

# Los principios del derecho público

Homenaje a Diego Younes Moreno

Tomo I  
Parte general

Hugo Andrés Arenas Mendoza  
Miguel Malagón Pinzón  
(edición académica)



Para citar este libro:

<https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833>

# LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO

TOMO I

## COLECCIÓN ESTUDIOS ACADÉMICOS

La colección Estudios Académicos, creada en el año 2010, se especializa en publicar textos que buscan la renovación de la literatura jurídica colombiana a partir de la profundización en temas y debates de actualidad en la educación jurídica. A través de sus publicaciones, la colección promueve e incentiva desde una perspectiva interdisciplinar el interés de explorar nuevos campos en la investigación jurídica por parte de académicos y profesionales del derecho.

Dos objetivos caracterizan esta colección. En primer lugar, ofrece una alternativa de actualización mediante la renovación de preguntas teóricas y metodológicas sobre debates y transformaciones contemporáneos en el derecho. En este sentido, la colección constituye un referente de actualización para la pedagogía con enfoque investigativo porque acerca el ejercicio de la profesión y la academia a los cambios en el derecho a partir de marcos que no solo explican sus aspectos centrales, sino que promueven la incidencia en los mismos. En segundo lugar, busca propiciar diálogos y tender puentes entre las subdisciplinas del derecho para explicar problemas y tensiones cuya complejidad exige aproximaciones críticas e innovadoras.

## COMITÉ EDITORIAL

Diana Durán Smela, Carolina Moreno Velásquez, Ana María Muñoz Segura, Andrea Celemín, Gustavo Quintero Navas, Miguel Malagón Pinzón.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO  
HOMENAJE A DIEGO YOUNES MORENO

TOMO I  
PARTE GENERAL

*Hugo Andrés Arenas Mendoza*  
*Miguel Malagón Pinzón*  
(edición académica)



Universidad de  
**los Andes**  
Colombia

Facultad  
de Derecho

Nombres: Arenas Mendoza, Hugo Andrés, autor, editor académico. | Malagón Pinzón, Miguel Alejandro, autor, editor académico.

Título: Los principios del derecho público : homenaje a Diego Younes Moreno. Tomo I, Parte General / Hugo Andrés Arenas Mendoza, Miguel Malagón Pinzón (edición académica)

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2025. | xiv, 448 páginas ; 17 x 24 cm. | colección Estudios Académicos

Identificadores: ISBN 9789587988819 (tomo 1: rústica) | 9789587988826 (tomo 1: e-book) | 9789587988833 (tomo 1: e-pub) | ISBN 9789587988918 (tomo 2: rústica) | 9789587988932 (tomo 2: e-book) | 9789587988925 (tomo 2: e-pub)

Materias: Derecho público | Younes Moreno, Diego – Homenajes

Clasificación: CDD 342–dc23

SBUA

Primera edición: octubre del 2025

- © Hugo Andrés Arenas Mendoza y Miguel Malagón Pinzón (autores y editores académicos)
- © Ricardo Rivero Ortega, por la presentación
- © Diego Younes Moreno, Héctor David Rojas Villamil, Adriana Camacho, Lorena Nieto Vargas, Diego Felipe Younes, Paula Younes, Germán Eduardo Nieto Olivar, Ramiro Saavedra Becerra, Germán Rodrigo Lizarazo Arias, Yeremy Huertas, Nancy Ángel Müller, Hansel Arias Ramírez, Zamira Gómez, Augusto Hernández Vidal, Camilo José Orrego Morales, Jessica Murillo Mena, Edier Alberto Alzate Sanabria, Diana Carolina Valencia-Tello, Jhoan Sebastián Torres Alfonso, Patricia del Pilar Feuillet Palomares, Paola Holguín
- © Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes  
Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm  
Bogotá, D. C., Colombia  
Teléfono: 601 3394949, ext. 2133  
<https://ediciones.uniandes.edu.co>  
[ediciones@uniandes.edu.co](mailto:ediciones@uniandes.edu.co)

ISBN: 978-958-798-881-9  
ISBN *e-book*: 978-958-798-882-6  
ISBN *epub*: 978-958-798-883-3  
DOI: <http://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833>

Cuidado de la edición: Tatiana Grosch  
Diagramación: Samanta Sabogal

Impresión:  
Imageprinting  
Carrera 27 n.º 76-38  
Bogotá, D. C., Colombia  
Teléfono 601 6311350

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Este libro cuenta con el aval de la Facultad de Derecho y fue sometido a evaluación de pares académicos.

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 000194 del 16 de enero del 2025, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

# CONTENIDO

## **PRÓLOGO (Y *LAUDATIO*)**

Ricardo Rivero Ortega xi

## **PRESENTACIÓN**

Hugo Andrés Arenas Mendoza 1

## **CAPÍTULO 1. LOS PRINCIPIOS: TEMPERAMENTO, UNIVERSO Y FUNCIONES**

Diego Younes Moreno 9

## **CAPÍTULO 2. EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO EN PERSPECTIVA HISTÓRICA: EL NACIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA, HONDURAS Y NICARAGUA**

Miguel Malagón Pinzón 23

## **CAPÍTULO 3. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA: UN MODELO A ESCALA PARA LA LEGITIMIDAD**

Héctor David Rojas Villamil 39

## **CAPÍTULO 4. PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL SOBRE EL PARTICULAR**

Adriana Camacho y Lorena Nieto Vargas 49

## **CAPÍTULO 5. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS**

Diego Felipe Younes y Paula Younes 65

## **CAPÍTULO 6. PROFUSIÓN Y DISPERSIÓN NORMATIVA, DEFICIENTE CALIDAD LEGISLATIVA E INSEGURIDAD JURÍDICA: URGEN REFORMAS**

Germán Eduardo Nieto Olivar 91

## **CAPÍTULO 7. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**

Ramiro Saavedra Becerra 115

## **CAPÍTULO 8. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO: ASPECTOS GENERALES**

Germán Rodrigo Lizarazo Arias 137



<b>CAPÍTULO 9. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO: HISTORIA, ALCANCE, JURISPRUDENCIA Y APLICACIÓN</b> Jeremy Huertas	155
<b>CAPÍTULO 10. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD</b> Nancy Ángel Müller	173
<b>CAPÍTULO 11. EL PRINCIPIO DE RENDICIÓN DE CUENTAS</b> Hansel Arias Ramírez	191
<b>CAPÍTULO 12. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS</b> Zamira Gómez	221
<b>CAPÍTULO 13. COORDINACIÓN ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: LA ARTICULACIÓN DE LA VOLUNTAD PÚBLICA A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS</b> Augusto Hernández Vidal	235
<b>CAPÍTULO 14. EL PRINCIPIO DE MORALIDAD: EVOLUCIÓN, DESARROLLO NORMATIVO Y CONCEPTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO</b> Camilo José Orrego Morales	255
<b>CAPÍTULO 15. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA</b> Jessica Murillo Mena	285
<b>CAPÍTULO 16. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: REFLEXIONES SOBRE SU CONTENIDO, ALCANCE Y FUNCIONES EN COLOMBIA</b> Edier Alberto Alzate Sanabria	311
<b>CAPÍTULO 17. EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b> Diana Carolina Valencia-Tello	335
<b>CAPÍTULO 18. EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN: UN EJERCICIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y COLOMBIA</b> Jhoan Sebastián Torres Alfonso	357

<b>CAPÍTULO 19. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PRINCIPIO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA</b> Patricia del Pilar Feuillet Palomares	379
<b>CAPÍTULO 20. LA GOBERNANZA DE LOS BIENES COMUNES: EL AMAZONAS COMO EJE INTEGRADOR EN SURAMÉRICA</b> Paola Holguín	397
<b>CAPÍTULO 21. LOS PRINCIPIOS DEL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA: DESARROLLO SOSTENIBLE, SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL, PREVENCIÓN, PRECAUCIÓN, RESPONSABILIDAD Y QUIEN CONTAMINA PAGA</b> Hugo Andrés Arenas Mendoza	413
<b>SOBRE LOS AUTORES</b>	439



## PRÓLOGO (Y LAUDATIO)

Es un lugar común, en estos lances del género preambular, citar *Prólogos* de Borges, el prólogo de prólogos. Menos conocida es la obra *Las estrategias del prologuista* de Francisco Ayala, otra selección de textos liminares a modo de introducción. Al igual que diferenciamos los palos en el flamenco, o las suertes en el toreo, identificamos el prólogo como un género cuya función es motivar a la lectura, informar de los contenidos de un libro y, casi siempre, elogiar a sus autores, en este caso los que rinden homenaje al profesor Diego Younes Moreno.

Raramente se encuentran textos de presentación críticos con el contenido de las obras que anteceden; pareciera descortés subrayar los defectos de un producto intelectual que se acepta introducir. Pero se dan casos: “hay gente pa’ tó”, dicen que le espetó un torero, Rafael, “el Gallo”, a don José Ortega y Gasset cuando le explicó que estudiaba metafísica. No seré yo de esos extraños prologuistas ni tengo razones para cuestionar ni una línea de este maravilloso tributo a un admirado colega, quien se ha ganado el respeto de los cultivadores de nuestra ciencia tras tantas décadas dedicado a su estudio. Así, pues, híbrido aquí prólogo y *laudatio*.

Hace treinta años, la primera vez que visité Colombia, adquirí dos libros de Diego Younes. Desde entonces ha estado entre mis autores de cabecera, pues debe encontrarse en la biblioteca básica que todo iuspublicista ha de reunir. Entiendo que los participantes en este volumen comparten conmigo esa experiencia, la de aprender de un profesor tan respetable como Diego Younes, de seguir haciéndolo con la lectura de su explicación del “temperamento” de los principios.

La calidad técnica y variedad de los trabajos recopilados en esta obra aconsejan y permiten una lectura sucesiva o separada de todos ellos. Como el dedicado al Estado de derecho en Centroamérica, de Miguel Malagón; el de Héctor David Rojas sobre el principio democrático y la representación política; el de Adriana Camacho y Lorena Nieto Vargas en torno a la prevalencia del interés general sobre el particular; el de Germán Eduardo Nieto sobre profusión y dispersión normativa; el de Ramiro Saavedra sobre el principio de confianza legítima; el de Germán Rodrigo Lizarazo sobre el debido proceso; también sobre el debido proceso el de Yeremy Huertas; el dedicado al principio de imparcialidad, de Nancy Ángel; el que trata el principio de rendición de cuentas, a cargo de Hansel Arias;

uno dedicado al principio de publicidad de las actuaciones administrativas, escrito por Zamira Gómez; Augusto Hernández explica el principio de coordinación; el principio de moralidad está a cargo de Camilo José Orrego; Jessica Murillo se ocupa de la discrecionalidad administrativa; Edier Alberto Alzate de la progresividad de los derechos; Diana Carolina Valencia y Jhoan Sebastián Torres comentan por separado el ya clásico principio de la buena administración; Patricia del Pilar Feuillet analiza la perspectiva de género como principio en la administración de justicia; Paola Holguín, la gobernanza de los bienes comunes en el Amazonas (una cuestión singular, aunque regida por principios); y Hugo Andrés Arenas Mendoza se ocupa del principio de responsabilidad de quien contamina, que ha de pagar.

En el segundo tomo, Ciro Nolbelto Güechá y Jessica Tatiana Güechá analizan el principio de legalidad y el concepto de contrato estatal; Libardo Rodríguez estudia el principio de equilibrio económico en los contratos públicos; Felipe Hadad sostiene la existencia de un principio de planeación; este mismo principio, aplicado a la contratación estatal, lo explica Sebastián Camilo Moreno; María Aurora Mejía analiza el principio del mérito en la Administración pública colombiana; Juan Alejandro Suárez aborda los principios de la igualdad y del mérito para acceder al empleo público. La primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales es el tema elegido por Ramiro Ignacio Dueñas; los principios de la tutela judicial efectiva y el debido proceso como marco de la suspensión provisional de los actos administrativos es el de Carlos Andrés Ballesteros; la coordinación institucional e interinstitucional para el control fiscal es el de Alan Ávila; y la justicia y progresividad de los tributos es el de Mauricio A. Plazas. Estas cuestiones colaterales al derecho administrativo demuestran el espectro temático en la obra del maestro Diego Younes Moreno.

Permiten mención aparte los trabajos de los hijos del homenajeado, Diego Felipe y Paula Younes, en torno al principio de efectividad de los derechos, una aportación de derecho público común en nuestro tiempo, que recurre a la jurisprudencia de las altas cortes y tribunales internacionales. Imagino al padre sonriendo al ver su volumen jubilar firmado también por sus descendientes genealógicos, prueba fehaciente de su capacidad de inspirar incluso a los más cercanos.

Cuestiones emocionales aparte —aunque la relación de autores parece repetitiva del índice y por tanto redundante—, me permito agradecer y subrayar el valor de cada autora y de cada autor de esta obra, colegas a los que expreso mi reconocimiento, más allá de la cortesía, por haber podido aprender de las aportaciones del profesor Younes. Algunos maestros veteranos, conspicuos administrativistas de pelo blanco, y otros mucho más jóvenes, demuestran la extraordinaria

calidad sostenida por sucesivas generaciones de estudiosos del derecho público en Colombia, quizás el país más culto de América.

La solidez intelectual de los juristas colombianos no me sorprende porque llevo años formándome con sus libros. Diego Younes es un perfecto ejemplo. Merece, además, difundir este valor académico en el mundo hispano, pues tantas veces los académicos trabajan encerrados en sus redes disciplinares nacionales, sin apenas leer o tener en cuenta lo escrito en otros territorios. Este libro debería llegar a toda la comunidad jurídico-administrativa en español, que es amplia y nutrida por sabios de mayor edad y prometedores investigadores.

Lo diré alto y claro: el presente volumen está llamado a ser referente imprescindible en la dogmática contemporánea del derecho administrativo. Ninguna otra obra ofrece una panorámica tan amplia y concienzuda de las directrices que abstraen de las normas positivas criterios de resolución de los conflictos de derechos, las dudas interpretativas y las inspiraciones del poder normativo y la jurisprudencia. Todos los trabajos recopilados se ocupan de principios claves del derecho público contemporáneo. Son, pues, contribuciones necesarias en la bibliografía del derecho administrativo, al menos para los dos o tres próximos decenios.

Ese tiempo coincide con una generación. La de Diego Younes llega al culmen de su carrera académica con méritos para sentirse orgullosos. Quienes los seguimos, y los consideramos arquetipos, hemos de esforzarnos por estar a la altura —somos enanos sobre hombros de gigantes—, y también sabemos que nadie jamás tratará el derecho administrativo laboral y el régimen de los servidores públicos con tanta precisión y tanta profundidad como el maestro homenajeado. Así pues, ¡vítor!

RICARDO RIVERO ORTEGA  
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



## PRESENTACIÓN

Presentar el invaluable aporte de un abogado y sociólogo tan brillante como Diego Younes Moreno, además de ser algo muy difícil de lograr en este breve escrito, es, sin duda, uno de los más grandes honores que me han correspondido, al ser tan solo uno de sus tantos discípulos y un asiduo seguidor de su obra desde que tuve acceso a una de las ediciones del *Curso de Derecho Administrativo*, hace ya más de veinte años. En ese momento, cuando cursaba estudios de pregrado en la Universidad del Rosario, no me imaginaba que estaba leyendo a uno de los más grandes maestros del derecho público latinoamericano, como lo demuestran algunos aspectos de su vida, que me permitiré presentar de manera sucinta y que solo con el tiempo he empezado a comprender.

El primero, su profunda formación intelectual, que le permitió obtener dos títulos de pregrado, tanto el de abogado como el de sociólogo en la Universidad Nacional de Colombia, y la Especialización en Derecho Penal y Criminología del Instituto de Ciencias Penales de la misma universidad. También especializaciones en Administración Pública en Francia (Instituto Internacional de Administración Pública) y en Brasil (Escuela Brasileña de Administración), lo cual le ha permitido tener una aproximación completa del Estado, desde perspectivas jurídicas, sociológicas y de administración pública.

El segundo, su trayectoria laboral, ocupando altísimos cargos en la rama ejecutiva, como los de ministro de Trabajo y director del Departamento Administrativo de la Función Pública, y en la rama judicial, como presidente del Consejo de Estado. Además, ha asumido otras altas responsabilidades como, por ejemplo, secretario general del DANE, consultor en el campo internacional en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (proyecto de fortalecimiento de la gestión financiera del Estado) y líder temático de proyectos de la Agencia Alemana de Cooperación (GIZ), en los campos de fortalecimiento del Estado de derecho, reformas a la rama judicial y estrategias de descongestión judicial.

El tercero, el gran prestigio internacional del que goza desde hace varios decenios, por lo que ha sido reconocido como doctrinante a nivel nacional e iberoamericano y uno de los autores de imprescindible lectura para estudiantes, abogados, profesores, jueces y magistrados en derecho público colombiano.



El cuarto, ser uno de los pocos verdaderos maestros del derecho público que logra hacer una admirable combinación entre el derecho constitucional y el administrativo. Reconocido también por sus contribuciones en materia laboral del sector público, estructura de la Administración pública, mejoramiento del acceso a la justicia, control fiscal y sus estudios sobre la corrupción.

El quinto, su muy prolífera y actualizada producción académica, como lo prueban sus obras publicadas en las más reconocidas editoriales, por ejemplo, *Derecho constitucional colombiano* (diecisiete ediciones), *Derecho administrativo laboral* (catorce ediciones), *Curso de Derecho Administrativo* (12 ediciones) y *Derecho del control fiscal* (doce ediciones).

El sexto, su impresionante carrera académica, que le ha permitido dictar clases en las más prestigiosas universidades colombianas, como la Nacional, el Rosario, el Externado, Los Andes, la Escuela Superior de Administración Pública, la Santo Tomás y la Libre. A las que se les suman otras muchas universidades nacionales e internacionales.

El séptimo, la vigencia, la lucidez y el juicio suficientes para continuar enriqueciendo al país con su conocimiento sobre la materia, con casi ochenta años de edad.

El octavo, la admiración de todos sus compañeros y discípulos, que siempre se alegran de verlo y siguen aprendiendo de él, manteniendo en su memoria grandes y agradables recuerdos.

El noveno, la sensibilidad que muestra su gran vena artística, especialmente con la guitarra y su voz, educada para cantar sobre todo boleros y música romántica.

El décimo, quizá el más importante, la familia sólida que ha construido con su esposa, socióloga, sus dos hijos muy exitosos y, ahora, una nieta digna de su linaje.

Después de hacer un breve recuento del autor, me gustaría hacer referencia a la obra que hoy nos ocupa, *Los principios del derecho público: Homenaje a Diego Younes Moreno*, que nació de la idea de honrar a un gran maestro con una tradición muy apropiada, un texto en el que participaron 33 autores, entre los que se encuentran el rector de la Universidad de Salamanca (quien prologó la obra); miembros de la Contraloría de Costa Rica; exministros de Estado; exmagistrados del Consejo de Estado; exdecanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y de la Universidad Libre; magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Tribunal Administrativo del Cauca; magistrados auxiliares tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado; exprocuradores delegados para la contratación; profesores de la Universidad del Rosario y de Los

Andes; personas que han finalizado sus estudios doctorales en España, Italia, Inglaterra o Brasil; y también exitosos abogados litigantes, consultores y árbitros. Con base en sus novedosas y profundas ideas se reunieron 21 artículos, los que mencionaré brevemente.

En el “Capítulo 1. Los principios: temperamento, universo y funciones”, escrito por el propio Diego Younes, el gran maestro logra precisar el concepto de principio, su alcance, su importancia y su tipología en el derecho colombiano.

A continuación, en el “Capítulo 2. El principio del Estado de derecho en perspectiva histórica: el nacimiento del derecho administrativo en Guatemala, Honduras y Nicaragua”, escrito por Miguel Malagón, profesor de derecho de la Universidad de los Andes, este explica el origen del Estado de derecho en Centroamérica en el siglo XIX como una forma de control del poder del Estado.

Sigue el “Capítulo 3. Principio democrático y representación política: un modelo a escala para la legitimidad”, en el que Héctor David Rojas, director del Grupo de Derecho Público de la Universidad del Rosario, reflexiona sobre la representación política y el rol de las asambleas representativas en relación con los conflictos sociales.

Después, en el “Capítulo 4. Prevalencia del interés general sobre el particular”, Adriana Camacho, profesora de la Universidad del Rosario, y Lorena Nieto, abogada consultora y profesora universitaria, analizan el principio rector del derecho administrativo del interés general, que prevalece sobre el particular, y explican su importancia en relación con la dignidad humana y el poder público.

Sigue el “Capítulo 5. El principio de efectividad de los derechos”, desarrollado por Diego Felipe Younes, magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, y Paula Younes, consultora internacional, quienes logran delinear los principales desarrollos jurídicos del principio de efectividad, con un especial énfasis en los avances domésticos e internacionales del concepto.

A continuación se encuentra el “Capítulo 6. Profusión y dispersión normativa, deficiente calidad legislativa e inseguridad jurídica: urgen reformas”, elaborado por Germán Eduardo Nieto, exmagistrado auxiliar de la Sala de Consulta y Servicio Civil, quien aborda el principio de la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su incumplimiento, considerado uno de los fundamentos del ordenamiento y que consagra el deber general de obediencia a la ley.

Sigue el “Capítulo 7. El principio de confianza legítima”, tema elegido por Ramiro Saavedra Becerra, exmagistrado y presidente del Consejo de Estado, quien enfatiza que el principio de protección de la confianza legítima está dotado de una aplicabilidad tanto excepcional como subsidiaria y, por tanto, la tutela de la confianza no puede ser abusiva.

A continuación, en el “Capítulo 8. El principio del debido proceso: aspectos generales”, el consultor Germán Rodrigo Lizarazo recuerda los antecedentes y el concepto del debido proceso, señalando que este se erige como una de las columnas en que se cimentan la construcción de justicia y los procedimientos administrativos justos en un sistema democrático.

Así mismo, en el “Capítulo 9. El principio del debido proceso: historia, alcance, jurisprudencia y aplicación”, la abogada Yeremy Huertas continúa profundizando en el tema del debido proceso y logra explicar tanto su alcance nacional como internacional, y desarrolla la jurisprudencia contenciosa y constitucional al respecto.

En el “Capítulo 10. El principio de imparcialidad”, Nancy Ángel, exmagistrada auxiliar de la Sección Quinta del Consejo de Estado, realiza un acercamiento al concepto, la finalidad, el contenido y el alcance de la imparcialidad, como principio rector del derecho administrativo. También hace referencia al régimen de los impedimentos y las recusaciones.

Adicionalmente, en el “Capítulo 11. El principio de rendición de cuentas”, Hansel Arias, abogado de la Contraloría de Costa Rica, señala que la rendición de cuentas a través de los mecanismos de control público constituye el eje que permite calibrar un adecuado funcionamiento del sistema democrático.

Seguidamente, en el “Capítulo 12. La importancia del principio de publicidad en las actuaciones administrativas”, Zamira Gómez, jefe de Planeación de la Registraduría Nacional, sostiene que en un Estado social de derecho, como Colombia, el principio de publicidad se constituye en uno de sus principales postulados, toda vez que contribuye a la construcción de los fines y objetivos esenciales del Estado, facilita el control ciudadano de las decisiones de la Administración y permite el ejercicio de varios derechos fundamentales.

Luego, en el “Capítulo 13. Coordinación entre autoridades administrativas: la articulación de la voluntad pública a través de procedimientos”, el abogado Augusto Hernández, miembro de Estudio Legal Hernández, afirma que la coordinación entre autoridades administrativas es un elemento clave en la formación de la voluntad pública.

Enseguida, en el “Capítulo 14. El principio de moralidad: evolución, desarrollo normativo y conceptual en el ordenamiento jurídico colombiano”, Camilo José Orrego, exprocurador delegado para la contratación estatal, aborda el principio y derecho colectivo a la moralidad administrativa como parte del ordenamiento jurídico colombiano, comenzando por su consagración y regulación, y la manera como ha sido entendido jurisprudencialmente.

En el “Capítulo 15. Discrecionalidad administrativa”, Jessica Murillo, candidata a doctora, señala que la discrecionalidad es un concepto implícito en el

funcionamiento de la Administración pública y que se trata de una facultad revestida de poder, que a la luz de los principios del derecho administrativo debe colaborar en la consecución eficaz de los fines del Estado.

Posteriormente, en el “Capítulo 16. El principio de progresividad de los derechos constitucionales: reflexiones sobre su contenido, alcance y funciones en Colombia”, Edier Alberto Alzate, magíster en Derecho de la Universidad del Rosario, plantea como idea central que este principio busca el mejoramiento permanente y constante de las condiciones de vida de los seres humanos, mediante acciones que conlleven al progreso gradual de los amparos consagrados, en términos de reconocimiento, garantía, protección y efectividad.

En el “Capítulo 17. El principio de la buena administración pública”, Diana Carolina Valencia, doctora en Derecho de la Universidad de Paraná, recuerda que la búsqueda de la buena administración ha sido un propósito del derecho administrativo en todas las épocas, ya que para el adecuado funcionamiento del Estado es necesaria la formación de cuerpos administrativos que deben hacer cumplir la ley, recaudar impuestos, dirimir controversias, entre otras funciones asignadas en los ordenamientos jurídicos.

En el mismo sentido, en el “Capítulo 18. El principio de la buena administración: un ejercicio de derecho comparado entre la Unión Europea y Colombia”, Jhoan Sebastián Torres, candidato a doctor de la Universidad de Salamanca, expresa que la buena administración es un principio del derecho administrativo presente en el derecho comparado y reconocido en Colombia por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que, aunque implícito, tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico.

Consecutivamente, en el “Capítulo 19. La perspectiva de género como principio en la administración de justicia”, Patricia del Pilar Feuillet, magistrada del Tribunal Administrativo del Cauca, reafirma la importancia de aplicar la perspectiva de género, lo que implica analizar los hechos y valorar las pruebas desechando estereotipos o prejuicios de género, para visualizar las situaciones de desventaja provocadas por estos.

Inmediatamente, en el “Capítulo 20. La gobernanza de los bienes comunes: el Amazonas como eje integrador en Suramérica”, Paola Holguín, magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, recalca la imperiosa necesidad de la gestión supranacional de espacios vitales tales como el Amazonas y la importancia de replantear el papel de la soberanía para enfrentar las crisis venideras.

Para finalizar, en el “Capítulo 21. Los principios del medio ambiente en Colombia: desarrollo sostenible, sostenibilidad ambiental, prevención, precaución,

responsabilidad y quien contamina paga”, Hugo Andrés Arenas Mendoza, doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, enfatiza en la importancia práctica de los principios ambientales, porque si se aplican en las decisiones judiciales se logrará la finalidad fundamental de materializar una verdadera protección del entorno para las generaciones actuales y futuras.

Por su parte, el destacado e internacionalmente reconocido prologuista de esta obra, Ricardo Rivero Ortega, exrector de la muy prestigiosa Universidad de Salamanca, claustro que celebró recientemente ochocientos años de fecunda existencia, tan brillante académico expresó al referirse al valioso esfuerzo y contribución de los distintos autores que contribuyeron con la obra: “Lo diré alto y claro: el presente volumen está llamado a ser referente imprescindible en la dogmática contemporánea del derecho administrativo. Ninguna otra obra ofrece una panorámica tan amplia y concienzuda de las directrices que abstraen de las normas positivas criterios de resolución de los conflictos de derechos, las dudas interpretativas y las inspiraciones del poder normativo y la jurisprudencia. Todos los trabajos recopilados se ocupan de principios claves del derecho público contemporáneo. Son, pues, contribuciones necesarias en la bibliografía del derecho administrativo, al menos para los dos o tres próximos decenios”.

