecución del contrato y el de liquidación del mismo.

Con posterioridad a la expedición del acto administrativo de adjudicación y antes de iniciar el cumplimiento de las obligaciones contractuales se deben cumplir los requisitos de perfeccionamiento del contrato (Consejo de Estado, SCA, 2000a) y los de ejecución (Congreso de la República, 1993, art. 41).

Desde la expedición de la Ley 80, son considerados como requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal<sup>47</sup> el acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y que se plasme en un escrito<sup>48</sup>. Por otro lado, los requisitos de ejecución son los siguientes: a) el registro presupuestal; b) la aprobación de las garantías (única de cumplimiento, todo riesgo y responsabilidad extracontractual); c) la acreditación de que el contratista está al día en el pago de los aportes parafiscales relativos al sistema de seguridad social integral, así como las contribuciones especiales del SENA, ICBF y cajas de compensación familiar (Congreso de la República, 1993, art. 41), y d) la publicación del documento que contiene el contrato (Consejo de Estado, SCA, 2014).

## Plazo de ejecución

Va desde el cumplimiento de los requisitos de ejecución o de la firma del acta de inicio<sup>49</sup> hasta el vencimiento del plazo para satisfacer las obligaciones contractuales. La extensión del plazo depende de la complejidad para el cumplimiento del objeto contractual.

En vigencia del plazo de ejecución tiene lugar una serie de sucesos que conllevan la aplicación de determinadas figuras jurídicas, propias de la regulación destinada a la contratación estatal. De ningún modo ello implica que los particulares

47 Al contrato estatal se le han atribuido las siguientes características: bilateral, oneroso, solemne, principal y nominado (Rico, 2007).

48 En vigencia del anterior régimen, el perfeccionamiento del contrato requería tres aspectos: “[...] el acuerdo de voluntades de las partes contratante y contratista, la elaboración de un contrato escrito sobre la misma, y la existencia de una reserva presupuestal” (Castro, García y Martínez, 2010, p. 255).

49 El término para la ejecución del contrato empieza a correr desde la firma del acta de inicio, siempre que se haya pactado que se requiere acta de inicio en dicho contrato individualmente considerado; es una cláusula accidental, si se utilizan los términos del Artículo 1501 del Código Civil.

no puedan obtener la realización material de las mismas en sus negocios cuando así lo dispongan, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, salvo algunas excepciones que señalaremos más adelante.

### *Anticipo y pago anticipado*

Las primeras figuras jurídicas que tienen lugar durante la vigencia del plazo de ejecución son el anticipo y el pago anticipado. Constituyen cláusulas accidentales dentro de los negocios de la Administración y, por consiguiente, su inclusión dentro del contrato estatal está sujeta a la existencia de acuerdo expreso entre las partes (Congreso de la República, 1993, art. 40).

El anticipo es un mecanismo de financiación que les permite a los colaboradores de la Administración asumir los costos iniciales que se requieren para la ejecución del objeto contractual. Las sumas entregadas a título de anticipo constituyen un adelanto o avance del precio no causado, por lo que dicho dinero seguirá perteneciendo a la entidad mientras el contratista no lo amortice (Consejo de Estado, SCA, 2004a).

Cuando el procedimiento de selección de contratistas se adelanta bajo licitación, el anticipo se consigna a una fiducia mercantil (Congreso de la República, 2011, art. 91; Presidencia de la República, 2013, art. 35). La transferencia altera la propiedad de las sumas consignadas, en la medida en que desde ese momento el dinero será privado y, por ende, no sujeto a control. En los demás casos, el anticipo se consigna en una cuenta abierta a nombre del contrato<sup>50</sup>.

Dadas las características de esta figura, solo tendrá lugar en los contratos de tracto sucesivo<sup>51</sup>, ya que la amortización requiere de tiempo. El anticipo no se debe entregar únicamente al inicio del plazo, por lo que es viable que en un contrato se pacte que su entrega se hará al inicio, a la mitad e, incluso, dos años antes de cumplirse el plazo de la ejecución.

El pago anticipado, como su nombre lo indica, constituye un pago y como tal ostenta las características propias de esta forma de extinguir las obligaciones.

50 Ese dinero genera intereses que son de propiedad de la entidad (Consejo de Estado, 2006a).

51 Acuerdos en los que "las obligaciones que emanan del contrato se reproducen a través del tiempo, de manera que periódicamente deben cumplirse. Las obligaciones se extienden o dilatan en el tiempo, y esta dilación es condición esencial para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes" (Baeza, 1981, p. 47).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

El dinero entregado bajo este título ingresa al patrimonio del contratista y puede destinarlo para cualquier fin, aun opuesto a la ejecución del objeto contractual.

¿Qué ocurre cuando, a pesar de haber un pago anticipado no se ejecuta el objeto contractual? En esos casos, la Administración deberá hacer efectiva la garantía de cumplimiento que, al tenor de lo estatuido en el Artículo 116 del Decreto 1510, cubre la devolución del pago anticipado.

Esta figura jurídica tiene lugar en los contratos de ejecución instantánea, esto es, en aquellos acuerdos en los que “el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato a cargo de los contratantes son puras y simples y pueden cumplirse en un solo acto” (Cubides, 2005, p. 277).

Tanto el anticipo como el pago anticipado tienen un límite respecto a su monto, pues el Legislador señaló que en ningún caso las sumas entregadas podrán exceder un 50 % del valor del contrato (Congreso de la República, 1993, art. 40).

El anticipo es una forma de financiación que les permite a los colaboradores de la Administración iniciar con la ejecución del objeto contractual en aquellos acuerdos de cumplimiento diferido y las sumas entregadas bajo ese título no entran al patrimonio del contratista, puesto que siguen perteneciendo a la entidad hasta que sean amortizados. Por otro lado, el pago anticipado es una forma de extinguir obligaciones y, por consiguiente, su entrega implica la transferencia de la propiedad del dinero.

El siguiente cuadro comparativo (Cuadro 1) utiliza como referencia la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Consejo de Estado, SCA, 1999; 2001; 2004a; 2006a).

Cuadro 1. Comparativo anticipo y pago anticipado

Anticipo	Pago anticipado
Es un simple préstamo, una modalidad de financiación para iniciar la ejecución del contrato.	Comporta un pago, esto es, un modo de extinción de las obligaciones.
Se devuelve a la entidad mediante la amortización. Si no se devuelve, se hace efectiva la garantía única de cumplimiento.	Los recursos se transfieren al patrimonio del contratista, por ende no se devuelven.
Cláusula accidental.	Cláusula accidental.
Solo se puede emplear en la ejecución del contrato.	El contratista puede destinarlo a cualquier fin.
No puede superar un 50 % del valor total del contrato.	No puede ser superior a un 50 % valor total del contrato.

Fuente: elaboración propia

### *Mayor cantidad de obra y obra complementaria o adicional*

Precisadas las nociones de anticipo y pago anticipado, es menester continuar con el análisis de las figuras jurídicas que pueden tener lugar durante la etapa de ejecución de los contratos estatales. En este apartado se describirá y analizará la mayor cantidad de obras y las obras adicionales.

#### *Mayor cantidad de obra*

Para explicar esta figura jurídica se dividirá su tratamiento en dos partes: en la primera se expondrá una definición del concepto y en la segunda se analizará su aplicación al contrato en razón del tipo de precio que se haya establecido en el contrato.

#### *Definición*

La expresión mayor cantidad de obra “se refiere a la necesidad o conveniencia sobreviniente que aumenta el número de unos bienes, unos elementos o unos trabajos que fueron parte del contrato desde el comienzo, aunque en cantidad más reducida” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2009). Esto quiere decir que se aplica cuando surgen mayores valores en el contrato en razón de “una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato” (Consejo de Estado, SCSC, 2002).

De lo dicho se infiere que la mayor cantidad de obra implica “más de lo mismo”, esto es, cuando mediante acta, previa aprobación del interventor, se determina que para la ejecución del objeto contractual se requerirán más bienes o servicios de los inicialmente previstos. El contratista no puede negarse a esas mayores cantidades, pues resulta claro que el objeto del contrato no está circunscrito a unas cantidades aproximadas, sino a una obra, un bien o servicio.

•La etapa contractual en los negocios de la administración•

### *Aplicación según el tipo de precio pactado*

#### — Contrato a precios unitarios<sup>52</sup>

Es aquel contrato en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, calculando cuánto vale la ejecución de cada una de éstas, y el costo directo total del contrato será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución (Consejo de Estado, SCA, 2012a).

O sea, es el contrato en el que se desagrega el objeto contratado en ítems (cada uno contentivo de cantidades aproximadas) a los cuales se les fija un precio, por lo que el costo total del contrato se obtendrá de la multiplicación de los precios unitarios por las cantidades utilizadas.

La figura de mayor cantidad de obra se edificó para la aplicación a contratos por precios unitarios, en el entendido de que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes estipulan esta forma de pago en razón al desconocimiento de las “reales cantidades de obra que deben ser ejecutadas para completar el objeto contractual deseado” (Consejo de Estado, SCSC, 1998a). De la aplicación de esta figura no surge una modificación al objeto del contrato, puesto que este no constituye la ejecución de una determinada cantidad de cada uno de los ítems individualmente considerados, sino su agregación, que constituye un todo —el objeto contractual—.

#### — Contrato por precio global o “llave en mano”

Es aquel en el cual:

[...] el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad [del objeto contratado por ese precio] (Consejo de Estado, SCSC, 2002).

.....  
52 En este tipo de contratos tienen lugar dos cláusulas. La primera de ellas es la de reajuste, que implica mantener el valor constante del ítem y eliminar el efecto inflacionario de los precios. Constituye una medida preventiva de situaciones previsibles que pudieran afectar el equilibrio del contrato. Por otro lado, está la cláusula de revisión, que busca mantener el precio del ítem al valor del mercado. Esta tiene aplicación cuando el reajuste resulta insuficiente o no hay reajuste, en la medida en que está edificada sobre hechos imprevisibles.

A diferencia de lo que sucede cuando la cláusula de valor es por precios unitarios<sup>53</sup>, cualquier alteración en el precio acordado constituye una modificación del contrato, ya que en los términos del Artículo 40 de la Ley 80 se estaría adicionando su valor<sup>54</sup>.

Cuando las partes establecen la modalidad de pago por precio global con base en la autonomía de la voluntad, no se puede aplicar la figura en estudio, por cuanto su naturaleza jurídica no es compatible con este tipo de acuerdo.

Esto no quiere decir que el contrato sea inmodificable, así como tampoco se está en presencia de una excepción al principio del equilibrio económico de este; solo se considera que cualquier alteración del valor convenido se debe hacer por adición al contrato.

#### Obra adicional o complementaria

Aunque el Legislador no ha expresado lo que se debe entender por obra adicional, la jurisprudencia ha tocado este tema en reiteradas ocasiones y ha concluido lo siguiente:

- En primer lugar, una definición del concepto —la adición del contrato— implica la inclusión de nuevas obras o servicios en el contrato original, eso quiere decir que por la expresión “adicionar” se debe entender cualquier modificación que incida en el valor inicialmente convenido, así como la inclusión de obras nuevas o distintas de las contratadas y que son indispensables para que el objeto contractual cumpla la finalidad buscada por la entidad estatal contratante (Consejo de Estado, SCSC, 2008). Es decir, la adición a los contratos se celebra cuando se aumenta el valor en razón de la incorporación de una o varias obligaciones necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto contratado.

- Con la obra adicional se busca potencializar el beneficio que se obtiene con la ejecución del objeto contractual. En estos casos, el contratista puede negarse

.....  
53 Cualquier alteración del valor inicial del contrato no lo modifica, puesto que se trata de la aplicación de una cláusula convencional que implica el ejercicio de una operación matemática que permite obtener el costo total del contrato. En últimas, se está ejecutando lo que las partes habían establecido en el contrato, por lo que no se podría afirmar que se está modificando el acuerdo de voluntades, porque en realidad se está haciendo honor al mismo.

54 Lo que se plantea es que hay una modificación del contrato cuando se altera el valor convenido, entendido este como el precio global acordado o el precio unitario asignado a cada ítem.

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

a hacer la obra adicional. Si hay acuerdo, es preciso obtener un certificado de disponibilidad presupuestal.

- La Corte Constitucional (2012) estableció que las nociones de “contrato adicional” y de “adición de contrato” no constituyen una misma figura jurídica, por cuanto en aquel hay “una modificación fundamental del convenio inicial”, mientras en este se origina una “mera reforma del contrato que no implica una modificación de su objeto” (Consejo de Estado, 1998b). En el primero hay una alteración del objeto contratado, por lo que surge un nuevo acuerdo de voluntades (causa y objeto independientes) y en el segundo se reforma el valor del contrato o se incorporan obligaciones que contribuyen a potenciar el objeto del contrato original.

Sobre el particular, considero que esta diferenciación es irrelevante: primero, porque carece de efectos jurídicos importantes (en nada influye que se denomine adición de contrato, contrato adicional, otrosí, etc.); segundo, porque el mismo Consejo de Estado ha utilizado tales términos como sinónimos y, tercero, por cuanto si en el contrato adicional hay una modificación sustancial del convenio inicial, con una causa y objeto independientes del contrato original, carece de sustento el calificativo “adicional” (¿adicional a qué?).

*Alcance del límite establecido en el párrafo del Artículo 40 de la Ley 80<sup>55</sup>*

El mencionado precepto normativo establece que “los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento de su valor inicial”.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional (Herrera, 2012) consideran que el límite establecido en la disposición normativa no es aplicable cuando se trata de mayores cantidades de obra, sino que tendrá lugar solo cuando se esté en presencia de la figura de obra adicional o complementaria, bajo el entendido de que en la primera no hay una modificación del contrato y, por consiguiente, no hay adición, mientras en la segunda hay una verdadera ampliación del objeto contractual.

Aun cuando considero que los argumentos que sustentan esa aplicación disímil —según se trate de mayor cantidad de obra o de obra adicional— son

.....  
55 Norma que no es aplicable en los contratos de interventoría en los términos del Artículo 85 de la Ley 1474 de 2011.

jurídicamente impecables, la razón de ser del precepto normativo es la de impedir la elusión de los procedimientos de selección objetiva con el fin de evitar la corrupción mediante el fraccionamiento de contratos (Congreso de la República, 1993, art. 24, num. 8). De ahí que, a mi juicio, el límite previsto debería aplicarse a uno y a otro indistintamente<sup>56</sup>.

### *Multas y cláusula penal*

Las siguientes figuras que se van a describir y a analizar son las cláusulas de multas y la penal pecuniaria. Si bien tienen una amplia regulación y aplicación en el Derecho Privado<sup>57</sup>, tienen unas singulares características cuando son estudiadas en el marco de la contratación estatal.

#### — Cláusula de multas

El tratamiento dado a las multas en el régimen de los contratos estatales ha variado a lo largo de los años. En vigencia del Decreto 150 de 1976, esta figura era de inclusión obligatoria en todos los contratos celebrados por la Nación, salvo los de empréstito; se materializaba cuando el contratista incurría en un incumplimiento parcial durante la ejecución del contrato, ante lo cual la Administración estaba habilitada para que, mediante acto administrativo debidamente motivado, impusiera la medida (Presidencia de la República, 1976, arts. 47; 60-62).

El Decreto 150 de 1976 fue derogado y reemplazado por el Decreto 222 de 1983, de cuyo articulado se debe destacar que se introdujo una diferenciación entre los contratos administrativos y los de Derecho Privado de la Administración; para tal efecto, se utilizó una lista taxativa<sup>58</sup> en la que se indicaron los pertenecientes al primer grupo (Dussán, 2005).

En lo relativo a la cláusula de multas en vigencia del Decreto, en los contratos propiamente administrativos, esta figura resultaba de inclusión obligatoria y su imposición, además de estar sujeta a que el contratista estuviera en mora respecto

56 Con esto también se busca que la Administración, por medio de las entidades estatales, cumpla con su deber de planeación y evite que, en razón de la deficiente estimación inicial de cantidades requeridas, se abuse de la posibilidad abierta (sin límite) que surge de la aplicación de la figura mayores cantidades de obra.

57 Pueden verse los Artículos 1592-1601 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

58 Como pertenecientes a los contratos administrativos se pueden destacar los de concesión de servicios públicos, de prestación de servicios, de suministro, de obra y de empréstito, entre otros (Presidencia de la República, 1983, art. 16).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

a la ejecución de las obligaciones que tenía a su cargo, se materializaba por medio de resolución debidamente motivada (Presidencia de la República, 1983, arts. 60; 64; 71).

En cuanto a los contratos de Derecho Privado de la Administración, si bien esta cláusula no era de inclusión obligatoria, las entidades obligadas a aplicar el Decreto 222 de 1983, en los términos de su Artículo 1, estaban habilitadas para incluirlas en sus contratos, pero no para imponer la medida unilateral, toda vez que las multas quedaban sujetas a lo dispuesto por la legislación civil y comercial (Consejo de Estado, SCA, 1986).

En vigencia de los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, la cláusula de multas era una manifestación clara y tangible del poder de *imperium* del Estado, al ser incluidas dentro de las denominadas cláusulas exorbitantes. Esta razón justifica que la Administración tuviera la competencia para imponer la medida unilateralmente en los casos de mora o incumplimiento parcial.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se expide el Estatuto general de contratación de la Administración pública, la cláusula de multas pasó de ser una figura con reglas propias dentro de la regulación de los contratos de la Administración a una cuyas características y condiciones de aplicación no tenían disposición expresa que las regulara.

Desde la entrada en vigencia de la Ley 80 y hasta la expedición de la Ley 1150 de 2007 se presentó un debate tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, relativo a la naturaleza, las características y las condiciones de imposición de las multas en los contratos estatales. Si las diferentes entidades estaban o no habilitadas para hacer efectiva unilateralmente la medida fue tema de álgido debate (Bautista, 1999).

En principio se consideró que, si bien la Ley 80 no habilitaba a las entidades estatales para imponer unilateralmente la medida, esta competencia se desprendía del carácter ejecutivo que el Artículo 64 del Decreto 01 de 1984 otorgaba a todos los actos administrativos, máxime cuando el Legislador puso el poder de dirección y control en la ejecución del contrato (Congreso de la República, 1993, art. 14; Consejo de Estado, SCA, 1998).

Más adelante se reformuló la posición anterior y se precisó que las entidades estatales no estaban habilitadas para imponer multas por sí y ante sí, toda vez que el Legislador no previó tal situación y, puesto que el principio de legalidad es el

pilar fundamental del Estado de Derecho, las prerrogativas públicas no se deben suponer ni extraer de elucubraciones, sino que deben sustentarse sobre normas que las consagren de modo expreso (Consejo de Estado, SCA, 2005).

Por último, en lo relativo al debate ya precisado, se modificó la posición anterior y se sostuvo que la Ley 80 estatuyó en la práctica dos clases de contratos: unos en los que se pueden incluir cláusulas excepcionales y otros en los que no; cuando la Administración utilice las facultades que le son atribuidas en el marco de la caducidad, podrá exigir las multas impuestas por sí y ante sí (Presidencia de la República, 1993, art. 15). En los contratos en los que no es posible incluir las facultades exorbitantes, las entidades no podrán hacer efectiva la medida (Consejo de Estado, SCSC, 2006).

Con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, la Administración quedó habilitada para multar al contratista y para hacer efectiva la medida unilateralmente. Tal situación se vio reforzada con la expedición del Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, pues en este cuerpo normativo se reguló el procedimiento para imponer la sanción (Congreso de la República, año, art. 86).

Para finalizar, se mencionan las características de la cláusula de multas. Estas son medidas coercitivas provisionales destinadas a conminar, apremiar o presionar al contratista para que cumpla con las obligaciones que tiene a su cargo; su materialización se hace mediante acto administrativo<sup>59</sup>, el cual debe tener lugar durante el período de ejecución del contrato<sup>60</sup>, en la medida en que no se puede conminar lo que no se puede cumplir y que, para hacer efectiva la medida, se debe respetar el derecho al debido proceso (Borja, 2009).

#### — Cláusula penal pecuniaria

La cláusula penal pecuniaria es aquella “estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer cierta prestación si no cumpliere lo debido, o si cumpliere tardíamente” (Pothier, 1993, p. 208).

Estudiada bajo la lupa de los contratos estatales, la cláusula penal está estructurada para ser una de las consecuencias que se derivan de la declaratoria de

59 Ese acto administrativo debe ser notificado a la aseguradora. Contra la resolución que impone la medida cabe el recurso de reposición y la acción de controversias contractuales.

60 Como regla general, la imposición de multas no genera inhabilidad; pese a ello, si se imponen cinco o más durante una vigencia fiscal (período comprendido entre 1 de enero y 31 de diciembre) sí generará inhabilidad (Congreso de la República, 2011, art. 90). Dicha inhabilidad se extenderá por un término de tres años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el RUP.

•La etapa contractual en los negocios de la administración•

incumplimiento<sup>61</sup> encaminada a cobrar los perjuicios que fueron fijados por las partes en caso de presentarse mora.

A diferencia de lo que ocurre con las multas, la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal puede tener lugar incluso vencido el período de ejecución del objeto contractual, pero siempre antes de la liquidación del contrato (Herrera, 2004).

Cabe preguntarse si durante el plazo de ejecución del objeto contractual pueden tener lugar simultáneamente las multas y la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva la cláusula penal. Considero que sí es viable jurídicamente, en la medida en que cada una de las figuras está orientada hacia objetivos diferentes. La multa es una medida sancionatoria, enfocada a conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones a su cargo y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal es esencialmente indemnizatoria.

Como regla general, las declaratorias de incumplimientos tendientes a hacerla efectiva no generan inhabilidad, pero en los casos en los que se acumulen dos o más declaratorias de incumplimiento en una misma vigencia futura se generará una inhabilidad por tres años para el contratista (Congreso de la República, 2011, art. 90).

#### — Cláusulas excepcionales

Hacer un estudio pormenorizado de las cláusulas excepcionales desborda el objeto de este escrito. Pese a ello, se presentará una breve aproximación para dilucidar el tratamiento que recibe esta figura jurídica en los contratos estatales y luego se describirá cada una de sus manifestaciones o clases.

Lo primero que se debe señalar es que las cláusulas excepcionales son prerrogativas especiales que tiene la entidad para la dirección, conducción y ejecución del contrato. Estas constituyen una herramienta que potencia la posición de la entidad frente al particular (Chávez, 2008). Se ha explicado que reciben tal denominación porque son las cláusulas ajenas al Derecho común, toda vez que se materializan mediante un acto administrativo que, por sus atributos de ejecutividad, ejecutoriedad y presunción de legalidad (Barcelona, 1995), ubica a la Administración en un plano de superioridad frente a su contratante.

.....  
 61 Otra consecuencia que se deriva es la imposición de multas o la materialización de algunas cláusulas excepcionales.

El ejercicio de estas prerrogativas excepcionales no es susceptible de ser juzgada por los tribunales de arbitramento; por ello, en caso de controversia, deberá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa (Consejo de Estado, SCA, 2000b; 2000c; Corte Constitucional, 2000)<sup>62</sup>.

En su Artículo 14, la Ley 80 de 1993 estableció una doble taxatividad. La primera, relacionada con los contratos en los cuales deben o pueden incluirse cláusulas excepcionales; la segunda, busca señalar cuáles son las prerrogativas excepcionales que tienen a su disposición las entidades estatales durante la ejecución del objeto contractual.

La Administración deberá incluir las cláusulas excepcionales en los contratos a) de concesión; b) de obra<sup>63</sup> y de prestación de servicios públicos, y c) que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya un monopolio estatal. Las cláusulas excepcionales son elementos de la naturaleza; por ello, en los casos en los que la entidad no las incluya, se entiende que le pertenecen al contrato sin necesidad de estipulación especial (Congreso de la República, 1887, arts. 1501; 1621).

Los contratos en los que las entidades obligadas a aplicar la Ley 80 pueden incluir cláusulas excepcionales son los de a) suministro, y b) prestación de servicios. Estas prerrogativas excepcionales constituyen cláusulas accidentales, por lo que para su ejercicio es necesario una estipulación especial que las incluya (Consejo de Estado, SCA, 2007a).

Los contratos en los que está prohibida la inclusión de cláusulas excepcionales son los que se celebran con personas públicas internacionales, de cooperación, ayuda o asistencia; los interadministrativos; los de empréstito, donación y arrendamiento; los que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 del artículo 14 o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas

62 La Corte Constitucional (2007) señaló que los tribunales de arbitramento no pueden decidir sobre la validez de los actos administrativos en los que se haga uso de cláusulas excepcionales, pero sí sobre los efectos económicos derivados de ellos.

63 La diferencia fundamental entre los contratos de obra y los de concesión está en el tratamiento que reciben los recursos. En el de concesión (contrato financiero en donde el particular aporta los recursos para la construcción, el mantenimiento o la operación y se repaga con la explotación del bien), el dinero sale del bolsillo del privado y en el de obra (la entidad pone los recursos), del patrimonio de la entidad.

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales (Congreso de la República, 1993, art. 14).

En los contratos no incluidos en la anterior lista no es posible incluir cláusulas excepcionales; primero, por la ya mencionada taxatividad y, segundo, por el principio de legalidad.

Las cláusulas excepcionales señaladas por el Legislador, individualmente consideradas, son a) la modificación unilateral; b) la interpretación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad; e) la reversión, y f) el sometimiento a las leyes nacionales (Congreso de la República, 1993, art. 14).

#### a) Modificación unilateral

Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20 %) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo (Congreso de la República, 1993, art. 16).

La modificación unilateral es una prerrogativa excepcional que la Administración solo puede utilizar durante la ejecución del contrato y con el objetivo de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que pretende satisfacer.

Antes de acudir al ejercicio de la prerrogativa excepcional que la modificación unilateral le atribuye, la Administración deberá intentar reformar el contrato de común acuerdo, pues solo cuando hay perjuicio de este podrá materializarse aquella.

La modificación unilateral está estructurada para que, mediante acto administrativo de carácter particular, la Administración adicione o suprima bienes, servicios o trabajos; el contratista está obligado a soportar dicha alteración, siempre que no varíe el valor inicial del contrato en un 20 % o más, pues en esos eventos el colaborador de la Administración quedará habilitado para renunciar a su ejecución.

La materialización de la modificación unilateral implica el ajuste del valor del contrato. Cuando esta constituye una supresión, el contratista tendrá derecho a obtener una indemnización de perjuicios tanto por la utilidad dejada de percibir como por el daño emergente que se cause.

Si se presenta una renuncia por parte del contratista, deberá liquidarse el contrato y, pese a renunciar a la ejecución, el contratista tendrá derecho a la indemnización de perjuicios, toda vez que sufre un daño antijurídico; no se debe dejar de lado que el colaborador de la Administración renuncia por una modificación sustancial al contrato y no por un capricho irracional.

#### b) Interpretación unilateral

Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia (Congreso de la República, 1993, art. 15).

Al igual que con la modificación unilateral, esta cláusula excepcional solo estará a disposición de la Administración durante el plazo de ejecución. La interpretación únicamente podrá ser utilizada para evitar que se presente la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el negocio.

La interpretación unilateral tendrá lugar cuando la entidad y el colaborador de la Administración no se hayan puesto de acuerdo respecto al sentido de alguna de las cláusulas del contrato y se materializará mediante acto administrativo motivado. Contra la resolución que interpreta el contratista podrá interponer el recurso de reposición o la acción de controversias contractuales.

Cuando la Administración interpreta unilateralmente alguna de las estipulaciones del contrato, el contratista no tiene derecho a obtener una indemnización de perjuicios alguna, pues la entidad aclaró el sentido de una de las cláusulas del acuerdo, pero no modificó el objeto o alcance del mismo.

#### c) Terminación unilateral

Se ha afirmado con razón que:

La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

1°. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público<sup>64</sup> lo imponga (Congreso de la República, 1993, art. 17).

No cualquier situación de alteración de orden público da lugar a que se presente la terminación del contrato, pues se requiere una afectación razonable, o sea, que implique la imposibilidad del cumplimiento del contrato.

Cuando la entidad determina finalizar el contrato con fundamento en esta causal, el contratista tiene derecho a indemnización de perjuicios.

“2° Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista” (Congreso de la República, 1993, art. 17).

La muerte y la disolución de la persona jurídica siempre llevarán a declarar la terminación unilateral del contrato. Sin embargo, no cualquier incapacidad física permanente que se presente permite la aplicación de esta causal. Por ejemplo, un contratista encargado de suministrar bienes a una entidad pierde el dedo meñique durante una actividad deportiva. En este evento, el contratista no ve frustrada la posibilidad de ejecutar el contrato. Si durante la ejecución del contrato el colaborador de la Administración sufre una incapacidad física permanente, la entidad deberá analizar si dicha situación impide o pone en riesgo el cumplimiento del contrato para definir si procede la terminación unilateral.

Cuando la entidad termina unilateralmente el contrato con fundamento en esta causal, no se le genera al contratista derecho para obtener indemnización de perjuicios alguna.

“3°. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista” (Congreso de la República, 1993, art. 17).

La declaración de quiebra es una figura que ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico; por consiguiente, en la actualidad, ningún contrato estatal es terminado unilateralmente en razón de esta situación.

La interdicción judicial “tiene por fin la protección de la persona que tiene defecto intelectual habitual” (Ochoa, 2006, p. 700). Es la consecuencia jurídica que se presenta para aquellas personas con discapacidad mental absoluta, en los términos del Artículo 2 de la Ley 1306 de 2009.

.....  
64 Entendido como aquellas condiciones mínimas de convivencia, entre ellas, salubridad, tranquilidad, bienestar y seguridad (Medina, 2010).

Cuando hay una terminación unilateral en virtud de este numeral, no surge una indemnización de perjuicios en cabeza del contratista. La entidad, en cualquier caso, puede continuar con la ejecución del contrato con el garante de la obligación, si así lo acuerdan.

“4°. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato” (Congreso de la República, 1993, art. 17).

Generalmente, cuando hay cesación de pagos, las entidades declaran la caducidad del contrato y no la terminación unilateral. Es requisito *sine qua non* que el concurso de acreedores o el embargo judicial afecten de tal forma al contratista que imposibiliten o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Cuando las entidades estatales deciden terminar unilateralmente el contrato con fundamento en esta causal, el contratista no tiene derecho a recibir indemnización de perjuicios.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio (Congreso de la República, 1993, art. 17).

Las causales incluidas en la lista son taxativas; por eso, la entidad no puede incluir causales adicionales dentro de los contratos que celebre.

En los contratos en los que está prohibido pactar cláusulas excepcionales, la Administración y el particular, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden incluir la estipulación de terminación unilateral y prevén para tal efecto situaciones diferentes y adicionales a las dispuestas por el Legislador en el Artículo 17 de la Ley 80. Es acertado afirmar que a las entidades estatales les resulta beneficioso no poder pactar prerrogativas excepcionales.

#### d) Caducidad

La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista,

•La etapa contractual en los negocios de la administración•

que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento (Congreso de la República, 1993, art. 18).

La caducidad es una sanción preventiva que se materializa como consecuencia de un incumplimiento grave que amenaza la ejecución del contrato y que puede conducir a su paralización.

Cuando la Administración declara la caducidad del contrato, se generan los siguientes efectos: a) el contratista queda inhabilitado por cinco años para contratar con el Estado; b) se produce la terminación anticipada del contrato; c) se debe liquidar el acuerdo; d) se cobra la garantía única de cumplimiento, y e) el pago de la cláusula penal pecuniaria, efectuado por el contratista (Consejo de Estado, 1999).

Terminado el contrato, la Administración puede continuar con la ejecución de su objeto con a) el segundo mejor calificado, siempre que su oferta sea favorable para la entidad y esté pendiente la ejecución de un porcentaje igual o superior a un 50 % del contrato; b) con el garante<sup>65</sup>, quien después de hacer un análisis costo-beneficio entre el pago de la cláusula penal y ejecutar el contrato, puede decidir lo segundo. En estos eventos, no existe la necesidad de que falte la ejecución del contrato en al menos un 50 %, o c) un contratista diferente elegido como consecuencia de un proceso de selección iniciado para tal efecto.

.....  
65 Las compañías de seguros suelen subcontratar e, incluso, en algunos casos, el garante subcontrata con el contratista original, a quien se le decretó la caducidad.

### e) Reversión

En los contratos de *explotación o concesión* de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna (Congreso de la República, 1993, art. 19) (cursivas propias).

Esta cláusula excepcional está circunscrita a los contratos de concesión y consiste en que, finalizado el plazo de ejecución, los bienes utilizados para la explotación del objeto contractual pasan a ser propiedad de la entidad contratante, sin que para ello la Administración deba hacer alguna erogación.

#### *Régimen de nulidades*

Al igual que ocurre con las demás figuras, el régimen de nulidades de los contratos estatales tiene una reglamentación propia y autónoma que la diferencia de la que aplica a los negocios celebrados entre los particulares.

Antes de iniciar la descripción y el análisis de las causas que conllevan a la nulidad del contrato, es preciso establecer qué se entiende por nulidad. Así, el profesor Hernán Larraín Ríos (1994) la define como el castigo que la ley impone por no observar en la ejecución del acto los requisitos que la misma ley señala. En cualquier caso, la nulidad constituye la sanción más grave que es posible imponer a un contrato, en la medida en que implica negar la validez del acuerdo.

El Artículo 44 de la Ley 80 dispone que, además de las causales especiales contenidas en el Estatuto, los contratos estatales son absolutamente nulos por las mismas razones contenidas en el Derecho Privado. De ahí que sea preciso pormenorizar las reglas contenidas en los Artículos 897 a 904 del Código de Comercio y 1740 a 1756 del Código Civil.

#### — Causas de Derecho común

En Derecho Privado, la nulidad puede ser absoluta o relativa. Será absoluta “la que se refiere a la falta de requisito exigido para el valor del acto o contrato según su especie, es decir su naturaleza” y será relativa “la nulidad producida por la falta de requisitos exigidos para el valor del acto o contrato según la calidad o estado de las partes” (Claro, 1992, p. 392).

•La etapa contractual en los negocios de la administración.

Son absolutamente nulos los contratos celebrados con objeto<sup>66</sup> o causa<sup>67</sup> ilícita, aquellos en los que intervienen las personas absolutamente incapaces<sup>68</sup> y los que evidencian la omisión de algún requisito o formalidad prescrita por la ley para su valor en consideración a su naturaleza (Congreso de la República, 1887, arts. 1740, 1741; 1971, art. 899).

En el Derecho Privado, la nulidad absoluta sí es saneable por la prescripción extraordinaria y, cuando no proviene de objeto o causa ilícitos, también lo será por la ratificación de las partes (Congreso de la República, 1887, art. 1742).

Están viciados de nulidad relativa los contratos celebrados con personas relativamente incapaces, los que tienen algún vicio del consentimiento, falsedad de la causa, inobservancia de las formalidades relacionadas con la calidad o el estado de los intervinientes y cualquier otra especie de vicio que no sea constitutivo de nulidad absoluta (Congreso de la República, 1887, arts. 1508; 1524; 1741).

Las causales de nulidad relativa pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio (Congreso de la República, 1993, art. 46).

— Causales de nulidad absoluta incluidas en la Ley 80

El Artículo 44 de la Ley 80 instituye las siguientes causales de nulidad absoluta del contrato:

“1. Por celebrarse con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley”.

Cuando sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este podrá ceder el contrato, previa autorización escrita de la entidad contratante; si esto no es posible, renunciará a su ejecución (Congreso de la República, 1993, art. 9).

“2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que su configuración requiere, en cualquier caso: a) violación al régimen de

66 Toda declaración de voluntad tiene un objeto que puede consistir en dar, hacer o no hacer. La nulidad se impone cuando dicho objeto contraviene el ordenamiento jurídico (Congreso de la República, 1887, art. 1517).

67 Se entiende por causa el motivo o la razón que induce a celebrar el acto o contrato. Cuando dicho motivo o tal razón está prohibido por la ley, es contrario a las buenas costumbres o al orden público, será ilícito (Congreso de la República, 1887, art. 1524).

68 Son absolutamente incapaces los impúberes, los discapacitados mentales absolutos y los sordomudos que no pueden darse a entender (Congreso de la República, 1887, art. 1504).

prohibiciones consagrado en la Constitución, en la ley o en normas con fuerza de ley, y b) que dicha prohibición sea expresa y no producto de elucubraciones (Consejo de Estado, SCA, 2007a).

“3. Se celebren con abuso o desviación de poder”.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (2012) ha precisado que la desviación de poder es:

[...] el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla [...] así, la desviación del poder se presenta cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas, en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma.

“4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”.

Esta causal tendrá lugar cuando los actos administrativos precontractuales expedidos durante el proceso de formación de voluntad de la Administración, es decir, aquellos que constituyen decisiones unilaterales que no los meramente preparatorios, sean declarados nulos (Corte Constitucional, 2001).

“5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

Cuando la nulidad sea por celebrarse con inhábiles o incompatibles, contra expresa prohibición legal o porque los actos administrativos en los que se fundamenta se declaran nulos, el ordenador del gasto deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo motivado y ordenará su liquidación (Congreso de la República, 1993, art. 45).

La terminación a la que se refiere este Artículo es distinta a la declaratoria de nulidad del contrato por las siguientes razones: a) la terminación procede únicamente contra un contrato vigente; la nulidad es viable incluso en un contrato terminado; b) la terminación no excluye la posibilidad de demandar simultánea o sucesivamente la nulidad del contrato, mientras un contrato nulo no puede declararse terminado con posterioridad; c) la terminación debe declararla el ordenador del gasto; la nulidad solo puede ser declarada judicialmente; d) la terminación se materializa mediante acto administrativo y la nulidad por medio de sentencia, y

•La etapa contractual en los negocios de la administración•

5) los efectos de la terminación son hacia el futuro y los de la nulidad, retroactivos (Consejo de Estado, SCA, 2007a).

Los efectos de la nulidad no solo son hacia futuro, esto es, *ex nunc*, sino que su declaratoria destruye los efectos ya producidos, es decir, *ex tunc*; desde luego, esto sucederá siempre que sea posible. Por eso, el Artículo 48 de la Ley 80 establece que la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impide el pago de las prestaciones ejecutadas.

### Plazo de liquidación

Terminado el plazo de ejecución de las obligaciones contractuales o declaradas la caducidad, la fuerza mayor, la terminación unilateral o cualquier otra forma de terminación anticipada del contrato, se procede a iniciar su plazo.

La liquidación es una actuación administrativa posterior a la terminación del contrato, encaminada a definir si existen prestaciones, derechos u obligaciones a cargo de las partes, a hacer un balance de las cuentas y resolver reclamaciones, ajustes y reconocimientos a los que haya lugar, para así finiquitar y dar paz y salvo a la relación negocial (Consejo de Estado, SCA, 2009).

En el acta de liquidación deberán constar los acuerdos, las conciliaciones y transacciones a los que llegan las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo<sup>69</sup>.

La liquidación puede ser bilateral —o sea, de común acuerdo—, unilateral o judicial. El término dentro del cual las partes pueden liquidar el contrato de común acuerdo será el que ellas hayan fijado; si no acordaron plazo alguno, tendrán cuatro meses para hacerlo. Vencido este lapso, sin que las partes hayan liquidado el negocio, la entidad cuanta con dos meses para hacer la liquidación unilateral. Terminado este período, las partes tendrán dos años para solicitar la liquidación del contrato ante la jurisdicción.

Algunas características propias de las clases de liquidación son: la liquidación bilateral se materializa mediante acta, puede ser parcial<sup>70</sup>, tiene efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. En estos casos la liquidación constituye

.....  
69 El único contrato respecto al cual el Legislador expresó que no requería liquidación es el de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión (Presidencia de la República, 2012, art. 217).

70 Sobre lo que no haya acuerdo, la entidad liquida unilateralmente por medio de acto administrativo.

un negocio jurídico que solo puede ser invalidado por algún vicio del consentimiento, salvo en aquellos eventos en los que una de las partes, generalmente el contratista, sin cuestionar la validez de la misma, solicita la intervención judicial en relación con unos determinados puntos de inconformidad respecto a los cuales hay una salvedad en el acta, que debe ser concreta y específica (Consejo de Estado, SCA, 2012a).

La liquidación unilateral se materializa con un acto administrativo de carácter particular, susceptible del recurso de reposición y de la acción de controversias contractuales. La Administración cuenta con dos meses a partir del vencimiento del plazo para hacer la liquidación bilateral para expedir dicho acto administrativo.

En cuanto a la liquidación judicial, las partes tienen dos años para solicitarla; pese a ello, hasta antes de la notificación de la demanda, puede haber tanto liquidación bilateral como unilateral.

## Conclusiones

Al realizar negocios jurídicos con un particular, la Administración pública busca siempre la transparencia y protección de los bienes del Estado y el bien común, para garantizar que no se generen prácticas de corrupción o se satisfagan intereses de particulares.

En su legislación, el Estado colombiano tiene políticas que definen las modalidades y formas de contratación con él y cómo debe ser su posterior ejecución y terminación, aunque tiene en cuenta todo tipo de vicisitudes que pueden surgir en el proceso.

## LAS POLÍTICAS DEL RECUERDO: EL CASO CHILENO\*

Jheison Torres Ávila

El presente documento tiene como objetivo central establecer las características que presenta el caso chileno para la construcción de medidas protectoras del derecho a la memoria de las víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Se escogió este caso porque se considera que es uno de los más ricos en la protección de este derecho y sirvió de ilustración o modelo para que otros países con procesos similares construyeran el camino de la transición democrática (Elster, 2006).

En el campo internacional, en especial del Soft Law (Castro, 2014), se ha analizado el concepto del derecho a la memoria que se viene desarrollando desde los juicios de Núremberg, pero adquiere mayor relevancia en los procesos de justicia transicional de la década del ochenta (Forcada, 2011). Se destacan la Convención americana sobre derechos humanos (arts. 8, 25 y 61 num. 3); la Resolución 1325 de 2000, que recomienda la participación de víctimas, en particular de mujeres; el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Resuelve 4° de la CIDH y el conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Estas normas protegen las dimensiones del derecho a la memoria (González-Salzberg, 2008), que implica acciones como conocer la verdad, hacer actos de conmemoración, proteger el nombre de los desaparecidos y las víctimas y archivar y guardar los objetos y documentos relacionados con las etapas que generan esta memoria, entre otros.

.....  
\* Este capítulo contiene resultados del proyecto de investigación "Grandes transformaciones del Derecho Público en la actualidad. Fase I" en desarrollo de línea de Derecho Constitucional y políticas públicas del Grupo Derecho Público y TIC, del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Más que la construcción del marco jurídico sobre el tema, este texto se ocupa de la revisión de la experiencia chilena para recrear su desarrollo y conceptualización, con miras a la reconstrucción de una sociedad fragmentada (Capella I Roig, 2008; Barahona, Aguilar y González, 2002; Beristain, 2000).

### **El caso chileno: construcción de la verdad colectiva y prácticas de reparación simbólica**

Tras el golpe militar del 11 de septiembre de 1973, liderado por oficiales del Ejército chileno contra el presidente constitucional Salvador Allende y luego de siete años de Gobierno unipersonal e inconstitucional, en 1980, el dictador Augusto Pinochet convocó a un plebiscito —sin registro electoral ni derecho a la oposición— con el fin de que los chilenos se pronunciaran sobre la propuesta de norma constitucional. Así, en 1980 se aprobó una nueva Carta que, entre otros, reglamenta la transición y la sucesión del líder militar (Teitel, 2004).

En los artículos transitorios (arts. 27-29) de dicho texto se establece que en 1988 se llamaría a un plebiscito con el propósito de permitir otros ocho años de Gobierno de Pinochet o a convocar a elecciones pluralistas. Con el triunfo del NO —no al gobierno de Pinochet hasta 1997—, en 1989 se convocaron elecciones para el Congreso y para la Presidencia, en las cuales resultó electo el candidato de la concertación de partidos por la democracia, Patricio Aylwin.

A pesar de la negativa de varios sectores de la opinión pública a tocar el tema de los derechos humanos, mediante el Decreto Supremo 355 del 25 de abril de 1990, el presidente Aylwin creó la Comisión de la verdad y reconciliación, encargada de investigar todas las violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990.

La Comisión nacional de la verdad y reconciliación (o Comisión Rettig, por el nombre de su presidente) nació con una restricción que, como veremos a continuación, contrajo el universo de víctimas, ya que en el Artículo 1 del Decreto de creación se establece que:

[...] se entenderá por graves violaciones las situaciones de detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte, en que aparezca comprometida la responsabilidad moral del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio,

•Las políticas del recuerdo: el caso chileno•

como asimismo los secuestros y los atentados contra la vida de personas cometidos por particulares bajo pretextos políticos.

Se excluyeron como graves violaciones a los derechos humanos las conductas que no llevaron a la muerte de las personas objeto de la represión militar.

El Decreto de creación solicita que la Comisión nacional de la verdad y reconciliación defina el cuadro más completo posible de violaciones, sus antecedentes y circunstancias; que recaude la mayor cantidad de información tendiente a averiguar el paradero de las personas desaparecidas y recomiende las medidas de reparación y reivindicación que crea de justicia. A la Comisión se le prohibió pronunciarse sobre la responsabilidad individual de los agentes victimarios y se le entregaron amplias facultades de investigación y recaudo de información, pero solo tuvo un mandato de nueve meses, ya que, una vez presentara el informe final, quedaría automáticamente disuelta.

El Informe final produjo una serie de recomendaciones relacionadas con la reparación simbólica de las víctimas y de la sociedad chilena. A continuación comentamos los apartados relevantes del Informe de tres tomos.