En este momento, los invito a abordar el mencionado texto, no sin antes precisar que se trata de un libro de imprescindible estudio, de gran actualidad y que llega a conclusiones acertadas. Este homenaje es una gran contribución en el largo camino del derecho público y, específicamente, sobre los principios que lo dirigen dentro del Estado social y democrático de derecho colombiano.

HUGO ANDRÉS ARENAS MENDOZA  
Bogotá, 1.º de abril del 2024



## EL CONSEJO DE ESTADO


En el marco del XXVIII Encuentro Nacional de la Jurisdicción  
Contencioso-Administrativa, rinde homenaje al

### *Doctor Diego Younes Moreno*


expresidente del Consejo de Estado, por su denodada consagración al ejercicio profesional como consejero de Estado, ministro del Trabajo, director del Departamento Administrativo de la Función Pública, entre otras dignidades; además, investigador emérito, consultor de la Organización de las Naciones Unidas y de la Agencia Alemana de la Cooperación en reforma a la Rama Judicial y fortalecimiento del Estado de Derecho, tratadista y docente universitario, desde donde, por varias décadas, ha enriquecido el mundo jurídico y dignificado el servicio público.

Su vida y obra constituyen ejemplo de decoro, dedicación, ética y bonhomía, virtudes que se erigen en paradigma para el ejercicio de la función pública.

Dado en Montería (Córdoba), el 14 de octubre de 2022.



**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Presidente del Consejo de Estado



**CARMELO PERDOMO CUÉTER**  
Vicepresidente del Consejo de Estado  
Director del XXVIII Encuentro Nacional de la  
Jurisdicción Contencioso-Administrativa



## CAPÍTULO 1

### LOS PRINCIPIOS: TEMPERAMENTO, UNIVERSO Y FUNCIONES\*

Diego Younes Moreno

Apartándonos del ámbito erudito de los autores y utilizando más bien el léxico común, la palabra “principio” señala un primer instante del ser de algo, un punto que se considera como primero en una determinada extensión, *base*, *origen* o *razón* fundamental sobre la cual se edifica un dominio dado.

De modo que cuando hablamos de causa primera o génesis, origen, aquí está el aspecto cronológico del concepto, es decir que nace primero, y se constituye en cimiento o raíz sobre el cual se construye un objeto preciso.

Ahora bien, continuando el abordaje del concepto “principio”, adentrándonos ya en el tema jurídico, se trata de aquellas *proposiciones o verdades fundamentales*, por donde se empieza a estudiar una ciencia o un arte. Aquí el concepto adquiere un linaje particular de “fundamento”, que refuerza el predicado de cimiento, que se convierte luego en soporte, y sirve para *regir el pensamiento o la conducta* y que, además, *goza de general y constante aceptación*.

Dejando pues en claro el origen primigenio del vocablo en cuestión, y su misión de fundamento y soporte, en nuestro caso de las ciencias jurídicas, se añade y se precisa, además, que necesita una aceptación general y constante, según afirma Jaime Rodríguez-Arana.

Santamaría Pastor, destacado especialista en derecho administrativo y catedrático español, señala que “existe una pluralidad de significados y de aproximaciones en relación con los principios generales. Si bien es cierto que la doctrina con frecuencia utiliza la expresión principios generales del Derecho para referirse a una pluralidad de expresiones, en mi opinión, los principios generales son eso, *principios que hacen presente y operativa la idea de justicia*”<sup>1</sup>.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.1>.

1 Jaime Rodríguez-Arana, *Aproximación al derecho administrativo constitucional* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009), 83.



Esta afirmación anterior permite otro agregado al concepto en cuestión que radica en su última finalidad, que no es otra que la necesidad de lograr la justicia.

Hasta este momento, cobra fuerza sobre el concepto de principio su connotación de cimiento, de pilar y, ya jurídicamente hablando, como base para hacer real la idea de la justicia. Más adelante apreciaremos cómo ciertos códigos encabezan con el enunciado de principios rectores, es decir que se resaltan a título de superiores, atribuyéndoles, en consecuencia, un linaje subordinante.

Y es el mismo expositor peninsular Santamaría Pastor quien sostiene que han sido los principios generales, más que las normas escritas, *las paredes maestras en torno a las cuales se ha ido levantando* el edificio del régimen jurídico de las administraciones públicas. *Edificio que tiene en la base, en los pilares, los postulados del Estado de derecho*, que, como es bien sabido, han precipitado en un conjunto de principios generales que son los que marcan el rumbo a toda administración que pretenda cumplir con su función constitucional de servicio objetivo a los intereses generales.

De manera que los postulados del Estado de derecho constituyen, a su vez, principios sobre los cuales se debe edificar todo el andamiaje jurídico que los desarrollan.

De manera que podríamos sintetizar que, como primera y primordial función, los principios se constituyen en bases o cimientos sobre los cuales se debe construir el ordenamiento jurídico.

Pero es la hora de señalar y proponer una segunda función de los principios como repara atinadamente Demófilo de Buen: “Por principios generales del derecho deben entenderse además de los inspiradores de nuestro derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del derecho, o que resulten de los imperativos de la conciencia social”<sup>2</sup>. Se advierte así su función inspiradora. Sin duda esta es otra genuina función de los principios generales del derecho, es su condición de base sólida y cimiento, pero, además, cumple la función de inspirar e iluminar la interpretación de los textos legales.

Como una tercera función, los principios acuden a solventar los vacíos, ya que ayudan a proveer la solución idónea frente a los vacíos, lagunas o zonas oscuras que frecuentemente se presentan al aplicar el ordenamiento legal. Tarea esta que podemos ubicar como una tercera puesto que aparece en orden a la exégesis y hermenéutica en la aplicación de los textos legales.

2 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil*, t. 1, *Parte general y personas*, 16.ª ed. (Bogotá: Temis, 2006), 202.

A riesgo de ser insistente, rasgo que se pudo advertir en los párrafos anteriores, deben entenderse con suficiente nitidez las diversas funciones que tales principios cumplen y que en síntesis son: (1) una primera en la *creación* de la norma (nacimiento); (2) otra segunda de cara a su *interpretación* (*faro orientador*); y (3) una tercera referente a la *integración* o investigación científica del derecho, o sea para llenar lagunas o vacíos (complemento del orden legal).

En consecuencia, le sirven tanto al legislador, pues lo orientan en la creación de la norma, como al juez cuando decide su comprensión y aplicación, y le aseguran una opción o camino para llenar vacíos normativos, si fuere el caso.

Ciertamente, los principios constituyen la base para la construcción legislativa y, por otro lado, facilitan y orientan la interpretación judicial de la ley y son útiles, además, para llenar los vacíos que se aprecien frente a la necesidad de resolver un caso dado.

Entonces proponemos también una cuarta función, y es su contribución y participación en los grandes contenidos abstractos de las ciencias jurídicas.

Explorado ya sintéticamente el temperamento del concepto relacionado con su sentido y sus funciones, corresponde mirar su extensión, tomando tan solo algunos ejemplos.

Nos ocupamos, pues, de la universalidad de los principios y para advertirlo pasaremos revista solo a algunas disciplinas jurídicas, para revisar cómo se han incrustado los principios en la legislación colombiana.

Nos proponemos a continuación, pues, revisarlos de manera somera, enlistarlos en algunas ramas del derecho para comprobar cómo se recogen y se tratan.

En el derecho civil se advierten los siguientes principios generales a modo de fundamento o cimiento sobre el cual se edifica la disciplina, sin perjuicio que sean útiles para integrar el derecho o subsanar los vacíos que se topen en el ordenamiento jurídico. El notable tratadista Arturo Valencia Zea, en su famosa obra *Derecho civil: Parte general y personas*, actualizada por el también profesor Álvaro Ortiz Monsalve, nos enseña los siguientes<sup>3</sup>:

- Principio de la igualdad.
- Principio de la propiedad privada.
- Principio de la equidad.
- Principio de la función social de los derechos.
- Principio de la irretroactividad de la ley.
- Principio del control a los abusos de los derechos.

3 Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Derecho civil: Parte general y personas*, 291-314.

- Principio del control al enriquecimiento sin causa.
- Principio de la libertad contractual o negocial.
- Principio de la libertad testamentaria.
- Principio de la reparación de los daños.
- Principio de *Nemo propriam turpitudinem allegan potest*. (Nadie puede alegar su propia torpeza)
- Principio de la buena fe exenta de culpa.

El Código Civil, como rama primigenia del *derecho privado*, comprende y se refiere a los derechos de las personas, por razón de su estado civil, sus bienes, obligaciones, contratos, y las correspondientes acciones civiles. Se le denomina por eso el estatuto de las personas, trátase de las naturales o de las jurídicas.

En materia penal, justamente es el propio Código Penal que se ocupa de listarlos, y se registran en el libro primero, parte general, con el título de normas rectoras, y destacamos en consecuencia los siguientes:

- Principio de la dignidad humana.
- Principio de la integración.
- Principio de las sanciones penales.
- Principio de las funciones de la pena.
- Principio de la legalidad.
- Principio de la igualdad.
- Principio de la prohibición de la doble incriminación.
- Principio de la conducta punible.
- Principio de tipicidad.
- Principio de antijuridicidad.
- Principio de culpabilidad.
- Principio de proscripción de analogías.

En cuanto a los principios *del procedimiento penal*, es necesario aclarar que es difícil alinear y amojonar los del derecho penal frente a los del derecho procesal penal dada su necesaria interrelación, pero presentamos una distinción que puede resultar importante para señalar la ubicación de los principios en los dos citados casos, puesto que, aunque los principios del derecho sustancial y del derecho procesal se comparten, hay unos de aquellos en los que podemos apreciar un carácter predominantemente procesal. Por su parte, la Ley 906 del 2004 (Código de Procedimiento Penal) registra los siguientes principios rectores y garantías procesales:

- Principio de la dignidad humana.
- Principio de la libertad.
- Principio de la prelación de los tratados internacionales.
- Principio de igualdad.
- Principio de imparcialidad.
- Principio de legalidad.
- Principio de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. (en caso de duda, en favor del reo)
- Principio de defensa.
- Principio de oralidad.
- Principio de la actuación procesal.
- Principio de los derechos de las víctimas.
- Principio de lealtad.
- Principio de gratuidad.
- Principio de la intimidad.
- Principio de contradicción.
- Principio de intermediación.
- Principio de concentración.
- Principio de publicidad.
- Principio del juez natural.
- Principio de la doble instancia.
- Principio de cosa juzgada.
- Principio del restablecimiento del derecho.
- Principio de la cláusula de exclusión.
- Principio del ámbito de la jurisdicción penal.
- Principio de integración.
- Principio de prevalencia.
- Principio de moduladores de la actividad procesal.

Reiteramos que es muy difícil trazar la línea divisoria entre los principios del derecho penal y los alusivos al procedimiento penal. De aquí se sigue que esto lo hemos hecho un poco arbitrariamente y solo para advertir que es posible esa distinción. En efecto hay aquellos que pueden reputarse como propios del procedimiento penal, por el énfasis que se puede observar sobre esta área de las ciencias jurídicas, pero su interacción entre lo sustancial y lo procesal es innegable.

Así, por ejemplo, la defensa técnica es una garantía sustancial, pero desciende al trámite procesal y tiene como implicación la asistencia de un profesional del derecho, y se descompone en la garantía de no ser obligado a declarar en contra de

sí mismo durante el proceso; no autoincriminarse; solicitar, conocer y controvertir las pruebas; y tener un juicio público, garantías sustanciales incluso de linaje constitucional, pero que se van concretando durante el proceso penal.

En ese orden de ideas, mencionaremos los siguientes principios del *proceso penal*:

- Principio de igualdad.
- Principio del conocimiento de la ley.
- Principio de la legalidad del proceso.
- Principio del juez natural.
- Principio de cosa juzgada.
- Principio de vulneración.
- Principio de culpabilidad.
- Principio de la dignidad humana.
- Principio del derecho penal mínimo.
- Principio de libertad.
- Principio de proporcionalidad.

A continuación traeremos a colación los principios del *derecho administrativo* y luego los del *procedimiento contencioso administrativo*, recalcando, como en su oportunidad se dijo, que esa división es para efectos de este trabajo, pero tanto los primeros como los segundos se encuentran indisolublemente atados y en permanente interacción.

El profesor Jaime Rodríguez-Arana, jurista de reconocido prestigio en el ámbito internacional, afirma que el derecho administrativo “nace de la mano de un conjunto de principios que hace de él un Derecho diseñado para que el poder público se ejerza de acuerdo con el Estado de derecho”<sup>4</sup> y agrega que “En el marco del Derecho Administrativo los principios generales, además de ser *fuentes* en defecto de ley o costumbre, constituyen, como señala con carácter general el Código Civil, *criterios inspiradores del entero sistema normativo de nuestra disciplina*”<sup>5</sup>.

El mismo autor agrega que los principios generales, que son la esencia del ordenamiento, siempre nos ayudarán a realizar esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueva y actúe en el marco del derecho. Es más, “su carácter *inspirador del ordenamiento* nos lleva a reconocer en los principios las guías, los faros y los puntos de referencia necesarios para que,

4 Rodríguez-Arana, *Aproximación al derecho administrativo*, 15.

5 *Ibid.*, 16.

en efecto, el Derecho Administrativo no se convierta en una maquinaria normativa al servicio del poder de turno, sin más asideros que las normas escritas y las costumbres que en su defecto puedan ser de aplicación”<sup>6</sup>. En esta cita advertimos claramente las tres primeras grandes funciones de los principios.

Y el citado tratadista en derecho de la Universidad Santiago de Compostela remata su exposición advirtiendo “que los principios son la *atmósfera y el oxígeno* de las normas”<sup>7</sup>, insistiendo en el interés general como punto esencial del derecho administrativo. Pregonara, igualmente, que los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico y son la esencia que ha de impregnarlo, por ello su aplicación será directa. Aquí vemos como se enfatiza la función del cimiento o base, sobre la cual se construye el ordenamiento administrativo.

Dentro de los *principios fundamentales del derecho administrativo*, la Ley 1437 del 2011 consigna los siguientes:

- Principio del debido proceso.
- Principio de igualdad.
- Principio de imparcialidad.
- Principio de buena fe.
- Principio de moralidad.
- Principio de participación.
- Principio de responsabilidad.
- Principio de transparencia.
- Principio de publicidad.
- Principio de coordinación.
- Principio de eficacia.
- Principio de economía.
- Principio de celeridad.

Es pertinente referirnos ahora a los principios del *procedimiento administrativo*. Allan Brewer-Carías, profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela y vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado (La Haya), y quien ha regentado la cátedra universitaria en Venezuela, Colombia, Francia y Estados Unidos, goza de autoridad para señalar que

6 *Ibid.*, 20.

7 *Ibid.*, 87.

La característica que tiene el régimen del procedimiento administrativo en América Latina, es la de la enumeración *expresis verbis* de los propios *principios que deben guiar el procedimiento administrativo*. Por ello, en nuestros países, el tema de los principios del procedimiento no sólo es un tema teórico, de sola elaboración doctrinal, sino que deriva de su enumeración y desarrollo expreso en los textos normativos, incluso en algunos casos, con rango constitucional<sup>8</sup>.

Y acude al derecho comparado, citando al austral Uruguay, “donde la enunciación de los principios es muy extensa y comprensiva, pues, la Administración Pública debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales:

- Imparcialidad;
- Legalidad objetiva;
- Impulsión de oficio;
- Verdad material;
- Economía, celeridad y eficacia;
- Informalismo en favor del administrado;
- Flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismo;
- Delegación material;
- Debido procedimiento;
- Contradicción;
- Buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario;
- Motivación de la decisión;
- Gratuidad”<sup>9</sup>.

La legislación peruana, traída a colación también por Brewer-Carías, dispone que los administrados gozan de todos los derechos y las garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, “que se rige por los principios de derecho administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho”<sup>10</sup>.

En nuestro país, Colombia, según lo manda la Ley 1437 del 2011<sup>[11]</sup>, “Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

8 Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina* (Bogotá: Universidad del Rosario-Legis, 2003), 46.

9 Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, XLV y XLVI.

10 *Ibidem*.

11 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Colección de textos jurídicos n.º 1, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 2011, art. 103).

tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

- Buena fe.
- Celeridad.
- Coordinación.
- Debido proceso.
- Economía.
- Eficacia.
- Igualdad.
- Imparcialidad.
- Moralidad.
- Participación.
- Publicidad.
- Responsabilidad.
- Transparencia”.

En cuanto al principio de eficacia, la norma del código colombiano citado señala que este tiene por objeto lograr la finalidad del procedimiento “removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias”.

En la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela se formula el principio según el cual, “De acuerdo con la presunción de buena fe, los trámites administrativos deben mejorarse o rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos y no para cubrir posibles excepciones al comportamiento normal del ciudadano. En consecuencia, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se debe tener como cierta la declaración del administrado, salvo prueba en contrario”<sup>12</sup>.

El citado autor venezolano Brewer-Carías resume así los grandes principios derivados del ejercicio del derecho comparado:

- Principio de legalidad.
- Principios de la organización administrativa, entre ellos, los de jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, cooperación y lealtad interinstitucional.
- Principio de eficacia.
- Principio de participación.

12 Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, l.



- Principio de oficialidad.
- Principio del debido procedimiento.
- Principio de confianza legítima.
- Principio del control interno.

Para ahondar en el tema del universo de los principios generales sobre administración de justicia, consagra la ley estatutaria sobre la materia los siguientes:

- Principio del acceso a la justicia.
- Principio del derecho de defensa.
- Principio de celeridad.
- Principio de autonomía e independencia de la rama judicial.
- Principio de gratuidad.
- Principio de eficiencia.
- Principio del respeto de los derechos.

Y esa misma ley advierte que la administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado, encargado por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, las obligaciones, las garantías y las libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional, y la jurisprudencia ha hecho hincapié en que

Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que les asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general de alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo<sup>13</sup>.

Si bien se observa claramente la presencia de los principios en las distintas áreas de la ciencia jurídica, debemos advertir sobre las dificultades que se pueden presentar, y por eso sugerimos a los lectores profundizar en ellos y encontrar posibles soluciones.

13 Alejandro Gutiérrez Posada (comp.), *Estatuto de la Administración de Justicia*, Colección de Códigos Brevis, 1.ª ed. (Bogotá: Editorial Leyer, 1996).

No es posible hacer un catálogo exacto de las reglas generales de derecho de que trata el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887<sup>14</sup>. Hemos tomado con laxidad los conceptos, principios generales y principios rectores, pero esto impulsa a sugerir una delimitación conceptual rigurosa, si es que ello es posible.

## LOS PRINCIPIOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA DOGMÁTICA CIENTÍFICA DEL DERECHO

Visto el temperamento y el universo del concepto y despejadas ya tres notorias funciones fundamentales de los principios del derecho, la primera, como génesis para fundamentar y asentar el ordenamiento jurídico; la segunda, una función integradora que se presenta frente a vacíos de las normas jurídicas que los principios cumplen para ocupar y llenar esas lagunas; y una tercera, su función como faro orientador en la interpretación y aplicación de un precepto jurídico. Entonces resta por examinar una no menos importante y que tiene que ver con la respuesta a una pregunta que puede formularse así: ¿qué papel juegan los principios del derecho en la construcción de las ciencias jurídicas?

Antes de plantear una respuesta es preciso dejar sentadas algunas bases mínimas sobre el concepto de ciencia. La revisión de literatura sobre la materia permite afirmar que ciencia es un conjunto sistemático y organizado de conocimientos, derivados de la aplicación del método científico propio de cada ciencia, la cual maneja un vocabulario propio y específico, que lo distingue del glosario de los demás órdenes del saber.

¿Se discute si el derecho es ciencia o no? Para responder este interrogante es preciso tener en cuenta las clasificaciones de las ciencias, como quiera que una clasificación nos enseña una división entre las ciencias formales (Mario Bunge) y las ciencias exactas. Dentro de las formales, que otros autores prefieren dividir en ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu eidéticas (Dilthey), se encuentran el derecho y la filosofía, las cuales no tienen la precisión de las exactas, como la física y la química. En estas últimas se aplican métodos empíricos —empírico-experimentales—. Así pues, si bien el derecho no es una ciencia exacta no por esto deja de ser tal, ya que se trata de un conjunto ordenado y sistemático de conocimientos, tiene un vocabulario propio y revela un marco teórico y dogmático propio<sup>15</sup>.

14 *Ibidem*; Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Derecho civil: Parte general y personas*, 217.

15 Se sugiere consultar a Wilhelm Dilthey, *Introducción a las ciencias del espíritu* y *Origen de la hermenéutica*; Mario Bunge, *La ciencia su método y su filosofía*; Jaime Giraldo Ángel, *Metodología y técnica de la investigación jurídica*.

Es aquí donde podemos decir que los principios juegan un papel preponderante en la elaboración de ese conjunto ordenado y sistemático del saber jurídico, hasta permitir afirmar, a modo de hipótesis, por lo menos, que, prácticamente, la ciencia jurídica es aquella que se ocupa de manera primordial de los principios jurídicos, que los adopta como bases sólidas y como fuente de inspiración para interpretar y aplicar dichos conocimientos.

Si nos detenemos en el derecho administrativo pareciera que postulados como el principio de legalidad, expresión de la sujeción controlada al ejercicio de la autoridad y del poder, están en la base, insustituible, por cierto, de todo el derecho administrativo, y como experiencia de esto se tiene la pirámide de Kelsen, y los controles al funcionamiento de la administración pública dentro del citado principio de legalidad.

El primer principio (de legalidad) se fundamenta en la jerarquía normativa (Kelsen) que asigna más valor a las normas en la cúspide de la pirámide, de la cual descienden todas las demás normas; y el segundo principio de control tiene su fuente en la separación de poderes, el poder que controla al poder, para frenar abusos (Montesquieu).

En este orden de ideas, en derecho penal, principios como el de la tipicidad, la legalidad de la pena y de la sanción son básicos, constituyen un material *sine qua non* para poder hablar de derecho penal (Beccaria).

Los principios son nociones de la ciencia jurídica que van más allá de los códigos que los albergan.

En derecho constitucional me atrevo a afirmar que los principios están comprendidos en los llamados “valores constitucionales”, como son la dignidad humana, la igualdad, la libertad, el orden justo, el pluralismo, la supremacía de la Constitución, adoptados expresamente, y de los cuales pueden derivarse otros que aparecen al abrigo de los primeros. Estos son cimiento fuente, pero también referentes necesarios en la integración y en la aplicación del derecho, también en el vocabulario de algunos expositores que prefieren denominarlos valores superiores.

De cara al principio de la superioridad de la carta política, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de España ha dicho que

La Constitución es suprema, entre otras cosas, porque en ella se encuentran reconocidos y positivizados los valores básicos de la existencia individual y de la convivencia social, al tiempo que instrumenta los mecanismos democráticos y pluralistas de legitimación del poder, tales como los relativos a la designación de las autoridades y a los mandatos respecto al cómo y al para qué se ejerce autoridad. Persigue con ello el respeto a la determinación libre y responsable de los individuos, la tolerancia ante

lo diverso o lo distinto y la promoción del desarrollo armonioso de los pueblos. El principio de supremacía de la Constitución responde a estos valores de cuya realización dependen la calidad de vida y el bien común<sup>16</sup>.

El nivel de abstracción en la formulación de los principios contribuye esencialmente a la construcción de los grandes paradigmas y postulados de la ciencia jurídica. Los detalles más concretos y específicos de la aplicación normativa discurren más bien en las áreas especializadas, y se perciben en la praxis de cada una de las disciplinas o especialidades jurídicas.

Por su parte, Gaspar Spota, prestigioso jurista argentino, sostenía que los principios generales del derecho “son los que emanan de la ciencia del derecho. En otros términos, principios que reciben una aplicación general en la jurisprudencia, en la doctrina, en las legislaciones universales; principios que forman parte del fondo común legislativo supranacional”<sup>17</sup>.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Brewer-Carías, Allan R. *Derecho administrativo*. Tomo II. *La organización administrativa y la administración pública nacional. Los Estados y la administración pública estatal. Los municipios y la administración pública*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela-Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Brewer-Carías, Allan R. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá: Universidad del Rosario-Legis, 2003.
- Giraldo Ángel, Jaime. *Obras completas 1: Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2012.
- Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. *Principios fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones, 1994.
- Parejo Alfonso, Luciano. *El concepto del derecho administrativo*. Serie Derecho Administrativo n.º 1. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia-Editorial Jurídica de Venezuela, 2009.

16 Cfr. Sentencia 33 del 25 de enero del 2002, *Revista de Derecho Público*, n.º 85 a 88 (Caracas: Edit. Jurídica Venezuela, 2001), 399.

17 Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Derecho Civil: Parte general y personas*.

Rodríguez-Arana, Jaime. *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009.

Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil*. Tomo I. *Parte general y personas*. 16.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis, 2006.

## Legislación

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 del 2011. Compilado y concordado por José Gerardo Candamil Pinzón. Bogotá: Ibáñez, 2021.

Código Penal. *Legislación a la mano*. Compilado y concordado por José Gerardo Candamil Pinzón. Bogotá: Ibáñez, 2010.

Estatuto de la Administración de Justicia. Colección de Códigos Brevis. Compilado y concordado por Alejandro Gutiérrez Posada. Bogotá: Editorial Leyer, 1996.

## CAPÍTULO 2

# EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO EN PERSPECTIVA HISTÓRICA: EL NACIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA, HONDURAS Y NICARAGUA \*

Miguel Malagón Pinzón

## INTRODUCCIÓN

Centroamérica es una parte del subcontinente latinoamericano que no ha sido muy estudiada por la historia del derecho en general, y por la del derecho administrativo en concreto. Por eso nos propusimos la tarea de ayudar a desentrañar un poco el devenir del ordenamiento de la administración pública en Guatemala, Honduras y Nicaragua.

En América Central, la independencia vino de la mano de las ideas liberales, las que crearon la federación de 1821 a 1841<sup>[1]</sup>. En ese año fatídico, los intereses particulares generaron la separación en cinco Estados, aparentemente, diferenciados. Estos pasaron a ser manejados por una élite con ideas conservadoras hasta 1871<sup>[2]</sup>.

En ese último cuarto del siglo XIX aparecerían nuevamente los seguidores de las doctrinas liberales que regirían en Guatemala y en Honduras, mientras que Nicaragua permanecería bajo el imperio del conservatismo<sup>3</sup>. Fue en estos veinticinco años cuando vio la luz el derecho administrativo, circunstancia que se produjo con el comienzo de la enseñanza de este tipo específico de derecho en estos tres países.

Ocurrencia que es muy interesante de analizar porque este derecho administrativo no tiene nada que ver con la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa. Modelo francés que aparecerá recién en el siglo XX.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.2>.

1 Rodolfo Pastor, *Historia mínima de Centroamérica* (México: El Colegio de México, 2016), 207-238.

2 *Ibid.*, 239-266.

3 *Ibid.*, 267-305.

Tenemos, entonces, que el ordenamiento de la administración pública constituye el origen del principio del Estado de derecho en Centroamérica en el siglo XIX. Siguiendo a Elías Díaz<sup>4</sup>, el famoso filósofo del derecho español, este principio tiene una serie de elementos cuya existencia es necesaria para que podamos hablar a cabalidad de control sobre el poder.