Del Informe Retting —que como ya mencionamos fue criticado y tuvo un mandato reducido a las violaciones con resultado de muerte— se desatacan múltiples enfoques y experiencias de la Comisión. Se resalta el hecho de que, en ejercicio estricto de su mandato, la Comisión elaboró un informe sobre la situación general de las violaciones graves a los derechos humanos con resultado de muerte, es decir, su aporte, como lo exigió el Decreto de creación, fue ayudar al esclarecimiento general de las víctimas, del contexto y de las responsabilidades genéricas. De hecho, como también ya lo mencionábamos, el Decreto prohibió a la Comisión señalar responsables individuales, pero identificó a más de 2.200 víctimas (la totalidad del tomo 3 del Informe).

En desarrollo de este esclarecimiento global, la Comisión detalló el funcionamiento de diversos organismos estatales o paraestatales encargados de la represión política a los disidentes del régimen militar, en especial en los primeros años de la dictadura, como la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA), el Comité de coroneles, el Servicio de Inteligencia de los Carabineros, el Servicio de Inteligencia Naval (SIN), el Servicio de Inteligencia Regional de Concepción, el Comando Conjunto y el posterior y más longevo Centro Nacional de Informantes (CNI), dedicado a elaborar planes de agresión contra personas señaladas de pertenecer

al comunismo internacional (el Plan Cóndor y la AAA). La Comisión resume su enfoque de la siguiente manera:

Desde el conocimiento de estas situaciones particulares se fueron induciendo lo que en el presente texto se llaman las generalizaciones y que tiene por objeto descubrir las características globales de lo ocurrido en cada uno de los periodos estudiados. En ellos se destacan principalmente las características más comunes y relevantes de los hechos, de los organismos que participaron, de las víctimas y de los métodos empleados en la violación, tales como recintos, trato y disposición de cadáveres (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1991, p. 8).

La Comisión organizó su trabajo en audiencias con los familiares de las víctimas, quienes fueron invitados por medio de los Gobiernos locales, anuncios en la prensa, etc. a solicitar audiencias reservadas y en grupos pequeños de víctimas exiliadas con la Comisión, tanto en el interior del país como en las embajadas y los consulados. Se solicitó información a organizaciones de la sociedad civil; ONG nacionales e internacionales; partidos políticos; sindicatos; la Iglesia y entidades estatales sobre las personas fallecidas o desaparecidas durante la dictadura militar. La Comisión contrató varios abogados a quienes, bajo la supervisión y trabajo de un comisionado, se les encargó un número de víctimas.

Sobre las audiencias con los familiares de las víctimas, el Informe relata que estas se hicieron en pequeños grupos y de manera reservada, es decir, entre los funcionarios de la Comisión (dos abogados y un psicólogo) y los familiares, con un promedio de 45 minutos. “La experiencia resultó positiva, pues implicó para muchos compartir su experiencia y alentarse mutuamente” (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1991, p. 4). Fueron solicitadas 1.688 audiencias.

La Comisión señala que se encontró con diversos obstáculos, como el hecho de que la información recibida era contrastada con los archivos del Ejército chileno (comandado por Augusto Pinochet) y en la mayoría de casos la respuesta del Ejército era que los archivos fueron quemados periódicamente.

La Comisión buscaba obtener de los familiares toda la información que ellos pudieran aportarle sobre los hechos, especialmente, aquellos antecedentes que sirvieran para avanzar con la indagación, tales como la mención de testigos y las gestiones que se hubieran hecho ante los tribunales de justicia, los organismos de derechos humanos u otras instituciones. Asimismo, se pedía a los familiares dar a conocer las consecuencias que estos hechos habían tenido para su grupo familiar para poder dar a

conocer este aspecto de la verdad y fundar adecuadamente las políticas de reparación (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1991, p. 4).

El Informe ofrece un completo panorama de los diecisiete años de dictadura, de los organismos encargados de la represión política, de los métodos y lugares de las violaciones (Stotzky, 2004), de las estrategias de impunidad de las Fuerzas Armadas; de la reacción de la opinión pública, los partidos políticos, los medios de comunicación, los gremios empresariales, etc. Solo en la cuarta parte del tomo 2 se aborda el tema de la reparación y la reconciliación nacional. A continuación presentamos las recomendaciones de la Comisión.

Señala que la reparación de las víctimas inicia con el reconocimiento de los graves hechos ocurridos y la dignificación de las víctimas por parte de la sociedad chilena y del Estado (Erice, 2008). A propósito de la reparación simbólica de las víctimas, sugiere que las expresiones de reparación sean públicas y de alcance nacional, aunque deben existir iniciativas regionales y locales. Se debe buscar que estas expresiones sean consensuadas y no constituyan un signo de división que enaltezca a algunos y denigre a otros. En esta línea de expresiones recomienda:

1. Erigir un monumento recordatorio que individualice a todas las víctimas de derechos humanos y a los caídos de uno y otro lado.
2. Construir un parque público en memoria de las víctimas y caídos, que sirva de lugar de conmemoración y enseñanza, a la vez que de recreación y de reafirmación de una cultura por la vida.
3. Dar el realce que se merece al también nuevo “Día nacional de los derechos humanos”, que se puede conmemorar en todo el país cada 10 de diciembre.

La Comisión recomienda que la autoridad encargada de llevar esto a cabo convoque a los sectores sociales más representativos, en especial a los trabajadores del arte y de la cultura, para crear propuestas con claro sentido artístico y de reparación social (Beristain, 2000). Asimismo, podría consultarse la participación de los familiares en la etapa de diseño del proyecto.

La Comisión propone al Congreso la aprobación de una ley que restablezca solemne y expresamente la dignidad de las víctimas, en tanto hayan sido acusadas de delitos que nunca les fueron probados y de los cuales nunca tuvieron oportunidad ni medios adecuados para defenderse.

En el caso de las personas “detenidas desaparecidas” (personas de las que se sabe fueron privadas de la libertad por agentes estatales y de quienes no se conoce su paradero), se observa una violación sistemática de sus derechos adicionales al de libertad personal, debido al estado de indefensión jurídica; además de la incertidumbre y la angustia, se agrega una larga lista de problemas relativos al estado civil, a la herencia y posesión efectiva de los bienes, a la tuición de los hijos, a la capacidad legal de las cónyuges casadas con régimen de sociedad conyugal y a un sinnúmero de situaciones del patrimonio familiar. La Comisión expresa que, para resolver estos problemas, la legislación civil ofrece dos alternativas, una provisional y otra definitiva. La provisional consiste en el nombramiento de un curador y la definitiva en la declaratoria de muerte presunta.

Pensamos que ambas posibilidades fueron creadas por el legislador dentro de otro contexto y propósito; y no se adecúan al problema que se busca solucionar. En consecuencia, nos ha parecido conveniente proponer que se estudie un procedimiento especial de declaración de muerte para los casos en que nos asiste convicción de que su detención y desaparición ha sido producto de agentes del Estado (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1991, p. 256).

A juicio de la Comisión, esta recomendación se traduce en una nueva causal dentro de la legislación civil, de la muerte presunta, “por desaparición a manos de agentes estatales”, en la que la única prueba exigida es que el nombre de la víctima aparezca dentro del Informe final. Esta medida busca que los familiares puedan disponer del patrimonio de la víctima con certeza jurídica.

La Comisión recomienda que se adopten medidas de reparación que busquen una mejor calidad de vida de los familiares de la víctima, como el pago de las pensiones causadas que por la ausencia de certeza de la suerte del familiar desaparecido se paguen a sus descendientes:

[...] una pensión única de reparación para los familiares directos de las víctimas y caídos, con la sola condición de que la persona causante figure en el listado de este informe; esto es, sin que necesariamente sus familiares se acojan al procedimiento de declaración de muerte presunta, aquellos casos de personas detenidas desaparecidas. La propuesta de una pensión única de reparación se fundamenta en la dificultad de resolver adecuadamente y prontamente los problemas previsionales señalados, conforme a procedimientos establecidos de otorgamiento de pensiones de sobrevivencia

[...] a nuestro juicio y acogiendo numerosas opiniones queremos recomendar la dictación de una legislación especial que establezca una pensión única de reparación.

Se sugiere que esta pensión única de reparación equivalga al promedio de ingresos de una familia chilena. En caso de tener derecho a otra pensión, conforme a las normas de la seguridad social, los familiares pueden elegir con cuál quedarse, ya que, a juicio de la Comisión, es excluyente la pensión única de reparación y otros beneficios del sistema de seguridad social.

Frente al tema de la salud, la Comisión recomienda implementar programas especiales y prioritarios de salud mental y emocional para los familiares de las víctimas. En el caso de la salud física, la Comisión constata que en varios casos los familiares se han empobrecido paulatinamente y llegan a eventos en los cuales hijos de sobrevivientes se encuentran en situaciones de desnutrición. Conforme a la Comisión, los beneficiarios directos de estos programas de salud deberían ser todas aquellas personas sometidas a trauma extremo, físico y mental, producto de la violación. A diferencia de la pensión única de reparación, la atención en salud no se limita a las víctimas directas, sino a los familiares que, sin importar grado de consanguinidad o cercanía, hayan sufrido el estigma y el estrés emocional de la victimización. Recomienda también que se atienda psicológicamente a las personas que participaron en la ejecución de actos de tortura y que los diagnósticos y tratamientos sean hechos por equipos interdisciplinarios y, en lo posible, no se limiten a las personas tratadas sino a las necesidades emocionales del grupo familiar. Los programas no solo deben permitir la participación de las personas afectadas, sino de las agrupaciones de afectados.

Sobre el tema de la reparación y la violación al derecho a la educación de los hijos de las víctimas, la Comisión es consciente de que, debido al largo tiempo que ha pasado, muchos de quienes eran niños, en 1990 son jóvenes o adultos, por lo que esos hechos ya consumados no permiten reparación. Incluso, la Comisión constató problemas de aprendizaje y concentración fruto del estrés de la agresión a familiares. En concreto, la Comisión recomienda: i) que se destine un número de becas a los hijos de las personas mencionadas en el Informe; ii) los hijos adultos deberían ingresar de forma gratuita a centros de capacitación técnico-laboral, y iii) estas mismas recomendaciones deben implementarse para cónyuges sobrevivientes.

El Informe continúa sus recomendaciones en temas como la condonación de deudas tributarias, pensionales o habitacionales que el Estado pueda mantener con las personas muertas o desaparecidas. Se sugiere que los hijos y familiares de las víctimas estén exentos del servicio militar.

El Congreso chileno aprobó la Ley 19123 de 1992, por medio de la cual creó la Corporación nacional de reparación y reconciliación. “Su objeto es la coordinación, ejecución y promoción de las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”. Se quiso que la Corporación tuviera como objetivos especiales:

[...] la reparación del daño moral de las víctimas a que se refiere el artículo 18 (desaparición forzada, homicidio y tortura) y otorgar asistencia social y legal que requieran los familiares de éstas para acceder a los beneficios contemplados en la ley; ii) determinar el paradero de las víctimas; iii) guardar los antecedentes y archivos de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación; iv) completar el trabajo de la Comisión sobre los casos que excluyó del informe por no formar convicción debido a la ausencia de información, por lo cual deberá; v) declarar la calidad de víctima de las personas faltantes. La Corporación no podrá intervenir en procesos judiciales y la reparación a las víctimas es independiente de la judicialización del responsable.

La Corporación es un órgano colegiado conformado por un delegado del presidente de la República y seis miembros más electos por el primer mandatario con el acuerdo del Senado. Fue creada con un mandato de veinticuatro meses, después de los cuales debía extinguirse por el solo ministerio de la ley (su vigencia fue prorrogada en varias ocasiones hasta el 31 de diciembre de 1996).

El Artículo 17 creó la pensión única de reparación para los familiares de las víctimas sobrevivientes, en atención a las recomendaciones de la Comisión:

Artículo 17. Establécese una pensión mensual de reparación en beneficio de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política que se individualizaron en el volumen segundo del informe de la comisión nacional de verdad y reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Son beneficiarios de la pensión única de reparación el cónyuge sobreviviente, la madre del causante o el padre de este cuando aquella falte, la madre de los hijos naturales del causante o el padre de estos cuando aquella fuera la causante y los

hijos menores de 25 años de edad o discapacitados de cualquier edad, sean legítimos naturales, adoptivos o ilegítimos que se encuentren en los casos previstos por la legislación civil para incapaces.

A diferencia de lo recomendado por la Comisión, la Ley no consideró que fueran incompatibles la pensión de reparación y otras prestaciones que pudieran tener derechos los familiares y, en el caso del cónyuge de la víctima, no se perdería si volvía a contraer nupcias.

La Ley prevé beneficios médicos para los familiares de las víctimas:

Artículo. 28. Otórguese a los beneficiarios señalados en el título II, al padre y a los hermanos del causante en el caso que no sean beneficiarios, el derecho a recibir gratuitamente las prestaciones médicas señaladas en los art. 8 y 9 de la Ley No. 18.469 que en la modalidad de atención institucional se otorguen en los establecimientos dependientes o adscritos al sistema nacional de servicios en salud [...].

En cuanto a los mecanismos de reparación educacionales, el Artículo 29 instituyó que los hijos de los causantes tendrían derecho a recibir los beneficios de educación previstos en la Ley con único límite a los 35 años de edad. Los hijos estudiantes de universidades o institutos con aportes públicos y universidades privadas tendrían derecho al pago de los derechos de arancel mensual.

Los estudiantes de enseñanza media tendrían derecho a recibir un subsidio mensual de 1,24 unidades tributarias mensuales. En cuanto al servicio militar, se acogió parcialmente la recomendación de la Comisión y, si bien no hubo exoneración de prestarlo, se les incluyó en la categoría de disponibles (reservistas).

La Ley previó los porcentajes en los que debía dividirse la pensión en caso de beneficiados concurrentes: un 40 % para el cónyuge sobreviviente; un 30 % para la madre del causante; 15 % para la madre o el padre de los hijos naturales del causante y un 15 % para cada uno de los hijos del causante menores de 25 años o discapacitados de cualquier edad. Sumada a esta pensión, el Artículo 23 previó:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, otórgase a los familiares de las víctimas a que se refiere el artículo 18, una bonificación compensatoria de monto único equivalente a doce meses de pensión, sin el porcentaje equivalente a la cotización para salud, la que no se considerará renta para ningún efecto legal.

El Artículo 6 de la Ley declara que es un derecho inalienable de las víctimas y de la sociedad chilena el conocimiento del paradero de las personas desaparecidas, así como a saber lo ocurrido.

### **Comisión nacional de prisión política y tortura o Comisión Valech**

Debido a la brevedad de su período; a la exclusión de las víctimas que no habían tenido como resultado la muerte; incluso a la exclusión de víctimas frente a quienes no hubo consenso acerca de la veracidad de la denuncia durante el lapso de las deliberaciones de los comisionados, pero que con posterioridad y más información se supo de su calidad de víctimas; a la imposibilidad de individualizar a los responsables; a la omisión casi total sobre los delitos sexuales cometidos contra las mujeres detenidas ilegalmente; a la exclusión de casos que, aunque probados, no revestían el carácter de violación a los derechos humanos sino de abuso del poder (los homicidios cometidos por agentes estatales, sin motivación política, por venganza u otros motivos sin relación con órdenes de superiores, la Comisión los ha considerado delitos comunes y, por tanto, excluido del mandato) y a la falta de respuesta y de información por parte de las Fuerzas Armadas —en especial del Ejército, comandado por el exdictador— el presidente Ricardo Lagos, por Decreto 1040 de 23 de septiembre de 2003, creó la Comisión nacional de prisión política y tortura o Comisión Valech, encargada de investigar todas las graves violaciones, sin importar si tuvieron como resultado la muerte.

Reza el Artículo 1 del Decreto de creación:

Artículo Primero: Créase, como un órgano asesor del Presidente de la República, una Comisión Nacional sobre Presión Política y Tortura, en adelante la Comisión, que tendrá por objeto exclusivo determinar, de acuerdo a los antecedentes que se presenten, quiénes son las personas que sufrieron privación de libertad y torturas por razones políticas, por actos de agentes del Estado o de personas a su servicio, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990.

Este Informe, cuyo objetivo era un universo más amplio de víctimas, se construyó con el relato de más de 35.000 personas.

En este Informe se aborda el contexto en que se produjeron las detenciones y las torturas; se examinan los diferentes períodos de la represión; se identifican los métodos de tortura utilizados; se hace un catastro de los recintos de detención; se analiza el

•Las políticas del recuerdo: el caso chileno•

perfil de las víctimas; se señalan las consecuencias que los tormentos tuvieron para los detenidos y sus familias; y, por último, se presentan propuestas de reparación (Lagos, 2004, p. 307).

Como avance frente al Informe de 1990, este presenta a las mujeres que fueron víctimas de agresiones sexuales (el Informe Rettig invisibilizó este horror del caso chileno).

El presidente Ricardo Lagos (2004), en el discurso que sirve de prólogo al Informe, señala que el primer acto de reparación con las víctimas es la amplia difusión del documento mismo.

En su capítulo sobre recomendaciones, la Comisión propone al menos tres líneas de acción para el Estado chileno i) la creación de un instituto para los derechos humanos:

[...] que promoverá a través de la educación el respeto por los derechos humanos, a la vez que se hará cargo del patrimonio y la confidencialidad de la información acumulada desde la Vicaría de la Solidaridad hasta el trabajo de esta Comisión. En segundo lugar, las medidas simbólicas y colectivas que deberán expresar el reconocimiento moral del Estado y la sociedad hacia las víctimas, como asimismo medidas jurídicas que prevengan a las actuales y futuras generaciones de la terrible experiencia que hemos conocido. Estas medidas, por cierto, no deben producir afrenta alguna a las Fuerzas Armadas, pues ellas son instituciones permanentes de la República y pertenecen a todos los chilenos. En tercer lugar, las medidas de reparación individuales, que se expresan tanto en el ámbito jurídico como en el económico (p. 311).

Este segundo Informe es mucho más corto (un solo tomo) e involucra elementos de análisis que evidencian formas de violencias que se invisibilizaron en 1990. Ejemplo de esto es el Capítulo V dedicado a los métodos de tortura e incluye la violencia sexual contra 3.400 mujeres, con base en el estándar internacional de agresión sexual como forma de tortura y el Capítulo VII, en el que se hace un perfil de las víctimas mujeres.

Sobre este punto, el Informe habla por sí solo:

Ha parecido necesario destacar separadamente la situación de violencia sexual que afectó a las mujeres detenidas, tomando en consideración las características de esa violencia, además de su significación moral y cultural en la sociedad chilena [...]. La violencia sexual contra las mujeres durante el régimen militar constituye una de las formas más brutales de violencia. Sin embargo, es preciso subrayar que las mujeres fueron detenidas por sus ideas, sus acciones y participación política, no por su

condición de tales. No obstante, la violencia ejercida sobre ellas utiliza su condición sexual, agravando el impacto sobre su integridad moral y psicológica.

Esta Comisión recibió el testimonio de 3.399 mujeres, correspondiendo al 12,5 % de los declarantes. Más de la mitad de ellas estuvieron detenidas durante 1973. Casi todas las mujeres dijeron haber sido objeto de violencia sexual, sin distinción de edades, y 316 dijeron haber sido violadas. No obstante, se estima que la cantidad de mujeres violadas es muy superior a los casos en que ellas relataron haberlo sido, por las consideraciones anteriores y porque existen numerosos testimonios de detenidos que señalan haber presenciado violaciones, cometidas en una gran cantidad de recintos de detención. La tortura sufrida por las mujeres menores de edad y por aquellas que se encontraban embarazadas subraya la brutalidad ejercida y la gravedad de las consecuencias que les han afectado. Cabe señalar respecto a estas últimas, que 229 mujeres que declararon ante esta Comisión fueron detenidas estando embarazadas y 11 de ellas dijeron haber sido violadas. Debido a las torturas sufridas, 20 abortaron y 15 tuvieron a sus hijos en presidio (Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2004, p. 290).

Este es el principal avance del Informe, ya que arroja luz sobre formas de violencia que han sido históricamente silenciadas por el carácter patriarcal y machista de la sociedad que considera la violencia sexual como un hecho inevitable de los conflictos armados. Los marcos culturales y los contextos, por tanto, marcan la violencia misma, los sujetos que la desarrollan y los que la sufren; por ello, la memoria también se encuentra afectada por este tipo de modelo (Jelin, 2001).

En lo que se refiere al tema de las propuestas de reparación, el Capítulo IX divide las propuestas de reparación en tres categorías: las individuales, dirigidas a las víctimas, que intentan reparar el daño ocasionado; las colectivas, de carácter simbólico, que tienen un mayor efecto sobre la percepción actual y futura de lo sucedido y el juicio social, y que buscan garantizar que no se vuelvan a producir hechos de la gravedad que aquí se han documentado, y aquellas referidas a la institucionalidad, para asegurar la puesta en práctica de las medidas, así como de la vigencia de los derechos humanos en la convivencia futura de la Nación.

En cuanto a las medidas individuales, se propone extender las medidas de reparación previstas en la Ley 19123, hija de la Comisión Rettig, que solo beneficiaban a los familiares de las víctimas con resultado de muerte, a las demás víctimas. Esto fue adaptado mediante la Ley 19992 de 2004, que extendió los

beneficios de los familiares de víctimas de desapariciones forzadas u homicidios a las demás. El Artículo 1 de dicha Ley enunció:

Artículo 1°. Establécese una pensión anual de reparación en beneficio de las víctimas directamente afectadas por violaciones a los derechos humanos individualizadas en el anexo “Listado de prisioneros políticos y torturados”, de la Nómina de Personas Reconocidas como Víctimas, que forma parte del Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, creada por el decreto supremo N° 1.040, de 2003, del Ministerio del Interior.

Acercas de las medidas de reparación simbólica, en las que el Informe de 1990 fue más pobre, la Comisión de 2003 hizo más avances. Reconoce el dolor y la injusticia de los hechos relatados y sostiene que es algo que no se puede y no se debe olvidar. Las víctimas y sus testimonios obligan a recordarlo. No obstante, a pesar de lo terrible que fue, puede ser una oportunidad de aprendizaje sobre cómo vivir en sociedad.

Validar lo sucedido permite fortalecer el compromiso social acerca de no aceptar el uso de la tortura en ninguna circunstancia y bajo ningún pretexto, pues no solo violenta la dignidad humana de la víctima, sino también del victimario, como una práctica que inflige daños físicos y psicológicos intolerables, que genera secuelas de largo plazo y que afecta a las personas, a sus familias y a la convivencia social.

La Comisión agrupa las medidas en cuatro grupos: i) garantías de no repetición y medidas de prevención; ii) gestos simbólicos de reconocimiento y encuentro; iii) reconocimiento de la memoria, y iv) difusión, promoción y educación en derechos humanos. No obstante, siempre se plantean debates centrales en las políticas de la memoria, porque no existe objetividad en la memoria misma, lo que implica una reflexión en torno al papel del Estado en el proceso (Todorov, 2000).

### **Garantías de no repetición y medidas de prevención**

Como primera medida de no repetición y reparación simbólica a las víctimas, la Comisión Valech y su Informe final proponen modificaciones a la legislación nacional, mediante la incorporación de normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos que aspiren a garantizar que no se repitan violaciones a estos derechos (Beristain, 2009).

La Comisión considera que esta ratificación de tratados y adecuación del Derecho interno establece garantías jurídicas que refuerzan y formalizan en las instituciones el compromiso de no repetición de los dolorosos hechos relatados y de respeto por la dignidad de las personas. Tales garantías se refieren a situaciones como las descritas en este Informe y a cualquier otro tipo de violaciones de los derechos básicos. Sostiene la Comisión:

[...] no puede volver a repetirse una situación en que se emplee el derecho y se dicten normas que permitan privar de libertad a personas bajo condiciones inaceptables, sin garantías del debido proceso, o que faciliten el uso de la tortura gracias a largos períodos de incomunicación, a la aceptación del valor probatorio de confesiones extrajudiciales, o al juzgamiento por tribunales que carecían de la independencia para adoptar medidas de efectiva protección a las personas detenidas (Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2004, p. 249).

Recomienda que se ratifiquen la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas e incorporación de este delito a la legislación nacional; la Convención sobre Tribunal Penal Internacional y su incorporación a la legislación nacional; la Convención de Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad; el sometimiento de los tribunales militares de tiempo de guerra a la Superintendencia de la Corte Suprema y revisión del Código de Justicia Militar, a fin de asegurar la existencia de garantías del debido proceso en los procedimientos en tiempo de paz y de guerra, la limitación de la competencia a delitos estrictamente militares y cometidos por militares, así como su concordancia con los principios establecidos en la Reforma Procesal Penal adoptada por el país; aprobación de una ley que establezca los derechos y deberes de las personas privadas de libertad, que tipifique las faltas, los delitos y las sanciones correspondientes, al igual que procedimientos para determinarlos que aseguren imparcialidad, para garantizar que las personas legítimamente privadas de libertad no puedan ser sometidas a apremios o a torturas y que existan recursos efectivos en caso de que ello ocurra.

### **Gestos simbólicos de reconocimiento y encuentro**

La Comisión considera que uno de los elementos que más frustra a las víctimas, las margina y las estigmatiza es la falta de reconocimiento por parte de la

sociedad chilena de las graves violaciones a los derechos humanos. Por ello, el gran reto es explicar a las nuevas generaciones de chilenos lo ocurrido entre 1973 y 1990 y visibilizar la situación de dolor de las víctimas. Este es el único remedio para evitar que estos hechos se repitan. Para esto propone:

— El reconocimiento público de lo ocurrido por parte de las instituciones del Estado, así como de todo aquel que comprometió su responsabilidad o se sienta interpelado por los hechos descritos en este Informe; de su compromiso de no repetición y de promover el respeto a los derechos de todas las personas.

— El establecimiento de una fecha de conmemoración del compromiso con el respeto por los derechos humanos, como una forma de renovarlo continuamente.

— La entrega de un ejemplar de este Informe a todas las personas reconocidas por la Comisión como víctimas de prisión política y tortura.

### **Reconocimiento de la memoria**

Para reforzar el aprendizaje colectivo de la experiencia y ayudar a mantener el compromiso de respeto por los derechos de las personas, se propone una serie de medidas similares a las adoptadas por otros países:

— Declaración de los principales centros de tortura como monumentos nacionales y creación de memoriales y sitios recordatorios de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y violencia política. Para ello, se propone evaluar lugares identificados por las víctimas como representativos de lo ocurrido, ubicados en diferentes regiones y que puedan servir al propósito de reconocimiento de lo sucedido y compromiso con el respeto por la dignidad de las personas. Sin perjuicio de lo anterior, se propone erigir un monumento recordatorio en un lugar céntrico de Santiago, como capital del país, que simbolice este compromiso.

— Creación de un fondo permanente para proyectos de investigación en materia de respeto por los derechos humanos.

— Creación de un fondo editorial para publicación de testimonios y obras literarias que permitan reconocer lo sucedido y de otro fondo para otras obras de arte con la misma finalidad; ambos con una duración limitada (Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2004, p. 630).

## Creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Con el objeto de cautelar y promover el respeto por los derechos de las personas y asegurar la materialización de estas y de nuevas medidas de promoción de tales derechos, la Comisión estima fundamental apoyar la iniciativa del presidente de la República de crear un Instituto Nacional de Derechos Humanos. Dicho Instituto debiera ser el organismo público que ayude a la sociedad chilena a reflexionar y profundizar en las lecciones del pasado, a impulsar iniciativas para construir una convivencia respetuosa de los derechos de las personas y estar alerta frente a eventuales situaciones de discriminación o de violaciones de estos derechos. También debiera ayudar a continuar la labor destinada a conocer la verdad sobre las violaciones pasadas y obtener justicia respecto a ellas. Asimismo, debiera promover el estudio y el desarrollo de buenas prácticas en materia de difusión y promoción de los derechos humanos y de resolución pacífica de controversias. Por último, debiera hacer el seguimiento de la materialización de las medidas propuestas por la Comisión.

La Ley 20405 de 2004 tradujo esta recomendación de la Comisión de prisión política y torturas y creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos como una corporación autónoma de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con el objeto de promocionar y proteger los derechos humanos de las personas que habiten el territorio nacional, establecidos en las normas constitucionales y legales, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del Derecho, reconocidos por la comunidad internacional.

De las funciones que previó el Artículo 3, vale la pena destacar las siguientes:

1. Elaborar un informe anual, que deberá presentar al presidente de la República, al Congreso Nacional y al presidente de la Corte Suprema sobre sus actividades, sobre la situación nacional en materia de derechos humanos y hacer las recomendaciones que estime convenientes para su debido resguardo y respeto.
2. Comunicar al Gobierno y a los órganos del Estado que estime convenientes, su opinión acerca de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país. Para el ejercicio de dicha función,

podrá solicitar al organismo o servicio un informe sobre las situaciones, prácticas o actuaciones en materia de derechos humanos.

3. Promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva.
4. Custodiar y guardar en depósito los antecedentes reunidos por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, el Programa de Derechos Humanos, creado por el Decreto Supremo 1005 de 1997, del Ministerio del Interior, todo ello una vez concluidas sus funciones; por la Comisión de prisión política y tortura, creada por el Decreto Supremo 1.040 de 2003, del Ministerio del Interior; por la Comisión a la que se refiere el Artículo 3 de las normas transitorias de esta ley, concluidas las funciones de la misma. En el cumplimiento de este objetivo, deberá recopilar, analizar y sistematizar toda información útil a este propósito; también podrá solicitar información acerca del funcionamiento de los mecanismos reparadores e impulsar, coordinar y difundir acciones de orden cultural y simbólico destinadas a complementar el respeto a los derechos humanos y a reivindicar a las víctimas y a preservar su memoria histórica.
5. Cooperar con las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes, en la promoción y protección de los derechos humanos e informar de ello al Ministerio de Relaciones Exteriores.
6. Difundir el conocimiento de los derechos humanos, favorecer su enseñanza en todos los grados del sistema educacional, incluida la formación impartida en las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Públicas y promover el desarrollo de investigaciones, estudios y publicaciones, otorgar premios, patrocinar actos y eventos relativos a estas materias y realizar todo aquello que propenda por consolidar una cultura de respeto a los derechos humanos en el país, para lo cual puede celebrar convenios con organismos públicos o privados tanto nacionales como extranjeros.

En conclusión, se observan tres medidas que pueden considerarse fundamentales para el caso chileno y que, desde luego, influyen en el debate contemporáneo de la memoria y de sus políticas públicas. En primer lugar, la reconstrucción del tejido social, como elemento clave en el proceso transicional hacia la democracia, lo que implica el desarrollo del concepto de reparación en todos sus aspectos. El caso chileno es emblemático en el manejo psicosocial, pues es uno de los primeros en el mundo que desarrolla este aspecto. En segundo lugar, la elaboración de un orden institucional que se erija sobre nuevos valores que enaltezcan a las víctimas y permitan el retorno al Estado de Derecho y, por último, la elaboración de una estrategia pedagógica que permita que los dos elementos anteriores tengan éxito. Sin una sociedad protagonista del proceso es imposible construir las bases sólidas hacia la superación de violencia sistemática.

### Conclusión

Hablar del derecho de las minorías, de los derechos humanos, del Derecho Internacional Humanitario cuando nos adentramos en la terminación del conflicto interno de un país, en este caso Chile, no es fácil, pues la víctima no siempre será víctima si el Estado no garantiza la reconciliación, la verdad, la justicia y la reparación efectiva y necesaria. El conflicto solo cambiará de actores y quizá esa víctima a quien no se le reconoció el daño termine siendo un futuro victimario.

Si damos una mirada a lo sucedido en Chile, se abre un abanico de posiciones para interpretar y de las cuales habrá mucho que aprender al iniciar la etapa del posconflicto en cualquier otro territorio-Nación. Aun después de algunos años de terminada la dictadura, sus víctimas sienten que no se ha dicho todo, que existe impunidad, que no se ha hecho una real reparación, que la verdad no se ha expresado por completo, que la reconciliación no se ha dado y menos el perdón. Sienten que la comunidad internacional, sus países hermanos, no saben a ciencia cierta todos los horrores vividos.

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA EN COLOMBIA Y ARGENTINA<sup>\*71</sup>

Julián Enrique Pinilla Malagón

Jaime Cubides Cárdenas

## Introducción

Para el mundo del Derecho, la Revolución Francesa trajo consigo cambios sustanciales de gran relevancia. Uno de los más significativos fue la institución del Estado de Derecho<sup>72</sup> fundamentado en la promulgación de leyes generales preferidas por los representantes del pueblo, las cuales se encargaban de reglamentar las relaciones que se presentaban en la sociedad. Dentro de esta figura organizacional, la Constitución solo tenía un poder político, pues muchos autores determinan que esta norma no era más que una Carta Política.

.....  
<sup>\*71</sup> Este capítulo contiene resultados del proyecto de investigación "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto" en desarrollo de la línea "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos" del Grupo de Investigación Persona, instituciones y exigencias de justicia, del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

<sup>72</sup> El Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste en el "imperio de la ley"; Derecho y ley entendidos como expresión de la "voluntad general" (García-Rissi, 2011, p. 21).

Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo con asombro comprendió que toda la maquinaria nazi fue legalmente respaldada en Alemania, se necesitó un cambio en el paradigma del Estado de Derecho y señalar a la Constitución como una norma jurídica superior respecto a la cual deben estar en armonía las normas inferiores; de esta manera, los principios establecidos por el constituyente representarían un límite a cualquier tipo de arbitrariedad. Como forma de materializar dichos preceptos se han creado de forma pretoriana figuras mediante las que se exige la supremacía de la Constitución, como el caso del control de constitucionalidad, cuyos orígenes radican en la decisión del juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*<sup>73</sup>. Su desarrollo conceptual en América Latina<sup>74</sup>, en particular, en los Estados de Colombia y Argentina, es el objeto de la presente investigación.

### Acercamiento dogmático-constitucional

Antes de analizar la evolución histórica que ha tenido el control de constitucionalidad, es necesario establecer su noción, como fundamento indispensable para continuar esta investigación. La causa de este tipo de control es asegurar la peculiar forma de Estado creada por la Constitución y contar con un mecanismo que garantizara la supremacía de la Constitución sobre las leyes, los tratados y los decretos sobre las demás normas integradoras de la pirámide jurídica (Duarte y Duarte, 2010); por ello, el control de constitucionalidad consiste en confrontar

73 Además de la trascendencia social y los desastrosos efectos que tuvo esa resolución de la Suprema Corte para Estados Unidos, el asunto tiene una especial importancia jurídica porque en él, por segunda ocasión después de *Marbury vs. Madison*, la Corte declaraba inconstitucional una ley del Congreso de la Unión y es la culminación de varios casos anteriores en los que la concepción sagrada de la propiedad (en estos casos, la propiedad sobre los esclavos) y la protección que la Constitución daba a esa propiedad y al comercio entre los Estados fueron las bases determinantes del razonamiento de la Corte para mantener en la esclavitud a los negros que vivían en determinados territorios y reesclavizar a aquellos que habían vivido durante más de treinta años como hombres libres en las regiones que el Congreso había liberado de la esclavitud. Edward S. Corwin, el notable profesor de la Universidad de Princeton entre 1918 y 1946, defensor convencido de la necesidad del inmenso poder que tiene la Suprema Corte de los Estados Unidos, expresa que en la decisión de *Dred Scott* "la Suprema Corte puso su sello en la santidad de la propiedad privada en la forma de la esclavitud humana" (Valdez, 2005, p. 347).

74 Al comparar históricamente las Constituciones latinoamericanas, ha podido comprobarse que son igual o más progresistas que las más referenciadas. En las últimas dos décadas, las reformas constitucionales de las Constituciones del sur y del centro del continente americano han traído, entre otros cambios, el establecimiento de la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la justicia constitucional y una nueva dogmática de la interpretación constitucional. Estos cambios, impulsados por el neoconstitucionalismo, han aportado la vigencia de un orden interno proclive al respeto de los derechos humanos (Vivas y Cubides, 2012).

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

las leyes y normas de carácter general con la Constitución en cada uno de sus sentidos. De acuerdo con la autoridad que lo ejerza y los efectos que produzca, se diferencia entre un control difuso y otro concentrado<sup>75</sup>.

### **Control de constitucionalidad en Colombia. Un análisis histórico jurídico 1811-1991**

No es posible considerar la figura jurídica del control de constitucionalidad como un desarrollo imputable a nuestro Derecho Constitucional, puesto que varios doctrinantes han considerado que la acción pública tiene su génesis en el Derecho colonial español, en concreto, en el recurso de agravio constitucional (Malagón, 2007).

Asimismo, se repara sobre la fuerte influencia española, habida cuenta de que las primeras Constituciones latinoamericanas de la Independencia siguen en gran medida el modelo constitucional español de 1812 (Cataño, 2007). En ella, a partir de sus Artículos 372 y 373, se contemplaba un ejercicio de control adelantado por un órgano de carácter político, es decir, por una parte del propio órgano legislativo; aquello comportaba gran dificultad, en tanto que al ser ejercido el control sobre la ley por el mismo órgano que la crea, este constituye juez y parte respecto a su criterio de constitucionalidad.

Aunque el control de constitucionalidad colombiano tiene raigambre española, se reconoce la influencia de otros modelos de orden mundial.

Con ocasión del principio de supremacía constitucional, Luis Javier Moreno (2010) refiere:

Este principio estaba reconocido, desde mucho antes, en nuestra propia tradición jurídica y en la de otras naciones civilizadas. Si bien lo que ocurre en la reforma no es algo original, esta sí aporta un sistema de control constitucional singular y propio, que es un digno desarrollo de los sistemas anteriores y que constituye un valioso aporte al constitucionalismo americano, e incluso al constitucionalismo mundial (p. 76).

.....  
75 El control concentrado es el que busca garantizar la constitucionalidad objetiva del ordenamiento jurídico mediante diversos mecanismos como la acción pública de inconstitucionalidad y la acción pública de nulidad, por un órgano judicial de carácter constitucional como lo es la Corte Constitucional. El control difuso tiene por objeto la salvaguarda de la Constitución y apunta a que, en un determinado caso, en el momento de tomar una decisión, el juez o la autoridad que tenga su conocimiento se abstenga de aplicar una norma por considerarse contraria a la Constitución. Esto puede hacerlo cualquier juez, autoridad administrativa o particular que tenga que aplicar una norma jurídica (Aleman, 2009).

Según el autor, es necesario poner de presente que el control de constitucionalidad colombiano ha revestido diferentes características materiales y formales a lo largo de la historia constitucional colombiana, consecuencia de dinámicas sociales, económicas y políticas propias de cada momento, determinantes a su vez de las reformas y la adopción de diversos textos constitucionales.

### *Constitución de Cundinamarca de 1811 y 1812*

De acuerdo con Olano (2002), el 11 de abril de 1811, tras los acontecimientos y movimientos independentistas del 20 de julio de 1810, se proclamó la primera Constitución de la que se tiene registro en el territorio colombiano. Fue elaborada por los diputados del Colegio Constituyente de Cundinamarca, entre quienes se cuentan los señores Jorge Tadeo Lozano, Luis Eduardo Azuola y José María del Castillo y Rada.

Esta Constitución se inspiró en el referente histórico de la época, es decir, la Constitución de los Estados Unidos de América (Osuna, 2006) e instituía una monarquía constitucional que, si bien reconocía el poder de Fernando VII, lo limitaba a las disposiciones consagradas en el texto constitucional. Así, revestía una monarquía moderada, la cual sostenía que el rey de España debía gobernar desde la provincia de Cundinamarca y, en caso de que no lo hiciera, se elegiría un presidente por voto popular. Esta Constitución se caracterizó por la inclusión de una amplia carta de derechos que retomaba los provenientes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Resulta apenas lógico que el sistema de gobierno instituido en la Constitución sea nuevo, toda vez que Colombia se encontraba en un incipiente proceso independentista, influenciado directamente por la independencia estadounidense, la Revolución Francesa de 1789 y el debilitamiento del poder español frente a sus colonias, a raíz de la invasión napoleónica. Olano (2002) precisa el 16 de julio de 1812 como la fecha de la verdadera independencia, comoquiera que Cundinamarca declaró su independencia de España y, de la mano de don Antonio Nariño, el 18 de junio de ese año propuso una reforma constitucional; de ella se desatanca la terminación de una monarquía moderada y el paso a un Gobierno popular y representativo, que le otorgó al Senado el título de “conservador de la Constitución”, de acuerdo con su Artículo 76.

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

Esta Constitución se caracterizó por la implementación de un control político en cabeza de un Senado de censura (Reyes, 2007), detallado en el Artículo 9, el cual indica:

Artículo 9. Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución.

Esta disposición presupone la supremacía constitucional frente a cualquier otra norma de Derecho interno y permite que este Senado investigue, de manera oficiosa o por medio de petición de cualquier ciudadano, la infracción de la Constitución por parte de cualquiera de las recién creadas ramas del poder público.

A raíz de las pugnas entre provincias y al proceso de reconquista liderado por Pablo Morillo, bajo órdenes del rey Fernando VII, estas estructuras jurídicas quedaron de lado y solo fueron retomadas después del proceso independentista adelantado por Simón Bolívar.

### *La Gran Colombia. Constitución de Cúcuta de 1821*

En octubre de 1821, en la población de Villa del Rosario, entre la frontera de la antigua Nueva Granada y la Capitanía de Venezuela, fue promulgada la primera Constitución Nacional de la República de Colombia, época denominada la Gran Colombia por la inclusión de Venezuela, Ecuador y Panamá (Restrepo, 2006).

Se trataba de un Estado conformado por todos aquellos pueblos libertados por Simón Bolívar y que reafirmaron su independencia mediante esta Constitución, cuyo Artículo 1 señaló: “Artículo 1. La Nación colombiana es para siempre irrevocablemente libre e independiente de la monarquía española y de cualquier otra potencia o dominación extranjera; y no es, ni será nunca patrimonio de ninguna familia ni persona”.

La Carta contó con un total de 191 artículos que establecían un sistema político centralista, mediante un Gobierno popular y representativo de segundo nivel. El pueblo votaba en las asambleas populares por los electores miembros de las

asambleas electorales o de provincia, quienes estaban llamados a elegir presidente, vicepresidente y senadores.

Acerca del control de constitucionalidad, las figuras implementadas con anterioridad no fueron tenidas en cuenta y solo se mencionaba al Congreso en el Artículo 189 como órgano encargado de resolver inquietudes respecto a la interpretación de las cláusulas constitucionales, así: “El Congreso podrá resolver cualquier duda que ocurra sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución”.

La reducción del control de constitucionalidad fue sustancial, puesto que la cláusula constitucional solo encargaba al Congreso como intérprete auténtico de la Constitución, mas no indicaba procedimiento alguno en relación con la inobservancia o trasgresión de la Carta por parte de los órganos que componen las ramas del poder público.

Con arreglo a lo consagrado en el texto constitucional y en aras de hacer cumplir sus disposiciones, se tienen antecedentes de actos del poder Ejecutivo que adoptan medidas para hacer efectivos artículos constitucionales y salvaguardar los derechos en sujeción a las cláusulas señaladas.

Por ejemplo, se tiene registro de que el 16 de junio de 1822 el vicepresidente Francisco de Paula Santander ordenó el allanamiento por sospecha de fraude al Resguardo de rentas, de acuerdo con la prohibición del Artículo 178 constitucional (“Interior”, 1822).

Asimismo, mediante documento de fecha 20 de octubre de 1822, el Ejecutivo motiva esta decisión y aduce que los Artículos 5 y 6 de la Ley 14 de enero de 1820 son contrarios al parágrafo 9 del Artículo 2 de la Ley de 2 de octubre de 1822 y a los Artículos 174 y 188 de la Constitución Política (“Interior. Decreto del Gobierno”, 1822).

Entre otras formas de control de constitucionalidad se tienen las objeciones formuladas por el poder Ejecutivo en cabeza del presidente a los proyectos de ley. Se destacan aquellas al proyecto de ley que convoca la Gran Convención de Colombia en la ciudad de Ocaña para el 2 de marzo de 1828, debido a su inconstitucionalidad según el Artículo 191 de la Constitución, el cual disponía que solo después de una práctica de diez años o más el Congreso podría convocar una gran convención con miras a examinar o reformar la Constitución.

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

A pesar del pobre desarrollo del control constitucional en la época, el Ejecutivo se destacó en varios actos mediante la implementación de medidas tendientes al desarrollo y a la salvaguarda de la protección, con la objeción de proyectos de ley sujetos a su sanción por razones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, este modelo Constitucional solo rigió hasta el año 1828 (Osuna, 2006). Uno de los principales problemas del gran Estado creado y de la Constitución reinante fue la falta de representación política y el escepticismo de la sociedad que, acostumbrada a un modelo feudal, veía innecesaria la existencia de un Estado de tales proporciones.

A ello se suma la imposibilidad de gobernar y el sentimiento de los caudillos venezolanos y ecuatorianos; los primeros vieron con malos ojos el señalamiento de Bogotá como la capital y los segundos, la falta de representación política en la capital, lo que llevó a su separación de la Gran Colombia.

### *Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832*

Ante la separación de Venezuela y Ecuador, se hizo necesario adecuar una Constitución a las necesidades propias del territorio de la Nueva Granada. La Constitución del Estado de la Nueva Granada fue promulgada en Bogotá el 1 de marzo de 1832. Según Olano (2002), siguió los lineamientos de la Constitución de 1821, con algunas modificaciones sustanciales relacionadas con los poderes del Ejecutivo, entre ellas, un centralismo unitario, con un presidente elegido por un período de cuatro años no reelegibles y la aparición de un Consejo Estado independiente del Ejecutivo.