El primero de ellos es el imperio de la ley, conquista que aparece en la Revolución inglesa de 1689 y en la francesa de 1789, y que, contemporáneamente hablando, debe ser entendida como bloque de legalidad, y que hace referencia al sometimiento por parte del Estado y de los particulares al ordenamiento jurídico. El segundo es la división de poderes, que es la principal reacción frente al absolutismo y su concentración de competencias. El tercero es la fiscalización de la Administración, que para América Latina viene desde la Colonia, que fue muy clara con el establecimiento de las reales audiencias, máximo tribunal de justicia en los distintos territorios, y con la creación del recurso de agravios<sup>5</sup>, que permitió el control sobre las actividades administrativas o de gobierno. Esta institución desapareció con la llegada de la independencia, entonces solo hasta que surgió el derecho administrativo se volvió a encauzar a la administración pública y a perfeccionar este principio. Y, por último, el cuarto elemento del Estado de derecho es el de la existencia de unos derechos y unas garantías fundamentales, las cuales son palpables en las distintas constituciones americanas del siglo XIX.

En este escrito se mostrará también cuándo surgieron los primeros doctrinantes de derecho administrativo y cuándo se copia el modelo del juez especial de la administración.

Para terminar esta introducción quisiera dedicar unas líneas al profesor Diego Younes Moreno, ilustre abogado y sociólogo de la Universidad Nacional, con posgrado en París, quien ha desempeñado muy importantes cargos públicos, ha dedicado gran parte de su vida a la docencia en distintos centros universitarios y ha escrito obras trascendentes para el derecho público colombiano. Desde hace más o menos veinte años me ha unido una estrecha amistad con el profesor Younes y con su familia. Hemos podido compartir las alegrías y las tristezas de la vida. Ha sido el más entusiasta con mis publicaciones y se ha convertido en el seguidor número uno de mis investigaciones. Merecido este homenaje, que ya estaba en mora de hacerse, para uno de los grandes autores colombianos.

4 Elías Díaz, "Estado de derecho", en *Filosofía política II: Teoría del Estado* (Madrid: Editorial Trotta, 1996), 63-82.

5 Miguel Malagón Pinzón, *Vivir en Policía* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007), 271-294.

## GUATEMALA

Guatemala nace como Estado independiente en 1847, luego de separarse del Imperio español, del Imperio mexicano de Iturbide y de la Federación Centroamericana. En los comienzos de la década de 1870, esta joven república adopta un régimen de corte liberal, bajo la batuta de Justo Rufino Barrios. Este militar separa la Iglesia del Estado, hace la desamortización de los bienes eclesiásticos, le quita a la Iglesia católica el monopolio de la educación y estatiza el registro civil, convirtiéndolo en una competencia de la Administración pública<sup>6</sup>.

En su Gobierno se expide la Ley de Instrucción Pública, decretada el 7 de abril de 1877, en la que se desarrolla el tema de la educación superior, disponiendo que los estudios que integran la Facultad de Derecho eran los siguientes:

- Prolegómenos del derecho, o historia del derecho romano y español.
- Derecho natural.
- Derecho civil.
- Derecho penal.
- Derecho mercantil.
- Derecho canónico.
- Derecho público constitucional.
- Derecho internacional.
- Derecho administrativo.
- Literatura española y americana.
- Teoría y práctica de los procedimientos judiciales.
- Economía política.
- Ciencia de la legislación.
- Historia universal superior.
- Medicina legal<sup>7</sup>.

Entonces, en 1877 irrumpe el derecho administrativo como una de las materias del currículo de la carrera, y como expresión de la necesidad de establecer un control sobre la Administración pública.

Más adelante, en 1879, se profirió otra ley de instrucción pública, en la que el derecho administrativo siguió presente, teniendo una intensidad semanal de

6 “Reforma liberal: Batalla de poderes”, *Diario Prensa Libre*, 30 de junio del 2016, <https://www.prensalibre.com/hemeroteca/reforma-liberal-en-guatemala-1871/>.

7 Ley de Instrucción Pública, 7 de abril de 1877, 5, <https://archive.org/stream/leydeinstruccion00guat#page/n0/mode/2up>.



una hora de clase. En esta, el pénsum de la Facultad de Derecho se unió con la de Notariado, dando como resultado el siguiente programa:

- Prolegómenos del derecho y estudio histórico crítico del derecho romano y español.
- Filosofía del derecho.
- Derecho civil.
- Oratoria forense y literatura española y americana.
- Derecho penal.
- Derecho internacional
- Derecho constitucional.
- Derecho mercantil.
- Derecho administrativo.
- Economía política.
- Procedimientos judiciales.
- Historia universal y filosofía de la historia.
- Medicina legal y jurisprudencia médica.
- Ciencia de la legislación.
- Práctica del notariado<sup>8</sup>.

En 1912 se promulgó otra ley de instrucción pública, en la que la asignatura de derecho administrativo muestra continuidad. Este es el plan de estudios de la Facultad de Derecho y Notariado:

- Filosofía del derecho.
- Derecho civil.
- Oratoria forense y literatura española y americana.
- Derecho penal.
- Derecho internacional.
- Derecho constitucional.
- Derecho mercantil.
- Derecho administrativo.
- Economía política.
- Procedimientos judiciales.
- Historia universal y filosofía de la historia.
- Práctica del notariado<sup>9</sup>.

8 Ley Orgánica y Reglamentaria de Instrucción Pública, 13 de diciembre de 1879 (Guatemala: Establecimiento Tipográfico de "El Progreso", 1880), 35.

9 Ley Orgánica y Reglamentaria de Instrucción Pública (Guatemala: Tipografía Nacional, 1912), 39.

En 1879 se expidió un texto constitucional que por primera vez definió de una manera clara el principio de legalidad, en el artículo 17. Esta carta fue reformada en 1927, y en esta enmienda se creó por primera vez en la historia administrativa guatemalteca la jurisdicción contencioso administrativa<sup>10</sup>.

Es decir que, en Guatemala, el derecho administrativo no nace de la mano de la jurisdicción contencioso administrativa, sino que es anterior y responde claramente a un modelo judicialista en el que la justicia común controla a la Administración.

Este modelo existió desde 1877 hasta 1927, en consonancia con lo anotado sobre los tres pénsums que encontramos en esta investigación.

El primer autor de derecho administrativo es Antonio González Saravia, quien en 1882 publicó sus *Lecciones de derecho administrativo*<sup>11</sup> y en 1888 dio a conocer su libro *La administración pública*<sup>12</sup>.

Las *Lecciones de derecho administrativo* las dedicó

al presidente de la republica de guatemala

Jeneral de División, Ciudadano J. Rufino Barrios, que tantos títulos tiene a la gratitud nacional y que dispensa la más eficaz protección a la juventud, difundiendo las luces, que son la mejor salvaguardia de las libertades públicas<sup>13</sup>.

Nuestro autor refiere que la cátedra de Derecho Administrativo intentó implementarse en 1868 en los estatutos del Colegio de Abogados, pero que no se consiguió y que solo se logró efectivamente en las leyes de instrucción pública de 1877 y 1879. Anotando que su “aprendizaje [es] necesario, tanto para el ejercicio de la abogacía, como del notariado, y cuyo estudio debería conceptuarse preparatorio para la gestión de los intereses jenerales, alejando a las incapacidades del servicio público y proporcionando auxiliares instruidos al Gobierno”<sup>14</sup>.

González entiende que el derecho administrativo tiene un contenido que es claramente nacional, pues nace de las leyes de cada Estado, y por esto “es el reflejo de la conveniencia, de las necesidades de un pueblo, sin que pueda ser jamás una copia servil de lo adoptado como preceptos de Gobierno”<sup>15</sup>.

10 Eduardo Mayora Alvarado, “El control jurisdiccional de la legalidad” (tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona), 35, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5224/ema1de1.pdf;jsessionid=C8F957892C36DD58A69203D6DF8FE117?sequence=1>.

11 Antonio González Saravia, *Lecciones de derecho administrativo* (Guatemala: Tipografía el Progreso, 1882).

12 Omar Guerrero Orozco, *Estudio introductorio a los elementos de ciencia administrativa de Florentino González* (Bogotá: ESAP, 1993), 19.

13 Gonzalez Saravia, *Lecciones de derecho administrativo*, 4.

14 *Ibid.*, 12.

15 *Ibid.*, 5.

Argumenta este académico que al estudiar las leyes administrativas aparecen dos elementos en ellas: el técnico y el político. El primero está integrado por las reglas y los principios, ciertos y constantes por su naturaleza, mientras que el segundo reposa en la “posibilidad de la ley y en la utilidad de su aplicación”<sup>16</sup>. Por esto, los preceptos del derecho administrativo son algunos generales y otros variables.

A consecuencia de esta circunstancia, “no se hace posible codificar la legislación administrativa, sino más bien metodizar su estudio, para facilitar su enseñanza en las aulas y a las autoridades su aplicación”<sup>17</sup>.

Este jurista entiende la ciencia administrativa como “la colección de principios y de verdades, cuya suma sirve para ilustrar, dirigir y obtener el éxito más favorable de la administración pública”<sup>18</sup>.

González, entonces, comprende que, al ocuparse de los principios de la administración pública, la ciencia administrativa tiene un carácter absoluto, y que el derecho administrativo, al dedicarse a las leyes, es relativo, por esto “procede que este no tenga una historia común, y tome en cada pueblo un colorido propio”<sup>19</sup>.

Vemos que hay una huella de Carlos Juan Bonnin en Guatemala, porque González estudia la ciencia administrativa y la asocia con los principios que la gobiernan. Circunstancia que une también a este país centroamericano con el nuestro, porque aquí, como dijimos en nuestro último libro, la ciencia administrativa<sup>20</sup> nace del liberalismo, de la mano del general Santander, quien, no obstante su espíritu liberal, era autoritario<sup>21</sup>, y en Guatemala sucede algo parecido, porque la enseñanza de la administración pública, como hemos mencionado, nace con el liberalismo en el régimen del general Barrios, que también era considerado un gobernante autoritario<sup>22</sup>.

Al examinar un texto de derecho administrativo guatemalteco<sup>23</sup> contemporáneo, como el de Hugo Haroldo Calderón, vemos que no se hace referencia por ningún lado a la historia del derecho administrativo de ese país y, lo que es peor, no se cita ni se consulta la obra de Antonio González Saravia.

El tratadista Calderón incurre en el error en el que han incurrido casi todos los autores latinoamericanos que han aceptado a raja tabla el modelo del derecho

16 *Ibid.*, 16.

17 *Ibidem*.

18 *Ibid.*, 30.

19 *Ibidem*.

20 Miguel Malgón Pinzón, *Historia de la formación y la enseñanza de la ciencia administrativa y del derecho administrativo en Colombia (1826-1939)* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2019), 37-79.

21 Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla* (Bogotá: Editorial Panamericana, 2010), 113-124.

22 “Justino Rufino Barrios fue llamado ‘Reformador’”, *Diario Prensa Libre*, 15 de julio del 2015, <https://www.prensalibre.com/hemeroteca/nace-el-reformador/>.

23 Hugo Haroldo Calderón M., *Derecho administrativo guatemalteco* (México: Editorial Porrúa, 2004).

administrativo francés, y es el de admitir únicamente la existencia del derecho administrativo si existe una jurisdicción contenciosa<sup>24</sup>.

Calderón ignora la evolución guatemalteca de un derecho administrativo de corte judicialista al de corte del juez especial, que solo se adoptó en 1927, como pudimos estudiar en este texto.

## HONDURAS

En este país centroamericano aparece el derecho administrativo en el último cuarto del siglo XIX, en el Código de Instrucción Pública de 1882<sup>[25]</sup>.

Esta normatividad tiene su origen en la Constitución de 1880, la cual nació de una Asamblea Constituyente que convocó el presidente Marco Aurelio Soto. Esta norma fundamental es expresión del liberalismo, y consagró

la plena libertad de cultos, dispuso que el Estado no contribuyera al sostenimiento de ninguno, prohibió el establecimiento de asociaciones monásticas y vedó a los eclesiásticos el ejercicio de cargos públicos, declaró laica la instrucción primaria, media y superior, e incluyó otras medidas que limitaban el ámbito de acción de las entidades religiosas. También incluyó los principales derechos civiles y políticos de la tradición liberal e incluso proscribió la pena de muerte, pero en una disposición transitoria indicó que podría imponerse en los casos designados por la ley hasta que no se estableciera el régimen penitenciario. La educación primaria se declaró gratuita y obligatoria<sup>26</sup>.

El presidente Soto era abogado y había estudiado en la Pontificia Universidad de San Carlos Borromeo, en Guatemala, en donde entabló amistad con el presidente Justo Rufino Barrios, llegando a ejercer la cartera ministerial de educación en el Gobierno de este militar liberal<sup>27</sup>.

En el claustro de San Carlos Borromeo dictó clases el expresidente colombiano Mariano Ospina Rodríguez y tuvo como discípulo al presidente hondureño. Este líder conservador vivía en Guatemala exiliado, tras el golpe de Estado del general Tomás Cipriano de Mosquera.

24 *Ibid.*, 245.

25 República de Honduras, Código de Instrucción Pública (Tegucigalpa: Tipografía Nacional, 1882).

26 Jorge Francisco Sáenz Carbonell, *Historia del derecho hondureño* (San José de Costa Rica: Instituto María de Peralta, 2015), 42.

27 Pastor, *Historia mínima de Centroamérica*, 283.

En nuestro último libro publicado<sup>28</sup> dijimos que Mariano Ospina Pérez era abogado, que había estudiado en el Colegio Mayor de San Bartolomé, fue profesor de Ciencia Administrativa en Antioquia, y como secretario de Gobierno de Pedro Alcántara Herrán hizo la reforma educativa que varió el pénsum de Derecho, introduciendo la asignatura de Derecho Administrativo en el país.

En Guatemala, hasta donde se sabe, fue profesor de Derecho de Gentes y de Economía Política<sup>29</sup>. No resulta aventurado pensar que, por medio de esta última materia, Ospina Rodríguez diera lineamientos de Derecho Administrativo, y que estos fueran conocidos por el presidente Marco Aurelio Soto, y que con ellos creara la materia en Honduras.

Tenemos, entonces, que el origen del derecho de la administración pública hondureño es liberal, y se entiende claramente como una forma sofisticada de control sobre el poder, y, por lo tanto, dentro del mismo fenómeno de Guatemala.

El plan de estudios de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencia Política de la Universidad Central incluía en el tercer curso el Derecho Administrativo:

Derecho Civil, libro cuarto del Código: lección diaria; Derecho Práctico: lección alternativa; Derecho Internacional Público: lección alternativa; Derecho Administrativo: lección diaria<sup>30</sup>.

Lo que se puede colegir de la lectura de este código es que la clase de Derecho Administrativo era intensiva, pues se impartía diariamente durante todo el tercer curso.

Debemos anotar que bajo la Constitución de 1880 no existía en Honduras ningún tipo de jurisdicción contencioso administrativa, pues el único tribunal de justicia que había era la Corte Suprema de Justicia, la cual estaba integrada por magistrados elegidos por el poder legislativo, por un periodo de cuatro años, y estaba a la cabeza del poder judicial<sup>31</sup>.

Es decir, el derecho administrativo en Honduras nace antes de que se instaurara la jurisdicción contencioso administrativa. Esta última aparece en la Constitución de 1965, que ordenó su implementación, pero no tuvo ninguna eficacia, y luego, en la nueva carta de 1982, se estipuló en el artículo 318 la creación de “la

28 Malagón Pinzón, *Historia de la formación y la enseñanza de la ciencia administrativa y del derecho administrativo*, 169-172.

29 Estanislao Gómez Barrientos, *Don Mariano Ospina y su época* (Medellín: Imprenta de Gaceta Antioqueña, 1915), 555.

30 República de Honduras, Código de Instrucción Pública, 50.

31 Sáenz Carbonell, *Historia del derecho hondureño*, 43.

jurisdicción de lo contencioso administrativo. La ley establecerá la competencia de los tribunales de la materia, así como su organización y funcionamiento”<sup>32</sup>.

Y fue finalmente en 1988, el 1.º de julio, cuando entró a regir la ley que le dio desarrollo a la jurisdicción contencioso administrativa, que viene a conformar una jurisdicción más dentro de la órbita de la Corte Suprema de Justicia, quien es la que conoce en última instancia, es decir, en casación, los casos que vienen de los inferiores, de las cortes de apelación<sup>33</sup>.

El primer autor de derecho administrativo fue el catedrático, jurista y político Enrique Flores Valeriano, quien fue decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, exministro de Estado y reconocido miembro del partido liberal hondureño. Este doctrinante se especializó en temas de derecho público, principalmente en tributario, desde la licenciatura, pues tituló su tesis “La doble imposición”<sup>34</sup> (1962), y en materia de derecho administrativo hay que resaltar su célebre obra *Derecho administrativo*<sup>35</sup>, publicada en 1980, antes del comienzo efectivo de la jurisdicción contencioso administrativa.

## NICARAGUA

La evolución del derecho administrativo en este país centroamericano ha estado marcada por los mismos influjos de los países hispanoamericanos. Que son, como es bien sabido, la influencia de los Estados Unidos, con su revolución de 1776 y con la Constitución de Filadelfia de 1787; la impronta de la Revolución francesa; y la huella española, con el modelo de la ciencia de la policía, en la Colonia, lo que configuró para esta parte del orbe el absolutismo<sup>36</sup>.

El profesor Francisco José Contreras argumenta, en su libro *Una defensa del liberalismo conservador*, una hipótesis que vale la pena mencionar, porque explica en buena parte lo que es hoy Estados Unidos. En este país existe lo que se denomina un liberalismo conservador, porque allí “Los principios de los padres fundadores son una equilibrada síntesis de liberalismo, cristianismo y republicanismo. El liberalismo conservador quedó en cierto modo incorporado al ADN

32 Edmundo Orellana, “El derecho administrativo en Honduras”, en *Derecho administrativo: México, Centroamérica y República Dominicana*, coordinado por Karlos Navarro y José Antonio Moreno (Managua: INEJ, 2018), 111.

33 *Ibid.*, 112.

34 Enrique Flores Valeriano, “La doble imposición” (tesis de licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 1962).

35 Enrique Flores Valeriano, *Derecho administrativo* (Tegucigalpa: Universidad Nacional Autónoma, 1980).

36 Malagón Pinzón, *Vivir en policía*, 17-52 y 175-294.

norteamericano”<sup>37</sup>. Esto, entre otras cosas, nos ayuda a comprender la fuerza del pensamiento religioso en América del Norte, y que este ciegamente apoye a Donald Trump.

Nicaragua, Cuba, Puerto Rico y Panamá son los países en los que mayor presencia militar ha tenido Estados Unidos en América Latina. Circunstancia que nos lleva a argumentar el peso que esta tradición jurídico-política ha tenido en el conservatismo en nuestro subcontinente.

Nicaragua tuvo bajo la dominación española un acento feudal y oligárquico. En efecto, lo que hoy es Centroamérica, en la Colonia estuvo marcada por un profundo dejo medieval que se traducía en la existencia de numerosos señoríos<sup>38</sup>, que no eran nada distinto de encomiendas dadas a militares, mejor conocidos como conquistadores, y a diversos españoles recién llegados al nuevo mundo.

Esta realidad colonial subsistió desde el punto de vista económico en el siglo XIX, pues se continuó con la exportación de materias primas, circunstancia que creó unas “unidades económicas sin una red territorial e institucional que cohesionara y que otorgara identidades a los nuevos espacios sociales y políticos a nivel local y regional, llevando a la generación de territorios aislados entre sí”<sup>39</sup>.

En lo económico, este rezago colonial se mixtura con el pensamiento liberal, dando como resultado la Constitución Federal de Centroamérica de 1824, la cual tenía trasplantes del iluminismo francés y del liberalismo conservador norteamericano, de tal suerte que allí encontramos a la religión católica como la oficial del Estado, el principio de división de poderes, el principio de legalidad<sup>40</sup>, el régimen presidencial, el poder legislativo en cabeza del Congreso, la Corte Suprema, libertades públicas y un régimen federal de organización del territorio<sup>41</sup>.

Más adelante, en 1838, Nicaragua se separa de la Federación Centroamericana y se da su primera Constitución. Esta mantiene los mismos lineamientos e influencias de la de 1826. Posteriormente, en 1858, se promulga un nuevo texto, que va a tener una vigencia de 35 años, periodo en el que el país estará imbuido de la ideología liberal-conservadora, cuya mejor expresión es el reconocimiento del catolicismo como religión oficial y la institución del voto censitario en el artículo 8.º de la carta, que prescribía que solo votaban los hombres propietarios.

37 Francisco José Contreras, *Una defensa del liberalismo conservador* (Bogotá: Unión Editorial Colombia, 2018), 18.

38 Karlos Navarro Medal, *Derecho administrativo nicaragüense* (México: Editorial Porrúa, 2011), 1.

39 Karlos Navarro Medal, “Los orígenes del derecho administrativo nicaragüense”, en *Ensayos de derecho administrativo* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2016), 48.

40 *Ibid.*, 49.

41 Constitución de la República Federal Centroamericana de 1824, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1541/9.pdf>.

En vigencia del Código Político de 1858 aparece el derecho administrativo, en 1873, en el Gobierno del conservador Vicente Cuadra, empresario que por sus férreas convicciones religiosas decretó, entre otras cosas, la apertura del país a la entrada de la comunidad de los jesuitas, que había sido expulsada de otros países, como Guatemala.

El presidente preceptuó en el Acuerdo del 5 de noviembre de 1873 la implementación en el Colegio de León de materias nuevas para completar la formación jurídica, por esto, en el artículo 1.º se incluyeron las asignaturas “Derecho civil, Canónico, Natural, de Gentes, Público, Administrativo, Mercantil, de Minería, Militar, Medicina legal i oratoria del foro”<sup>42</sup>.

Este claustro, el más significativo del país, había sido clausurado por el presidente Fernando Guzmán, mandatario anterior a Cuadra, por haber apoyado una revuelta en contra de su Gobierno<sup>43</sup>, y la reapertura se dio con asignaturas novedosas como la de Derecho Administrativo.

Posteriormente, en 1893, Nicaragua asume el liberalismo más puro o, si se quiere, más radical, de la mano del general José Santos Zelaya, militar que había estudiado en Europa, específicamente en Francia y Bélgica<sup>44</sup>, en donde se nutrió de la filosofía del positivismo. Al volver al país ingresa a la Policía Nacional, en 1875. Este político reformó la Constitución nacional en 1894, así se abolió la preeminencia de la religión católica, se produjo la separación entre Iglesia y Estado, se instituyó la educación pública y laica, y se instituyeron algunas libertades públicas. Este texto constitucional es conocido como “La Libérrima”, por el espíritu del que nació.

El autor Flavio Escorcía señala que el derecho administrativo surge a fines del siglo XIX, concretamente en 1893<sup>[45]</sup>, como consecuencia de las reformas liberales implementadas por Zelaya. Disentimos de este importante doctrinante, pues, como hemos mostrado, cuando llega el liberalismo al sistema educativo ya hacía veinte años se enseñaba el derecho de la administración. Probablemente esta hipótesis nace de la formación de Zelaya en Europa, de su ideario liberal y de que había entablado amistad con el presidente Justo Rufino Barrios en la década que

42 República de Nicaragua, Asamblea Legislativa, [legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xp-NormaJuridica.xsp?documentId=98C57366AA22D7AC062581B100542D3D&action=openDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xp-NormaJuridica.xsp?documentId=98C57366AA22D7AC062581B100542D3D&action=openDocument).

43 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Autónoma de Nicaragua, León, <https://www.revistaenvio.org/articulo.php?id=482>.

44 MCN biografías, biografía de José Santos Zelaya, <https://www.mcnbiografias.com/app-bio/do/show?key=zelaya-jose-santos>.

45 Flavio Jorge Escorcía, *Derecho administrativo* (León, Nicaragua: Editorial Universitaria, 2009), citado por Ana Christian Dinarte Marín y Isaritz Yusette Osorio Olivares, *Sistema de contrataciones del sector público en Nicaragua* (Nicaragua: UNAN-LEON, 2015), 6, <https://repositorio.unan.edu.ni/9677/1/7768.pdf>.



empieza en 1870, cuando se exilió en Guatemala, que, como anotamos, fue quien implementó el derecho administrativo en ese país. El general Zelaya permanece en el poder hasta 1909, fecha en la que es depuesto por querer restablecer a la fuerza la Federación Centroamericana.

Damos aquí un salto temporal para llegar al primer autor de derecho administrativo nicaragüense, Ildefonso Palma Martínez, prolífico autor que en 1947 publicó su texto *Derecho administrativo (teórico y positivo)*. En la presentación de la obra el autor dice que “es una modesta contribución al estudio de esta importante materia que por hoy ha carecido de un texto nacional”<sup>46</sup>.

Antes de que este libro apareciera, los vasos comunicantes de los textos de habla castellana proporcionaban a los estudiantes de la Universidad Autónoma de León los textos del español José Gascón y Marín, del argentino Daniel Antokoletz y del mexicano Gabino Fraga. Pero los futuros abogados hacían una crítica demoledora a la enseñanza del derecho administrativo en Nicaragua, y es que las clases no “coordinaban los principios con la práctica vernácula”<sup>47</sup>.

Esta situación lleva a que Palma Martínez planteara que su propósito al escribir el libro era “explorar en nuestro propio campo de acción para hacer el debido cotejo de las teorías con las prácticas administrativas y así poder corregir errores inveterados, confirmar lo bueno que poseamos e innovar en lo que fuere factible, todo con el propósito de realizar obra de acuerdo con la índole y con el destino de nuestra nacionalidad”<sup>48</sup>. Este autor sintió náusea existencial por la inexistencia de doctrina nicaragüense del derecho administrativo, que lo obligó a “aprender en la obra extranjera”<sup>49</sup>.

La poca preocupación por el derecho de la administración es palpable hoy, pues su estudio no ha sido muy amplio y adolece de vacíos significativos, como bien lo sostiene el profesor Flavio Escorcía:

[...] el derecho administrativo ha venido siendo hasta hoy una rama del derecho abandonada por el jurista y no muy agradable para el estudiante. La causa parece ser la casi nula oportunidad que, como estudiantes de leyes, tienen para practicar o ejercitar los conocimientos del derecho administrativo. Quizás el ambiente político de nuestra sociedad y el actuar mismo de la propia administración pública desaniman también al estudiante y al jurista, encontrando al derecho administrativo como un

46 Ildefonso Palma Martínez, *Derecho administrativo (teórico y positivo)* (Managua: Editorial Nuevos Horizontes, 1947), citado por Karlos Navarro Vidal, *Los orígenes del derecho administrativo nicaragüense*, 61.

47 *Ibidem*.

48 *Ibid.*, 62.

49 *Ibidem*.

conjunto de conocimientos simplemente teóricos a los que no se les tiene muy en cuenta por el poder público. Ello es posible que les haga pensar, que las posibilidades para ejercer el derecho administrativo son remotas, a menos que trabajen en la administración pública y aun así entienden que es posible que no encuentren afinidad entre lo que se les ha enseñado y la forma como más tarde deberán adoptar sus decisiones<sup>50</sup>.

La excepción a este estado lamentable del derecho administrativo son los escritos del profesor Karlos Navarro Medal, tantas veces citados en estas pocas páginas.