Acerca del control de constitucionalidad no existió ningún avance en relación con la Constitución de 1821, más allá de las atribuciones del Ejecutivo y del Congreso frente a las cámaras de provincia señaladas en los Artículos 161 y 162 de la Carta Política.

Artículo 162. El Congreso tiene la facultad de anular todos los actos y resoluciones de las cámaras de provincia: el Poder Ejecutivo tiene la de suspenderlos en los casos de que sean contrarios a la constitución o a las leyes, o que no estén dentro de sus facultades; pero dará cuenta al próximo Congreso para su resolución definitiva; y el gobernador de la provincia tiene también la misma facultad de suspenderlos; pero dando aviso sin demora al Presidente de la República para ejecutar lo que por éste se resuelva.

El Ejecutivo —incluidos los gobernadores— tenía la facultad de suspender sus efectos jurídicos cuando los encontraran contrarios a la Constitución o la ley y el Congreso de la República tenía la decisión final sobre su constitucionalidad. Este control fue ejercido en varias ocasiones por parte del Ejecutivo, por ejemplo:

El Senado y Cámara de Representantes de Estado de la Nueva Granada, reunidos en Congreso.

Considerando:

Que el artículo 157 de la Constitución se previene que las cámaras de provincia se renueven por mitad cada año.

Que la ley de elecciones, dada en cumplimiento de lo que previene la misma Constitución, requiere que las asambleas primarias se reúnan el primer domingo de julio y las cantonales el día 1 de agosto.

Que toda reunión que se haga fuera de los ocho días que expresa la Constitución, se reputa no solamente nula, dicho también atentatoria a la seguridad pública.

Que la cámara de provincia de Mariquita del año de 1832 omitió el sorteo de sus miembros, contra lo proveído en los artículos citados de la Constitución y la ley.

Que en el año de 1833, reunidos los mismos individuos de la cámara anterior, mandaron convocar las asambleas electorales para que hicieran las elecciones de los diputados que debieron reemplazar a los sorteos en dicha cámara, practicando todo esto en un periodo que no era legal.

Decretan

Art. Único. Se declara inconstitucional la reunión de la Cámara de provincia de Mariquita de 1833, y de consiguiente nulos todos sus actos.

Dado en Bogotá, a 7 de abril de 1834 (*Gaceta de la Nueva Granada*, 1834).

En el anterior ejemplo se vislumbra un verdadero control constitucional por vicios de forma, ejercido por el Congreso de la República. Aquí es evidente la violación a la Constitución por parte de la Asamblea Provincial de Mariquita, lo que conllevó a la inconstitucionalidad con efectos de nulidad de todos los actos de esta Cámara de 1833.

Este ejercicio fue frecuente, al igual que la suspensión ejercida por el Ejecutivo frente a los actos de las Cámaras Provinciales, de los cuales existen numerosas muestras en la *Gaceta de la Gran Colombia* entre 1832 y 1843.

De otra parte, también se presentaron objeciones a proyectos de ley por parte del presidente de la República con argumentos de inconstitucionalidad; tal es el caso de las objeciones al Decreto Legislativo sobre pagos a herederos de diplomáticos, el cual fue objetado por el presidente Francisco de Paula Santander, quien alegó que este acto era discriminatorio con los granadinos, porque:

La misma respetable corporación hace observar que, sancionado este proyecto de decreto, solo las desigualdades e injusticias ya referidas, sino aun otra más notable, a saber: que algunos individuos que constitucionalmente no son granadinos, por haber nacido de padres granadinos en país extranjero, y no haber fijado su residencia en la República, serían de mejor condición que los granadinos mismos acreedores de Colombia (*Gaceta de la Nueva Granada*, 1836).

Esta Constitución estuvo vigente hasta 1943, porque estuvo diseñada para tiempos de paz, lo que conllevó a que el modelo vigente no pudiera hacer frente a los conflictos y las guerras civiles que se presentaron (Olano, 2002), entre las que se destaca la guerra de los Supremos (1840-1841) fomentada por intereses de líderes provinciales frente al poder central y cuyo detonante fue el cierre de varios conventos para ser destinados a la educación pública.

Esta guerra desnudó los déficits constitucionales para sobrellevar problemas de orden público, por lo que en 1832 se implementó la Ley de Policía que condujo a la discusión acerca de un nuevo orden que dio origen a la Constitución de 1843.

### *Constitución de la Nueva Granada de 1843*

La Constitución de 1843 tuvo como principales medidas el robustecimiento del Ejecutivo, mediante la facultad de nombrar a sus propios secretarios y gobernadores departamentales; la adopción de la religión católica nuevamente como oficial; la eliminación del Consejo de Estado; abolición del voto popular, derecho exclusivo de las personas que sabían leer o escribir o contaran con un patrimonio superior a los trescientos pesos de renta anual.

En cuanto al control constitucional, el Artículo 33 de la Carta Política señalaba como obligación del vicepresidente y del presidente hacer cumplir la Constitución y la ley; en el mismo tenor, el Artículo 52 situaba al gobernador como agente del Poder Ejecutivo, con la obligación de hacer cumplir la Constitución en la

provincia y, en cuanto a la Rama Judicial, le otorgó la facultad a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de la acción de nulidad de las ordenanzas municipales por razones de inconstitucionalidad:

Artículo 42. La Suprema Corte de la Nación se compone de tres Magistrados elegidos popularmente en propiedad y por el término de cuatro años, y nombrados en las faltas temporales por el Poder Ejecutivo. Corresponde a la Suprema Corte de la Nación: [...]

6. Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República.

En el mismo período fue frecuente la objeción de proyectos de ley por parte del Poder Ejecutivo, pero entre las decisiones más importantes de la época resaltan la objeción por inconstitucionalidad del Poder Legislativo a un fallo de la Corte Suprema de Justicia, acaecida el 29 de mayo de 1849; en ella, frente a una sentencia condenatoria en segunda instancia de este máximo tribunal contra el doctor Ramón Villoría argumenta:

Pero aún resta razonamiento, que por sí solo sería suficiente para patentizar la ilegalidad e injusticia de la sentencia que condenó al doctor VILLORIA. En efecto el artículo 1 de la ley 1 parte 4 tratado 2 de la Recopilación Granadina exige como requisito indispensable o circunstancial *sine qua non*, para que haya delito, el que haya voluntad y malicia en la infracción de la ley: la falta de voluntad y malicia, puede probarse o resultar de lo actuado. La Suprema Corte en su sentencia reconoce que el doctor VILLORIA ha dado aunque con toda la buena fe y la honradez que le es propia, y que la Corte reconoce, una mala inteligencia a la ley, luego la misma Suprema Corte ha decidido que el doctor VILLORIA no ha tenido voluntad y malicia si ha infringido la ley y en este caso no ha podido condenarlo (*Gaceta Oficial*, 1849, pp. 403).

La presente Constitución tuvo poco tiempo de vigencia y fue reemplazada en 1853. Los motivos que llevaron a esta situación fueron las rivalidades dentro de los movimientos políticos que desembocaron en los partidos representativos colombianos: Partido Liberal y Partido Conservador.

También se buscó el desarrollo de un modelo constitucional en el que se redujeran los poderes del presidente, se incrementaran las atribuciones de las entidades territoriales y se redujera la injerencia de la Iglesia católica, lo que trajo como resultado un proceso constitucional liderado por los liberales.

### *Constitución Política de 1853*

Es considerada como una de las Constituciones más controversiales de la historia nacional. Fue la Carta fundamental de las libertades en la Nueva Granada, entre ellas, libertad religiosa, de pensamiento y del hombre mediante la abolición de la esclavitud. Además, marcó la separación de la Iglesia y el Estado (Ocampo, 2000).

Durante este período, en relación con el ejercicio de control de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia se volcó sobre las Constituciones provinciales y en varias ocasiones declaró la inconstitucionalidad de diversas cláusulas. Sobresale su decisión del 10 de septiembre de 1855, en la cual, de manera oficiosa, declaró la nulidad de un artículo de la Constitución municipal de la provincia de Ocaña.

Pero habiendo visto últimamente la Corte el artículo 10 de la Constitución de la misma provincia de Ocaña expedida en 1853, que no se acompañó a dicha solicitud ni existía en el archivo y encontrando que por él se estableció que la duración de diputados en la legislatura provincial de Ocaña solo debía durar un año, es claro que los que funcionaron en el año de 1854, aunque de elección popular, solo fueron nombrados por ese término, y entonces, disponiendo ellos mismos por el artículo 54 de la última Constitución, que la duración en su destino se extendiera hasta el 31 de agosto de 1857, vendrían a ser diputados por elección propia y no por elección popular [...] y como el artículo 51 de la Constitución de la República dispone que la Legislatura provincial sea necesariamente de elección popular y no lo sería en este caso por la razón dicha, es indudable que el mencionado artículo 54 es contrario al 51 que acaba de citarse (*Gaceta Oficial*, 1855).

La Constitución de 1853 surgió en un escenario de reformas difícil de asimilar: reformas de carácter económico —libertad para el cultivo de tabaco—, sociales —abolición de la pena de muerte por delitos políticos—, administrativas —redistribución de rentas y gastos entre la Nación y las entidades territoriales— y religiosas —separación del poder político frente al poder religioso—.

A este texto constitucional se le atribuye el inicio del proceso de federalización materializado en la Constitución de 1863; sin embargo, se conservó el centro de Gobierno con el propósito de cumplir funciones como las de orden público y relaciones internacionales, entre otras.

De la autonomía reconocida a las provincias municipales se desprende la necesidad de hacer un ejercicio de control de las ordenanzas municipales consideradas contrarias a la Constitución, a las cuales la Suprema Corte de la Nación podía declarar nulas. Se observa entonces la institucionalización de un control de constitucionalidad y la atribución de tal facultad a un órgano del Estado.

### *Constitución Política de 1858*

El proceso de federación del Estado colombiano empezó a forjarse en la división del Partido Liberal entre Gólgota (comerciantes) y draconianos (artesanos) y de sus intereses económicos contrapuestos. Se estableció un libre cambio frente a un modelo económico proteccionista y surgió la idea de un Estado federal, con el golpe de Estado dado por los draconianos en 1854, de ánimo reformista. Además, se consideró que la forma de Estado reinante hasta el momento (unitario), su organización y distribución territorial no se compadecía de las necesidades de gobernanza, toda vez que se observaba un desamparo institucional y administrativo frente a ciertas áreas municipales.

Osuna (2006) lo refiere así:

Colombia no ha encontrado un arreglo institucional satisfactorio para su diversidad regional. A lo largo de sus dos siglos de historia ha ensayado el centralismo a ultranza, el sistema unitario con diversos grados de descentralización política, administrativa y federalista sin que ningún modelo pueda considerarse consolidado o haya funcionado sin obstáculos. El país posee una rica diversidad regional, afianzada en factores geográficos, económicos, étnicos, históricos y culturales, que han persistido sin necesaria relación con sus sucesivos ordenamientos territoriales (p. 12).

Por este manifiesto descontento se promovió la adopción de un nuevo texto constitucional en 1853. Consagró una organización territorial descentralizada y, con ello, abrió paso al fortalecimiento de la formación de provincias con un amplísimo ímpetu federalista materializado con la reforma de 1855; en ella, además de un régimen especial, le otorgó reconocimiento de Estado federado a Panamá, de donde se desprendió un efecto dominó frente a la misma pretensión de las demás provincias. Esto concluyó en la elaboración de un nuevo documento constitucional en 1858 y en la conformación de la Confederación Granadina.

La Carta contenía temas de carácter político-administrativo frente a los nuevos Estados confederados y, en virtud de la necesidad de salvaguardar el nuevo orden dispuesto, definía un control de constitucionalidad frente a los actos de las legislaturas de los Estados que desconocieran abiertamente la Constitución y las leyes federales. Tal función correspondía a la Corte Suprema Federal, a la que se facultó para suspender los actos anunciados en las circunstancias referidas. Malagón (2007) precisa:

[...] en primer lugar interviene la Corte Suprema, ente judicial que es heredero de la Real Audiencia de la época colonial. Lo anterior se fundamenta en lo que ha estudiado la historiografía venezolana, que ha comprobado que en el momento de producirse la independencia se dio una mutación nominal que convirtió a la Real Audiencia en Corte Suprema de Justicia. A esto se suma que la Real Audiencia se reunía para resolver cuestiones de trascendencia en la denominada Sala de Acuerdo, en la que también se va a reunir la Corte Suprema durante nuestro siglo XIX para solucionar asuntos de suma importancia para el Estado, como las acciones públicas contra los actos legislativos de los Estados Federados (p. 216).

Acerca de la forma como se debe adelantar el control, se debe tener presente que una vez suspendido el acto por parte de la Corte Suprema debía pasar a revisión por el Senado de la Federación, el cual se pronunciaba de manera definitiva sobre su exequibilidad.

### *Constitución Política de 1863: en el marco de un Estado federado*

En ese estado de cosas político-administrativas propias de la organización adoptada en la Constitución de 1858, empezó una serie de movidas gubernamentales con la intención de restringir en alguna mínima medida la autonomía consagrada para los estados confederados, con lo que se atizaron los ánimos de varios de ellos. Se produjo una guerra civil de levantamiento de estos frente al Gobierno federado y culminó en 1861 con el resquebrajamiento del orden jurídico y con la victoria de la oposición, que asumió el poder mediante un Gobierno de facto frente al que el país no tardó en reaccionar y demandó una constituyente.

De esta manera, con ocasión de las pretensiones del pueblo, en 1863 se reunió la constituyente en Rionegro (Antioquia) con el objeto de otorgar un nuevo documento constitucional a los ahora conocidos Estados Unidos de Colombia. Se mantuvo la organización territorial, se integró una lista taxativa —por demás,

amplia— de derechos fundamentales y libertades individuales de los asociados, se adoptaron medidas que contrarrestaran y conjuraran las situaciones objeto de molestia y levantamiento anterior y se devolvió una suerte de autonomía administrativa.

Hasta el momento:

[...] tenemos un control de constitucionalidad parcialmente concentrado para los inicios del constitucionalismo independiente en Colombia, lo que fue de 1811, con las constituciones provinciales, hasta lo que será la Constitución de 1858, para regresar a tomar forma mucho más arraigada y fuertemente concentrado en 1886, cuando se excluye toda participación ciudadana y en el que la Corte Suprema tiene una participación limitada para hacer la revisión de los proyectos de ley que son objetados por el gobierno, para ratificar la fuerte tendencia conservadora y centralista de esta Constitución que confía su guarda sobre todo, al poder ejecutivo; y por otra parte, el otro tipo de control, de estirpe judicial que se presentará para 1863 y 1910, por medio del cual se reparten y equilibran las funciones entre las cortes estatales y la Corte Federal para el control constitucional de los actos federados y se retoma la participación y acceso público a la acción (Gómez, 2011, p. 177).

### *Constitución Política de 1886*

Respecto de la Constitución de 1863 —antecedente inmediato de la Carta de 1886—, hay que decir que no fue ajena a los avatares sociales, económicos y políticos latentes, como tampoco lo fue el documento constitucional de 1886. Si bien las disposiciones adoptadas satisficieron pretensiones de sectores políticos con la adopción de una forma de Estado que se juraba como solución inmediata al descontento político más que social, no sucedió así con las pretensiones de fondo: cobertura y satisfacción de necesidades sociales y territoriales.

En consecuencia, se observaba como panorama social la conservación del latifundio, productores artesanales en quiebra por falta de medidas proteccionistas que hicieran frente a la economía librecambista, resquebrajamiento de las relaciones entre el Estado y la Iglesia debido a la expropiación de bienes raíces y la persistente crisis de orden público mediante levantamientos sociales que trastocaron el orden constitucional de 1863.

En atención a la situación económica del país, sobre todo a la de los artesanos y de todos aquellos afectados por el modelo económico librecambista, emergió

un movimiento denominado regenerador que derrocó el orden constitucional de 1863 y abrió paso a la adopción del nuevo texto en 1886. Este quedó en manos del cuerpo especial designado para el efecto, el Consejo Nacional de Delegatarios, integrado por nueve representantes del Partido Conservador y nueve representantes del movimiento independentista liderado por Rafael Núñez, con el fin de garantizar el equilibrio. Cabe resaltar la participación de Miguel Antonio Caro.

La Constitución de 1886 restableció un Gobierno nacional y central; fortaleció el centro de poder mediante disposiciones como la redistribución de bienes públicos a favor de la Nación y no de las provincias, como en el anterior texto; suprimió la forma de Estado federal y la reemplazó por un Estado organizado a partir de departamentos, municipios y provincias.

El carácter y la naturaleza que revistió este texto constitucional fueron represivos, en tanto se adoptaron medidas limitantes del ejercicio de la democracia, como la restricción del voto a sectores populares, el establecimiento de un sistema indirecto de elección presidencial, aumento del período de Gobierno a seis años, posibilidad de reelección, concentración de atribuciones y facultades que antes estaban en cabeza de los estados federados, disminución de la responsabilidad presidencial, otorgamiento de una facultad colegisladora mediante la figura del estado de sitio y limitación del acceso a canales de expresión e información democrática.

Entre otras cosas, intentó fortalecer al Legislativo con el aumento de los períodos ordinarios y reivindicarse con la Iglesia, mediante la celebración de un concordato con el Vaticano, por el cual se reconocieron privilegios a los clérigos y se aportaron efectos civiles al matrimonio; además, en el Artículo 38 se definió a la religión católica como fundante y oficial del Estado colombiano.

Artículo 38. La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia.

El control de constitucionalidad fue apenas considerado y se abordó de manera ligera e indirecta. Reconocía una mera “responsabilidad personal”, es decir, ya no frente a actos legislativos, leyes o proyectos de ley, sino a personas que afrentaban y desconocían el orden constitucional, con lo que violaba los derechos y las

libertades de la población colombiana, con excepción de los militares en ejercicio de sus funciones. A su vez, se conserva la posibilidad de que el presidente objetara los proyectos de ley por considerarlos inconstitucionales.

Sin embargo, se desconoció la supremacía constitucional, al expresar en la Ley 153 de 1887 que se debía aplicar la disposición legal en caso de ser contraria a la Constitución, así como también que se reputaría conforme a la Constitución toda ley expedida luego de su promulgación de la misma; esto limitaba el ejercicio del control constitucional. Según los doctrinantes, “aunque la Constitución de 1886 había establecido una forma de control constitucional previo, el principio de supremacía legislativa que imperó en la época impidió que la Corte anulara leyes” (Cajas, 2005, p. 21).

Luis Gómez (2011) considera:

De igual forma, el control constitucional que existe para 1886, además del control y unificación de la jurisprudencia para la que se diseña el recurso de casación, parte de un modelo de control de estirpe ejecutiva, en el cual el presidente tiene un amplio control de la ley cuando considera que esta se opone a la Constitución [...]. En este modelo, el legislador tenía la última palabra para pronunciarse sobre el destino de la ley y si encontraba fundadas las objeciones, procedía a hacer el ajuste legislativo pertinente. En caso de que el legislador no estuviese de acuerdo con las objeciones, este las remitía a la Corte Suprema para que decidiese en última instancia (p. 174).

### *Acto Legislativo 03 de 1910*

Un gran número de constitucionalistas colombianos coinciden en que el control de constitucionalidad fue institucionalizado en Colombia a partir de la reforma constitucional de 1910, consideración rebatida fuertemente y hartamente esclarecida a partir del presente estudio.

Otros, en cambio, concuerdan en que:

[...] el desarrollo de esta figura jurídica ha sido paulatino, inicialmente se configuró el control a cargo de la Corte Suprema de Justicia, pero tan solo el conocimiento de las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente, posteriormente se consagró la acción pública de inconstitucionalidad y la excepción, en el año 1910 (Ochoa, 2010, p. 159).

La reforma constitucional de 1910 se caracterizó por verse en gran medida sobre el Ejecutivo, en aras de revertir las extralimitaciones que se habían previsto en el texto de 1886, que atentaban contra los derechos y las libertades de la población, así como contra el orden democrático, del cual se propuso el restablecimiento con base en la garantía de la participación de las minorías en las corporaciones públicas. Esto permitió que los partidos tuvieran una medida de prestancia política para aligerar tensiones entre conservadores y liberales.

Jorge Augusto Tirado (2010), en alusión al control constitucional, sostiene:

La creación de la acción pública tenía un claro propósito político: establecer una instancia de balanceo y discusión institucional (adicional a las clásicas) entre los partidos políticos, que sirviera de garantía de la paz alcanzada. Contrario a lo que se creería, la jurisprudencia constitucional que va de 1910 a 1930 no tiene como denominador común una defensa de las reformas constitucionales logradas en el Acto Legislativo No. 3 de 1910 por parte de los actores o accionantes, pues la mayoría de casos litigados en el período examinado se sustraen del gran objetivo político con el que fue creada la mencionada acción de inconstitucionalidad (p. 129).

Las disposiciones de la Ley 153 de 1887 referidas se consideran como una de las principales afecciones sufridas por la supremacía constitucional.

La supremacía de la Constitución y su carácter normativo implican el tránsito a un modelo inverso: aquel en el que la enseñanza y la aplicación del Derecho están regidas por la Constitución, de modo tal que los asuntos legales pasan a ser constitucionalizados, es decir, mediados hermenéuticamente por la comprensión y la aplicación de la Constitución. De esta manera, al primitivo control de legalidad le es superpuesto el control de constitucionalidad, el control desde la Constitución (Quinche, 2013, p. 179).

Se observa una reivindicación de la supremacía constitucional mediante el Artículo 40, el cual estableció: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”; esto materializó el tránsito referido por Manuel Fernando Quinche.

Asimismo, se consagró el control de constitucionalidad. Cualquier ciudadano podía demandar una disposición que se considerara contraria a la Constitución, como acción pública de inconstitucionalidad.

A la Corte Suprema de Justicia se le otorgó la facultad de examinar la constitucionalidad de las normas acusadas con ocasión de las demandas adelantadas

por ciudadanos y declarar su exequibilidad o inexecutable. En un primer momento, la Corte iniciaba su labor apoyada en lo que se denominó “doctrina de la incompetencia”, en tanto se abstiene de pronunciarse frente a normas acusadas de inconstitucionalidad por vicios de forma, porque a consideración del demandante no se surtía el proceso previsto para el efecto.

En 1912 se empezó a apartar de la “doctrina de la incompetencia” desarrollada por la Corte Suprema y algunos de los magistrados sentaban sus posturas mediante el salvamento de voto.

### *El control de constitucionalidad en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991*

La Constituyente de 1991 en Colombia tuvo un carácter particular, pues se instauró para introducir una serie de reformas al texto constitucional de 1886. Actuó como constituyente originario, puesto que adoptó un nuevo texto constitucional e hizo cambios de gran envergadura, entre ellos, creó un Tribunal Constitucional encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (República de Colombia, 1991, art. 4).

En la Constitución de 1991 se creó la Jurisdicción Constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, que concentra dos funciones de vital importancia: revisión de los fallos de tutela expedidos por operadores judiciales de inferior jerarquía y control de constitucionalidad de las leyes (Insignares y Molinares, 2011, p. 194).

Antes de la Carta de 1991, el control de constitucionalidad reposaba en la Corte Suprema de Justicia, designada por el Acto Legislativo 03 de 1910; más que un sistema control de defensa de la Constitución, funcionaba como un escudo político para los intereses del partido opuesto al del Gobierno nacional (López, 2009). Con posterioridad al Acto Legislativo 03, en 1968, se creó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El control de constitucionalidad ejercido hacia 1910 se limitaba a decidir la exequibilidad de proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales y decidir sobre las demandas promovidas por ciudadanos sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de funciones extraordinarias (Congreso de la República, 1968, art. 71), así que tal control era limitado y el control de otras normas que podían ser contrarias a la Constitución de 1886 quedaba fuera de su alcance.

La nueva constituyente consagró un sistema de control de tipo dual y paralelo (García, 2001), en el que coexisten el control de constitucionalidad concentrado —pues la Corte Constitucional lo ejerce sobre los actos normativos enunciadados en el Artículo 241 constitucional (Corte Constitucional, 2010)— y el control difuso, que emana de diferentes normas constitucionales y es predicado por el Consejo de Estado, el cual puede declarar la nulidad por inconstitucionalidad (República de Colombia, 1991, art. 237) de los decretos cuya competencia no le corresponda a la Corte Constitucional. La competencia del Consejo de Estado es residual (Corte Constitucional, 2008a). Todos los jueces de la República conocen de acciones de tutela para proteger derechos fundamentales (República de Colombia, 1991, art. 86) y *habeas corpus* (República de Colombia, 1991, art. 30).

Además de los sistemas de control concentrado, se ha configurado la excepción de inconstitucionalidad o control por vía de excepción (Blanco, 2010), desarrollada por el Artículo 4 de la Constitución. En virtud de esta, cualquier juez de la República puede inaplicar una disposición que resulte contraria a la Constitución. Por este hecho, una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional, que ejerce el control de constitucionalidad y decide en forma definitiva, abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no (Corte Constitucional, 2011). La jurisprudencia de la Corte Constitucional (1995; 2000; 2002; 2005; 2008b; 2011; 2013) se ha encargado de crear las reglas de aplicación para esta institución, debido a que si bien el mandato constitucional es claro en establecer que se deben inaplicar disposiciones contrarias a la Carta, en Colombia no hay desarrollo procedimental de la aplicación de la excepción más allá de lo que la Corte ha logrado precisar.

Así lo anota Quinche (2006):

Tras 18 años de vigencia, la Carta de 1991 ha sido sometida a 27 reformas, las últimas, sobre aspectos neurálgicos, especialmente a partir del año 2002, con un promedio de dos reformas por año. Esta dinámica trae consigo dos consecuencias indeseables: en primer lugar, articula un proceso de progresiva desestructuración de la Carta, que la aleja del proyecto de constitucionalismo democrático previsto por los Constituyentes de 1991; y en segundo lugar, crea la falsa conciencia de pensar que los cambios normativos deben darse por la vía de las reformas constitucionales y no

por la acción legislativa, con lo cual se evade el control constitucional y se desubstancia la función legislativa (p. 60).

Sin duda alguna, la Constitución Política de 1991 comporta un gran avance frente a la consagración de un orden constitucional respetuoso de un orden democrático, participativo e incluyente, en tanto va a hacer extensivo el ejercicio de control al pueblo colombiano a partir de la institucionalización de mecanismos populares, entre los que se cuentan el control de constitucionalidad ya no solo por vía de acción, sino también de excepción<sup>76</sup>.

### *Control de convencionalidad en Colombia*

El fenómeno de la constitucionalización también puede evidenciarse en el ámbito internacional a partir de un bloque de constitucionalidad<sup>77</sup>. No obstante, se ejerce un control denominado control de convencionalidad<sup>78</sup> por parte de órganos internacionales pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estos son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo objetivo es brindar seguridad jurídica a los Estados parte que han ratificado las convenciones y los tratados internacionales en su ordenamiento jurídico interno y Colombia no es ajena a ello.

Esta figura, diseñada por la Corte IDH, “busca que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para este determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, p. 124).

76 Como características de este fenómeno encontramos: i) una Constitución rígida; ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución; iii) la fuerza vinculante de la Constitución; iv) la sobreinterpretación de la Constitución; v) la aplicación directa de las normas constitucionales, y vi) la interpretación conforme de las leyes (Cubides, 2012).

77 Podemos advertir que se trata de un bloque de constitucionalidad, derivado de una constitucionalización del Derecho Internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o por medio de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado (Cubides, Sánchez y Pérez, 2013).

78 “El concepto es mencionado plenamente por la Corte IDH en 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile. Este caso marca el punto de evolución del concepto de CCV. La Corte IDH sostuvo que: ‘[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘CCV’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH’ (párr. 124). En el caso de trabajadores cesados del Congreso contra Perú, en 2006, expresó: ‘[...] los órganos del Poder Judicial deben de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la CADH’ (párr. 128). Aquí se remarcó la obligación que tienen los órganos del Poder Judicial y ya no como en el caso de Chile, en donde señaló que el Poder Judicial debía hacer una “especie” de CCV” (Cubides y Martínez, 2015, p. 98).

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

Asimismo, Cubides, Sánchez y Pérez (2013) expresan que el control de convencionalidad se manifiesta de dos maneras: como control concentrado y como control difuso. El primero es ejercido por la Corte IDH, encargada de garantizar el goce de sus derechos a aquel sujeto a quien se le haya quebrantado alguna libertad o un derecho protegido en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y el segundo apunta a que cualquier órgano jurisdiccional del Derecho interno de cualquier Estado parte valore la compatibilidad entre una norma nacional y las decisiones proferidas por la Corte IDH, para así garantizar el amparo de los derechos en el caso concreto<sup>79</sup>.

Cubides y Martínez (2015) sostienen que los órganos judiciales de cada Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen una doble función y es ejercer los dos controles, tanto el de constitucionalidad como el de convencionalidad<sup>80</sup>. El primero opera en el Derecho interno, garantiza la supremacía de la Constitución y preserva la coherencia del sistema jurídico<sup>81</sup>, mientras el control de convencionalidad permite la garantía, el respeto y la eficacia de la protección de los derechos humanos contenidos en el Pacto de San José, con lo que traspasa el orden jurídico interno. No obstante, a pesar de sus diferencias<sup>82</sup>,

79 "Asimismo, en el control de convencionalidad concentrado, disponer si fuese procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada; de otro lado en el control difuso de convencionalidad, el cual busca que todo órgano jurisdiccional interno, que profiera decisiones de carácter vinculante, realice parámetros de compatibilidad entre una norma nacional y las decisiones que hayan sido proferidas por la Corte IDH, en la cual se encargue de aplicar y ofrecer un marco de protección en el caso concreto, teniendo como resultado que las normas nacionales que hacen relación a derechos humanos deberán interpretarse de acuerdo con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, favoreciendo en todo caso a las personas en una protección efectiva" (Cubides *et ál.*, 2013, p. 47).

80 Al no tomar en cuenta que cada Estado posee un sistema constitucional diferente, la Corte IDH alentó las críticas hacia esta Institución. Contesse (2013) señala que, mientras en Argentina el control de constitucionalidad es difuso, vale decir, recae como potestad constitucional sobre todos los jueces, Chile y Colombia tienen modelos de control constitucional concentrado, en los cuales solo una corte especializada tiene la potestad de inaplicar leyes que contravienen la Constitución. En Colombia existe la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, lo que constituye una modalidad del control de constitucionalidad difuso (Cubides y Martínez, 2015).

81 Por medio de los controles abstractos que, al constatar el enfrentamiento entre las normas, evitan su aplicación simultánea. Los controles de carácter concreto sirven para superar los conflictos que se producen en el marco de un sistema jurídico y afectan situaciones jurídicas específicas (Huerta, 2003; Cubides, 2013).

82 El control de constitucionalidad consiste en hacer una comparación entre la Constitución y las normas que, por su rango, están por debajo de ella y darle prioridad a la primera (Hitters, 2009). De acuerdo con Bazán (2011), el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de Derecho interno resulta incompatible con la CADH y disponer la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo (Cubides y Martínez, 2015).

son mecanismos que complementan y facilitan la armonización entre el Estado social de Derecho y el principio fundante de la dignidad humana que están incorporados en la Constitución de los países latinoamericanos.

El caso colombiano hito en el que se esboza la materialización del control de convencionalidad es el de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, en el que a causa del conflicto armado interno que ha vivido el país, un helicóptero de la Fuerza Aérea Colombiana lanzó artefactos con destino a una avioneta que llevaba armas y dinero para actividades ilícitas como el narcotráfico. Afectó directamente a la población civil, pues causó la muerte a diecisiete personas y ocasionó el desplazamiento de familias a lugares alejados del municipio<sup>83</sup>. En el año 2012, la Corte IDH intervino en el caso, pero Colombia alegó la falta de agotamiento de recursos internos y además la falta de competencia *ratione materiae* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párrs. 16-18); las razones se basaban en que la Corte IDH no podía pronunciarse respecto a hechos objeto de un conflicto armado, porque no le son atribuibles los asuntos de Derecho de Guerra. En respuesta<sup>84</sup>, la Corte IDH expresó que, a la luz de la Convención Americana, tiene la facultad de interpretar otros tratados de derechos humanos y, por ende, cualquier acción u omisión del Estado que permita la vulneración de aquellas garantías admite la intervención de este órgano internacional. Por último, resolvió

83 En 1998, en la vereda de Santo Domingo, municipio de Fortul (Arauca), se produjo una masacre que dejó diecisiete personas muertas y veintisiete heridas. El 12 de diciembre, las Fuerzas Armadas de Colombia y la guerrilla de las FARC protagonizaron un enfrentamiento, luego de que una avioneta Cessna aterrizara con dinero y armas para actividades de narcotráfico. Las Fuerzas Armadas planearon una operación militar aerotransportada que se prolongó por varios días, de la que participaron la XVIII Brigada y el Batallón de Contraguerrilla No. 36. El 13 de diciembre, a las 10:02 a. m., un helicóptero UH1H 4407 de la Fuerza Aérea Colombiana lanzó un dispositivo clúster de tipo AN-M1AA2, compuesto por seis granadas o bombas de fragmentación AN-M41A, sobre la calle principal de Santo Domingo y asesinó a diecisiete personas e hirió a veintisiete, entre niños y mujeres. Además, la población de Santo Domingo tuvo que abandonar su lugar de origen en busca de refugio. Después del lanzamiento del clúster, las aeronaves de la Fuerza Aérea Colombiana iniciaron ametrallamientos en contra de las personas que huían del enfrentamiento (Cubides y Martínez, 2015).

84 "La Corte desestimó las excepciones preliminares del Estado colombiano teniendo en cuenta que: '[...] si bien a la Convención Americana se le ha atribuido la competencia de determinar la compatibilidad entre la norma de los Estados con la Convención como interprete última de la misma CADH [...]' (Figueroa, 2012, p. 133), y no con las disposiciones de tratados o normas en el ejercicio de dicho examen, tiene la facultad de interpretar a la luz de otros tratados derechos que han sido reconocidos en la Convención, específicamente la protección de derechos humanos. De esta manera, la Corte rechaza las excepciones propuestas, puesto que solo utiliza otras disposiciones de carácter internacional para interpretar la Convención a la luz de estos; de igual manera, sobre la falta de agotamiento de los recursos en la vía interna, se desestima, teniendo en cuenta, que si bien es cierto que los procesos contenciosos administrativos son pertinentes en la calificación de la responsabilidad del Estado y la posible reparación, para casos como el presente no es un requisito indispensable el agotamiento de dicha vía" (Cubides, Chacón, Sánchez y Pérez, 2015, p. 36).

condenar al Estado colombiano por la violación de derechos humanos como la vida, la integridad personal, la propiedad privada y el derecho a la circulación y residencia.

Con lo anterior, se puede evidenciar la eficacia y existencia de una armonización del control de convencionalidad con el Estado social de Derecho que han adoptado los países latinoamericanos, puesto que con este mecanismo se hace efectiva la protección a los derechos humanos y al principio de la dignidad humana.

### **La Constitución de 1853. El control de constitucionalidad en Argentina**

Dentro de la historia constitucional argentina resulta de gran relevancia la expedición de la Constitución del 1 de mayo de 1853 por parte del Congreso General Constituyente y se sitúa como uno de los momentos más importantes de su historia, puesto que, transcurridos más de 163 años, sus principales componentes y la esencia del Estado argentino sigue vigente.

La referida Constitución ha tenido varias reformas de relevancia, con miras a actualizar su contenido a los momentos históricos trascendentales argentinos y a las nuevas corrientes político-jurídicas, como la Convención Nacional *Ad Hoc* el 25 de septiembre de 1860 y las reformas de las convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994. De ninguna manera su construcción y estructuración pueden verse sencillas, pues se han ido moldeando con el pasar de los años y gracias a los esfuerzos mancomunados de diversas personalidades argentinas.

En la Constitución se asentó por primera vez el modelo constitucional y de control de constitucionalidad imperante en la Argentina, el cual ha sido retocado por disposiciones normativas añadidas en las reformas aplicadas, sobre todo la reforma de 1994.

En aras de determinar el contenido y el modelo constitucional vigentes en Argentina, se analizarán los principales acontecimientos históricos argentinos y mundiales que dieron paso a la Carta de 1853, entre ellos, el modelo de Constitución de Alberdi; en segundo lugar, se examinarán los principales avances constitucionales que fueron incluidos en la Constitución de 1953 y los elementos clave para su creación; en tercer lugar, se revisarán los modelos y los principales postulados que inspiraron el control de constitucionalidad en Argentina y, por

último, los cambios y las modificaciones del control de constitucionalidad con las reformas posteriores.

### *Antecedentes de la Constitución argentina de 1853*

El estado de Buenos Aires quería obstaculizar el desarrollo de la Constitución de las provincias mediante la realización y promoción de invasiones en cabeza del general Urquiza (López, 1996). El Congreso General Constituyente fue instalado en Santa Fe el 20 de noviembre de 1852, representado por hombres de todos los niveles socioeconómicos, de todas las provincias (excepto la de Buenos Aires) y de distinto orden político, incluso guerreros y frailes (López, 1995).

Previo a su instalación, fue elegido como presidente del honorable Congreso General Constituyente el doctor Facundo Zuviría, de la provincia de San Luis y como secretarios, el doctor Juan Francisco Seguí, de la provincia de Santa Fe y Delfín Huergo, de la Provincia de Tucumán. Más adelante se encargó redactar el proyecto de ley fundamental a los diputados Manuel Leiva, Juan María Gutiérrez, Pedro Díaz Colodrero, José Benjamín Gorostiaga, Pedro Ferré, Martín Zapata y Santiago Derqui (Lorenzo, 1997).

El proyecto fue puesto a consideración en la sesión del 18 de abril de 1853 y fue aprobado en sesión del 20 de ese mes, la cual tuvo significativa importancia:

Decíamos en otro trabajo que así como el Cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 representaba la verdadera revolución argentina, su íntima estructura, así también la sesión del día 20 de abril de 1853 es la piedra angular donde descansa la Constitución Nacional (López, 1996, p. 470).

La relevancia de la citada sesión recae en la aprobación del proyecto general, pese a la resistencia del presidente del honorable Congreso, Facundo Zuviría, quien solicitó el aplazamiento de la sesión del 18, debido a la necesidad de terminar primero el conflicto con el estado de Buenos Aires. Su moción tuvo fuertes opositores, quienes arguyeron que la Constitución era el único camino hacia la paz. Entre las alocuciones se destacaron las de los representantes Juan Francisco Seguí, Juan María Gutiérrez, Salustiano Zavalía, Martín Zapata y Delfín Huergo.

En las siguientes sesiones se debatieron los artículos, en especial el Artículo 2, cuyo texto original reza: “El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico y romano”. Las discusiones en torno a este surgieron por su carácter poco

explícito, por lo que hubo varias posturas a favor de ampliar su contenido y dejar establecida a la religión católica como la única del Estado. Resultaron notorias las intervenciones del presbítero Benjamín Lavaise y el fray Manuel Pérez, pero fueron superadas por la explicación del articulado realizada por el representante José Benjamín Gorostiaga, quien sostuvo que no se podía instituir el catolicismo como la religión del Estado, toda vez que no todo el pueblo argentino era católico y este acto implicaba la implementación de un dogma, lo cual escapaba a las facultades del Congreso. Se mantenía la relación entre Estado e Iglesia católica, pero con respeto por la libertad de culto.

Otro artículo que presentó fuerte oposición, fue el Artículo 4 relacionado con la formación del tesoro nacional en cuanto que suprimía el derecho de las provincias sobre las exportaciones e importaciones, oponiéndose especialmente el representante Manuel Leiva, quien argumentaba que la referida disposición escapaba de las esferas del Congreso, teniéndose en defensa de la misma al representante Juan Francisco Seguí, quien insistió en la necesidad de la presente cláusula con miras a la creación de la Nación y del poder federal que se pretendía implantar.

Durante los días siguientes, hasta el 30 de abril, se aprobaron los 107 artículos constitucionales sin grandes debates y se programó la firma de la Constitución para el día siguiente, es decir el 1 de mayo de 1853, en conmemoración del pronunciamiento del general Urquiza en 1851.

En sesión del 3 de mayo, se puso de presente una declaración relacionada con la sanción de la Constitución y luego se discutió el proyecto de ley mediante el cual se legislaba la capital de Buenos Aires.

Al ser conocido el proyecto por el general Urquiza, se dispuso la expedición del Decreto de promulgación el día 25 de mayo, fecha de gran relevancia por la conmemoración de los acontecimientos de 1810 como aquellos relativos al inicio del proceso independentista. La Constitución fue jurada por las provincias el día 9 de julio de 1853.

En cuanto a las fuentes que inspiraron el texto constitucional, López (1996) manifiesta que la Constitución no puede ser entendida como una simple copia de la Carta estadounidense, sino que obedece a un proceso histórico iniciado desde 1810 y que tiene como conclusión el texto de 1853. Cuenta entre sus principales fuentes con el pensamiento de Mayo; el pensamiento federal; el pensamiento

unitario; el pensamiento del 37; el pensamiento porteño de la organización; las Constituciones, los reglamentos y los decretos nacionales y provinciales emitidos desde 1810; los proyectos constitucionales del mismo período y, en especial, el de Alberdi; los pactos provinciales o confederacionales del período independiente; la doctrina nacional y extranjera y las Constituciones de otros países, en especial, la de Estados Unidos de América.

El pensamiento de Mayo hace alusión al inicio del movimiento independentista. Comienza por los debates del Cabildo abierto del 22 de mayo, en el que Juan José Castelli pone de manifiesto que “El gobierno de España ha caducado” por parte de (Cabildo abierto, s. f.) y el reglamento del 25 de mayo, mediante el cual se elige una nueva Junta de Gobierno mientras se establece la nueva Corte del Virreinato (Cabildo, justicia y regimiento, 1810). En estos acontecimientos es notorio el pensamiento de Mariano Moreno, Manuel Belgrano, Gregorio Funes, Monteagudo, Gorriti y Saavedra.

En cuanto al pensamiento federal, López (1995) subraya la labor de José Gervasio Artigas, Estanislao López, Francisco Ramírez, Manuel Dorrego, Facundo Quiroga, Pedro Ferré, Manuel Leiva, Domingo Cullen, Nicolás Laguna, Manuel Moreno y Juan Francisco Seguí, quienes mantuvieron esa bandera en alto hasta la consolidación de la Constitución pese a las dificultades.

Y en contra posición pero no menos importante también influenciado por el pensamiento unitario, enmarcado según Lorenzo (1997) por el centralismo porteño y sus numerosas obras, que también se ven reflejadas en las disposiciones constitucionales, destacando el pensamiento de Bernardino Rivadavia, Valentín Gómez, Julián Segundo de Agüero, los Varela, Castro, Frías, José María Paz, y Lavalle, creadores del Congreso de 1824-1827 que derivó en una Constitución, la cual al incorporar a la provincia oriental o también llamada banda oriental (hoy Uruguay y parte de Brasil) dentro del territorio argentino, generó por parte de Brasil la declaratoria de guerra y el bloqueo del puerto de Buenos Aires territorio por el que desde 1816 siempre estuvieron en disputa, situación que generó una división entre los porteños entre unitarios y federales, apoyando los primeros que apoyaban al electo presidente Bernardino Rivadavia y la proclama de la Constitución, y los segundos buscaban la separación de la provincia de Buenos Aires y la pérdida de control frente a la aduana.

Hubo un cúmulo de marcadas circunstancias frente al modelo de Nación que se deseaba construir, agravadas por la firma del llamado “Tratado deshonroso”. El delegado de Rivadavia, Manuel José García, suscribió un acuerdo en busca de la paz, en el cual se reconocía la banda oriental como propiedad de Brasil, situación que Rivadavia denunció más adelante. Sin embargo, ante el descontento de las Provincias Unidas, terminó por renunciar a la presidencia y fue sucedido por el federalista Manuel Dorrego. Debido a los problemas económicos, se vio obligado a acordar la paz con Brasil, para lo que se firmó la llamada preconvencción de paz; en ella se reconocía la independencia de la banda oriental tanto del imperio del Brasil como de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

Dentro de las provincias estalló la guerra civil en diciembre de 1928, por cuenta de Juan Galo Lavalle, quien destituyó a Dorrego y ordenó su fusilamiento; fue derrotado el 26 de abril de 1829 por el general Rojas en la batalla del puente de Márquez.

Con su victoria sobre Lavalle, el general Rojas se convirtió en el gobernador de Buenos Aires (considerado históricamente como una dictadura) hasta que fue vencido en la batalla de Caseros, ocurrida el 3 de febrero de 1852 a manos del llamado Ejército grande.

En la generación del 37 se distinguen la figura del tucumano Juan Bautista Alberdi y la sociedad secreta Joven Argentina, fundada por Echeverría en 1838. Esta generación trata de conciliar las pugnas entre federalistas y centralistas. Según López (1996), bajo los principios de democracia y progreso, se pretendía restaurar el pensamiento de Mayo y combatir la anarquía y la dictadura, ya no con las armas, sino con un programa de reconstrucción nacional y un nuevo planteamiento del problema argentino.

Alberdi (1915) señala con claridad la necesidad de forjar una nueva Constitución, fuera de los parámetros definidos en la época de la independencia de los países de América Latina, puesto que la misma se estructuró a la luz de las necesidades imperantes en la época y tenía como punto de partida la Revolución Francesa y la independencia estadounidense, que no obedecen a las mismas condiciones de los pueblos latinoamericanos.

De otra parte, hace una fuerte crítica a la Constitución de 1826, porque surgió de las circunstancias de la Argentina de su época, pues su fundamento está en la Carta de 1819, cuando las condiciones sociales, económicas y políticas

del naciente pueblo argentino eran distintas. Señala: “La Constitución unitaria de 1826, copia confesada de una constitución del tiempo de la guerra de la Independencia, carecía igualmente de garantías de progreso. Ninguna seguridad, ninguna prenda daba de reformas fecundas para lo futuro” (Alberdi, 1915, p. 403).