Finalmente, en cuanto al tema de la jurisdicción contencioso administrativa, esta fue organizada por la Constitución de 1974, en la que se anotaba que se instauraría un tribunal contencioso administrativo y que la Corte Suprema conocería sobre los recursos que se interpusieran contra las decisiones de este órgano recién creado. Pero nunca se desarrollaron estas disposiciones, ni nunca se profirió una ley reglamentando la materia<sup>51</sup>.

Posteriormente, en la Constitución sandinista de 1987 no se tocó el asunto, y solo fue hasta 1993 cuando, por acuerdo entre el Gobierno del momento, el de Violeta Barrios de Chamorro, con la oposición, los sandinistas, se pactó el tema del contencioso administrativo, que se concretó en la Ley 192 de 1995, en la que se creó la jurisdicción contenciosa, pero no como un tribunal independiente, sino como una sala más de la Corte Suprema<sup>52</sup>.

Hasta el año 2000, no se expidió ninguna norma que reglamentara el procedimiento contencioso administrativo, la Ley 350 del 2000 reguló la materia, pero esta disposición fue declarada parcialmente inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia<sup>53</sup>.

Por esto, actualmente, en Nicaragua existe el contencioso administrativo, pero solo para demandar los actos administrativos generales y para resolver los conflictos entre las distintas administraciones públicas<sup>54</sup>.

50 Escorcía, *Derecho administrativo*, 31, citado por Navarro Medal, *El derecho administrativo en Nicaragua*, 175.

51 Navarro Medal, *Los orígenes del derecho administrativo nicaragüense*, 62.

52 Navaro Medal, *El derecho administrativo en Nicaragua*, 180.

53 Alexander Antonio Pereira Carballo, *El contencioso administrativo en Nicaragua y el criterio judicial para casos concretos* (Nicaragua: UNAN-LEÓN, 2015), 25, <http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/bitstream/123456789/4120/1/230136.pdf>.

54 *Ibid.*, 26.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Calderón M., Hugo Haroldo. *Derecho administrativo guatemalteco*. México: Editorial Porrúa, 2004.
- Contreras, Francisco José. *Una defensa del liberalismo conservador*, 18. Bogotá: Unión Editorial Colombia, 2018.
- Díaz, Elías. “Estado de derecho”. En *Filosofía política II: Teoría del Estado*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- Dinarte Marín, Ana Christian e Isaritz Yussette Osorio Olivares. *Sistema de contrataciones del sector público en Nicaragua*, 6. Nicaragua: UNAN-LEON, 2015. <https://repositorio.unan.edu.ni/9677/1/7768.pdf>.
- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Autónoma de Nicaragua, León. [legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xpNormaJuridica.xsp?documentId=98C57366AA22D7AC062581B100542D3D&action=openDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xpNormaJuridica.xsp?documentId=98C57366AA22D7AC062581B100542D3D&action=openDocument).
- Flores Valeriano, Enrique. *Derecho administrativo*. Tegucigalpa: Universidad Nacional Autónoma, 1980.
- Flores Valeriano, Enrique. *La doble imposición*. Tesis de licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 1962.
- Gómez Barrientos, Estanislao. *Don Mariano Ospina y su época*. Medellín: Imprenta de Gaceta Antioqueña, 1915.
- González Saravia, Antonio. *Lecciones de derecho administrativo*. Guatemala: Tipografía el Progreso, 1882.
- Guerrero Orozco, Omar. *Estudio introductorio a los elementos de ciencia administrativa de Florentino González*. Bogotá: ESAP, 1993.
- “Justino Rufino Barrios fue llamado ‘Reformador’”. *Diario Prensa Libre*, 15 de julio del 2015. <https://www.prensalibre.com/hemeroteca/nace-el-reformador/>.
- Malagón Pinzón, Miguel. *Historia de la formación y la enseñanza de la ciencia administrativa y del derecho administrativo en Colombia (1826-1939)*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2019.
- Malagón Pinzón, Miguel. *Vivir en policía*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Mayora Alvarado, Eduardo. “El control jurisdiccional de la legalidad”. Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5224/ema1de1.pdf;jsessionid=C8F957892C36DD58A69203D6DF8FE117?sequence=1>.

- MCN biografías. Biografía de José Santos Zelaya. <https://www.mcnbiografias.com/app-bio/do/show?key=zelaya-jose-santos>.
- Navarro Medal, Karlos. *Derecho administrativo nicaragüense*. México: Editorial Porrúa, 2011.
- Navarro Medal, Karlos. “Los orígenes del derecho administrativo nicaragüense”. En *Ensayos de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Orellana, Edmundo. “El derecho administrativo en Honduras”. En *Derecho administrativo: México, Centroamérica y República Dominicana*, coordinado por Karlos Navarro y José Antonio Moreno. Managua: INEJ, 2018.
- Pastor, Rodolfo. *Historia mínima de Centroamérica*. México: El Colegio de México, 2016.
- Pereira Carballo, Alexander Antonio. *El contencioso administrativo en Nicaragua y el criterio judicial para casos concretos*, 25. Nicaragua: UNAN-LEÓN, 2015. <http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/bitstream/123456789/4120/1/230136.pdf>.
- “Reforma liberal: Batalla de poderes”. *Diario Prensa Libre*, 30 de junio del 2016. <https://www.prensalibre.com/hemeroteca/reforma-liberal-en-guatemala-1871/>.
- Sáenz Carbonell, Jorge Francisco. *Historia del derecho hondureño*. San José de Costa Rica: Instituto María de Peralta, 2015.
- Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla*. Bogotá: Editorial Panamericana, 2010.

## Legislación

- Constitución de la República Federal Centroamericana de 1824. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1541/9.pdf>.
- Ley de Instrucción Pública. 7 de abril de 1877. <https://archive.org/stream/leydeinstruccion00guat#page/n0/mode/2up>.
- Ley Orgánica y Reglamentaria de Instrucción Pública. 13 de diciembre de 1879. Guatemala: Establecimiento Tipográfico de “El Progreso”, 1880.
- Ley Orgánica y Reglamentaria de Instrucción Pública. Guatemala: Tipografía Nacional, 1912.
- República de Honduras. Código de Instrucción Pública. Tegucigalpa: Tipografía Nacional, 1882.
- República de Nicaragua. Asamblea Legislativa. [legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xpNormaJuridica.xsp?documentId=98C57366AA22D7AC062581B100542D3D&action=openDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/xpNormaJuridica.xsp?documentId=98C57366AA22D7AC062581B100542D3D&action=openDocument).



## CAPÍTULO 3

# PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA: UN MODELO A ESCALA PARA LA LEGITIMIDAD\*

Héctor David Rojas Villamil

## INTRODUCCIÓN

Reflexionar sobre los valores democráticos y la representación política resulta de la mayor importancia en momentos en que los regímenes democráticos entran en situaciones coyunturales de crisis. Es imprescindible no perder de vista que las dificultades de coyuntura no son objeciones teóricas y que los principios democráticos siguen representando los más altos ideales de una comunidad política en la que hombres libres e iguales ejercen un poder de autogobierno sin subordinaciones o dominación. No obstante, pensar el sistema a la luz del principio democrático supone un reto en cuanto existe el peligro de que los meros procedimientos de deliberación y decisión estén enmascarando relaciones de subordinación, quebrando progresivamente la unidad cívica. En particular, los modelos de democracia representativa deben prever el riesgo de disfunciones, bajo las cuales, los congresos o las asambleas dejan de manifestar el ideal de cogobierno democrático y se convierten en instancias de veto o aprobación de decisiones públicas según la influencia que el poder pueda ejercer sobre sus miembros. La relación entre representantes y representados se estructura bajo un mandato basado en una lealtad y confianza que no debe ser quebrantada.

El presente artículo ofrece una reflexión sobre la representación política y el rol de las asambleas representativas en relación con los conflictos sociales. En la primera sección se presenta la denominada teoría virtual o pictórica de la representación a que hace mención Skinner, cuyo objetivo es explicar la naturaleza de la representatividad democrática con base en un análisis histórico del surgimiento del parlamentarismo. En la segunda sección se explica cómo esta concepción sigue siendo relevante en muchos de nuestros juicios de valor cotidianos. Esta

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.3>.

vigencia del marco teórico de Skinner abre una posibilidad interpretativa sobre la crisis democrática actual. En la tercera sección se defiende la idea de que la representación pictórica es relevante como un mecanismo de diagnóstico de la conflictividad social. En la cuarta sección se desarrolla una explicación sobre la teoría de la planificación y de la acción conjunta, mostrando cómo ha sido utilizada para resolver diversos problemas teóricos. Esto se hace con el objetivo de mostrar el déficit democrático como un problema de acción colectiva. La última sección muestra que es útil apelar a la metáfora del modelo a escala de la teoría pictórica de la representación, ya que ese modelo satisface las condiciones para considerar la acción política como una acción conjunta de planificación que tiene por objeto garantizar la legitimidad democrática.

## LAS DOS ACEPCIONES DE LA PALABRA REPRESENTACIÓN

La palabra representación tiene diversas acepciones que han permitido a la teoría política formular diversos conceptos y metáforas para entender la autoridad de un Estado. En un primer sentido, representar equivale a una autorización de poder hablar o actuar en el lugar de otro, tal y como lo hace un padre con su hijo menor de edad o un abogado con su cliente. El representante tiene la capacidad de comprometer la voluntad y la responsabilidad de su representado de acuerdo con un mandato o deber natural. Por ejemplo, el menor de edad no le da un mandato a su representante, pero este debe actuar con fundamento en un deber natural de tutela, procurando en todo caso actuar en el mejor interés de su representado. Una segunda acepción de la palabra representación hace referencia a una relación visual o pictórica en la que una imagen refleja las cualidades y características de un objeto representado. Así, un mapa representa las características geográficas de un territorio y una estatua las cualidades físicas y las virtudes de un prócer.

Quentin Skinner<sup>1</sup> ha señalado cómo en los orígenes del parlamentarismo inglés, esta segunda acepción tuvo un peso significativo en la teorización del concepto de soberanía y la defensa de la democracia, dando lugar a una teoría virtual de la representación. En particular, la exposición de esta idea se encuentra en el libro de Henry Parker de 1642, *Observations*<sup>2</sup>, cuyo objeto fue rebatir la idea del derecho divino de los reyes a gobernar. En breve, Parker consideró que

1 Quentin Skinner, *From Humanism to Hobbes: Studies in Rethoric and Politics* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 203-207.

2 *Ibid.*, 203.

la soberanía solo podía residir en una asamblea representativa que fuera un modelo a escala de la composición social de todo un país. En la naturaleza no existen gobiernos ni ataduras institucionales, tan solo comunidades e individuos libres que tienen la legitimidad para instituir asociativamente autoridades políticas que regulen sus interacciones. Dentro de la tradición contractualista, el consentimiento y los pactos permiten una transición a la situación de civilidad. La acepción pictórica del término representación le resultó útil a Parker para explicar qué órgano o instancia estaba legitimada para hacer un contrato vinculante para todos. En su opinión, cuando una asamblea representa de forma proporcional y simétrica a los diversos sectores sociales, es decir, cuando es un modelo a escala de la composición social, esta se convierte en depositaria directa de la soberanía en cuanto puede ser tomada como un cuerpo político que personifica a la sociedad. La similitud, la semejanza y la proporción son aquello que permite a ese cuerpo representativo tomar decisiones vinculantes para todos y actuar como una unidad.

Skinner<sup>3</sup> sostiene que parte del objetivo de Hobbes en el *Leviatán* fue responder a este argumento parlamentarista y justificar así el absolutismo. La crítica principal de Hobbes es que una aproximación pictórica de la representación es errada en cuanto en el estado de naturaleza no hay una sociedad, sino múltiples voluntades confrontadas en una situación de guerra. Solo la sumisión plena a una única voluntad que arbitre y regule las pasiones que mueven a los hombres puede permitir el paso a una sociedad civil. Es decir que, para Hobbes, no hay un objeto a ser representado por una asamblea antes de que se supere el estado de naturaleza. No hay una sociedad a retratar. Parker busca un modelo a escala en el vacío, un mapa de una geografía que no se ha formado. Por lo tanto, es el concepto de representación como la capacidad de actuar por otro el que resulta importante en términos políticos para Hobbes. Es el acto voluntario de sumisión, esto es, el consentimiento a ser gobernados lo que legitima a la autoridad, incluso si es ejercida por un solo individuo.

### LA RELEVANCIA DE LA ACEPCIÓN PICTÓRICA DE LA REPRESENTACIÓN

Si bien entender la representación como un mandato del pueblo soberano a un órgano que actúa en su nombre tiende a ser la aproximación predominante, la acepción pictórica sigue teniendo un peso en muchos debates acerca de la legitimidad

3 *Ibidem.*



democrática del poder público. Piénsese, por ejemplo, en la molestia que puede generar que un partido afrodescendiente esté prominentemente controlado por hombres blancos, aún si estos persiguen los fines del grupo de forma diligente. Igualmente, se ha evidenciado las críticas a cuerpos judiciales mayoritariamente de composición masculina que terminan decidiendo sobre la forma en la que las mujeres deben disponer de sus cuerpos. Independientemente de las motivaciones, las disposiciones y la buena voluntad de quienes toman las decisiones en representación de todos, no parece infundada la objeción de que en estos casos no se ha satisfecho plenamente el requisito de la representación. En estos argumentos, que no son extraños a nuestro contexto deliberativo, subyace un retorno a la idea de Parker y a la posibilidad de objetar las decisiones políticas no solo por su contenido, sino también por las características y cualidades de quienes las toman.

Por supuesto, los motivos para defender la acepción virtual o pictórica del término pueden ser de distinta índole. Simbólicamente puede ser imprescindible la semejanza entre el representado y el representante, para evitar que los escenarios de toma de decisiones se conviertan en un signo de paternalismo, de falta de competencia e incapacidad, o en un estigma de inferioridad. Una asamblea solo de hombres puede tomar las mejores decisiones respecto a la igualdad de género, pero el hecho de que las mujeres no tomen parte en la toma de decisiones puede generar un mensaje de que requieren tutela y apadrinamiento. La semejanza entre el órgano deliberativo y los representados también puede ser instrumentalmente importante para garantizar que, efectivamente, los intereses de todos los sectores lleguen al debate público. Un comité de acoso laboral compuesto por hombres puede tener las mejores intenciones, pero también puede actuar con ignorancia o pasando por alto consideraciones significativas desde la perspectiva de las mujeres. Finalmente, siendo quizás la aproximación más discutible, puede haber una importancia evaluativa o normativa en cuanto solo un representante de un grupo puede legítimamente vincular a sus semejantes a través de su consentimiento.

## LA FUNCIÓN DE DIAGNÓSTICO DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La justificación instrumental de la teoría virtual o pictórica de la representación abre un espacio interesante para la reflexión. El hecho de que nuestra asamblea cuente con una semejanza proporcional y simétrica con los grupos y miembros que tiene por objeto representar, permite generar un mejor diagnóstico de los principales conflictos y problemas sociales. Hobbes consideraba que antes de la

sujeción al gobierno civil no había una unidad social a representar, no obstante, esa conflictividad y el choque de intereses también pueden ser un objeto de representación valioso políticamente. Quizás, más que ser un modelo a escala de cualidades físicas y morales personales, la representación política deba ser una figura que refleje los diversos intereses sociales y la forma en que estos entran en conflicto. Una mala diagramación afectará la capacidad del cuerpo político de actuar para solucionar y mediar en los conflictos más significativos. Cuando las discusiones en el Congreso retratan intereses que parecen privados e ignoran las principales preocupaciones de diferentes grupos, veremos en este a un instrumento defectuoso, en cuanto no diagnostica adecuadamente los conflictos, problemas de coordinación o identidad de intereses que en realidad existen en la sociedad. La teoría pictórica supone que quien se acerque a la asamblea podrá hacerse una idea acertada de la sociedad, incluso si la desconoce, pero esa idea no solo debe ser sobre las cualidades étnicas, de género, socioeconómicas o morales de sus miembros, sino también de los intereses y conflictos que allí tienen lugar.

Ahora bien, un modelo puede servir finalidades puramente diagnósticas. Por ejemplo, la policía genera un mapa de georreferenciación criminal con base en las denuncias ciudadanas, lo que le puede permitir predecir dónde es factible que vuelva a ocurrir un delito. Las autoridades cuentan, entonces, con un mapa de diagnóstico con base en el que deberán tomar medidas concretas para garantizar la seguridad ciudadana. Así mismo, un modelo puede servir como mecanismo que facilite la resolución de conflictos. Un jurado de conciencia, elegido aleatoriamente de diferentes sectores sociales, puede representar a la sociedad y servir como diagnóstico de sus concepciones, prejuicios y visiones sobre lo justo. Además de esto, es también un mecanismo para administrar justicia y decidir sobre la culpabilidad penal de una persona. El modelo tiene una finalidad pragmática.

Una asamblea democrática es un modelo de este segundo tipo. No solo debe servir de simulacro de los conflictos sociales, sino servir de instrumento para superarlos. Hay dos formas en las que este mecanismo puede operar. En la perspectiva de la teoría de juegos encontramos un modelo a escala en la que ubicamos a agentes racionales en situaciones estratégicas deliberando en un contexto de conocimiento común. En la teoría de la acción colectiva encontramos a los representantes llevando a cabo una actividad conjunta. Estas dos concepciones han sido contrapuestas en la literatura reciente revelando que hay diversas interpretaciones para entender tanto epistémica como normativamente la capacidad de actuar de cuerpos colectivos. En la siguiente sección se explica con mayor detalle la teoría de la acción colectiva para mirar cuáles pueden ser sus implicaciones para la teoría pictórica de la representación.

## LA ACCIÓN COLECTIVA Y SU RELACIÓN CON LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Para entender la teoría de la planificación resulta útil contextualizar sus postulados dentro del marco teórico de la racionalidad práctica. Los seres racionales lo son en cuanto tienen la capacidad de actuar con base en razones, esto es, consideraciones que cuentan en favor de la realización de una conducta<sup>4</sup>. Los humanos encuentran al momento de deliberar sobre sus cursos de acción que tienen razones prudenciales, que muestran cómo se pueden satisfacer las propias preferencias, y razones morales, que indican cómo ser justos y éticos. Con base en estas razones de acción se pueden hacer inferencias prácticas para decidir cómo actuar. Por supuesto, estas razones pueden entrar en conflicto, de forma que la racionalidad práctica también tiene como función la ponderación para esclarecer cuáles razones de acción deben primar. Puedo tener razón en no ayudar a una persona en necesidad para evitar detrimento en mi patrimonio, razón que entra en conflicto con la razón moral que tengo de asistir al vulnerable. Siendo esta última una razón de más peso, debo permitir que sea esta la que guíe mi conducta.

Joseph Raz ha resaltado que la deliberación práctica es desgastante<sup>5</sup>. Identificar las razones de acción que aplican a nuestra conducta es un proceso que consume tiempo y recursos. Por lo anterior, resulta útil acudir a mecanismos que hagan la función racional más económica, ágil y efectiva. Uno de esos mecanismos es la creación de reglas de conducta. Una regla, según Raz, es una razón de acción. El motivo por el cual freno cuando el semáforo está en rojo es que hay una regla de tránsito que me lo exige. Esa es la razón que explica mi acción. Al mirar esta regla encontramos que ella se fundamenta a su vez en razones que tienen los usuarios de las vías. Todos ellos encuentran en el cumplimiento de la norma una guía de acción. La ventaja que ofrece la regla es que le ahorra a todos los que transitan la carretera la deliberación sobre cómo actuar en los cruces viales y reduce los riesgos de siniestralidad. Cuando el semáforo falla, los conductores deben empezar a tomar decisiones complejas sobre cuándo acelerar, cuándo frenar, cuándo dar paso y cómo evitar accidentes.

Otro ejemplo más simple nos puede ayudar a ilustrar el mismo punto. Tengo diversas razones prudenciales para levantarme a las seis de la mañana, como, por ejemplo, no llegar tarde al trabajo, evitar el trancón y alcanzar a desayunar.

4 Thomas Scanlon, *What We Owe to Each Other* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998), 17.

5 Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms* (Oxford: Oxford University Press, 1975), 59.

Por supuesto no tengo que deliberar todas las noches sobre esto, simplemente adopto la regla fijando mi despertador a esa hora y adopto un hábito de conducta.

La adopción de reglas, afirma Raz<sup>6</sup>, no solo genera economía, sino que también puede reducir el riesgo de error. Ante la falibilidad humana, que se ve acrecentada por lo desgastante que puede ser hacer inferencias prácticas, la adopción de una regla de conducta puede permitir que fijemos por adelantado el mejor curso de acción. Tomar como regla pagar los servicios públicos domiciliarios los primeros de cada mes no solo me ahorra tener que deliberar sobre cuándo hacerlo a lo largo del mes, sino que también reduce la posibilidad de que olvide hacer el pago.

Bratman llevó estas consideraciones sobre la racionalidad práctica más allá, mostrando que, además de reglas, la racionalidad práctica tiene la capacidad de formular planes para coordinar diversas actividades por anticipado, sin que haya necesidad de una deliberación práctica paso a paso<sup>7</sup>. Los planes tienen una función motivacional, esto es, crean una disposición práctica que guía la conducta a futuro permitiendo una coordinación que facilita la obtención de un objetivo. Cuando organizo mis vacaciones puedo definir por anticipado dónde me voy a hospedar, cuáles serán mis rutas y destinos, a qué eventos asistiré, cuáles trenes tomaré, etc. Esta planificación me permitirá no tener que deliberar sobre los cursos de acción a lo largo del viaje permitiéndome concentrar en el descanso. Ciertamente, los planes solo cumplirán su objetivo si se sujetan a ciertas condiciones. Los planes generalmente se componen de un entramado más o menos complejo de subplanes que deben ser *consistentes* entre sí. No puedo tener como plan ir en vacaciones a la ópera y a un partido de fútbol si ambos eventos tienen lugar en el mismo horario y día. Así mismo, debe haber una *coherencia* entre los medios elegidos y las finalidades que persigo con mi planificación. No debo reservar trenes que no conducen a mi destino deseado. Finalmente, debe haber cierta *estabilidad* del plan. Bratman<sup>8</sup> señala que los planes son revisables y que pueden tener cierto grado de generalidad y abstracción para permitir que ciertos detalles sean definidos sobre la marcha. No obstante, no hay un verdadero plan relevante para mi racionalidad práctica si no hay una disposición a cumplirlo y a no reconsiderarlo constantemente de forma arbitraria. Si un huracán pasa por uno de los sitios que tenía planificado visitar sería absurdo no alterar mi itinerario, pero si a cada paso reformulo mis destinos será difícil afirmar del todo que tuve un plan de viaje.

6 *Ibidem*.

7 Michael Bratman, "Taking Plans Seriously", *Social Theory and Practice* 9, n.º 2-3 (1983): 271.

8 *Ibid.*, 273-274.

Esta argumentación de Bratman resulta significativa desde el punto de vista normativo o evaluativo en cuanto muestra cómo pueden surgir reglas de coherencia, consistencia y estabilidad que rigen la racionalidad práctica a través de la planificación. Estas ideas se vuelven más interesantes cuando se pasa al campo intersubjetivo, esto es, a situaciones en las que planificamos conjuntamente con otros agentes racionales. En el ejemplo de las vacaciones hacemos referencia a un solo agente que se crea expectativas y limitaciones a sí mismo. ¿Qué sucede cuando planificamos nuestras vacaciones con alguien más? ¿Aplican también esas reglas de racionalidad práctica a las actividades conjuntas que llevamos a cabo con otros agentes? Bratman<sup>9</sup> ha teorizado sobre las implicaciones de estas normas de racionalidad práctica a nivel de lo que denomina como sociabilidad modesta, es decir, acciones colectivas de pequeña escala, como, por ejemplo, pintar una casa en conjunto o interpretar una pieza musical en una orquesta. No obstante, otros autores han utilizado este marco teórico para explicar reglas sociales que aplican a colectividades de gran tamaño y complejidad. La teoría ha sido atractiva para dar cuenta del carácter vinculante que pueden tener las normas sociales.

Desde una perspectiva empírica podemos identificar regularidades sociales frente a las cuales el colectivo tiene una disposición psicológica de atribuirles un carácter normativo. Por ejemplo, las reglas de etiqueta exigen retirarse el sombrero al entrar a la iglesia y la comunidad asume una actitud de reproche frente a la transgresión a esta exigencia. Desde el punto de vista descriptivo encontramos una regla social. La dificultad está en explicar, desde el punto de vista evaluativo o normativo, por qué esta regla puede resultar vinculante. ¿Por qué los miembros de la sociedad están verdaderamente obligados a cumplir con dicha regla? En el caso de las reglas de etiqueta puede ser que lleguemos a la conclusión que, más allá del reproche o actitud crítica de los que participan en la práctica social, no existe una obligación. Puede ser un comportamiento desconsiderado e irrespetuoso, pero no implica la transgresión a un deber de conducta. No obstante, existen prácticas sociales mucho más importantes y uno de los retos de las posiciones positivistas es intentar explicar cómo ellas por sí mismas, sin apelar a un derecho natural, pueden justificar su obligatoriedad.

Hay dos casos sobresalientes en los que la teoría de la planificación de Bratman ha sido aplicada para explicar estas prácticas sociales de gran escala. Shapiro<sup>10</sup> la aplicó para explicar la normatividad que puede fundamentar una teoría

9 Michael Bratman, *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 4-39.

10 Scott Shapiro, *Legality* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 118-153.

positivista del derecho. El positivismo afirma que el fundamento último de todo sistema jurídico se encuentra en un hecho social. Para Hart se trata de un hábito común de la planificación. No obstante, podemos decir que al crear un modelo de la sociedad y de sus conflictos a través de un cuerpo representativo a escala tenemos una finalidad primordial, que es la de justificar y legitimar políticamente el sistema jurídico coercitivo que regula las relaciones de ciudadanía. Son diversas las teorías sobre la legitimidad sustancial o procedimental que deben satisfacer el conjunto público de leyes, pero la discusión sobre estos estándares no será objeto de este escrito. El argumento aquí expuesto no depende de una concepción específica de legitimidad, sino de las reglas de racionalidad práctica que emergen de la acción conjunta de los representantes.

La importancia de esta aproximación se evidencia al contrastarla con la teoría de la decisión racional y la teoría de juegos. Para esta posición, el modelo de representación que es una asamblea debe reflejar la composición y los intereses de la sociedad para permitir replicar la situación estratégica en la que se encuentran, para que los representantes como agentes racionales adopten el curso de acción que permita alcanzar un equilibrio, esto es, una combinación de decisiones en la que cada parte saque el mayor provecho posible, dado lo que es racional esperar que los demás elijan. Bajo esta perspectiva, los miembros de la asamblea se ven como agentes de los intereses que representan y el juego consiste, precisamente, en promoverlos de la forma más eficaz de acuerdo al balance racional de fuerzas. El problema es que al existir una representación fiel y simétrica, en el sentido de Parker, el modelo traslada las mismas disparidades de poder que existen en sociedades reales. Será de esperar que, aunque se llegue a decisiones en equilibrio, las minorías o los grupos vulnerables tendrán menos preponderancia en la toma de decisiones.