Los pensamientos de Alberdi son justificados, en tanto los modelos constitucionales imperantes en la época independentista obedecían a un contexto político global en donde los pueblos de América Latina no contaban con un reconocimiento expreso como Naciones frente a las potencias europeas. Esto dificultaba, entre otras cosas, cualquier intercambio comercial con esa región.

Como eje de la obra de Alberdi está la premisa de que las Constituciones latinoamericanas atentan contra su propio progreso industrial y material. Cabe destacar una de las conclusiones de Alberdi (1915) en cuanto a lo que debería reflejar una Constitución:

Nuestros contratos o pactos constitucionales en la América del Sud deben ser especie de contratos mercantiles de sociedades colectivas, formadas especialmente para dar pobladores a estos desiertos, que bautizamos con los nombres pomposos de Repúblicas; para formar caminos de fierro, que supriman las distancias que hacen imposible esa unidad indivisible en la acción política, que con tanto candor han copiado nuestras constituciones de Sud América de las constituciones de Francia, donde la unidad política es obra de 800 años de trabajos preparatorios (p. 403).

De acuerdo con López (1995), a pesar de que el pensamiento de Alberdi constituye una de las principales fuentes de inspiración de la llamada generación de 1853, es claro que, más que verse reflejado el pensamiento conciliador, la Constitución desarrolló en gran medida los postulados de la élite preponderante, es decir, los postulados del federalismo.

Según la doctrina, prueba de esta circunstancia se encuentra en que los postulados básicos de progreso, libertad, educación e igualdad desarrollados en la obra de Alberdi ya habían sido fijados en el Pacto federal del 4 de enero 1831 —formado con el fin de hacer frente a la llamada Liga Unitaria— y en el Acuerdo de San Nicolás del 31 de mayo de 1852 —antecedente directo de la Constitución de 1853—.

Se presentaron cuatro proyectos de constitución: i) Proyecto de Constitución del genovés Pedro Antonio Diego Enrique Estanislao de Angelis, en 1852, quien

fue encargado por Urquiza, pero su aparente cercanía con Rosas ocasionó que su proyecto fuera inobservado (Dalla, 2009); ii) Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi; iii) Proyecto constitucional de Gorostiaga, y iv) Proyecto anónimo que fue encontrado en el Archivo General de Indias, dirigido al Congreso de 1853, pero no fue puesto en conocimiento de la Asamblea y no fue presentado por alguno de los miembros (López, 1995).

Los proyectos de Alberdi y Angelis eran prácticamente idénticos (Dalla, 2010). El primero era una Constitución sin Preámbulo que constaba de 137 artículos; admitía la posibilidad de reintegro de Paraguay y proponía el establecimiento de una comisión permanente en los períodos de receso del Parlamento, así como un modelo de elección popular de segundo nivel para el presidente de la Nación, consistente en la elección de dos electores por provincia que procederían a la elección presidencial y dotaba a la Corte Suprema de facultades para adelantar juicios políticos al presidente, al vicepresidente, a los legisladores y a los gobernadores de la provincia.

Los principios, los derechos y las garantías aprobados en la Constitución de 1853 corresponden con el modelo de Constitución de Alberdi, cuyo proyecto se divide en dos grandes acápites titulados “Principios, derechos y garantías” y “Autoridades argentinas” (Alberdi, 1852).

Es innegable el aporte de Alberdi a la Constitución de 1853, pues ambos textos tienen el mismo número de artículos y comparten la división y estructura de la Constitución; no obstante, el proyecto de Alberdi no es la Constitución de 1853, sino apenas una guía (Ferreya, 2012).

Frente a la estructura de la Constitución, el maestro Ferreyra (2012) considera que, en materia de derechos fundamentales, las ideas de Alberdi son pulcras, pero abiertas: “[...] imagino extensamente los derechos civiles para todos aquellos que podían titularizar derechos civiles. Imagino los derechos políticos no para todos los que podían ejercerlos. Pese a ellos el modelo es francamente superior a muchos existentes en su tiempo” (p. 222).

En cuanto al proyecto de Constitución de Gorostiaga (1852), se tiene que no fue una fuente en sí misma, sino que se trata del proyecto de ley fundamental, porque el autor era uno de los encargados de su redacción. Es importante resaltar que los aportes relacionados con la declaración de derechos y garantías estuvieron inspirados por Juan María Gutiérrez, miembro de la provincia de Entre Ríos

de la Convención Constituyente de 1853 y lo referente a la estructura del Estado sí fue escrito por Benjamín Gorostiaga (López, 1995).

### *Control de constitucionalidad en la Constitución de 1853*

En aras de introducir el tema del modelo de control constitucional vigente e instituido en Argentina, una de las principales fuentes de la Constitución argentina fue la estadounidense, de la cual se tomaron sesenta artículos que sirvieron como punto de partida (Lorenzo, 1997).

Los principales pensadores y artífices de la Constitución estuvieron bajo la influencia directa o indirecta de las ediciones de *El Federalista*, de Hamilton, así como del proyecto de Constitución Federal para la Confederación Suiza de Pellegrino Rosso, entre el vasto número de autores que pudieron influir a los pensadores de 1853.

En palabras de Juan María Gutiérrez y Gorostiaga:

[...] nuestra Constitución eminentemente federal está vaciada en el molde de la de los Estados Unidos, única Federación que existe en el mundo digna de ser imitada [...] la Constitución norteamericana había servido de molde y modelo a la nuestra (citado en López, 1995, p. 22).

En relación con el modelo de control constitucional imperante, Sola (2010) es claro en exponer la influencia de la jurisprudencia estadounidense tanto en el modelo constitucional como en el control constitucional ejercido por la honorable Corte Suprema de Justicia; se subrayan las repercusiones del famoso caso *Marbury vs. Madison* (Carbonell, 2005).

D'Auria (2008) cita a Sarmiento (2004) y asimila una tisana comprada en una farmacia —la cual viene con sus instrucciones— con el Derecho Constitucional, puesto que, debido a la gran similitud entre el sistema constitucional argentino y el estadounidense, se deberían incorporar los precedentes judiciales dictados en Estados Unidos, lo que podría garantizar una fórmula de éxito.

El famoso caso resuelto por el juez Marshall es el primer antecedente para que Argentina adopte el mismo sistema de control; incluso, la Corte Suprema argentina hace uso permanente y reiterado de precedentes estadounidenses para resolver sus asuntos (Quiroga, Benedetti y Cenicacelaya, 2009).

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

Se caracteriza por un control concreto, toda vez que este se ejerce siempre en el trámite de causas judiciales, es decir, solo en casos o litigios en los cuales una de las partes tenga interés de defender. Asimismo, como regla general, se aprecia el efecto interpartes, o sea, la inaplicación de la norma para el caso concreto, situación que fue modificada con la reforma de 1994 (Quiroga *et ál.*, 2009).

A pesar de que la Corte Suprema fue instalada en 1863, este Tribunal no se pronunció respecto a la constitucionalidad de leyes de orden nacional sino en 1887<sup>85</sup> con el caso Sojo (Corte Suprema, s. f.). Se trató de un caso similar a *Marbury vs. Madison*, porque la cuestión en disputa era la presunta inconstitucionalidad de una ley que aparentemente ampliaba las competencias otorgadas por la Constitución a la Corte Suprema, de acuerdo con el Artículo 101 de la Constitución de 1853 y se argumentaba una falta de competencia para conocer de los recursos de *habeas corpus* interpuestos por particulares.

Así, se pone de presente la facultad de control constitucional por parte del máximo Tribunal para inaplicar una norma contraria a la Constitución. No obstante, la Corte halló infundada la pretensión y desestimó la acción, por considerar que la norma demandada era acorde con la Carta.

No fue sino en 1888, con el caso *Municipalidad de la Capital c. Elortondo*, que por primera vez en la historia argentina se declaró la inconstitucionalidad de una ley del Congreso Nacional (Bouzact, 1997), toda vez que la Corte encontró que el tratamiento dado por la municipalidad a los terrenos adyacentes y la declaratoria de su utilidad pública atentaba contra el derecho de propiedad de la viuda Elortondo.

La estructura del Poder Judicial en Argentina se ha mantenido casi intacta desde la Constitución de 1853 hasta la vigente reforma de 1994, aunque con las reformas —en especial la de 1957 y la de 1994— la Carta de derechos y, por ende, los parámetros de control de constitucionalidad se han ampliado.

85 Respecto a esta situación, Quiroga y otros autores (2009) sostuvieron: "No obstante, en ese período hubo algunas declaraciones sobre otras normas: en una temprana decisión (causa V) de 1863 (caso 'Ríos', F. 1:32) así lo hizo con un decreto del Poder Ejecutivo de la Confederación por arrogarse funciones legislativas; sin teorizar respecto de la facultad judicial de control de constitucionalidad, dijo brevemente que 'no tiene ningún valor legal' con arreglo al 'principio fundamental de nuestro sistema político' de división de poderes y por el artículo 31 CN. En 1865, también con cita del artículo 31 CN, declaró 'contraria' a la CN y por tanto 'nula y de ningún efecto en la presente causa' una ley impositiva local por considerar que establecía aduanas interiores (caso 'Mendoza c/Prov. San Luis' -1865, F. 3:131), y en 1871 volvió a hacerlo con un decreto local (caso 'Sociedad de Beneficencia de Sras.', F. 11:139)" (p. 3).

*Inclusión de la Carta de derechos sociales en la Constitución de 1857*

Con el fin del mandato del presidente Juan Domingo Perón, quien fue derrocado por civiles y militares en la Revolución Liberadora del 16 de septiembre de 1955, se promulgó un decreto con fecha 27 de abril de 1957, mediante el cual el nuevo Gobierno desconoció las reformas constitucionales de 1949, pues consideraban que el fin de la referida reforma era la reelección indefinida (López, 1996). Así, quedó vigente la Carta de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898.

Para reformar la Constitución en consonancia con los nuevos tiempos, se promulgó el Decreto 38338 del 12 de abril de 1957, con el fin de convocar al pueblo a la elección de diputados constituyentes.

El desarrollo de las sesiones estuvo torpedeado por la banca del Partido Radical, que se retiró de la Asamblea; con ello, generó un quórum ajustado y, junto con algunos partidos de la oposición, impidió una reforma de mayor envergadura.

En materia de derechos sociales, figura la incorporación del actual Artículo 14 bis, que trae al escenario nacional una serie de derechos relacionados con el trabajo en condiciones dignas; el salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; protección contra el despido injustificado; el derecho de huelga; las organizaciones sindicales; principios de seguridad social; protección a la familia y derecho a la vivienda digna.

Esta reforma obedeció a las corrientes jurídicas vigentes en la época relacionada con el constitucionalismo social imperante en la Constitución mexicana de 1917, la Constitución rusa de 1918 y la Constitución de Weimar de 1918, modelos que influyeron en los procesos constitucionales centro y suramericanos (García, 1993).

En consonancia con esta situación, se tienen las palabras del miembro informante de la Comisión redactora de la reforma constitucional, quien expresó:

[La] etapa que significa poner nuestra realidad en la hora social y política que vive el mundo; etapa que es la serena y proficua esperanza de contribuir al bienestar general y colocar en forma duradera, la piedra fundamental de una verdadera paz social argentina (citado en López, 1996, p. 22).

Varios derechos laborales y prestacionales implementados con la reforma de 1957 tienen sus antecedentes más inmediatos en la IX Conferencia Interamericana, la Carta internacional americana de garantías sociales, adoptada en Río de Janeiro

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

en 1947 y en la Declaración universal de los derechos del hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 (esta última en cuanto a los derechos sociales económicos y culturales y los derechos de seguridad social).

Pese a los grandes avances, la reforma no acogió todos los criterios de modernización que se pensaban incorporar y, por eso, desde 1957 se expresaron voces a favor de la reforma de la Constitución nacional (Banedi, 2004).

### *La reforma constitucional de 1994*

Esta situación solo tomó forma cuando el presidente Raúl Alfonsín, mediante el Decreto 2446 del 24 de diciembre de 1985, creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia, quien determinó la viabilidad de realizar una reforma parcial de la Constitución (Banedi, 2004).

Entre las principales temáticas se resaltan el período y las facultades del presidente de la Nación y frente al tema de derechos humanos, el reconocimiento constitucional de los tratados de derechos humanos<sup>86</sup> ratificados por Argentina, catalogados como superiores a las leyes nacionales (Serna, 2009).

De acuerdo con Banedi (2004), el desarrollo del proyecto se vio truncado por la pérdida de mayorías en los comicios para el año de 1987 y fue retomado tan solo con la promulgación de la Ley 24309 de diciembre de 1993 que dio paso a la Convención reformadora de 1994, la cual comenzó a funcionar el 25 de mayo de 1994 (Gelli, 1994) y concluyó el 23 de agosto de 1994. Fue publicado en el *Diario Oficial*, con 129 artículos incorporados al texto constitucional que entraron en vigencia al día siguiente.

Acercas del análisis del control de constitucionalidad<sup>87</sup>, se tiene que la facultad del Poder Judicial (Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación) de declarar la inconstitucionalidad de las normas no se desprende exclusivamente del

.....  
86 El acercamiento a la temática de los derechos humanos desde una perspectiva académica requiere abarcar las rutas y los alcances en el camino de una mejor comprensión y protección. Las dos primeras divisiones internas del tema, en su perspectiva teórica constitucional y de Derecho Procesal Constitucional transnacional, responden a la protección interna fijada entre la relación Estado-ciudadano (Cubides, Vivas y Pulido, 2013).

87 Ello no es concebible sin el acatamiento nacional e internacional del Estado a los tribunales especializados que garanticen los derechos humanos de todas las personas. Sin duda, una de las notas trascendentales de este nuevo modelo de Estado es la convicción acerca de la preponderancia de la dignidad humana, alrededor de la cual giran los derechos humanos que le dan sustento y fundamento (Cubides, 2013).

Artículo 110 de la Constitución de 1853 o del Artículo 116 de la reforma de 1994, sino que también tiene sustento en los Artículos 5; 27; 28; 31; 43; 75, inciso 22 y 99, inciso 3, párrafo 2. Se distingue la inclusión del Artículo 43, relacionado con la acción constitucional de amparo, la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos expresamente señalados en el texto constitucional ratificados por Argentina, la posibilidad de incorporar otros mediante el voto favorable de 2/3 partes de los miembros del Congreso y la habilitación del efecto *erga omnes* de las providencias de la Corte Suprema de Justicia en los casos del Artículo 99, inciso 3, párrafo 2. En el Cuadro 2 se comparan las normas mencionadas.

Cuadro 2. Comparativo constitucional\*

Ítem	Constitución de 1853	Constitución con la reforma de 1994
Ejercicio del Poder Judicial	Art. 94. El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.	Art. 108. El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.
Supremacía constitucional	Art. 5. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.	Art. 5. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.
Supremacía constitucional	Art. 27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en esta Constitución	Art. 27. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en esta Constitución.
Supremacía constitucional	Art. 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.	Art. 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina-

Ítem	Constitución de 1853	Constitución con la reforma de 1994
Supremacía constitucional	Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Confederación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales.	Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, <u>salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.</u>
Acción de amparo	N/A	Art. 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
Aprobación de tratados internacionales	Art. 64. inciso 19. Corresponde al Congreso: 19. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás Naciones y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Confederación.	Art. 75. inciso 22. Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. <u>Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la Declaración universal de derechos humanos; la Convención americana sobre derechos humanos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y su Protocolo facultativo; la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo</u>

Ítem	Constitución de 1853	Constitución con la reforma de 1994
		<u>ninguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.</u>
Disposiciones con carácter legislativo	Artículo 83. inciso 4. El presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: [...] 4. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las sanciona y promulga.	Artículo 99. inciso 3, párrafo 2. El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. <u>El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.</u> Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

Fuente: elaboración propia

\*Los apartes subrayados son las adiciones constitucionales vigentes con la Constitución de 1994.

Según Zarza (1994), el objetivo primordial de la reforma era modificar aquellas cláusulas que impedían la reelección presidencial. No cabe duda de que la reforma constitucional constituyó un gran avance hacia la modernización del modelo constitucional argentino frente al tema de derechos y garantías, pero de acuerdo con Jiménez (2004), un gran desequilibrio de poderes.

Se enumeraron los instrumentos internacionales de rango constitucional y la posibilidad de aprobar otros, siempre que, como señala el Artículo 75, numeral 22, se cuente con el voto favorable de las 2/3 partes del Congreso, es decir, el

•El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina•

Congreso tiene una función semiconstituyente, pues se le permite hacer cambios a la estructura constitucional sin la modificación del texto (Quiroga *et ál.*, 2009).

Quiroga y otros autores (2009) destacan dos importantes cláusulas derivadas del mismo articulado, relacionadas con la expresión “en las condiciones de su vigencia”, la cual ha sido interpretada por la Corte Suprema (*Caso Girolodi*, 2010) y entiende que implica la aplicación de las convenciones de derechos humanos y los tratados a los que alude el Artículo 77, numeral 22, como efectivamente rige en el ámbito internacional.

En segundo lugar, la regla del individuo más favorecido, en tanto el criterio de armonización entre el Derecho Internacional y el Derecho interno se enmarca en la regla interpretativa de la norma más favorable para el ser humano.

## Conclusiones

El control de constitucionalidad es un mecanismo que tiene influencia española, heredado mediante la acción pública de inconstitucionalidad. En el Derecho colombiano, este concepto fue desarrollado y ejercido por varias autoridades. A partir de 1811 y 1812, empieza a tomar fuerza en el país, ejercido por un Senado de Censura; luego, con la Constitución de Cúcuta de 1821, al Congreso le correspondía la interpretación de la norma fundamental, con lo que el control de constitucionalidad quedó en sus manos. En la era de la Constitución de 1832, este mecanismo se manifestó mediante la declaración de nulidad por vicios de forma de los actos proferidos que fueran contrarios a la Constitución. En 1843, la Constitución le otorgó la facultad a la Corte Suprema de Justicia de declarar la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad a las ordenanzas municipales y el control de constitucionalidad recayó sobre un órgano de carácter jurisdiccional. Años más tarde, a partir de la Constitución de Rionegro de 1863, se observó un control de constitucionalidad concentrado y ya no frente a leyes federales, sino a leyes del Congreso y del Gobierno nacional.

A pesar de que tras la Constitución de 1886 Colombia era un Estado de Derecho caracterizado por la supremacía de la ley, el control de constitucionalidad no se evidenció, pues no garantizaba la protección de los derechos y las libertades contenidos en el texto fundamental. Fue a partir de la reforma de 1910 cuando se materializó todo lo dicho referente al control de constitucionalidad. En

primer lugar, se garantizaba el acceso de cualquier persona a la acción pública de inconstitucionalidad cuando una norma que no tiene carácter de constitucional no esté acorde a la ley fundamental (Constitución). En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia estaba facultada para revisar las acciones públicas de inconstitucionalidad instauradas por particulares y así empezó a decidir la declaración de exequibilidad o inexecutable.

Es notoria la transición del control de constitucionalidad desde la Corte Suprema de Justicia a la Corte Constitucional instaurada como órgano jurisdiccional a partir de la Constitución de 1991 para salvaguardar la Constitución y garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico.

A partir de la Constitución Política de 1991, el control constitucional se manifiesta de diversas formas: por vía de acción, por vía de excepción, abstracto, concreto, concentrado y difuso.

En la actualidad, a la jurisdicción colombiana no solo le compete el control de constitucionalidad, sino también el control de convencionalidad, para brindar mayor seguridad jurídica al ordenamiento interno y procurar la materialización tanto del Estado social de Derecho como del principio de la dignidad humana que son aplicables a los países latinoamericanos.

La Constitución argentina de 1853 se consolidó luego de un fuerte proceso de luchas internas por la determinación del mejor modelo de gobierno entre unitarios y federalistas, pugnas que conllevaron a la pérdida de innumerables vidas. Al final de esta etapa histórica, se impusieron los ideales y postulados federalistas, los cuales fueron decantados en el texto constitucional. Tuvo como fuente los procesos históricos y políticos originados desde 1811 y contó con la influencia de Juan Bautista Alberdi, quien formó parte de una generación de juristas que buscaron un punto de encuentro entre las ideas aparentemente inconciliables entre federalistas y unitarios; varios de sus postulados fueron recogidos en el texto constitucional argentino.

La Carta Magna argentina de 1853 tuvo una fuerte influencia de la Constitución de Estados Unidos y de varios precedentes de sus Cortes y tribunales; de esta forma, el modelo constitucional imperante en el Estado comparte grandes rasgos con el estadounidense, pero adecuado a la necesidad y situaciones acaecidas en Argentina.

El modelo de control de constitucionalidad argentino conserva las bases señaladas en la Constitución de 1853. El catálogo de derechos se extendió con la reforma de 1957 y la reforma de 1994, puesto que implementaron importantes medidas.

La reforma de 1957 amplió los parámetros de control de la Corte Suprema de Justicia, porque agregó nuevos derechos de índole social relacionados con el trabajo en condiciones dignas, salario mínimo vital y móvil, la garantía de las prestaciones sociales y de la seguridad social, reforzado por algunos derechos propios de la familia y el derecho a la vivienda digna.

La reforma de 1994 concluyó el proceso de modernización de 1957 y añadió nuevos elementos al control de constitucionalidad. Se enfatizan la inclusión de los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina que se indican taxativamente en el texto, así como la posibilidad de incluir nuevos tratados por un mecanismo agravado ante el Congreso, pero con independencia de otras ramas. Una vez aprobados, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno. En ese momento, es necesario hacer uso del principio propersona, con la finalidad de resolver las incompatibilidades que surjan entre la Constitución y los derechos humanos.



## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, F. (1994). *De la economía ambiental a la economía ecológica*. Barcelona: Icaria.
- Alberch, I. y Fugueras, R. (2008). *Archivos y derechos humanos*. Gijón: Ediciones Trea.
- Alberdi, J. (1852). *Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi*. Recuperado de <http://www.hacer.org/pdf/Bases.pdf>
- Alberdi, J. (1915). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*. Recuperado de <http://www.hacer.org/pdf/Bases.pdf>
- Alemán, I. (2009). La jurisdicción constitucional y la acción de tutela como control de constitucionalidad. *Justicia Juris*, 6(11), 45-64. Recuperado de [http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas\\_cientificas/juris/volumen-6-no-11/art-5.pdf](http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-6-no-11/art-5.pdf)
- Alfonso, L. (1984). *El concepto de Derecho Administrativo*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Ariño, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. 3a ed. Granada: Comares.
- Arnold, R. A. (2008). *Economics*. 9a ed. Nueva York: South-Western.
- Baeza, M. P. (1981). *La subcontratación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Banedi, G. (2004). *Reforma constitucional de 1994*. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/reforma-constitucional-de-1994.pdf>
- Barahona, A., Aguilar, P. y González, C. (2002). *Las políticas hacia el pasado*. Madrid: Istmo.
- Barcelona, J. (1995). *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Santander: Universidad de Cantabria.
- Bautista, P. J. (1999). *Licitaciones, contratos y sanciones*. Bogotá: Doctrina y Ley.