Por el contrario, si consideramos que el modelo debe ser una representación pictóricamente fiel a la sociedad con fines de obtener un diagnóstico acertado de la conflictividad social, pero pensamos que los representantes no se imponen como lo harían en la realidad, sino que ven en la asamblea un mecanismo para buscar una mediación entre los intereses enfrentados y se perciben como actuando conjuntamente para justificar políticamente las decisiones que adopten, entonces los resultados serán diferentes a aquellos que se obtendrían de un simple enfrentamiento de fuerzas. Las fuerzas políticas se deben ver sujetas a esa finalidad conjunta y las leyes y políticas públicas deben ser una articulación de planes coherentes, consistentes y estables para la consecución de esta meta.

## CONCLUSIÓN

La idea de que representar es modelar a escala, que la semejanza y la simetría entre la sociedad y la asamblea representativa es fundamental para la legitimidad democrática, es una idea que sigue siendo interesante para teorizar sobre la democracia y la deliberación. La inquietud es que aun aceptando la metáfora que equipara un parlamento con una imagen reducida, pero proporcional y simétrica respecto a la totalidad política del cuerpo, debemos buscar cuál es la finalidad de apelar a este recurso. En el relato de Skinner sobre el parlamentarismo inglés vemos que el recurso fue utilizado para fundamentar una teoría del origen de la soberanía popular. Aquí hemos propuesto que el modelo a escala cumple (1) una función de diagnóstico; y (2) una función de resolución de conflictos a través de una acción colectiva sujeta a un plan, cuya finalidad última es justificar políticamente el sistema jurídico e institucional.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Bratman, Michael. *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Bratman, Michael. "Taking Plans Seriously". *Social Theory and Practice* 9, n.º 2-3 (1983).
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Raz, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975.
- Scanlon, Thomas. *What We Owe to Each Other*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.
- Shapiro, Scott. *Legality*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Skinner, Quentin. *From Humanism to Hobbes: Studies in Rethoric and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Stilz, Anna. *Liberal Loyalty: Freedom, Obligation and the State*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

## CAPÍTULO 4

### PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL SOBRE EL PARTICULAR\*

Adriana Camacho  
Lorena Nieto Vargas

#### INTRODUCCIÓN

Según la jurisprudencia, los principios generales del derecho desempeñan diversas funciones. Por un lado, actúan como estándares para evaluar la normatividad y representan un modelo ideal al que deben aspirar los sistemas jurídicos. Por otro lado, se consideran normas en sí mismas y cumplen una función integradora cuando no existen leyes específicas aplicables. Además, también se utilizan para interpretar el alcance de las fuentes del derecho y aclarar dudas o ambigüedades en los enunciados legales<sup>1</sup>. En el caso del derecho administrativo, los principios, además, establecerán el fundamento para la actuación administrativa buscando la solución ante conflictos normativos.

En la presente investigación nos dedicaremos a analizar este principio rector del derecho administrativo: el interés general que prevalece sobre el particular. En efecto, a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 se establece este principio rector en el artículo 1.º, el cual recalca que “Colombia es un Estado social de derecho [...] con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”<sup>2</sup>. Analizaremos este principio desde una mirada nacional, pero también internacional, y dedicaremos un subcapítulo especial a la importante doctrina del maestro Younes Moreno sobre el control constitucional, que nos parece interesante frente al tema.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.4>.

1 Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

2 Congreso de la Republica, Constitución Política de Colombia, *Gaceta Constitucional* n.º 116, art. 1.º.



La metodología utilizada para esta investigación es la cualitativa con enfoque dogmático, con la cual comenzamos revisando la doctrina existente sobre los principios rectores del derecho administrativo y, en especial, la prevalencia del interés general sobre el particular. Realizamos el análisis y estudio de los conceptos y principios jurídicos desde una perspectiva teórica y normativa, y con el estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia pertinentes buscamos obtener una base sólida para el desarrollo y las conclusiones del presente capítulo.

## LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL SOBRE EL PARTICULAR

Este principio surge como eje principal de las ideas democráticas que gestan el Estado moderno, y a través de este se pretende restaurar la confianza de la población en la autoridad a cargo, pues, tal como señala la Sentencia C-192 del 2016<sup>[3]</sup>, implica “que debe preferirse la realización de objetivos comunes respecto de intereses particulares, a menos que se trate de derechos fundamentales esenciales”. Bajo esta misma línea jurídica, la Sentencia C-053 del 2021<sup>[4]</sup> enfatiza en la necesidad que surge tras el reconocimiento de este principio de que “el operador jurídico analice minuciosamente las particularidades de cada caso, intente armonizar el interés general con los derechos de los particulares y, en caso de no ser posible, lo pondere teniendo en cuenta la jerarquía de valores propia de la Constitución”. Respecto al tema de la ponderación de derechos, es imposible no citar la importante sentencia de la Corte Constitucional C-053 del 2001<sup>[5]</sup> en la que se indica que “constituye un requisito indispensable para la aplicación de la máxima de la prevalencia del interés general, que el operador jurídico analice minuciosamente las particularidades de cada caso, intente armonizar el interés general con los derechos de los particulares y, en caso de no ser posible, lo pondere teniendo en cuenta la jerarquía de valores propia de la Constitución”, y además menciona la Sentencia T-428 de 1992<sup>[6]</sup>, explicando que, desde los inicios de los fallos de la Corte, la entidad ha siempre ponderado la protección de los intereses particulares con el interés general de la colectividad para el logro de la justicia

3 Corte Constitucional, Sentencia C-192 del 2016, Exp. D-10974, 20 de abril del 2020, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-053 del 2021, Exp. D-13720, 5 de marzo del 2021, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

5 Corte Constitucional, Sentencia C-053 del 24 de enero del 2001, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-428 del 24 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

en el país, y, además, es una manera de limitar la justificación irracional de la preponderancia del interés general como excusa de eventuales intereses ocultos<sup>7</sup>.

Todo lo señalado hasta aquí no solo especifica la importancia de este principio y su actuar dentro del derecho, sino que permite consolidar las bases para una democracia económica y social, a través de la cual, tal como señala el Consejo de Estado<sup>8</sup>, se debe propender por la defensa del patrimonio público y por la garantía del interés general. Bajo este panorama surge una noción que requiere ser clarificada con el fin de comprender a mayor profundidad la esencia, necesidad e importancia de la prevalencia del interés general.

Buenahora<sup>9</sup> es uno de los autores que abarca definiciones como el “bien común e interés general” con el fin de dar mayor claridad a la terminología que desde el derecho pretende explicar con mayor profundidad dicho principio. Al respecto señala que el interés general es realmente una noción reciente, que surgió como respuesta al proceso mismo de laicización de la política y el Estado, abriéndole las puertas al hombre moderno, involucrándolo en la sociedad, reconociendo que este no contribuirá al bien público si no encuentra al tiempo su satisfacción personal. Por tanto, no se limita el concepto a un contenido económico o material, sino a la comprensión del conjunto de todas las aspiraciones humanas, sin embargo, esto podría ser contradictorio si se reconoce que cada persona tiene intereses particulares, que llegan a veces a ser antagónicos a los de otra persona, pero es ante esta realidad donde surge “la principal tarea del Estado de ejercer como juez supremo y buen árbitro, listo siempre a buscar la conciliación entre los intereses de los diferentes individuos, grupos y categorías sociales”. Complementa el concepto de interés general el citado por Rodríguez, quien lo considera como elemento esencial al servicio público en general, ya que cualquier actividad del Estado y de la Administración debe tender a satisfacer necesidades colectivas<sup>10</sup>.

Precisamente a partir de la comprensión de esta labor del Estado es que surge la prevalencia del interés general, pues si bien el ser humano busca satisfacer sus intereses personales, no será una labor posible sin cooperación de la sociedad, por

7 Corte Constitucional, Sentencia T-428 del 24 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. Véase también la Sentencia C-539 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se indica que, “según reiterada jurisprudencia, en caso de presentarse un conflicto de esta índole, el interés general en cuestión debe ser armonizado con el derecho o interés individual con el que choca, a fin de encontrar una solución que, a la luz de las particularidades del caso concreto, maximice ambos extremos de la tensión”.

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 69992 (20 de septiembre del 2023), Rad. 05001-23-33-000-2018-01562-02, M.P. María Adriana Marín.

9 Jaime Buenahora Febres, *La prevalencia del interés general*, 2.ª ed. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019).

10 Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo* (Bogotá: Temis, 1994), 411.

lo cual, en muchas ocasiones, prefiere ceñirse a un marco normativo. Por tanto, tal como se ha resaltado desde la época de Maquiavelo, el hombre finalmente comprende “que la obediencia a las leyes resulta conforme con su visión de utilidad o, si se quiere, que la aplicación de la justicia es ciertamente compatible con sus propios intereses”<sup>11</sup>; en este sentido se resalta que se puede aludir a intereses colectivos, sociales o públicos como una respuesta a una concepción moderna, positivista y realista del derecho, en donde surge, a su vez, la razón de existencia del Estado.

De acuerdo con Acosta<sup>12</sup>, el concepto de interés general como cláusula justifica las administraciones públicas y, por tanto, la existencia de un Estado que debe pretender regular todo tipo de actuar ciudadano a favor del desarrollo social; sin embargo, pese a la noción que debería cumplirse, la realidad para una gran cantidad de países, entre ellos Colombia, es que la prevalencia del interés general depende de la conveniencia, necesidad, razonabilidad, suficiencia y exigencia no del orden público, sino de quienes ejercen un poder que en ocasiones no representa el verdadero propósito de este principio constitucional, lo cual genera no solo inconformidad dentro del sistema, sino su deterioro en función de la sociedad.

Es ante esta situación que desde la esfera del derecho público es fundamental reconocer nuevas perspectivas que aborden por completo la importancia de este principio, partiendo del reconocimiento de una sociedad en la que todos dependen de la labor de otro y, por tanto, donde deben primar las decisiones que favorecen a una mayor cantidad de población y con las cuales no se afecte ningún tipo de derecho fundamental, comprendiendo que estos deben contar con la máxima protección y garantía por parte del Estado. Lo anterior es clave para comprender que el bienestar general es el que fundamenta la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de una nación, que no es posible sin la prevalencia del interés general.

## INTERÉS GENERAL, PERSONA HUMANA Y PODER PÚBLICO

Bajo las nociones previamente señaladas se configuran aspectos esenciales del Estado de derecho, dentro del cual existe una perspectiva social y democrática,

11 Dairon A. Rodríguez, Alfonso Silva y Jorge Maldonado, “Principios y valores constitucionales como marco de comprensión para la formación en competencias ciudadanas en Colombia a propósito de las pruebas Saber Pro”, *Revista Reflexión Política* 21, n.º 43 (dic., 2019): 121-136.

12 Pablo Acosta, “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 41 (2016).

que, a su vez, toma como referente la diferenciación entre la persona humana y el poder público, siendo estos últimos el fundamento bajo el cual se gestan los Estados contemporáneos, bajo el constitucionalismo, y lo que desde este se ha denominado Estado social y democrático de derecho, como es el caso de Colombia. En este aspecto se hace fundamental comprender la actuación del interés general y de cada uno de sus componentes. Por un lado, lo que corresponde a la sociedad, al ser humano y, por otro, al poder público.

En una primera mirada, lo que corresponde a la persona humana se relaciona de forma directa con aquello que se denomina sociedad, la cual es, a su vez, el centro y fin de todo sistema político, jurídico y social, como se ha estipulado desde la época romana. El mayor reconocimiento frente a este aspecto surge en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece un conjunto de condiciones mínimas que debe garantizarse a cada persona por el solo hecho de su condición de ser humano, y las cuales cobran la mayor importancia dentro del sistema, siendo este el argumento principal de toda constitución, tratado y texto internacional que surge de la época.

Por su parte, reconocer el poder público es considerar que si bien toda persona tiene sus propias particularidades e intereses, se suscribe dentro de una comunidad política en la cual tiene el derecho y el deber de ser y actuar para garantizar lo mejor posible, así como mitigar las posibles violaciones que impidan la libertad y expresión de los derechos fundamentales con los que es dotado. En esta perspectiva, el poder público se encarga de promover y garantizar toda acción para alcanzar el orden y bienestar que permiten a una persona alcanzar sus legítimos fines tanto en la dimensión individual como social.

Si bien tanto la sociedad como el poder público son los componentes esenciales del Estado, lograr su articulación para garantizar el equilibrio y bienestar de las naciones es el escenario donde surge la necesidad de garantizar en toda decisión la prevalencia del interés general, reconociendo que no siempre existe una alineación perfecta de estos dos aspectos, por lo cual se debe tener claro que “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a los grupos y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección”<sup>13</sup> será la premisa principal del actuar del Estado, por cuanto se pretende establecer unas condiciones sociales que permiten al ser humano lograr su desarrollo individual, y, a su vez, garantizar la integración dentro de las distintas formaciones sociales, tomando en cuenta las implicaciones que puede tener cada decisión dentro del panorama social.

13 José Luis Martínez López, “El interés general”, *Revista de Derecho* 23, n.º 1 (dic., 2022): 15-54.

Sin embargo, ante este aspecto se hace clave considerar cuestionar cuáles son esas condiciones de vida social que permiten esa integración entre lo individual y lo público, o bajo cuáles parámetros se debe considerar que el interés general es el camino idóneo dentro del Estado de derecho. Al respecto, Martínez es uno de los principales autores que plantea al interés general como salvaguarda de las libertades y la satisfacción cumplida de los derechos fundamentales de todos en su debida conjunción. Para comprender esta postura se hace necesario resaltar un aspecto señalado previamente en relación a la forma en que la Declaración Universal de los Derechos Humanos desarrolló y profundizó todos los aspectos requeridos para garantizar la dignidad de una persona, producto de un contexto histórico en el que las dos guerras mundiales resaltaron la necesidad de que cada nación replanteara el reconocimiento del ser humano como elemento esencial de la sociedad.

En concordancia con lo anterior, el interés general se traduce como las condiciones sociales que se requieren para lograr el respeto y la satisfacción de los derechos humanos en general. En la normatividad colombiana, si bien los pronunciamientos se establecen principalmente en torno al patrimonio público, también guardan relación con la garantía de estos derechos y a la debida proporcionalidad, intervención, limitación que se requiera para que las acciones humanas no vulneren ninguno de los derechos. De tal manera que, tal como señala Martínez<sup>14</sup>, se tenga en cuenta que “todo orden social y político basado en libertades y derechos no puede sino basarse a la vez e inseparablemente en los correspondientes deberes, sirviendo simultáneamente a la dimensión individual y social de toda persona”.

Ahora bien, situar la mirada en las libertades y los derechos fundamentales no acepta un reconocimiento individual, es decir, no se centra en las exigencias de cada persona ni deja de lado la dimensión social en la que esta convive, por el contrario, reconoce que a partir del texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, por tanto, deben comportarse de forma fraterna unos con otros, generando de esta forma una responsabilidad social en la que cada persona tiene un deber respecto a su comunidad, reconociendo que solo en ella se puede desarrollar de forma libre y plena, aceptando también que aquellas limitaciones que son establecidas por la ley tienen el propósito de reconocer y respetar el derecho y la libertad de los demás, encontrando

14 *Ibidem*.

un camino idóneo en el cual se satisfacen las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

En otras palabras, las libertades y los derechos fundamentales no pueden sino connotar a la vez, por sí mismos, en cuanto corresponden básicamente por igual a todos, deberes y obligaciones para con los demás, titulares a su vez de esos mismos derechos y libertades, y responsables igualmente de tales deberes y obligaciones. Por tanto, toda persona, de una manera u otra, se ocupará siempre de su posición activa como sujeto titular de libertades y derechos fundamentales inherentes a su dignidad personal, y pasiva de sujeto gravado con deberes y obligaciones de respetar y posibilitar o satisfacer de manera efectiva las libertades y los derechos de otras personas. Frente a esta realidad, el interés general resulta y requiere de actuaciones privadas que permitan mediar entre los legítimos fines e intereses particulares de las personas.

Retomando lo expuesto, el interés general está constituido por el conjunto de condiciones requeridas para satisfacer de forma efectiva los derechos humanos de cuantos forman parte de la sociedad, así como sus libertades y derechos fundamentales. La labor del Estado en este aspecto es garantizar la satisfacción de las necesidades vitales, y a partir de ellas encontrar el equilibrio entre los demás intereses. Para ello, este interés se basa principalmente en el reconocimiento que se otorga al otro, el respeto por sus derechos y bienes, así como la puesta a disposición de una serie de cosas que le permiten el disfrute de sus derechos, por ejemplo, indumentaria, alimentación, medicinas, posibilidades de educación, empleo, entre otros. Y sobre este ideal se deben sentar las bases que posibiliten el ejercicio efectivo de las libertades a medida que se contribuye al respeto en comunidad.

Por todo lo anterior, el poder público, como fundamento del Estado, no se encarga de monopolizar el interés general como erróneamente se ha percibido, al contrario, dicha labor es imprescindible en la sociedad por cuanto es la única forma de promover y garantizar, en la medida necesaria y de manera imperativa y coercitiva, el interés general. Claro está que al ser el poder público administrado por entes gubernamentales conformados por personas no está libre de subjetividades, por tanto, desde el marco normativo, surge el desafío de ampliar los protocolos o las ponderaciones que se deben realizar a la hora de dictaminar los casos en donde el interés general debe prevalecer. Eso sí, teniendo en cuenta que el interés general no es solo labor del Estado, sino de la sociedad misma, al interés general se deben y contribuyen todos. No se trata solo de un principio que influya únicamente en el derecho, sino en general en la vida de las personas y su actuar.

## PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN

Hasta el momento, hablar del principio de prevalencia del interés general ha significado no solo caracterizar el ejercicio que desde el poder público se realiza para comprender el por qué debe primar en las decisiones jurídicas este aspecto, sino a su vez comprender cómo desde la dimensión social este tiene gran importancia para permitir el desarrollo de la vida en comunidad. Se ha hecho énfasis en la importancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el instrumento que da cabida a los Estados de derecho, entre ellos el colombiano, que, a través de la Constitución de 1991, se establece como un Estado social de derecho y resalta que el interés general es una característica clave dentro de su Constitución. Llegado a este punto, se considera fundamental subrayar el papel de la Constitución con respecto a las funciones del Estado, como legitimador del ejercicio del poder, teniendo en cuenta que la Constitución es en sí misma la expresión del “interés general”.

El constituyente de 1991 optó en su primer artículo por erigir a la dignidad humana, al trabajo, a la solidaridad de las personas que la integran y a la prevalencia del interés general como fundamentos de la república. De acuerdo con la carta magna, este interés es el objeto propio de la aplicación de la justicia social, tomando en cuenta los términos trazados por el ordenamiento racional de principios, valores y derechos. Al respecto, Palacios<sup>15</sup> resalta que el interés general es lo que identifica el bien común, que, en últimas, es el fin natural de toda sociedad y el producto de la organización de un individuo con otros, en búsqueda de la conveniencia, inmediata y práctica, para que se beneficien todos.

En relación con el Estado, el fin vendría siendo el bien común pero público, es decir, lograr que todas las actuaciones que se desprenden de él puedan ayudar a fortalecer el orden y la justicia que aseguran este bien. Este bien jurídico supone dos categorías de elementos: formales y materiales. Los elementos formales toman en cuenta una estructura interna basada en condiciones humanas, geográficas y económicas, que pueden variar de un lugar a otro, pero bajo las cuales se estructuran los elementos materiales que corresponden a todas las acciones que permiten alcanzar el orden y la justicia para los particulares. No obstante, estos elementos materiales también dependen de condiciones de tiempo, lugar, administración, economía, cultura y educación.

15 Hugo Palacios Mejía, *Introducción a la teoría del Estado* (Bogotá: Temis, 1965), 85.

Entrar a reflexionar sobre esto último requiere comprender dos aspectos claves dentro de la función del Estado. En primer lugar, se deben garantizar los medios por los cuales las personas puedan alcanzar su realización personal. Frente a esta labor surge una problemática que se ha estudiado a lo largo del tiempo y es que, si el Estado tiene como fin buscar el bien de los particulares, se debe, entonces y principalmente, definir a qué hace referencia dicho bien. Si para dar solución a este problema se deja la definición a voluntad de cada individuo, entonces no podrá existir argumento para conciliar la oposición de intereses y el orden al que se aspira nunca tendrá lugar. Pero si, por otro lado, se deja esta labor al Estado o a la autoridad competente, esta va a carecer de elementos objetivos de juicio y el resultado podría ser arbitrario. Es bajo este contexto que adquieren gran importancia las herramientas jurídico-políticas que permitan ponderar y establecer tanto metas como prioridades.

Un segundo aspecto se relaciona con el bienestar del Estado, el cual pretende, en aras del bien común, y a toda costa, proteger su territorio; fortalecer el poder con los instrumentos materiales que permitan garantizar el fin del derecho; proteger la democracia y soberanía; garantizar el respeto internacional; posicionar al país como referente mundial; y, finalmente, pero no menos importante, garantizar, como organización política, la integridad del vínculo social. Frente a este aspecto existen diferentes posturas, ya que, a lo largo de la historia, se ha tomado como referente para justificar guerras territoriales o represión de grupos rebeldes, a favor de lo que se ha denominado “bien común”. No obstante, pareciera que dicho aspecto se contradice con la búsqueda de libertad y derechos del hombre, pero, para algunos doctrinantes, esto encuentra razón de ser en que garantiza a la mayor parte de la sociedad respaldo por parte del Estado, por lo cual, si un grupo de personas se encuentra en desacuerdo, puede intentar un cambio por vías regulares o buscar un Estado distinto.

Frente a estas concepciones que derivan de lo que plantea la Constitución, Rousseau<sup>16</sup> ha sido uno de los principales ponentes de la problemática que deriva de estas nociones, planteando la pregunta de cómo encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por lo tanto, tan libre como antes. Desde la perspectiva moderna, la prevalencia del interés general es la respuesta, pues, en las modernas orientaciones del Estado, el bien común público incluye el compromiso entre intereses de grupos contrarios, por tanto, si el Estado se enmarca en

16 Jean-Jacques Rousseau, *Contrato social*, libro I, cap. VI (España: Austral, 2012).



principios de justicia conmutativa, que buscan garantizar la igualdad para las partes, todas las aplicaciones sobre la construcción jurídica no tienen un argumento válido.

Distinto es si se enmarca en los criterios de justicia distributiva en donde el Estado se encarga de diseñar estrategias para garantizar los mínimos vitales para todos, ya que se cuenta con las herramientas para poder atender las necesidades del bien público. Aunque el bien común público implica un cierto orden, este no puede ser perfecto y debe tenerse en cuenta que todo puede estar sujeto a cambios o modificaciones. Al respecto, la Corte Constitucional recuerda que si bien en el Estado recae el principio de interés general, este, según señala la Constitución en los artículos 1.º y 63, determina el contenido y campo de aplicación del principio de confianza legítima donde encuentra su mayor límite.

### PRINCIPIO DEL INTERÉS GENERAL DESDE UNA MIRADA INTERNACIONAL

En el mundo contemporáneo, el equilibrio jurídico internacional es parte de los ordenamientos internos, por lo cual ningún Estado es absoluto en su totalidad, en este sentido, al igual que existe un interés general en cada nación, también existe uno a nivel internacional, que se fundamenta en el bien común universal. Este interés busca realizarse mediante pactos o tratados que se celebran en virtud del ejercicio de la soberanía en cada Estado, en este sentido se adquiere un compromiso internacional que se vincula dentro de la voluntad de cada Estado y que, por tanto, establece un compromiso como ente jurídico en el plano internacional. Ahora bien, el orden jurídico internacional es el resultado de las expresiones que surgen entre el diálogo de naciones, donde se establece la importancia de que prime el interés general sobre el particular, debido a los nuevos desafíos que surgen en el siglo XXI, con el posicionamiento de la globalización y el desarrollo de las nuevas tecnologías.

Desde el ámbito internacional, el interés de los Estados es que prevalezcan sobre el orden interno los acuerdos que dentro del plano internacional se han pactado, para garantizar la defensa de los valores jurídicos que establecen la estabilidad global. Es esto lo que explica por qué se requiere que la soberanía de un Estado tenga reconocimiento por otros partiendo de sus elementos constitutivos, ya que sin estos no se llega a adquirir un carácter que lo habilite para ejercer derechos y contraer compromisos en medio de la comunidad internacional. Por tanto, solo el reconocimiento de esta soberanía garantiza que un sujeto de derecho internacional sea avalado.

A la luz de las normas del derecho internacional, el poder del Estado no es ilimitado, por el contrario, se somete a una serie de compromisos que se contraen de acuerdo con los organismos internacionales encargados de regular estas normas. Por tanto, al ser sujeto de obligaciones internacionales, el poder del Estado depende del poder de los otros Estados y, por tanto, se limita la facultad de autodeterminación. En este sentido, se exige un orden interno que no vulnera el orden internacional y es en este modelo en el que se rescata la prevalencia del interés general desde lo global.

### EL CONTROL CONSTITUCIONAL PARA YOUNES MORENO

Por último, se llevará a cabo un análisis desde la perspectiva de Younes Moreno<sup>17</sup>, autor a quien se le brinda homenaje con este libro y quien, en su obra *Régimen del control fiscal y del control interno*, presenta las bases de un sistema en el que se resalta que la Constitución es el máximo ente de control para lograr que las actividades del Estado no solo se limiten a prever qué funciones deben cumplirse y qué órganos las deben desarrollar, sino que debe establecer controles para garantizar el cumplimiento de las funciones y la actuación de los órganos públicos, dentro de parámetros justamente demarcados y de gran respeto.

Teniendo en cuenta las diferentes problemáticas sociales que surgen en torno a la percepción del uso del poder de forma arbitraria o fuera del marco normativo, se hizo necesario delinear todo un sistema plural de controles para garantizar el correcto actuar de los órganos estatales, comprendiendo la importancia de dar mayor validez al principio de interés general que permite el desarrollo social. En este orden de ideas, en Colombia, el Estado constitucional democrático y social de derecho, reconocido en la Constitución de 1991, se refiere a que quien gobierna no lo hace a nombre propio sino de la comunidad, por tanto debe partir de esta representación en el ejercicio de sus acciones, ya que se reconocen los derechos y las libertades, la participación del pueblo y el control por parte de este del manejo de los recursos económicos. En este sentido, Younes es uno de los autores más relevantes a la hora de señalar que el Estado moderno pretende garantizar el ejercicio del poder con arreglo a una legalidad establecida, que en el constitucionalismo moderno está guiado por la representación, la legalidad, la distribución de funciones y el control.

17 Diego Younes Moreno, *Régimen del control fiscal y del control interno*, 4.<sup>a</sup> ed. (Bogotá: Legis, 2000).

Todo lo anterior es fundamental a la hora de comprender que sobre las organizaciones públicas de los Estados modernos recae una serie de controles que permiten asegurar el interés general y el bien común, pues cada una de estas acciones inciden de forma directa en el papel tradicional que tiene la Administración, para lograr con objetividad la definición y el contenido del interés general en medio de dos tipos de intereses, intereses que pueden calificarse como naturales o artificiales; refiriéndose los primeros a aquellos que no necesitan reconocimiento ulterior de órgano estatal alguno, por ser preexistentes e inmutables a la creación del Estado mismo, y siendo los segundos aquellos que derivan de un reconocimiento por parte del Estado de un cierto interés que es definido por cualquiera de sus componentes. En fin, el concepto, debido a su indeterminación, puede revestir innumerables interpretaciones<sup>18</sup>.