- Beristain, C. M. (2000). Justicia y reconciliación el papel de la verdad y la justicia en la reconstrucción de sociedades fracturadas por la violencia. En Hegoa (editor de la serie), *Cuadernos de Trabajo: 27*. Vitoria: Hegoa.
- Beristain, C. M. (2009). *Diálogos sobre reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: IIDH.
- Black, J. (2002). Critical Reflections on Regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 1(27), 1-36.
- Blanco, G. (2010). *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*. Bogotá: Ibáñez.
- Borja, R. (2009). *Estudios jurídicos sobre la contratación estatal*. Bogotá: Ibáñez.
- Bouzact, G. (1997). La argumentación jurídica en control de constitucionalidad: una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2(1-2), 201-211. Recuperado de [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf)
- Bressers, L. C. y Cunill, N. (1998). Entre el Estado y el mercado: lo público no estatal. En Autores (eds.), *Lo público no estatal en la reforma del Estado* (pp. 25-56). Buenos Aires: CLAD, Paidós.
- Cabildo abierto. (s. f.). *Debates en el Cabildo abierto de 22 de mayo*. Recuperado de [http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist\\_argen\\_indep/otros/debates\\_cabildo\\_%2022\\_de\\_mayo.pdf](http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_argen_indep/otros/debates_cabildo_%2022_de_mayo.pdf)
- Cabildo, justicia y regimiento. (1810). *Acta final o reglamento del 25 de mayo*. Recuperado de [http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist\\_argen\\_indep/leyes\\_regl/reglamento\\_del\\_25\\_de\\_mayo.pdf](http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_argen_indep/leyes_regl/reglamento_del_25_de_mayo.pdf)
- Cajas, M. (2005). Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952). *Precedente*, 14-34. DOI: <http://dx.doi.org/10.18046/prec.v0.1414>
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2009). Laudo arbitral de 16 de febrero de 2009, Concreto SA vs. Terminal de Transportes SA. Centro de conciliación y arbitraje.
- Capella I Roig, M. (2008). La recuperación de la memoria histórica desde la perspectiva jurídica e internacional. *Entelequia* (7), 273-279.
- Carbonell, M. (2005). Marbury versus Madison: regreso a la leyenda. *Normas Legales*, 90. Recuperado de [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury\\_versus\\_Madison.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf)
- Carrión, L. (2008). *Plenos poderes y transformación constitucional*. Quito: Luis Cueva Carrión.
- Case, K. y Fair, R. (1997). *Principios de microeconomía. 4a ed.* México D. F.: Pearson.
- Caso Giroldi*. (2010). Recuperado de <http://www.altillo.com/examenes/uba/derecho/derehumanos/derehumanos2010casogiroldi.asp>

## •Bibliografía•

- Castro, C. G., García, L. F. y Martínez, J. R. (2010). *La contratación estatal: teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Castro, L. M. (2014). *Fragmentación, soft law y sistema de fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Cataño, L. (2007). En defensa de la justicia Constitucional. *Opinión Jurídica*, 6(12), 61-81. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v6n12/v6n12a04.pdf>
- Cerruti, M. (2003). La memoria de las víctimas: testimonios para una reflexión ética. En J. M. Mardones (ed.), *La ética ante las víctimas* (pp. 243-263). Barcelona: Anthropos.
- Claro, L. (1992). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Vol. 2*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Comisión Nacional de la Verdad y la Reconciliación. (1991). Informe Rettig. Recuperado de [http://www.ddhh.gov.cl/ddhh\\_rettig.html](http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html)
- Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. (2004). Informe Valech. Recuperado de <http://www.indh.cl/informacion-comision-valech>
- Consejo de Estado, SCA. (1986). *Sentencia de 21 de febrero de 1986, expediente 9288*. M. P. Daniel Suárez Hernández. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (1996). *Sentencia de 22 de julio de 1996, expediente 10313*. M. P. Juan de Dios Montes Hernández. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (1998). *Sentencia de 6 de agosto de 1998, expediente 14558*. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (1999). *Sentencia de 13 de julio de 1999, expediente 10607*. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2000a). *Sentencia de 29 de enero de 2000, expediente 14935*. M. P. Germán Rodríguez Villamizar. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2000b). *Sentencia de 23 de febrero de 2000, expediente 16394*. M. P. Germán Rodríguez Villamizar. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2000c). *Sentencia de 8 de junio de 2000, expediente 16973*. M. P. Alier Eduardo Hernández. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2001). *Sentencia de 22 de junio de 2001, expediente 13436*. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2004a). *Sentencia de 29 de enero de 2004, expediente 10779*. M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2004b). *Sentencia de 13 de mayo de 2004, expediente 15321*. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

- Consejo de Estado, SCA. (2004c). *Sentencia de 24 de junio del 2004, expediente 15325*. M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2005). *Sentencia de 20 de octubre de 2005, expediente 14579*. M. P. Germán Rodríguez Villamizar. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2006a). *Sentencia de 5 de julio de 2006, expediente 24812*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2006b). *Sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 14287*. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2006c). *Sentencia de 30 de noviembre de 2006, expediente 18059*. M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2007a). *Sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente 15324*. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2007b). *Sentencia de 6 de diciembre de 2007, expediente 1871*. M. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2008). *Sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 8031*. M. P. Mauricio Fajardo Gómez. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2009). *Sentencia de 10 de junio de 2009, expediente 15327*. M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2011a). *Sentencia de 24 de marzo de 2011, expediente 20343*. M. P. Olga Mérida Valle de De la Hoz. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2011b). *Sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 18293*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2011c). *Sentencia de 13 de junio de 2011, expediente 19936*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2011d). *Sentencia de 15 de noviembre de 2011, expediente 20916*. M. P. Olga Mérida Valle de De la Hoz. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2012a). *Sentencia de 29 de febrero de 2012, expediente 16371*. M. P. Danilo Rojas Betancourt. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2012b). *Sentencia de 4 de junio de 2012, expediente 20911*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2013a). *Sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 21492*. M. P. Danilo Rojas Betancourt. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

## •Bibliografía•

- Consejo de Estado, SCA. (2013b). *Sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315*, Magistrado Ponente, Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2013c). *Sentencia de 3 de mayo de 2013, expediente 23734*. M. P. Danilo Rojas Betancourt. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCA. (2014). *Sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente 28565*. M. P. Enrique Gil Botero. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.
- Consejo de Estado, SCSC. (1998a). *Concepto de 26 de julio de 1998, expediente 1121*. M. P. César Hoyos Salazar. Sala de consulta y servicio civil.
- Consejo de Estado, SCSC. (1998b). *Concepto de 26 de agosto de 1998, expediente 1128*. M. P. César Hoyos Salazar. Sala de consulta y servicio civil.
- Consejo de Estado, SCSC. (2002). *Concepto de 18 de julio de 2002, expediente 1439*. M. P. Susana Montes. Sala de consulta y servicio civil.
- Consejo de Estado, SCSC. (2006). *Concepto de 25 de mayo de 2006, expediente 1748*. M. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Sala de consulta y servicio civil.
- Consejo de Estado, SCSC. (2008). *Concepto de 9 de septiembre de 2008, expediente 1920*. M. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Sala de consulta y servicio civil.
- Consejo de Estado. (1999). *Concepto de 3 de marzo de 1999, expediente 1172*. M. P. César Hoyos Salazar. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Consejo de Estado. (2011a). *Sentencia de 10 de febrero de 2011, expediente 16306*. M. P. Hernán Andrade Rincón. Sección Tercera.
- Consejo de Estado. (2011b). *Concepto de 23 de marzo de 2011, expediente 2045*. M. P. Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado. (2011c). *Concepto de 28 de abril de 2011, expediente 1572*. M. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Consejo de Estado. (2012). *Sentencia del 28 de mayo de 2012, expediente 21489*. M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera.
- Cortada de Kohan, N. (2008). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. *International Journal of Psychological Research*, 1(1), 25 - 58.
- Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-069 de 23 de febrero de 1995*. M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000*. M. P. Alfredo Beltrán.
- Corte Constitucional. (2000). *Sentencia T-1290 de 25 de septiembre de 2000*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-1048 de 4 de octubre de 2001*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T-049 de 31 de enero de 2002*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia T-1143 de 28 de noviembre de 2005*. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. (2007). *Sentencia SU-174 del 14 de marzo de 2007*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2008a). *Sentencia C-1154 de 26 de noviembre de 2008*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2008b). *Sentencia T-826 de 6 de noviembre de 2008*. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010*. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-241 de 7 de abril de 2010*. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia C-122 de 1 de marzo de 2011*. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. (2012a). *Sentencia C-197 del 14 de marzo de 2012*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. (2012b). *Sentencia C-1016 de 28 de noviembre de 2012*. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-257 de 7 de mayo de 2013*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia T-094 de 26 de febrero de 2013*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2006). *Sentencia Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2006). *Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*.
- Corte Suprema. (s. f.). *Fallos de la Corte Suprema*. Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=139974>
- Cubides, J. (2012). La relación del fenómeno de la constitucionalización del Derecho con el derecho procesal constitucional. *Justicia Juris*, 8(1), 22-29.
- Cubides, J. (2013). El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). *Ambiente Jurídico*, 15, 104-125.

## •Bibliografía•

- Cubides, J. y Martínez, A. (2015). Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad (CCV): análisis de dos casos paradigmáticos. En N. Chacón, J. Cubides, L. F. Díaz, A. J. Martínez, D. R. Vargas y T. G. Vivas, *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (pp. 95-122). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Cubides, J., Chacón, N., Sánchez, M. y Pérez, C. (2015). Los desafíos en la materialización efectiva en el control de convencionalidad (CCV): una experiencia comparada en Chile, Colombia y México. *Vía Iuris*, 18, 27-46. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/2739/273944646002.pdf>
- Cubides, J., Sánchez, M. y Pérez, C. (2013). El nuevo control difuso de convencionalidad como mecanismo para la protección de los derechos humanos. *Revista del Observatorio de Derechos Humanos*, 10, 46-54. Recuperado de [http://www.anticorruptcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Investigaciones\\_Academicas/ROSTROS%20Y%20RASTROS%2010.pdf](http://www.anticorruptcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Investigaciones_Academicas/ROSTROS%20Y%20RASTROS%2010.pdf)
- Cubides, J., Vivas, T. y Pulido, F. (2013). Perspectivas actuales para el estudio de los derechos humanos desde sus dimensiones. *Logos, Ciencia y Tecnología*, 5(1), 97-118. Recuperado de <http://revistalogos.policia.edu.co/index.php/rlct/article/view/10/1>
- Chávez, A. R. (2008). *Los convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- D'Auria, A. (2008). *Sarmiento y sus comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*. Recuperado de [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/04/sarmiento-y-sus-comentarios-de-la-constitucion-de-la-confederacion-argentina.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/04/sarmiento-y-sus-comentarios-de-la-constitucion-de-la-confederacion-argentina.pdf)
- Dalla, J. (2009). *Los aportes de Mariano Fraguero, Pedro de Ángel y Juan Bautista Alberdi a la Constitución de 1853*. Recuperado de <http://ancmyp.org.ar/user/files/08%20Dallav%C3%ADa.pdf>
- Donahue, J. (1991). *La decisión de privatizar*. Barcelona: Paidós.
- Duarte, C. y Duarte, M. (2010). *Control de Constitucionalidad Concentrado y Difuso*. Buenos Aires: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Dussán, J. (2005). *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Tadeo Lozano.
- Elster, J. (2006). Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica. Buenos Aires: Katz.
- Erice, F. (2008). Memoria histórica y deber de memoria: las dimensiones Mundanas de un debate académico. *Entelequia* (7), 77-96.
- Escobar, R. (1999). *Teoría general de los contratos de la Administración pública*. Bogotá: Legis.
- Escola, H. J. (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos*. Vol. 1. Buenos Aires: Depalma.
- Ferreya, G. (2012). Orígenes. Sobre las bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución federal en el tiempo. *Revista sobre enseñanza del Derecho*, 19, 143-228. Recuperado de <http://>

[www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/19/1852-origenes-sobre-las-bases-de-juan-bautista-alberdi-y-la-constitucion-federal-en-el-tiempo.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/19/1852-origenes-sobre-las-bases-de-juan-bautista-alberdi-y-la-constitucion-federal-en-el-tiempo.pdf)

- Fiorina, M. (1982). Legislative Choice of Regulatory Forms: Legal Process or Administrative Process. *Public Choice*, 93(1), 33.
- Forcada, I. (2011). *Derecho Internacional y justicia transicional: cuando el Derecho se convierte en religión*. Pamplona: Civitas, Thomson Reuters.
- Gaceta de la Nueva Granada*. (12 de junio de 1836). No. 246, trimestre 18.
- Gaceta de la Nueva Granada*. (13 de abril de 1834). No. 133, trimestre 10.
- Gaceta Oficial*. (22 de noviembre de 1855). No. 1877, año XXIV.
- Gaceta Oficial*. (9 de septiembre de 1849). No. 1071, año XXIV.
- García-Rissi, D. (2011). *Estado de Derecho y principio de legalidad*. México D. F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- García, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Temis.
- García, J. (1993). *El constitucionalismo social y la Constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3447/5.pdf>
- Gelli, M. (1994). *Legitimidad y poder en la reforma constitucional Argentina de 1994*. Conferencia presentada en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Querétaro, UNAM. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/16.pdf>
- Glade, W. (1995). Privatización de empresas públicas en América Latina. México D. F.: Gernika.
- Gómez, L. (2011). El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública. *Vniversitas*, 122, 169-212. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n122/n122a08.pdf>
- González-Salzberg, D. (2008). El derecho a la verdad en situaciones de post-conflicto bélico de carácter no-internacional. *International Law* (12), 435-467.
- Gordillo, A. A. (1975). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II*. Buenos Aires: Agustín Gordillo.
- Gorostiaga, J. (1852). *Proyecto de Constitución de José Benjamín Gorostiaga*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2113/15.pdf>
- Güechá, C. N. (2007). *Contratos administrativos. Control de legalidad de los actos precontractuales*. Bogotá: Ibáñez.
- Guerrero, O. (2009). El fin de la nueva gerencia pública. *Revista Chilena de Administración Pública* (13), 6-22.
- Halbwachs, M. (2004). *Los marcos sociales de la memoria*. Barcelona: Anthropos.
- Herrera, A. (2012). *Aspectos generales del Derecho Administrativo colombiano*. 3a ed. Bogotá: Ibáñez.

## •Bibliografía•

- Herrera, B. (2004). *Contratos públicos actualizado con el Decreto 2170 de 2002*. Bogotá: Ibáñez.
- Insignares, S. y Molinares, V. (2011). La dignidad humana: incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la Corte Constitucional colombiana. *Revista de Derecho*, 36, 184-221. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/rt/printerFriendly/1900/4231>
- Interior. (16 de junio de 1822). *Gaceta de Colombia* (35), 1.
- Interior. Decreto del Gobierno. (20 de octubre de 1822). *Gaceta de Colombia* (53), 1.
- Jelin, E. (2001). *Los trabajos de la memoria*. Madrid: Siglo XXI.
- Jiménez, E. (2004). *La reforma constitucional argentina de 1994, una evaluación de contenidos 10 años después*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1705657.pdf>
- Keynes, M (1936) *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Krugman, P. y Wells, R. (2006). *Introducción a la Economía. Microeconomía*. Barcelona: Reverté.
- Lagos, R. (2004). *Prólogo: reflexiones y propuestas de S.E. el presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar*. Recuperado de [http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093533/r97\\_informe\\_lagos.pdf](http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093533/r97_informe_lagos.pdf)
- Larraín, H. (1994). *Lecciones de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Lasso, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Barreiro y Ramos.
- Lira, E. (2004). Consecuencias psicosociales de la represión política en América Latina. En L. de la Corte, A. Blanco y M. Sabucedo (eds.), *Psicología y derechos humanos* (pp. 221-246). Barcelona: Icaria.
- López, D. E. (2009). *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López, E. (2006). *Iniciación al Derecho*. Madrid: Delta Publicaciones.
- López, J. (1995). La Constitución de 1853. *Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe*, (7).
- López, J. (1996). *Historia constitucional Argentina*. Buenos Aires: Astrea.
- Lorenzo, C. (1997). *Manual de Historia Constitucional argentina*. Santa fe: Juris.
- Majone, G. (1994). The Rise of Regulatory State in Europe. *West European Politics*, 17(3), 77-101.
- Majone, G. (1997). From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*, 17(2), 143.
- Malagón, M. (2007). La acción pública de inconstitucionalidad en la Colombia del siglo XIX. *Revista Estudios Sociojurídicos*, 9 (2), 207-231. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/733/73390209.pdf>

- Martínez, B. M. (2009). *Lecciones sobre Derecho Civil. Obligaciones de Antonio Rocha Alvira*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Matallana, E. (2012). *Manual de contratación de la Administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- McCubbins, M., Nool, R. G. y Weingast, B. R. (1987). Administrative Procedures as Instruments of Political Control. *Journal of Law, Economics and Organizations*, 3 (2), 244.
- McPhee, P. (2007). *La Revolución Francesa, 1789-1799: una nueva historia*. Barcelona: Crítica.
- Medina, J. E. (2010). *Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de personas. 2a ed.* Bogotá: Universidad del Rosario.
- Montoya, M. (2008). Constitución de 1991, conflicto armado y control constitucional. *Estudios de Derecho*, 72(159), 32-66. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/843/736>
- Moreno, L. (2010). El sistema de control de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar*, 10, 75-92. Recuperado de <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar%20-%2019/sistema%20controlconstitucionalidadcolombia.pdf>
- Muñoz, D. (2004). *Privatización en Colombia*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Ocampo, J. (2000). *Breve historia de Colombia. 8a ed.* Bogotá: Plaza y Janés.
- Ochoa, Ó. (2006). *Derecho Civil I: personas*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Ochoa, Y. (2010). El control de constitucionalidad por vía de excepción: un mecanismo que garantiza la supremacía e integridad de la Constitución. *Principia Iuris*, 14(2), 157-191. Recuperado de <http://doctrina.vlex.com.co/vid/constitucionalidad-mecanismo-supremacia-integridad-332469726>
- OECD. (1995). *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*. Recuperado de [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD\(95\)95](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD(95)95)
- Olano, H. (2002). *Constitucionalismo histórico*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Organización de Naciones Unidas. (2005). *The Globalization of Public Sector Reform*. Recuperado de <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UN/UNPAN021616.pdf>
- Osuna, N. (2006). *Constituciones Iberoamericanas. Colombia*. México D. F.: UNAM.
- Palacio, M. T. (2011). Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales. En R. Araujo Oñate (comp.), *La Ley 1150 de 2007 una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal* (pp. 69-92). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Parejo, L. (2008). Administración pública y memoria histórica. En J. A. Martín y R. Escudero (eds.), *Derecho y memoria histórica* (pp. 127-184). Madrid: Trotta.
- Pothier, R. J. (1993). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta SRL.

## •Bibliografía•

- Quinche, M. (2006). *La elusión constitucional con los actos reformativos de la Constitución*. 2a ed. Bogotá: Ibáñez.
- Quinche, M. (2008). *Derecho Constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. 2a ed. Bogotá: Ibáñez.
- Quinche, M. (2013). El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos. *Co-herencia*, 10(19), 167-206. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77429184007>
- Quiroga, H., Benedetti, M. Á. y Cenicacelaya, M. N. (2009). *Derecho Constitucional argentino*. 2a ed. Buenos Aires: Rubinzal, Culzoni.
- Restrepo, C. (2006). *Control de constitucionalidad: Colombia y República de Nueva Granada (1821-1860)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo, M. A. (2007). *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Reyes, S. (2007). Características procesales del control de constitucionalidad en Colombia (1910-1952). *Vía Inveniendi Et Iuicandi*, 14-34. Recuperado de <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi4/caracteristicas-procesales-control-constiucional.pdf>
- Rico, L. A. (2007). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- Rodríguez, M. F. (2013). *Los contratos estatales en Colombia*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Sandoval, I. (coord.). (2009). *Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*. Barcelona: Siglo XXI.
- Santofimio, J. O. (2009). Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En J. O. Santofimio y J. L. Benavides (comps.), *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual* (pp. 42). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Serna, J. (2009). *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2009/CDConstituciones/pdf/DOC-09.pdf>
- Smith, A. (1776) *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Sola, J. (2010). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Spencer, M. H. (1993). *Economía contemporánea*. 3a ed. Barcelona: Reverté.
- Stiglitz, J. E. (2003). *La economía del sector público*. 3a ed. Barcelona: Antoni Bosch.
- Tafur, Á. (1993). *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*. Bogotá: Universidad Externado.

- Tirado, J. (2010). La función política del control constitucional en Colombia: 1910-1930. *Precedente*, 122, 261-295. Recuperado de <http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1451>
- Tversky, A. y Kahneman, D. (1981). The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. *Science, New Series*, 211 (4481): 453-458.
- Uribe, R. (1980). *De las obligaciones y del contrato en general*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Valdez, C. (2005). *Marbury vs Madison: un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*. México D. F.: UNAM.
- Vélez, J. C. (2005). *La configuración del contrato de la Administración pública en Derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vidal, G. y De León, O. (eds.). (2010). *América Latina: democracia, economía y desarrollo social*. Madrid: Trama.
- Vidal, J. (2005). *Teoría de la organización administrativa colombiana: una visión jurídico-administrativa*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Vivas, T. y Cubides, J. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*, 8 (2), 184-204.
- Yong, S. (2013). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. 3a ed. Bogotá: Ibáñez.
- Zarza, A. (1994). *La reforma constitucional argentina de 1994*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/44.pdf>



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vinculada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en noviembre de 2016, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital  
Hipertexto Ltda.

Impreso por:  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

DERECHO PÚBLICO  
EN EL SIGLO XXI.  
REGULACIÓN DEL  
MERCADO, CONTRATACIÓN  
PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS

15

Existen en la actualidad transformaciones dentro del derecho público que empujan esta área del derecho a nuevos cambios e invitan a los especialistas del campo a redefinir sus fronteras. Es en estas fronteras que los investigadores trabajan para tratar de comprender y redefinir un campo que por su amplitud, diversidad y relevancia se erige como uno de los principales, sino el primero, entre todas las áreas del derecho.

En dicho contexto, este libro presenta trabajos que llevan al lector a analizar el manejo del poder por parte del Estado y las políticas públicas que moldean ese poder; a la vez que se analizan los derechos humanos como fuente y promotor del desarrollo jurídico, desde diferentes perspectivas; estas harán que el lector enriquezca y profundice su saber, colaborando así con la formación del derecho público en este nuevo siglo.



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