Es frente a esta multiplicidad de significados que se vuelve relevante la labor del Estado en torno a la comprensión de dar relevancia al bien común, primando desde el ejercicio constitucional una serie de acciones que favorecen el desarrollo armónico de la sociedad, con la garantía de una protección de los derechos fundamentales, así como una intervención considerable en la que el Estado otorga autonomía a la participación ciudadana, pero bajo una serie de normativas que permiten que haya una regulación social. Todo lo anterior basado en lo que Younes ha descrito como la orientación de la administración pública con base al interés general, convirtiendo al derecho administrativo en un derecho de servicios que responde a una función social, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de toda acción a cargo de los gobernantes.

Por tanto, desde el control constitucional, como Estado social y democrático, la prevalencia del interés general es fundamental para garantizar los derechos de la comunidad, así como los derechos individuales, por tanto, la función administrativa prevalece con una garantía de imparcialidad entre los argumentos de la Administración pública y los particulares para lograr la organización del Estado y su desarrollo. De tal modo que, según lo dicho, la orientación de toda actividad administrativa es la consecución del interés general, la actuación deberá estar presidida por la supremacía del bien común y del interés colectivo sobre los individuales. Lo cual, tal como Younes lo señala, se consagra en el artículo 58 de la carta magna, al preceptuar que el interés privado debe ceder ante el interés social.

18 Alejandro Nieto, "La Administración sirve con objetividad a los intereses generales", en *Estudios de derecho y ciencia de la administración* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 125 y ss.

## REFLEXIONES FINALES

La prevalencia del interés general como principio constitucional se ha convertido en un tema de mayor interés con los años. Al respecto, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado con el fin de aclarar las formas en que este es aplicable dentro del derecho público y en aras de proteger el bien común. Para muchos este se encuentra principalmente asociado con temas de patrimonio, pero, en realidad, como se ha podido determinar hasta el momento, es un principio que justifica y da sentido a la labor del Estado, en especial cuando este se establece como un organismo democrático y social, donde se pretende salvaguardar la protección de los derechos fundamentales y las libertades de cada sujeto.

Por medio de un recorrido teórico intentamos dar a conocer las principales concepciones respecto al principio de la prevalencia del interés general sobre el particular y el impacto que tiene dentro de la normatividad tanto del país como a nivel internacional. Se analizaron conceptos considerados claves para la comprensión del actuar del Estado y se tomaron posturas como la de Younes Moreno para poder comprender la importancia de regular al Estado en disposición de garantizar los mayores beneficios para la población. Por último, reflexionamos acerca de los aportes hasta acá realizados y señalamos lo mencionado por la Corte para concluir e indicar la manera en que se debe comprender desde el derecho este principio.

En aras de la primacía del interés general, las autoridades no pueden desconocer el principio de la dignidad humana ni deducir del deber de solidaridad obligaciones que rompen los principios de equilibrio en las cargas públicas (art. 13 CN) o de reciprocidad en las relaciones entre el individuo y el Estado (arts. 2.º, 5.º y 6.º CN). Las autoridades están instituidas para proteger los derechos y las libertades de todas las personas residentes en Colombia y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares (art. 2.º CN). El reconocimiento de la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5.º CN) constituye un límite sustancial en el desarrollo de la misión encomendada por la Constitución a las autoridades. Es por esto por lo que el Estado, al hacer efectivo el cumplimiento de un deber u obligación social, debe asegurar previamente que su actuación no vulnere derechos fundamentales de las personas.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Acosta, Pablo. “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas: Estudios y comentarios”. *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 41 (2016).
- Buenahora Febres, Jaime. *La prevalencia del interés general*, 2.ª ed. (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019).
- Martínez López, José Luis. “El interés general”. *Revista de Derecho* 23, n.º 1 (2022).
- Nieto, Alejandro. “La Administración sirve con objetividad a los intereses generales”. En *Estudios de derecho y ciencia de la administración*, 125 y ss. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Palacios Mejía, Hugo. *Introducción a la teoría del estado*, 85. Bogotá: Temis, 1965.
- Rodríguez, Dairon A., Alfonso Silva y Jorge Maldonado. “Principios y valores constitucionales como marco de comprensión para la formación en competencias ciudadanas en Colombia a propósito de las pruebas Saber Pro”. *Revista Reflexión Política* 21, n.º 43 (dic. 2019): 121-136.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo*. Bogotá: Temis, 1994.
- Rousseau, Jean Jacques. *Contrato social*. Libro I, cap. VI. España: Austral, 2012.
- Younes Moreno, Diego. *Régimen del control fiscal y del control interno*. 4ª. ed. Bogotá: Legis, 2000.

### Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 69992. 20 de septiembre del 2023. M.P. María Adriana Marín.
- Corte Constitucional. Sentencia T-428 del 24 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-053 del 24 de enero del 2001. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional. Sentencia C-284 del 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-622 del 2016. Exp. T-5016242. 10 de noviembre del 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia C-192 del 20 de abril del 2016. Exp. D-10974. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-053 del 2021. Exp. D-13720. 5 de marzo del 2021. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

### Legislación

Congreso de la República. Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* n.º 116.



## CAPÍTULO 5

### EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS\*

Diego Felipe Younes

Paula Younes

#### INTRODUCCIÓN

La arquitectura del derecho constitucional moderno se sustenta en la existencia de normas o valores fundamentales objetivos<sup>1</sup>. Dichos valores no son solo objeto de especial protección por parte del Estado, sino que cuentan con diversos mecanismos para su efectiva aplicación. El principio de efectividad supone que los derechos no son exclusivas declaraciones programáticas, sino disposiciones de directa aplicación que median en la labor de las ramas del poder público y, en ciertos casos, determinan el contenido sustantivo del ordenamiento jurídico.

El presente texto tiene como propósito delinear los principales desarrollos jurídicos del principio de efectividad, con un especial énfasis en los avances domésticos e internacionales del concepto. En la primera parte se formularán los antecedentes doctrinarios del principio; en la segunda parte se estudiará su aplicación por parte de tribunales internacionales; y, por último, se presentarán los principales desarrollos de dicho principio en la jurisprudencia constitucional.

#### APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE EFECTIVIDAD

##### El efecto horizontal de los derechos

El derecho constitucional alemán de los años cincuenta fue tal vez uno de los precursores en el desarrollo de la teoría del derecho objetivo de los derechos

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.5>.

1 Mirjam Kunkler y Tine Stein (eds.), "Fundamental Rights and Constitutional Principles in Böckenförde's Work", en *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, editado por Mirjam Kunkler y Tine Stein (Oxford: Oxford University Press, 2017), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714965.003.0012>.



fundamentales<sup>2</sup>. Los trabajos de Max Scheler y Nicolai Hartmann impulsaron el debate sobre la doble función de los derechos fundamentales, a saber: (1) como garantías individuales ante el ejercicio del poder del Estado; y (2) como normas sustantivas de corte axiológico, las cuales aportan validez al ordenamiento jurídico positivo.

Esta doble dimensión fue expuesta de manera clara en la famosa decisión de *Lüth*, emitida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en 1958, en la que se precisó que los derechos fundamentales no protegen exclusivamente al ciudadano frente al Estado, sino que cuentan con un efecto transversal amplio en las relaciones jurídicas, incluso entre privados. Tal como explica Stein, el Tribunal Constitucional fue pionero en formular una compleja concepción de los derechos como principios constitucionales<sup>3</sup>.

Se trató de una demanda interpuesta por Domnick-Film-Produktion GmbH, productora asociada al director Veit Harlan, quien fue acusado por el senador Erich Lüth de difundir obras inmorales y de corte antisemita en la Semana del Cine Alemán, el 20 de septiembre de 1950. Lüth abogó por el boicot del cortometraje del señor Harlan y fue acusado por la productora cinematográfica ante un tribunal civil.

El Tribunal de Distrito de Hamburgo concluyó que Lüth debía abstenerse de sabotear el cortometraje del señor Harlan, pues dicho acto era contrario al artículo 826 del Código Civil alemán y, en consecuencia, a la estabilidad del orden público. Lüth presentó un amparo contra dicha decisión, insistiendo en su derecho a la libertad de expresión garantizado bajo el artículo 5.1 de la Ley Fundamental de Alemania<sup>4</sup>.

El Tribunal Constitucional Federal determinó que el derecho a la libertad de expresión era prioritario sobre otras consideraciones normativas en competencia, y precisó que la expresión *orden público*, contenida en el artículo 826 del Código Civil, debía ser interpretada conforme a la preponderancia de dicho derecho<sup>5</sup>. El profesor Robert Alexy afirma que el valor de dicha decisión residió

2 Richard Fallon, "Rights and Interests", en *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny Liberties* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 68-95.

Stephan Jaggi explica que hubo esfuerzos a finales de los años veinte en Alemania por desarrollar una revisión constitucional sustantiva, que fueron interrumpidos por el ascenso, a principios de los años treinta, de Adolf Hitler. Stephan Jaggi, "Lüth Case", *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2016, <https://oxcon.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e556>.

3 Sarah Stien, "Lüth and Elfes - A German Approach to a Horizontal Effect of Fundamental Rights", *IACL-AIDC* (14 jun., 2022), <https://blog-iacl-aidc.org/globalandmarkjudgments/2022/6/14/luth-and-elfes-a-german-approach-to-a-horizontal-effect-of-fundamental-rights-mm44>.

4 El caso llegaría al Tribunal Constitucional tan solo seis años y medio después de su establecimiento (1951) en el seno de la República Federal de Alemania.

5 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, 15 de enero de 1958, 1 BvR 400/51.

en promover “un equilibrio o ponderación de los principios constitucionales en conflicto cuando la aplicación de reglas del derecho civil podría limitar un derecho constitucional”<sup>6</sup>.

Los efectos de la sentencia sobre el principio de efectividad serían claros: (1) se reconoció la existencia de derechos inherentes al ser humano más allá de los derechos liberales clásicos asociados con la defensa del ciudadano frente al Estado; en consecuencia, (2) no solo la conducta del Estado sería susceptible de ser impugnada por contrariar el articulado constitucional; (3) un derecho de rango constitucional podría ser invocado en un litigio privado; y (4) tales derechos habrían de incidir en la revisión judicial sustantiva sobre otras leyes del ordenamiento jurídico.

En síntesis, el caso *Liith* sería el precursor en el desarrollo de la teoría de los valores objetivos, al extender la validez de los derechos fundamentales y sus contenidos subyacentes al desarrollo e interpretación del derecho en general<sup>7</sup>. Esto supuso una aplicación directa y no simplemente nominal de los derechos, pues estos, en casos concretos, podrían expresar con precisión el significado de la ley existente.

## El control constitucional formal de leyes

Un segundo antecedente importante es el caso *Elfes*, dictado tan solo un año antes por el mismo tribunal. En dicha decisión, el Tribunal Constitucional alemán desarrolló un enfoque integral para la protección de la libertad, así como el reconocimiento de ciertos ideales sustantivos propios del Estado de derecho como parámetros del control constitucional.

El caso involucró a Wilhelm Elfes, un político de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania (CDU) y miembro del “Bund der Deutschen”, movimiento crítico de las políticas del Gobierno federal<sup>8</sup>. Elfes solicitó la renovación de su

6 Robert Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris* 16, n.º 2 (jun., 2003): 131-140, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>.

7 Para una excelente crítica de los derechos fundamentales como principios constitucionales véase Künkler y Stein, “Fundamental Rights as Constitutional Principles”.

8 Elfes apoyó la resistencia contra Adolf Hitler como miembro del “Círculo de Colonia”, junto con Andreas Hermes y Jakob Kaiser, durante la guerra. También respaldó el proyecto de reunificación alemana. Las autoridades de Renania del Norte-Westfalia estimaron que Elfes saldría del país con el objetivo de difundir el proyecto de un referendo en favor de la unificación alemana y para desacreditar a Konrad Adenauer, primer canciller de la recién formada República Federal de Alemania. El Gobierno concluyó que tales propósitos se alineaban con los intereses del partido gobernante de Alemania Oriental, el Partido de Unidad Socialista de Alemania (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands). En Gehrig Sebastian, “The Difficulty of Leaving: Freedom of Movement and the National Security State in Cold War West Germany”, *Journal of Modern European History* 21, n.º 1 (2023): 133-152, Sagepub.com/journals-permissions.

pasaporte ante una autoridad competente, la cual rechazó la solicitud con base en el artículo 7.º de la Ley de Pasaportes de 1953. Bajo dicha ley, las autoridades contaban con discrecionalidad para denegar la expedición de pasaportes cuando existieran motivos razonables para suponer que el solicitante pondría en peligro la seguridad interior o los intereses de la república<sup>9</sup>.

Tras agotar los recursos pertinentes, Elfes impugnó la decisión ante el Tribunal Constitucional, bajo el argumento de que tanto la libertad de circulación consagrada en el artículo 11 de la Ley Fundamental, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 2.1 del mismo texto, habrían sido vulnerados. El Tribunal explicó que el artículo 11 era exclusivamente aplicable al interior de la República Federal, y precisó que la libertad de viajar al extranjero estaría cubierta por el alcance del derecho general a desarrollar libremente la personalidad comprendido por el artículo 2.1.

El notable logro de esta decisión residió en el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad general de acción, y a la garantía de los ciudadanos de impugnar la constitucionalidad de cualquier disposición legal que limitase el ejercicio de un derecho mediante una demanda constitucional (recurso de amparo). Con esto no se esperaba restringir de manera absoluta el ejercicio del Estado, sino demarcar su actuar a límites formales o sustantivamente compatibles con la Constitución.

Así, el Tribunal reconoció que las restricciones a la libertad general de acción eran legítimas, siempre y cuando fueran acordes con otras disposiciones constitucionales y pudiesen ser objeto de un control judicial de proporcionalidad. En conjunto, ambas decisiones fueron esenciales para delinear el control de constitucionalidad formal de leyes, invocando como base derechos fundamentales y principios esenciales. En palabras del propio Tribunal: “Las disposiciones jurídicas deben ser conformes con los valores más significativos del orden básico libre y democrático, los principios constitucionales esenciales no codificados y las decisiones fundamentales de la Ley Fundamental, especialmente los principios del Estado de derecho y del Estado social”<sup>10</sup>.

## La aplicación material de los derechos

Por efectividad entendemos el cumplimiento de las normas jurídicas vigentes<sup>11</sup>. Dicho cumplimiento se expresa en clave de derechos por lo menos en tres

9 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, 16 de enero de 1957, 1 BvR 253/561 BvR 253/56.

10 *Ibid.*, 1 BvR 253/56.

11 Antoine Jeammaud, “En torno al problema de la efectividad del derecho”, *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 1 (1984), <https://repositorio.unam.mx/contenidos/4114193>.

dimensiones: (1) en la aplicación efectiva y real de la normativa vigente en las situaciones que tiene como objetivo regular; (2) en las medidas legislativas o públicas para dar efecto material a dicho derecho; y (3) en la capacidad de un litigante de solicitar un remedio por la violación de uno o de múltiples derechos prescritos en el derecho interno<sup>12</sup>. Veamos:

1. Por aplicación real de las reglas vigentes en los casos concretos se hace referencia a la equivalencia o capacidad de una norma de gobernar el supuesto de hecho para la cual ha sido destinada. El profesor Antoine Jeammaud advierte que la efectividad de una norma refiere “a la relación de conformidad (o al menos de no contrariedad) de las situaciones o comportamientos que se hallan en su ámbito de competencia”<sup>13</sup>. Dicha competencia exige, además, la interpretación de la norma por parte de la autoridad competente para su ejecución.

Esta relación de correspondencia ha sido perfilada en varios casos. A título de ejemplo, es oportuno mencionar el famoso caso *United States v. Morrison* (2000), en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos trazó un límite constitucional a las funciones del Congreso a la hora de regular ciertas materias, incluso cuando su objetivo era el de proteger los derechos individuales<sup>14</sup>.

2. Las medidas legislativas o públicas para dar efecto material a los derechos comprenden, conforme a la Comisión Europea, garantías estructurales propias de un Estado de derecho, como es el respeto del principio

12 Mohamed Nour y Hasan Sayes, “Judicial Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in Bangladesh: A Critical Evaluation”, *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law* 23, n.º 1 (2022): 80-106, <https://doi.org/10.1163/15718158-23010003> Web.

13 Antoine Jeammaud, “En torno al problema de la efectividad del derecho”, *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 1 (1984), <https://repositorio.unam.mx/contenidos/4114193>.

14 El caso es relativo a una demanda efectuada por Christy Brzonkala, quien alegó haber sido víctima de una violación por parte de dos de sus compañeros de estudio en el campus universitario del Instituto Politécnico de Virginia. Brzonkala argumentó, en su momento, que bajo la Ley sobre Violencia contra la Mujer de 1994 (VAWA Act) —una ley federal que proporciona herramientas para abordar la violencia de género— existía el recurso para presentar una demanda civil por daños y perjuicios contra sus agresores en un tribunal federal. La Corte Suprema se vio en la tarea de precisar si la disposición de reparación civil de la Ley sobre Violencia contra la Mujer podría justificarse en virtud de la Cláusula de Comercio de la Constitución de los Estados Unidos. El argumento central residía en que la violencia por motivos de género, tal y como fue formulada bajo la disposición VAWA, tenía efectos significativos en el comercio interestatal. La Corte aclaró que la regulación de conductas criminales violentas y no económicas —como la violencia por motivos de género abordada por el articulado de VAWA— estaba más allá del alcance de la Cláusula de Comercio, y, en consecuencia, era una materia fuera del ámbito de competencia legislativa del Congreso. Más aún, la Corte reiteró que era “una cuestión judicial más que legislativa” establecer si determinadas operaciones afectaban el comercio interestatal lo suficiente como para estar bajo el poder legislativo del Congreso de los Estados Unidos. En *United States v. Morrison et al.*, *certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*.

de legalidad. Este principio, de acuerdo con la Comisión, abarca “Un proceso transparente, responsable, democrático y pluralista para promulgar leyes; certeza legal; prohibición de la arbitrariedad de los poderes ejecutivos; tribunales independientes e imparciales; revisión judicial efectiva que incluya el respeto de los derechos fundamentales; y la igualdad ante la ley”<sup>15</sup>.

Este marco se acompaña de un cambio paradigmático en la función del Estado con el reconocimiento de los deberes positivos y del papel de los derechos humanos en los sistemas de bienestar a mediados del siglo xx; el cual trae consigo una reformulación esencial de la comprensión de la responsabilidad tras el impacto de la Segunda Guerra Mundial en la política social europea<sup>16</sup>. En concreto, dicho tránsito supuso el debilitamiento de las obligaciones negativas o de no intervención propias del Estado liberal clásico y se aludió al concepto de deberes positivos<sup>17</sup>.

Por deberes positivos se entiende la obligación adscrita a las autoridades nacionales de actuar, esto es, de tomar medidas necesarias para salvaguardar un derecho o, más concretamente, adoptar acciones razonables para proteger los derechos del individuo. Dicha obligación comprende, además, evitar interpretaciones restrictivas de un derecho por parte de los órganos del Estado. Esto por cuanto la facultad de restringir derechos no es discrecional y responde tanto a parámetros constitucionales como a límites expresos en el derecho internacional público<sup>18</sup>.

15 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A New EU Framework to Strengthen the Rule of Law / COM/2014/0158. 52014DC0158.

16 Daniel Béland *et al.*, “Introduction”, en *The Oxford Handbook of the Welfare State*, editado por Daniel Béland *et al.*, 2.<sup>a</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2021), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198828389.013.1>.

17 Christopher Heath Wellman, “Toward a Liberal Theory of Political Obligation”, *Ethics* 111, n.º 4 (2001): 735-759, <https://doi.org/10.1086/233571>.

18 Así establecido en los artículos 6.º, 9.º, 12, 19 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 4.º, 7.º, 12, 13, 16 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos indica lo siguiente: “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho y suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Parte en la presente Convención,

Sobre el deber positivo, Medina Quiroga explica: “El Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender acciones positivas. Estas acciones consisten en todas aquellas que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades”<sup>19</sup>.

Aun cuando la distinción doctrinaria entre derechos positivos y negativos (o facetas, como lo denomina nuestra Corte Constitucional) sigue siendo relevante, con mayor frecuencia los tribunales privilegian una concepción integral de los derechos civiles, políticos y socioeconómicos. El caso *Limbuela* (2005) es un ejemplo claro de esta aproximación, porque la Cámara de los Lores reconoció la integralidad de los derechos y la “falsa dicotomía” entre obligaciones positivas y negativas dentro del sistema de bienestar del Reino Unido<sup>20</sup>.

En dicho caso, la Cámara de los Lores estudió la Ley de Nacionalidad, Inmigración y Asilo del 2002, la cual dispone que el secretario de Estado “no podrá proporcionar ni disponer la prestación de apoyo”, incluidos alimentos y alojamiento, a los solicitantes de asilo si la solicitud no ha sido presentada después de la llegada de la persona al Reino Unido<sup>21</sup>. La Cámara concluyó que privar a los solicitantes de asilo tardío de cualquier apoyo constituía un trato inhumano y contrario al artículo 3.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>22</sup>.

El citado caso ejemplifica la evolución progresiva de los sistemas jurídicos domésticos en favor de posturas más proactivas en defensa de los derechos. De igual modo, denota la tendencia sostenida de la interpretación prolongada de los instrumentos de derechos humanos, los cuales, a

---

por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

- 19 Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial* (Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23072.pdf>.
- 20 Véase el pronunciamiento de Lord Brown y de Lord Hope, *Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the cause Session 2005-06 [2005] UKHL 66 on appeal from: [2004] EWCA Civ 540*.
- 21 Con posterioridad a su promulgación, dicha ley ha sido objeto de varias modificaciones conforme a los pronunciamientos tanto de la Corte Suprema como del antiguo secretario de Estado, David Blunkett. Stephanie Palmer, “A Wrong Turning: Article 3 ECHR and Proportionality”, *The Cambridge Law Journal* 65, n.º 2 (2006): 438-451, <http://www.jstor.org/stable/4509209>.
- 22 Dicho artículo proporciona una protección absoluta contra actos de tortura o conductas degradantes. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos está estrechamente vinculada al respeto de la dignidad humana, así expuesto en *Bouyid v. Belgium* [Gran Cámara], 2015, artículo 81.

pesar de sus límites temáticos, son interdependientes y pueden dar lugar a deberes positivos en casos específicos<sup>23</sup>.

3. La justiciabilidad de un derecho, por último, se refiere a la posibilidad de reclamar por medio de un mecanismo jurídico su cumplimiento o restitución. En materia de derechos fundamentales, el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 indica que, en Colombia, el medio idóneo para solicitar la exigibilidad de este tipo de derechos en el ámbito interno es la acción de tutela; mientras que los derechos sociales, de orientación programática, están dirigidos al legislador (o a la Administración pública).

Sobre el particular, la Corte Constitucional reconoció inicialmente que la interdependencia en el cumplimiento de ciertos derechos, concretamente aquellos vinculados con derechos fundamentales, es susceptible de ser protegida mediante la acción de tutela, por vía de la teoría de la conexidad reconocida por la Corte. Al respecto, la Sentencia T-428 del 2012 precisó que, “en aquellos eventos en que el desconocimiento de un derecho social implique la afectación de uno fundamental autónomo, la tutela procede para su protección”<sup>24</sup>.

No obstante, y al menos desde el 2008, se advierte un abandono progresivo de la teoría de la conexidad, para dar paso a la teoría de las facetas de los derechos fundamentales, expuesta en la Sentencia T-760 del 2008.

También importantes son los mecanismos adicionales consagrados en la carta política para la protección de los derechos, a saber: el derecho de petición consagrado en el artículo 23; el *habeas corpus* recogido en el artículo 30; el *habeas data* acogido en el artículo 15; la acción de cumplimiento adoptada en el artículo 87; y la acción popular y de grupo recogidas en el artículo 88. Con todo, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia que protege derechos colectivos por medio de la acción de tutela, como en la Sentencia T-596 del 2017.

23 El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos advirtió expresamente sobre la integralidad de los derechos humanos en los términos siguientes: “Reiteró que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Jorge Calderón, “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: Relevancia de la Sentencia Lagos del Campo”, en *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 333-379, <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r37415.pdf>; Sandra Fredman, “Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights”, *Legal Research Paper Series*, n.º 38 (2006), <http://ssrn.com/abstract=923936>.

24 Corte Constitucional, Sentencia T-760 del 2008, M.P. María Victoria Calle Correa.

En conjunto, los citados instrumentos permiten la protección, el reconocimiento y la eficacia de los derechos a nivel doméstico y en lineamiento con el principio de solidaridad adscrito al Estado social de derecho.

En el ámbito regional, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se ha consolidado como una dimensión extensa de promoción y protección de los derechos por medio de las funciones políticas y cuasijudiciales de la Comisión, así como por medio de la función contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El conjunto de instrumentos convencionales, como los dos citados órganos de protección, son esenciales en la vigilancia y en el cumplimiento de los derechos atribuidos a los Estados adheridos a la Convención Americana<sup>25</sup>.

La función contenciosa, en concreto, faculta a la Corte para determinar si un Estado Parte ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 63.1 del citado instrumento indica lo siguiente sobre los fallos de la Corte: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera 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”.

Si bien los Estados son quienes de manera exclusiva pueden someter un caso ante la Corte IDH, cualquier presunta víctima está en capacidad de presentar su petición ante la Comisión y completar el procedimiento previsto en el artículo 46. El inciso 2 del artículo 68 de la Convención, adicionalmente, precisa que “[l]a parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de Sentencias contra el Estado”<sup>26</sup>.

El citado artículo también exige que se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme al principio de complementariedad. Los fallos emitidos por la Corte IDH son definitivos e inapelables, y en caso

25 Joaquín Mejía, “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, n.º 51 (2010): 56-112.

26 En casos de extrema gravedad, la Corte también está en capacidad de adoptar medidas provisionales con el fin de evitar daños irreparables, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.2. Con respecto de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, la Corte también podrá actuar a solicitud de la Comisión.



de controversia sobre el sentido o alcance de este, la Corte podrá brindar interpretación a solicitud de cualquiera de las partes, siempre y cuando dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo, así dispuesto en el artículo 67.

Tal como explica Manuel Ventura Robles, juez y exvicepresidente de la Corte IDH, esta ha implementado un procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias a partir de una base jurisprudencial desarrollada en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (2003), con el propósito de determinar si un Estado Parte en la Convención ha cumplido con las reparaciones ordenadas<sup>27</sup>. En la citada sentencia, la Corte indicó que, conforme al artículo 63.1 de la Convención, dicha corporación cuenta con “un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación”<sup>28</sup>.

Los mecanismos de seguimiento comprenden también informes de cumplimiento que presentan los Estados, así como observaciones emitidas por las víctimas y/o sus representantes y las que sobre ambos presenta la Comisión Interamericana, con el fin de evaluar el grado de cumplimiento que la sentencia ha logrado. Estos son tan solo algunos de los instrumentos relevantes para el debido cumplimiento y aplicación de los derechos.

## EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y SU APLICACIÓN POR TRIBUNALES INTERNACIONALES

### Ejecución de los derechos humanos

Expuestos varios de los elementos esenciales que enmarcan el principio de efectividad, así como los instrumentos que garantizan su materialidad en el ámbito de los derechos, es preciso referirnos a su desarrollo por parte de tribunales internacionales. Sobre todo, en lo que concierne a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

27 El asunto versó sobre un cuestionamiento efectuado por Panamá en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* con respecto a las facultades de la Corte en materia de supervisión y seguimiento de sus propias sentencias. Sobre el particular, Panamá afirmó que la etapa de supervisión de cumplimiento de las sentencias era una etapa *posadjudicativa*, y en conciencia, fuera de la esfera jurisdiccional de la Corte. Manuel E. Ventura Robles, *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (San José, Costa Rica: Editor Manuel E. Ventura, 2007).

28 Corte Interamericana, *Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 28 de noviembre del 2003.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido con mayor frecuencia obligaciones positivas de los Estados miembros derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal como explica el profesor Matthias Klatt, las obligaciones positivas —aquellas que exigen el actuar del Estado con el fin de evitar violaciones o daños a los derechos humanos— exhiben mayor importancia en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>29</sup>.

Así, en la adecuada aplicación de los derechos humanos coinciden con mayor frecuencia tanto deberes negativos como positivos<sup>30</sup>. Esta es justamente la tesis del doctor Laurens Lavrysen en su obra *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, en la que desmiente que los derechos humanos imponen exclusivamente restricciones a las autoridades estatales<sup>31</sup>.

Dicha postura se sustenta, además, en una serie de casos, por ejemplo, el caso *Hatton y otros vs. el Reino Unido* (2003), que es muy valioso para confirmar dicha posición. *Hatton* tuvo origen en una demanda contra el Reino Unido presentada por ocho nacionales británicos en 1997, que residían o habían residido cerca del aeropuerto de Heathrow en Londres y se incomodaban por los elevados niveles de ruido causados por los vuelos nocturnos en el aeropuerto.

El control del ruido era administrado primordialmente por un sistema de cuotas. La pregunta objeto de estudio era si las autoridades habían sobrepasado su margen de apreciación al introducir un régimen más permisivo para los vuelos nocturnos en el aeropuerto. La decisión de primera instancia fue a favor de los demandantes. El caso fue remitido para su revisión a la Gran Sala, que desestimó el sustento de la demanda, pues consideraba que el Gobierno había actuado dentro de su margen de apreciación y atendiendo a los derechos humanos medioambientales.

El caso fue llevado ante el Tribunal Europeo en mayo de 1997. Los demandantes alegaron que la política del Gobierno en materia de vuelos nocturnos era contraria al contenido del artículo 8.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por el cual se garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar<sup>32</sup>.

29 Matthias Klatt, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights" (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011).

30 Silvia Venier, "Exploring the Dichotomy: The Evolving Role of Positive Obligations under International and European Human Rights Law", *Hum. Rts. & Int'l Legal Discourse* 11, n.º 2 (2017): 289.

31 La discusión no es menor por cuanto comprende las preguntas de si, y en qué medida, las obligaciones positivas deben incluirse en un catálogo de derechos y de qué manera su incorporación puede justificarse racionalmente. En Klatt, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights".

32 El artículo 8.º, por el cual se asegura el derecho al respeto a la vida privada y familiar, indica lo siguiente: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este

La tensión entre derechos fue formulada así: por un lado, la obligación positiva del Estado de proteger a sus ciudadanos de la exposición excesiva al ruido derivada de los vuelos nocturnos; y, por otro, la obligación negativa de no obstaculizar las actividades económicas de los operadores aéreos al imponer excesivos controles en los vuelos nocturnos.

Al respecto, el Tribunal afirmó que la dicotomía planteada entre obligaciones positivas y negativas no era indispensable en ese caso, por cuanto,

Con independencia de que el caso sea analizado en términos de una obligación positiva del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos de los solicitantes [...] o de una injerencia de una autoridad pública [...], los principios aplicables son similares en términos generales. En ambos contextos debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que existe entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto<sup>33</sup>.

Con esta afirmación, el Tribunal propuso enmarcar la discusión en términos de intereses y pesos relativos. El punto central del análisis residió en definir si el Estado había logrado el equilibrio adecuado entre las medidas activas y la no interferencia. Una vez alcanzada esta etapa de equilibrio, sin embargo, no existía nada que impidiese al Tribunal utilizar diferentes estándares de revisión para los deberes positivos y negativos en juego<sup>34</sup>.

En efecto, existen circunstancias fácticas complejas que amenazan con desdibujar los límites entre la acción estatal y la omisión, puesto que, para que exista la violación de una obligación positiva, el Estado no siempre tiene que ser pasivo<sup>35</sup>. Puede haber intervenido, pero sin tomar en consideración todas las medidas necesarias para la adecuada protección de los derechos<sup>36</sup>.

---

derecho sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

33 ECtHR, *Hatton and Others v. the United Kingdom* (Grand Chamber) (2003) 37 E.H.R.R. 28, párrafo 98.

34 Así expuesto por Johan Vorland Wibye, “Reviving the Distinction between Positive and Negative Human Rights”, *Ratio Juris* 35, n.º 4 (dic., 2022): 363-382.

35 Robert McCorquodale, “Impact on State Responsibility”, en *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, editado por Menno T. Kamminga y Martin Scheinin (Oxford: Oxford University Press, 2009), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199565221.003.0011>.

36 Stoyanova explica, sin embargo, que el nivel de concreción elegido para articular obligaciones es importante porque tiene un impacto en la posibilidad de evaluar si el Estado es eficaz. Vladislava Stoyanova, “Framing Positive Obligations under the European Convention on Human Rights Law: Mediating between the Abstract and the Concrete”, *Human Rights Law Review* 23, n.º 3 (2023): 1-34, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngad010>.

Con independencia de la categorización analítica preponderante, las obligaciones recogidas en el Convenio tienen la misma finalidad: la aplicación efectiva del Convenio Europeo y la eficacia de los derechos que garantiza. Dicho enfoque sigue siendo una ilustración clara del creciente efecto tangible de los derechos humanos, así como su naturaleza en gran medida indivisible<sup>37</sup>.

Justamente en el caso *Airey vs. Irlanda* (1979), en el cual Johanna Airey solicitó el acceso a una separación ordenada judicialmente, el Tribunal insistió en la dimensión práctica de los derechos en los términos siguientes: “[...] el Convenio no tiene por objeto garantizar derechos que sean teóricos o ilusorios sino derechos prácticos y efectivos”<sup>38</sup>. Más aún, el Tribunal reiteró que los recursos judiciales debían ser eficaces y no ilusorios, como es el acceso efectivo a la asistencia jurídica y a los tribunales domésticos<sup>39</sup>.

En realidad, no siempre los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado se presentan con claridad. La jurisprudencia exhibe el grado en que ambas dimensiones pueden superponerse en la práctica. Sobre todo, cuando los derechos coinciden. Tal como explica la tesis del profesor Lavrysen, con mayor frecuencia las autoridades intervienen afirmativamente en tantos ámbitos que resulta cada vez más difícil establecer un punto de referencia para distinguir adecuadamente entre acción e inacción<sup>40</sup>.

De igual complejidad son los casos en los que el Tribunal se ocupa de los actos de individuos que desempeñan determinadas funciones gubernamentales. Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Europeo ha priorizado dos motivos de atribución, en virtud de los artículos 5.º y 8.º de la Convención, como los más pertinentes<sup>41</sup>.

En el caso *Storck vs. Alemania* (2005), por ejemplo, el Tribunal sostuvo que la detención ilegal con arreglo al artículo 5.º del Convenio era imputable a Alemania

37 Jean-François Akandji-Kombe, “Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Handbooks*, n.º 7.

38 La aplicante no pudo obtener una orden judicial para el acceso a una separación puesto que carecía de los medios financieros para costear los servicios de un abogado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que esto constituía una violación a su derecho a acudir a un tribunal para determinar sus derechos y obligaciones civiles (art. 6.º). Citando el derecho internacional y la intención de la Convención, se afirmó que los recursos debían ser eficaces y no ilusorios, en especial dado el complejo procedimiento exigido por el Tribunal Superior de Irlanda y la legislación irlandesa aplicable.

39 *Airey v Ireland* 32 Eur CtHR Ser A (1979): [1979] 2 E.H.R.R. 305.

40 Laurens Lavrysen, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights* (Reino Unido: Intersentia, 2016).

41 Según el artículo 5.º, el comportamiento de una persona o entidad que no sea un órgano del Estado, pero que esté facultada por la ley de ese Estado para ejercer elementos de autoridad gubernamental, se considerará como un acto del Estado conforme al derecho internacional, siempre que la persona o entidad actúe en calidad de tal.

sobre la base de que se utilizaron agentes de policía para obligar al solicitante a regresar a una clínica psiquiátrica privada. El Tribunal también decidió que se había violado una obligación positiva del Estado en virtud de los artículos 5.º (derecho a la libertad y la seguridad) y 8.º (respeto de la vida privada)<sup>42</sup>.

De nuevo, con independencia de las inmensas y evidentes complejidades propias de la adjudicación, lo importante es resaltar que las decisiones vinculantes de las instituciones judiciales internacionales encapsulan la comprensión de que el respeto por los derechos humanos es obligatorio y no una elección voluntaria por parte de los Estados.

En concreto, la jurisprudencia del Tribunal y las conclusiones de los órganos de control representan herramientas fundamentales para este propósito. Su enfoque integral y multidisciplinario brinda guía y lineamientos prácticos a los distintos desafíos que surgen en relación con los derechos humanos en las sociedades europeas.

## La obligación de reparar

De acuerdo con lo expuesto con antelación, una de las condiciones esenciales para la efectividad de los derechos es su justiciabilidad y, en aquellos casos concretos, la responsabilidad de reparar. De acuerdo con la Corte Interamericana, “Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional. Con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar”<sup>43</sup>.

El efecto práctico y alcance de dicha obligación se encuentra en el deber de los Estados miembros de garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos, *effet utile* (efecto útil), en el derecho interno<sup>44</sup>. Dicho principio es aplicable en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos<sup>45</sup>, como también en relación con las normas procesales, recogidas en los artículos 67 y 68.1 de la Convención<sup>46</sup>.

42 ECtHR, *Storck v. Germany*, n.º 61603/00, § 103, 16 jun., 2005: “The State cannot completely absolve itself of its responsibility by delegating its obligations in this sphere on private bodies or individuals”, parágrafo 103. Del mismo modo presentado por Pavel Šturma, “State Responsibility and the European Convention on Human Rights”, Council of Europe.

43 Caso *Garrido y Baigorria*, reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C n.º 39, parágrafo 40; y cfr., entre otros, caso *Bulacio*, parágrafo 71; caso *Juan Humberto Sánchez*, parágrafo 147; y caso *Cinco pensionistas*, parágrafo 174.

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 28 de noviembre del 2003, parágrafo 65.

45 Todas aquellas que contienen disposiciones sobre derechos protegidos por la Convención.

46 El derecho general a la justicia; el derecho y principio general de igualdad; justicia pronta y cumplida; el derecho a la legalidad; el debido proceso o el derecho de defensa en general; el debido

Sobre el cumplimiento del principio de *effet utile*, por el cual se obliga a los Estados a instrumentar el derecho interno para cumplir con sus compromisos internacionales, la Corte IDH indicó lo siguiente: “Las disposiciones contenidas en los mencionados artículos deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva”<sup>47</sup>.

Más todavía, en materia de responsabilidad, la obligación que tienen los Estados de reparar en caso en que incurran en un ilícito internacional se considera también como un principio de derecho internacional público. Su carácter de principio y, por ende, su aplicabilidad como fuente de obligaciones, fue reconocido por la Corte Permanente de Justicia Internacional y recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>48</sup>.

En el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), la Corte reconoció la obligación de los Estados de reparar las transgresiones a las obligaciones internacionales en las que han incurrido, así: “Es un principio de Derecho Internacional, que la jurisprudencia ha considerado ‘incluso una concepción general de derecho’, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un

---

proceso en materia penal; el derecho de defensa en sí; el derecho del procesado a ser asistido por un traductor o intérprete; el principio de intimación y de imputación; concesión del tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa; defensa material y defensa técnica; el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas; el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo; el derecho a un proceso público; el principio de legalidad y el de retroactividad de la ley penal; el principio de juez regular; el principio de inocencia; el principio *in dubio pro reo*; los derechos al procedimiento; el principio de amplitud de la prueba; el principio de legitimidad de la prueba; el principio de inmediación de la prueba; el principio de identidad física del juzgador; el impulso procesal de oficio; el principio de valoración razonable de la prueba; el derecho a una sentencia justa; el principio *pro sententia*; el derecho a la congruencia de la sentencia; el principio de la doble instancia; el principio de cosa juzgada; el derecho a la eficacia material de la sentencia; la reparación por error judicial. Víctor Rodríguez Rescia, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum*, de Héctor Fix-Zamudio (San José de Costa Rica: Corte IDH, 1998).

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Tribunal Constitucional, competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C n.º 55, parágrafo 36. Para una lectura crítica del principio de “efecto útil” en el derecho de la Unión Europea véase Urska Sadl, “The Role of *Effet Utile* in Preserving the Continuity and Authority of European Union Law: Evidence From the Citation Web of the Pre-accession Case Law of the Court Of Justice of the EU”, en *European Journal of Legal Studies* 8, n.º 1 (2015): 18-45.

48 En el caso *Fábrica Chorzów* (1927), la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó que el objetivo de la reparación por violación del derecho internacional —también cuando corresponde la reparación— es el de “eliminar todas las consecuencias del acto ilegal”. Esto se conoce como el estándar *Chorzów Factory*. Permanent Court of International Justice, *Factory at Chorzów (Merits)*, PCIJ Series A, n.º 17. El caso versó sobre la destrucción de un complejo industrial de propiedad alemana, la fábrica de Chorzów, durante el curso de la Primera Guerra Mundial. Después de la guerra, Alemania presentó una demanda contra Polonia, solicitando una indemnización por los daños sufridos conforme al derecho internacional.

daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo”<sup>49</sup>.

En dicho caso fue declarada la responsabilidad internacional del Estado hondureño por la detención y desaparición de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, un joven universitario que fue capturado, sometido a tortura y posteriormente asesinado. Sus restos no fueron hallados. La Corte determinó que el Estado hondureño era responsable a nivel internacional por la infracción en detrimento del joven, así como la violación del derecho a la libertad personal, del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal<sup>50</sup>.

Ahora bien, la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido ocasión de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto conforme al principio de complementariedad, el cual estructura el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Si bien los modos específicos de reparar dependerán de la lesión producida, y en función de los derechos vulnerados<sup>51</sup>, lo cierto es que el control complementario es una garantía del cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados con respecto de los derechos humanos.

## EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Los valores conexos al principio de efectividad

El principio de efectividad encuentra sustento constitucional en el artículo 2.º de nuestra carta política. En dicho artículo se definen como propósitos esenciales del Estado y de la administración pública “Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez*, indemnización compensatoria, párrafo 25. La Comisión de Derecho Internacional también reconoció la obligación de los Estados a reparar las infracciones en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001). Puntualmente, bajo el artículo 1.º de ese proyecto, que dice que “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de este”.

50 Artículos 7.º, 4.º y 5.º, respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, sentencia del 27 de agosto de 1998, reparaciones y costas, párrafo 41. Rojas presenta una perspectiva general sobre los estándares internacionales en materia de reparaciones. Claudio Nash Rojas, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el desafío de reparar las violaciones de estos derechos”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 6, n.º 6 (2005).

decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Por su parte, el inciso segundo precisa que las instituciones de la república tienen la responsabilidad de salvaguardar a todos los ciudadanos residentes en Colombia, asegurando la integridad de su vida, honor, propiedades, convicciones y demás derechos y libertades. Además, deben garantizar el acatamiento de las responsabilidades sociales tanto del Estado como de los ciudadanos.

El profesor Manuel Fernando Quinche recuerda que dentro del marco de comprensión del principio de efectividad se encuentra la noción subyacente del Estado constitucional como un “Estado de justicia”, el cual abarca no solo un adecuado y oportuno acceso a la justicia, sino que supone la reparación integral de los derechos vulnerados conforme a los criterios de interpretación más recientes. En palabras del profesor Quinche, “La interpretación de la Constitución ha de ser vivificante para que sus mandatos efectivamente se cumplan y para que su significado corresponda a las realidades nacionales”<sup>52</sup>.

Esto incluye, por supuesto, la interpretación conforme a los tratados públicos sobre derechos humanos como textos vivos y en lineamiento con el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual permite la compatibilidad de las normas internas de los Estados con sus obligaciones internacionales, con el fin de garantizar condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, así como en el derecho interno<sup>53</sup>.

En materia interpretativa, lo anterior presupone la comprensión integral de la Constitución. Esto es, conforme a la jerarquía normativa y en función de sus valores fundamentales, así como por medio de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de los órganos autorizados para dicho fin, lo que se ha denominado control de convencionalidad.

## Las dimensiones hermenéuticas del principio de efectividad

Además del artículo 2.º, el principio de efectividad de los derechos también tiene fundamento constitucional expreso en el artículo 5.º, que, entre otras cosas,

52 Manuel Fernando Quinche, *Derecho constitucional colombiano: De la carta de 1991 y sus reformas* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2008).

53 ARTÍCULO 2.º: “DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO: Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.



dispone que “[e]l Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. Este principio ha sido aplicado por la Corte Constitucional en amplia variedad de temas, tanto en el control abstracto como en el control concreto. En este acápite se presentarán algunos ejemplos de su aplicación en la jurisprudencia, con el fin de mostrar su empleo en diversos planos.

En la Sentencia C-273 de 1999, la Sala Plena resolvió una demanda contra un artículo del Código del Menor que reconocía la nacionalidad como derecho. El actor demandó la disposición porque consideraba que la Constitución reconoce el derecho de los colombianos a la doble nacionalidad (art. 96). La Corte desestimó el cargo y reconoció una dimensión hermenéutica al principio de efectividad, según la cual “[...] el intérprete debe considerar la totalidad de las disposiciones de la manera que mejor consulte el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico”, razón por la cual, “[l]as reglas que el intérprete pretenda derivar de una disposición jurídica, al margen de este principio hermenéutico, carecerán de todo valor jurídico”.

A partir de esta consideración, la Corte sostuvo que la disposición acusada no podía interpretarse en el sentido de negar la posibilidad de tener doble nacionalidad.

En la misma línea, la Sala Séptima de Revisión conoció de una acción de tutela contra dos providencias que negaron el reconocimiento y pago del incremento del 14% de la mesada pensional del actor por cónyuge a cargo. La Sala aplicó el principio de efectividad, como fundamento del principio *pro personae*, y sostuvo que al ser Colombia un Estado social de derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana, aquel “tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia ‘principio de interpretación *pro homine*’ o ‘*pro persona*’” (Sentencia T-369 del 2015).

Otro ejemplo de la aplicación del principio, en su dimensión hermenéutica, está consignado en una aclaración de voto del conuez Julio Andrés Ossa Santamaría a la Sentencia C-055 del 2022. En esta, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, en el sentido de que la conducta de abortar allí prevista solo será punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación y, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos en los que la Sentencia C-355 del 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto<sup>54</sup>.

54 Estas causales son: “(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que

El juez sostuvo que

La tesis de la protección absoluta de la vida del *nasciturus* implica, en la práctica, interpretar la Constitución desde uno solo de sus artículos, no desde la integridad del texto constitucional, como lo impone el método de interpretación integral de la Carta. La posición absolutista niega en este caso que la Constitución deba interpretarse como un todo, como una unidad armónica y coherente, y renuncia a maximizar la efectividad de todas las disposiciones constitucionales involucradas, que es precisamente lo que hace el juez constitucional.

En la Sentencia T-068 de 1998, que declaró el estado de cosas inconstitucionales por cuenta de la falta de respuesta de peticiones en materia pensional por parte de Cajanal, la Corte sostuvo que el principio de efectividad de los derechos se asociaba al cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia administrativa.

La Corte reconoció en esta providencia una dimensión positiva del principio, en virtud de la cual “[...] la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones”.

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional conoció de un caso de una persona privada de la libertad a la que el establecimiento carcelario le negó la entrega de una fórmula oftalmológica. La Corte sostuvo que el derecho a la salud es un presupuesto para materializar la dignidad humana y que tiene una dimensión prestacional que “exige por parte del Estado la adopción de políticas que conlleven a garantizar a los internos las condiciones mínimas de subsistencia digna” (Sentencia T-133 del 2006).

Esta obligación tiene sustento en el principio de efectividad de los derechos, lo que da cuenta de la relación de dicho principio como sustento del principio de progresividad. Se trata, en términos prácticos, de una dimensión positiva del principio.

Este principio también ha sido empleado por la jurisprudencia para justificar la procedencia de la acción de tutela contra particulares, como efecto de su dimensión positiva. En el marco de una acción de tutela, en la que se discutía el

---

haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

rechazo de unos trabajadores al plan de retiro por una empresa, la Corte justificó la procedencia de la acción de tutela contra la empresa, pero reconoció un límite a la aplicación de este principio de eficacia de los derechos.

En la Sentencia T-611 del 2001, la Sala sostuvo lo siguiente:

[e]l reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales contra particulares acarrea riesgos al debilitar el principio de legalidad, el principio de la autonomía de la voluntad privada, la libertad contractual y la seguridad jurídica. Razones por las que la aplicación de la protección de la efectividad directa de los derechos fundamentales frente a particulares, no puede ser ilimitada, por ello el artículo 86 de la Constitución establece la condición de subordinación o indefensión como criterios para precisar su alcance y eficacia.

En la Sentencia SU-067 del 2023, relativa al despido de una persona trans, la Corte encontró que los jueces incurrieron en un defecto fáctico al no valor las pruebas que daban cuenta de que la empresa terminó el contrato de trabajo del accionante por su orientación sexual.

La Sala sostuvo que, en aplicación del principio de efectividad, el derecho de acceso a la administración de justicia debe estar orientado hacia la realización del derecho sustancial y, en consecuencia, los jueces deben “garantizar los derechos fundamentales de grupos sociales históricamente discriminados”, sobre todo para “evitar la reproducción de estereotipos que buscan legitimar diversas formas de violencia contra dichos colectivos...”. En este caso, el principio operó como un criterio hermenéutico para valorar las pruebas.

En el mismo sentido, el principio de efectividad, en su dimensión negativa, ha sido empleado para fundamentar la configuración del exceso ritual manifiesto como una modalidad del defecto procedimental. En la Sentencia T-310 del 2023, la Sala Segunda de Revisión conoció de un caso en el que un tribunal declaró desierto un recurso de apelación por considerar que no se había sustentado, a pesar de que contaba con la manifestación suficiente de las inconformidades frente a la decisión de primera instancia.

La Corte sostuvo que la actividad judicial, como la de toda autoridad pública, está subordinada a la Constitución y, en particular, a la plena vigencia de los derechos fundamentales, por lo que el margen de apreciación sobre su actividad tiene límites en el principio de efectividad de los derechos fundamentales (art. 2.º), el debido proceso (art. 29) y el acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229), comprendidos en el texto constitucional.

En esta misma línea, la jurisprudencia ha sostenido que el principio de efectividad justifica la competencia del juez de tutela para fallar *ultra* y *extra petita*

y la posibilidad de darle efectos *inter comunis* a sus fallos. La Sala Segunda de Revisión decidió, en la Sentencia T-247 del 2023, una acción de tutela interpuesta por unas comunidades indígenas contra varias entidades de la Administración.

El fundamento de la tutela era la “presunta falta de suficiencia y eficacia de las medidas estatales dirigidas a proteger las semillas nativas y criollas de maíz en territorios indígenas, que constituyen una fuente real y significativa de la alimentación de las comunidades accionantes, de su relacionamiento con la tierra y su forma de vida, así como de las prácticas culturales que históricamente han conservado”. La Sala Segunda amparó derechos fundamentales, incluso no invocados en la acción, y dispuso el efecto *inter comunis* de la decisión, entre otras razones, pues estas medidas se encaminan “a garantizar la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales”.

En la Sentencia C-387 del 2023, la Sala Plena conoció de una demanda contra las reglas sobre las listas de elegibles aplicables a la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación. El demandante sostenía que se debía declarar la exequibilidad condicionada de la disposición, en el entendido de que las listas deben ser utilizadas también para proveer las vacantes preexistentes de los empleos ofertados. Uno de los asuntos que fue discutido fue el nivel de intensidad del test de proporcionalidad para juzgar la norma.

La Sala se decantó por un test intermedio, entre otras cosas, porque la disposición parcialmente acusada tenía relación con la efectividad: “De los derechos de participación de los ciudadanos (Artículo 2º) y, en concreto, el derecho de acceso a la función pública (Artículo 40.7); y de garantizar los principios que rigen el desenvolvimiento de la función administrativa (Artículo 209). Todo ello conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

En este caso, el principio sirvió como insumo para determinar el alcance del control de constitucionalidad.

Otra importante aplicación del principio de efectividad es servir como límite de los argumentos fiscales como obstáculo para la realización del contenido prescricional de los derechos. En la Sentencia C-197 del 2023, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la exigencia de 1300 semanas de cotización a mujeres para acceder a la pensión de vejez. La Sala tuvo en cuenta la sostenibilidad fiscal como una razón para diferir la decisión hasta el 31 de diciembre del 2025. La Corte sostuvo que en estos casos es necesario ponderar la sostenibilidad financiera del sistema pensional a la luz del contenido y alcance de los derechos fundamentales, con el objeto de garantizar su adecuada financiación, bajo condiciones de progresividad y universalidad. Pero, en todo caso, “la aplicación de dicho principio [sostenibilidad] no puede convertirse en barrera o limitante irrazonable para la efectividad de los derechos constitucionales”.

En general, y a manera de síntesis, el principio tiene las siguientes funciones: (1) una dimensión hermenéutica, que implica que el intérprete de una norma debe preferir la que satisfaga el contenido de los derechos fundamentales; (2) una dimensión positiva, que significa que el Estado debe garantizar los medios para la garantía de las posiciones jurídicas de los derechos; y (3) una dimensión negativa, pues el principio opera como un límite de cara a impedir la realización de los derechos.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Akandji-Kombe, Jean-François. “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights”. *Human Rights Handbooks*, n.º 7.
- Alexy, Robert. “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”. *Ratio Juris* 16, n.º 2 (jun., 2003): 131-140. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>.
- Béland, Daniel *et al.* “Introduction”. En *The Oxford Handbook of the Welfare State*, editado por Daniel Béland *et al.*, 2.<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2021. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198828389.013.1>.
- Calderón, Jorge. “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: Relevancia de la Sentencia Lagos del Campo”. *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, 333-379. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r37415.pdf>.
- Fallon, Richard H. “Rights and Interests”. En *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny*, editado por Richard Fallon, 68-95. Cambridge University Press, 2019.
- Gehrig, Sebastian. “The Difficulty of Leaving: Freedom of Movement and the National Security State in Cold War West Germany”. *Journal of Modern European History* 21, n.º 1 (2023): 133-152.
- Jaggi, Stephan. “Lüth Case”. *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2016. <https://oxcon.oup.com/display/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e556>.

- Jeammaud, Antoine. "En torno al problema de la efectividad del derecho". *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 1 (1984). <https://repositorio.unam.mx/contenidos/4114193>.
- Klatt, Matthias. "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights". Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011.
- Künkler, Mirjam y Tine Stein (eds.). *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, 12. Oxford: Oxford University Press, 2017. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714965.003.0012>.
- Künkler, Mirjam y Tine Stein (eds.). "Fundamental Rights as Constitutional Principles: On the Current State of Interpreting Fundamental Rights 1990". En *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*. Oxford University Press, 2017. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198714965.003.0014>.
- Lavrysen, Laurens. *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*. Reino Unido: Intersentia, 2016.
- McCorquodale, Robert. "Impact on State Responsibility". En *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, editado por Menno T. Kamminga y Martin Scheinin. Oxford: Oxford University Press, 2009. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199565221.003.0011>.
- Medina Quiroga, Cecilia. "La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia". En *Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23072.pdf>.
- Mejía, Joaquín. "Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales". *Revista IIDH*, n.º 51 (2010): 56-112.
- Nash Rojas, Claudio. "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el desafío de reparar las violaciones de estos derechos". *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 6, n.º 6 (2005).
- Nour, Mohamed y Hasan Sayes. "Judicial Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in Bangladesh: A Critical Evaluation". *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law* 23, n.º 1 (2022): 80-106. <https://doi.org/10.1163/15718158-23010003>.
- Palmer, Stephanie. "A Wrong Turning: Article 3 ECHR and Proportionality". *The Cambridge Law Journal* 65, n.º 2 (2006): 438-451. <http://www.jstor.org/stable/4509209>.

- Quinche, Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano: De la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2008.
- Rodríguez Rescia, Víctor. “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Liber Amicorum*, de Héctor Fix-Zamudio. San José de Costa Rica: Corte IDH, 1998.
- Sadl, Urska. “The Role of Effet Utile in Preserving the Continuity and Authority of European Union Law: Evidence From the Citation Web of the Pre-accession Case Law of the Court Of Justice of the EU”. *European Journal of Legal Studies* 8, n.º 1 (2015): 18-45.
- Stien, Sarah. “*Liith and Elfes* - A German Approach to a Horizontal Effect of Fundamental Rights”. IACL-AIDC, 14 jun., 2022. <https://blog-iacl-aidc.org/globalandmarkjudgments/2022/6/14/liith-and-elfes-a-german-approach-to-a-horizontal-effect-of-fundamental-rights-mm4>.
- Stoyanova, Vladislava. “Framing Positive Obligations under the European Convention on Human Rights Law: Mediating between the Abstract and the Concrete”. *Human Rights Law Review* 23, n.º 3 (sep., 2023): 1-34. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngad010>.
- Venier, Silvia. “Exploring the Dichotomy: The Evolving Role of Positive Obligations under International and European Human Rights Law”. *Hum. Rts. & Int’l Legal Discourse* 11, n.º 2 (2017): 289.
- Ventura Robles, Manuel E. *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Editor Manuel E. Ventura, 2007.
- Vorland Wibye, Johan. “Reviving the Distinction between Positive and Negative Human Rights”. *Ratio Juris* 35, n.º 4 (dic., 2022): 363-382.

## Jurisprudencia internacional

- Session 2005-2006. *R. (Adam and Limbuela) v. Secretary of State for the Home Department*, (2005) UKHL 66, on appeal from: [2004] EWCA Civ 540.
- Tribunal Constitucional Federal. Caso *Elfes*. Sentencia del 16 de enero de 1957 - 1 BvR 253/56.
- Tribunal Constitucional Federal. Caso *Liith*. Sentencia del 15 de enero de 1958 - 1 BvR 400/51.
- United States v. Morrison et al.*, certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit.

## Tribunales regionales de derechos humanos

### *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia del 2 de febrero del 2001. Fondo, reparaciones y costas.

Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia del 28 de noviembre del 2003. Competencia.

Caso *Garrido y Baigorria*. Sentencia del 27 de agosto de 1998. Reparaciones.

Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Competencia.

Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo.

### *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Caso *Airey v. Irlanda*. Número de solicitud 6289/73. Sentencia del 9 de octubre de 1979.

Caso *Bouyid v. Bélgica*. Número de solicitud 23.380/09. Sentencia del 28 de septiembre del 2015.

Caso *Hatton y Otros v. Reino Unido*. Número de solicitud 36.022/97. Sentencia del 8 de julio del 2003.

Caso *Storck v. Alemania*. Número de solicitud 61.603/00. Sentencia del 16 de junio del 2005.

## Jurisprudencia nacional

Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 1998. Exp. T-144.670, T-146.357, T-146.730, T-149.307 y T-149.514. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-273 de 1999. Exp. D-2220. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-611 del 2001. Exp. T-404092. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-355 del 2006. Exp. D- 6122, 6123 y 6124. M.P. Jaime Araujo Rentería y M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional. Sentencia T-133 del 2006. Exp. T-1212136. M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia T-369 del 2015. Exp. T- 4.827.654. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Corte Constitucional. Sentencia T-596 del 2017. Exp. T-6.042.811. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional. Sentencia C-055 del 2022. Exp. D-13.956. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia C-197 del 2023. Exp. D-14828. M.P. Juan Carlos Cortés González.

Corte Constitucional. Sentencia C-387 del 2023. Exp. D-15062. M.P. Alejandro Liberales Cantillo.

Corte Constitucional. Sentencia SU-067 del 2023. Exp. T-8.842.342. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

Corte Constitucional. Sentencia T-247 del 2023. Exp. T-9.076.797. M.P. Juan Carlos Cortés González.

Corte Constitucional. Sentencia T-310 del 2023. Exp. T-9.329.281. M.P. Juan Carlos Cortés González.

## Documentos gubernamentales

European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A New EU Framework to Strengthen the Rule of Law / COM/2014/0158. 52014DC0158.

## Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). *Gaceta Oficial* 9460 del 11 de febrero de 1978. Publicada el 22 de noviembre de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53.º periodo de sesiones (A/56/10) y anexo por la Asamblea General en su Resolución 56/83, del 12 de diciembre del 2001.

## CAPÍTULO 6

### PROFUSIÓN Y DISPERSIÓN NORMATIVA, DEFICIENTE CALIDAD LEGISLATIVA E INSEGURIDAD JURÍDICA: URGEN REFORMAS\*

Germán Eduardo Nieto Olivar

*No te irrites contra nuestros políticos; son las gentes más divertidas del mundo con sus reglamentos, que modifican sin cesar, persuadidos de que remediarán así los abusos que se infiltran en las relaciones de la vida [...] No pueden imaginarse que realmente no hacen más que cortar las cabezas de una hidra.*

PLATÓN, *La República*

*Ignorantia juris non excusat* (la ignorancia de la ley no sirve de excusa). Este principio jurídico, que nuestro ordenamiento consigna expresamente en el artículo 9.º del Código Civil, es considerado, en todos los países que comparten el sistema jurídico de derecho civil, escrito o continental europeo, como uno de los fundamentos mismos del ordenamiento, en tanto que el deber general de obediencia a la ley (en su sentido general y más amplio) exige presuponer el conocimiento de esta por parte de toda la población. De lo contrario, el cumplimiento de la ley, en cada caso concreto, quedaría sujeto a su conocimiento o desconocimiento, real o ficticio, por parte de cada persona, y su exigibilidad se haría virtualmente imposible.

Este principio se relaciona con el deber impuesto por el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual “[t]oda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”. En efecto, si toda persona está obligada a cumplir la carta política y las leyes, entonces todas tienen el deber de conocerlas, y las autoridades han de partir de dicho conocimiento.

Algunos comentaristas opinan que este principio contiene una *presunción*: la del conocimiento general de las leyes. Dicha presunción sería de derecho (*iuris et de iure*), pues no podría admitirse prueba en contrario.

Sin embargo, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, más que una presunción, lo que se deriva de este principio es un *deber*: el deber de conocer las

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.6>.

leyes, para poder cumplirlas. Esto obedece a que las presunciones son ficciones que la ley establece a partir del comportamiento general de las personas; pero, como lo admite la propia Corte, no puede pretenderse que los individuos conozcan —y mucho menos entiendan— la totalidad de las normas jurídicas que los rigen, ya que ese grado de conocimiento no es exigible, ni siquiera, al jurista más experto, en el campo de su especialidad. Así lo explicó dicha corporación, en la Sentencia C- 651 de 1997<sup>[1]</sup>:

La norma demandada, al no aceptar como excusa jurídicamente atendible la ignorancia de las leyes, por parte de quien las ha infringido, contiene implícito el deber de conocerlas.

¿Constituye ese mandato una presunción de derecho, como lo afirma un numeroso grupo de doctrinantes? No parece correcto ese análisis, si se considera —como hay que considerar— que las presunciones se fundan en lo que ordinariamente ocurre y no es ése el caso, tratándose del conocimiento de las reglas que conforman un ordenamiento jurídico. Más bien *puede afirmarse con certeza que no hay siquiera un jurista especializado en una disciplina jurídica particular que pueda responder por el conocimiento cabal de las que constituyen el área de su especialidad. Mucho menos puede esperarse que un ciudadano corriente conozca todas las normas que se refieren a su conducta. El recurso epistémico utilizado por el legislador es más bien la ficción, de uso frecuente y obligado en el derecho, y que en el caso específico que ocupa a la Corte puede expresarse de este modo: es necesario exigir de cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tienen que ver con su conducta.* (énfasis añadido)

En la misma providencia, la Corte señala que, para poder exigir a las personas el cumplimiento de este deber, así como las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas, el Estado solo está obligado a promulgar las disposiciones que expide, mediante su publicación en los respectivos órganos oficiales de difusión, con el fin de hacer posible su conocimiento por parte de cualquier individuo. En efecto, se supone que, a partir de dicha promulgación, toda persona está en condición de conocerlas y, por tanto, de cumplirlas.

A pesar de que, desde el punto de vista formal, la exigencia del deber general de conocimiento y obediencia de las leyes no requiere, en efecto, de otras condiciones, el Estado sí podría hacer mucho más para lograr que el conocimiento de las leyes se torne cada vez más generalizado, más real y menos ficticio, lo que podría mejorar, sin duda, su nivel de cumplimiento y la interiorización de las

1 Corte Constitucional, Sentencia C-651 de 1997, 3 de diciembre de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

normas por parte de los habitantes (su eficacia material o real, y no meramente simbólica), y disminuir considerablemente la litigación, que ha producido, en nuestro país, una congestión generalizada del aparato judicial.

Tales medidas tienen que ver con corregir algunas fallas de nuestro ordenamiento jurídico, tan consuetudinarias que parecen estructurales, y que se han visto exacerbadas en los últimos tiempos. Me refiero, por una parte, a la monstruosa prodigalidad y disgregación normativa, y, por la otra, a la mala calidad de la legislación. Ambos vicios sumados, no solo alejan, cada vez más, la posibilidad de hacer realidad el ideal liberal del conocimiento de las leyes, sino que generan innumerables problemas de interpretación, confusiones, antinomias y, paradójicamente, vacíos en el ordenamiento jurídico.

Todo lo anterior ha producido gran inseguridad jurídica, la cual, a su vez, ha sido fuente de múltiples errores, pérdidas, perjuicios y litigios entre los particulares, entre estos y el Estado, e incluso entre las mismas entidades públicas, que terminan atascados durante años en los despachos judiciales, a la espera de una solución.

## LA PROFUSIÓN Y DISPERSIÓN NORMATIVA

Creo no equivocarme si afirmo que, en Colombia, es un hecho notorio la gran cantidad de normas jurídicas de todos los tipos (actos legislativos, leyes, decretos, resoluciones, circulares, acuerdos, etc.), niveles jerárquicos, órdenes territoriales y materias que se expiden cada día, no solamente por el Congreso de la República, como órgano legislativo por excelencia, sino también por el Gobierno nacional, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos, las superintendencias, las entidades territoriales (departamentos, municipios y distritos, principalmente), las comisiones de regulación, los organismos de control, los órganos constitucionales autónomos e, incluso, los particulares, en ejercicio de funciones públicas, para citar solo algunos.

Para no referirme a esas otras normas (lo que tendría que ser objeto de un estudio aparte), voy a hacer alusión únicamente a las leyes. Al observar la situación de estas, que son menos en cantidad, el lector podrá imaginar claramente lo que ocurre en los otros niveles y órganos de producción normativa del Estado.

Apenas se requiere tomar un listado de las leyes aprobadas por el Congreso y sancionadas por el presidente de la República para darse cuenta, no solo de la cantidad que ingresa cada año al ordenamiento jurídico, sino, lo que es más grave aún, de la irrelevancia e impertinencia de la mayoría.

A las tradicionales “leyes de honores”, y otras del mismo talante, se suman aquellas que consisten en repetir los mandatos contenidos en normas anteriores y que, a pesar de no haberse cumplido por años, se cree y se espera, por alguna misteriosa razón, que ahora sí van a ser obedecidos; las que buscan “derogar” disposiciones que ya perdieron vigencia; y las que procuran (usualmente, con poco éxito) corregir los vacíos, las contradicciones y los yerros de otras leyes, dictadas, apenas, unos meses o años atrás.

Esta propensión a expedir leyes por docenas ha sido desafortunadamente auspiciada en los últimos años por los medios de comunicación social, que presionan, y casi azuzan, al Congreso para que “trabaje”, entendiendo “trabajar” como hacer leyes, y juzgan su gestión como si la función regulatoria de ese órgano consistiera en operar como una verdadera “fábrica de leyes” (¿cuántas leyes produjo este año en comparación con los anteriores?), sin tener en cuenta, casi en lo absoluto, las demás funciones asignadas constitucionalmente al Congreso, ni, por supuesto, la verdadera necesidad, pertinencia, claridad, utilidad, eficacia y calidad de las normas jurídicas expedidas.

Pero lo más dañino no es el volumen de las leyes que se aprueban, ni su creciente extensión (y de cada una de sus secciones, capítulos, artículos, párrafos, etc.), sino la tremenda diseminación de las normas y la confusión que esto genera, al referirse a materias que, o bien no se encuentran codificadas, sino que han sido reguladas previamente en leyes diversas, o bien, a pesar de estar codificadas, se norman como si no lo estuvieran.

Dentro de los muchos ejemplos que pueden citarse de estas situaciones quiero referirme solamente a dos, que ilustran bien lo que ocurre en casi todos los campos de nuestra legislación: (1) el régimen jurídico de los municipios y distritos; y (2) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Luego (3) me referiré al efecto multiplicador de las normas legales que han venido generando, en las últimas décadas, los planes nacionales de desarrollo y las leyes que los aprueban.

1. *El régimen jurídico de los municipios y distritos*: ¿sabe el lector cuántas leyes y decretos con fuerza de ley, aparentemente vigentes, regulan, en la actualidad, los municipios y distritos? No tendría la osadía de garantizarlo, pero puedo afirmar que no son menos de 35, expedidos antes y después de la Constitución de 1991.

Desde luego, esta diseminación normativa genera inseguridad jurídica y múltiples inconvenientes para quienes deben aplicar dichos regímenes, como los alcaldes, los concejales, los ediles, las autoridades nacionales

que deben interactuar con las territoriales, los jueces y los ciudadanos del común. Dichos problemas van desde el simple desconocimiento u olvido de una disposición, en particular, hasta las contradicciones, los vacíos y las repeticiones injustificadas que se presentan, pasando por la determinación de cuáles son las normas que están realmente vigentes, lo que no es un problema jurídico que resulte fácil de solucionar, como todos los abogados sabemos.

Gran servicio le prestaría a la nación el Congreso de la República si decidiera reunir, organizar y depurar toda esa legislación en un gran código de régimen territorial, que podría incluir, también, las normas legales sobre los departamentos, las regiones, las áreas metropolitanas y los territorios indígenas.

2. *El régimen de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado*: en principio, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado se encuentra previsto en el artículo 8.º de la Ley 80 de 1993<sup>[2]</sup>. Este solo artículo tiene ya serios problemas de estructura y redacción que dificultan su interpretación y aplicación, como el hecho de que se refiere a las causales de “inhabilidad e incompatibilidad” para contratar con el Estado, pero no hace una distinción clara entre estos dos conceptos (inhabilidad e incompatibilidad), que son jurídicamente diferentes.

Adicionalmente, la misma Ley 80 establece inhabilidades para contratar en otros artículos, como sucede con las previstas en los numerales 3 y 6 del artículo 58.

Sin embargo, ninguna de estas deficiencias refleja el inconveniente mayor, que consiste en que, desde la promulgación de dicha ley, se han expedido no menos de catorce leyes y decretos con fuerza de ley que han modificado o añadido causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar con entidades públicas (sin mencionar las normas constitucionales que también las incluyen), algunas veces reformando o adicionando expresamente el artículo 8.º de la Ley 80, pero muchas otras, desafortunadamente, sin hacer referencia alguna a dicha norma<sup>3</sup>.

Tales leyes y decretos con fuerza de ley abarcan temas tan diversos como los servicios públicos domiciliarios, el régimen disciplinario de los

2 Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

3 En los conceptos 2260 y 2264 del 2015, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado identificó diez leyes (hasta ese momento), diferentes de la Ley 80 de 1993, que establecían causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar con el Estado, sin tener en cuenta las previstas directamente en la Constitución. Desde el 2015 se han expedido, por lo menos, cuatro leyes más que adicionan o modifican tales motivos de inhabilidad e incompatibilidad.

servidores públicos, la seguridad social, el control fiscal, el ejercicio de la función pública, la prevención y el combate contra la corrupción, la organización y la estructura de la Administración pública, la actividad política y electoral, y el régimen de las entidades territoriales.

No puede perderse de vista que quienes contratan con el Estado colombiano no son siempre grandes compañías nacionales, con suficiente conocimiento del Estatuto General de Contratación, con experiencia en su interpretación y aplicación, y con la asesoría de reconocidas firmas de abogados y prestantes juristas especializados. También contratan con las entidades públicas entidades sin ánimo de lucro, sociedades y personas naturales propietarias de micro, pequeñas y medianas empresas, así como extranjeros (personas naturales y jurídicas).

De este modo, si ya es difícil para una compañía colombiana, con suficiente respaldo técnico y experiencia, y con asesoría jurídica idónea, conocer y entender, a cabalidad, la totalidad de las causales de inhabilidad en las que podría estar incurso para contratar con el Estado, resulta mucho más difícil pretender que un individuo no especializado en estos asuntos, una entidad sin ánimo de lucro, una sociedad pequeña, o una persona natural o jurídica extranjera, entre otras, conozcan y entiendan claramente dichas causales.

No obstante, el deber general de obediencia a las leyes y, en este caso particular, a las normas del propio Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, exige que todo oferente conozca y entienda claramente las citadas causales de inhabilidad e incompatibilidad, para no dar lugar a la nulidad absoluta del contrato estatal, por haberlo celebrado estando inhabilitado (Ley 80 de 1993, art. 44, num. 1), ni incurrir en eventuales responsabilidades, que podrían llegar a ser penales.

Dado lo anterior, el Estado podría, al menos, hacer más simple, claro, accesible y lógico dicho régimen, empezando por *unificar*, en un solo estatuto, de forma ordenada y entendible, *todas* las causales que resulten aplicables.

3. *El efecto multiplicador de los planes nacionales de desarrollo*: en las últimas dos décadas, las leyes aprobatorias del Plan Nacional de Desarrollo han venido siendo utilizadas para incluir normas nuevas y modificar las vigentes en *todos los campos de la legislación*, sin excepción alguna, con el argumento —discutible, en muchos casos— de existir una relación directa entre tales disposiciones y los objetivos y programas incorporados en el respectivo plan.

Adicionalmente, y desde un punto de vista cuantitativo, el número de artículos y la extensión de cada uno de ellos han venido constantemente *in crescendo*. Y, lo que es peor, desde la Ley 1753 del 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014 a 2018) se adoptó la técnica —muy controvertible, desde el punto de vista constitucional— de mantener vigentes las normas de las leyes aprobatorias de los planes de desarrollo anteriores, con excepción de las que sean derogadas expresamente por las nuevas leyes del plan, a pesar de la vigencia *transitoria* de tales disposiciones.

Esto ha hecho que el número de normas legales, en todos los campos del derecho y de las actividades económicas y sociales, expedidas desde el principio del milenio y que se mantienen vigentes, se hayan multiplicado y sigan incrementándose en forma exponencial. Al mismo tiempo, ha crecido la diseminación regulatoria y, por lo tanto, la inseguridad jurídica.

Un análisis estadístico y aritmético de tales leyes, además de jurídico, permite demostrar claramente esta afirmación:

- a. La Ley 812 del 2003 (Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006) tiene 136 artículos, sin incluir el de vigencia y derogatorias.
- b. La Ley 1151 del 2007 (Plan de Desarrollo 2006-2010) pasó a tener 159 artículos, sin incluir el de vigencia y derogatorias, y dispuso que se mantendrían vigentes (total o parcialmente) veinticuatro artículos de la Ley 812.
- c. La Ley 1450 del 2010 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014) dio un brinco cuantitativo, al pasar a tener 275 artículos (sin incluir el de vigencia y derogatorias), y mantener vigentes siete artículos de la Ley 812 del 2003 y 43 de la Ley 1151 del 2007.
- d. La Ley 1753 del 2015 (Plan de Desarrollo 2014-2018) tiene 266 artículos (excluyendo el de vigencia y derogatorias). Esta ley derogó expresamente un artículo de la Ley 812, tres de la Ley 1151 del 2007 y 49 de la Ley 1450 del 2010. Sin embargo, dispuso que todas las demás normas de las leyes 812 del 2003, 1151 del 2007 y 1450 del 2010, que no hubieran sido derogadas expresamente por la misma Ley 1753, o por leyes anteriores, se mantuvieran vigentes.
- e. La Ley 1955 del 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022) dio otro salto cuantitativo, al pasar a tener 335 artículos, y repetir la fórmula de vigencia indefinida de las normas aprobatorias de los planes de desarrollo anteriores, a pesar de que derogó expresamente veintitrés artículos de la Ley 1450 del 2011 y veinte de la Ley 1753 del 2015.



- f. Finalmente, la Ley 2294 del 2023 (Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026) batió de nuevo este indeseable récord, al aportar 371 artículos, aunque derogó, total o parcialmente, doce de la Ley 1450 del 2011, quince de la Ley 1753 del 2015 y dieciocho de la Ley 1955 del 2019. De esta manera, al hacer las sumas y restas, tenemos que esta nueva ley añadió una cantidad neta de 326 artículos al ya caudaloso torrente normativo del país.

En síntesis, luego de hacer los respectivos cálculos, teniendo en cuenta los artículos contenidos en cada una de las leyes mencionadas, los derogados expresamente y los que las últimas leyes del plan ordenan mantener vigentes, se tiene que en el 2023 se encontraban formalmente vigentes *más de 1100* artículos de las leyes aprobatorias de los planes nacionales de desarrollo expedidas durante este siglo.

Por supuesto, habría que hacer un análisis más profundo para determinar cuáles de estas disposiciones se encuentran materialmente vigentes o, por el contrario, deben entenderse derogadas tácitamente, por ser contrarias, en forma total o parcial, a otras normas legales que se hayan expedido posteriormente, o por haber sido incorporadas después en una regulación integral. En todo caso, aun descartando los preceptos que pudieran entenderse derogados en forma tácita o sistemática, estamos hablando de un volumen considerable de legislación (más de 1100 normas), en todos los campos del derecho y en todas las áreas de la actividad económica y social.

Podrá imaginarse el lector, fácilmente, a dónde puede llegar nuestro ordenamiento positivo si se continúa con ese ritmo creciente y frenético en la expedición de normas, no solo en cuanto a las leyes aprobatorias de los planes nacionales de desarrollo, sino a todas las demás leyes que dicta el Congreso de la República cada año.

En este punto, es necesario y urgente, no solo que el Gobierno nacional —que elabora y presenta los proyectos de ley de los planes de desarrollo (arts. 154 y 341 de la carta política)— y el Congreso de la República —que los tramita y aprueba— racionalicen el ejercicio de sus respectivas funciones, sino también que la Corte Constitucional haga respetar estrictamente las normas de la Constitución y de la Ley Orgánica de Planeación (Ley 152 de 1994), así como los principios que se infieren de estas, sobre la unidad de materia y la vigencia necesariamente *transitoria* de las leyes aprobatorias de los planes nacionales de desarrollo.

En efecto, al revisar la jurisprudencia de la Corte sobre el principio de unidad de materia y la conexidad directa que debe existir entre las normas instrumentales

incorporadas en los planes nacionales de desarrollo y los objetivos, programas y planes de inversión incluidos en dicho documento, se aprecia que, solo recientemente (a partir del 2020), dicha corporación empezó a darle importancia a la vigencia cuatrienal de las disposiciones incorporadas en los planes y, por lo tanto, de las respectivas leyes aprobatorias, con el fin de esclarecer que tales preceptos no pueden ser transversales a la legislación ordinaria, ni derogar, modificar o adicionar sus disposiciones, *de manera permanente*, sino que deben ser normas clara y estrictamente necesarias para lograr el cumplimiento de las metas e inversiones programadas *para el respectivo periodo*, lo que conlleva necesariamente su carácter transitorio.

Sobre este punto, la Corte Constitucional manifestó en la Sentencia C-415 del 2020<sup>[4]</sup> lo siguiente:

#### LA REGLA GENERAL DE TEMPORALIDAD DE LA LEY DEL PLAN

108. Este Tribunal en su jurisprudencia más reciente ha hecho énfasis en el carácter temporal de las disposiciones que integran el Plan Nacional de Desarrollo<sup>5</sup>. En la Sentencia C-126 del 2020 se sostuvo que las medidas que se adopten para impulsar el cumplimiento del plan, *“por su naturaleza, deben tener vocación de temporalidad y, por consiguiente, resultan violatorias del principio de unidad de materia ‘aquellas normas que no tengan como fin planificar y priorizar las acciones públicas y la ejecución del presupuesto público durante un cuatrienio’”*<sup>6</sup>. Ya en la Sentencia C-068 del 2020 la Corte había manifestado que la regla de la temporalidad *“es un elemento adicional que refuerza o desvirtúa la eventual conexidad de una norma demandada con la ley que la contiene”*, postura que vendría a ser reforzada en la C-126 del 2020 al afirmarse que *“la temporalidad y el carácter instrumental de la medida, como criterios que permiten evaluar el cumplimiento del requisito de conexidad que acrediten el respeto del principio de unidad de materia, permiten maximizar el principio democrático”*.

109. Conforme a lo explicado, *en principio se trata de una vigencia de las disposiciones allí adoptadas por 4 años (ley del PND), no obstante, la regla general de la exigencia de temporalidad no impide la modificación de leyes ordinarias de carácter permanente, siempre que la modificación tenga un fin planificador y de impulso a la ejecución del plan cuatrienal, pero su vigencia, en principio, corresponderá a la del plan cuyo cumplimiento pretende impulsar*.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-415 del 2000, 23 de septiembre del 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

5 “[182] Sentencias C-026, C-068 y C-126 del 2020”.

6 “[183] Sentencia C-394 del 2012. Se apoyó la Corte, en esa oportunidad, en las sentencias C-573 del 2004, C-795 del 2004, C-376 del 2008 y C-377 del 2008”.

110. En contraste, al corresponder a la regla general, la Corte ha declarado la inexequibilidad de disposiciones con carácter permanente por carecer de conexidad directa e inmediata con los objetivos generales del plan, *v. grat.* las que buscan introducir regulaciones aisladas que llenan vacíos de regulaciones temáticamente independientes o modifican estatutos o códigos<sup>7</sup>. (énfasis en el original)

Como puede inferirse de estas consideraciones jurisprudenciales, no sería posible mantener vigentes indefinidamente las normas instrumentales incorporadas en las leyes de los planes nacionales de desarrollo, mediante el mecanismo de declarar vigentes, en forma genérica o masiva, las disposiciones de los planes anteriores que no sean derogadas expresamente por la nueva ley.

### LA DEFICIENTE CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN

Junto con la gran profusión y dispersión normativa que he comentado, se ha venido presentando otro problema, no menos grave, especialmente en los últimos años, que todos observan, pero pocos se atreven a denunciar (quizás por “diplomacia”, falso pudor o conveniencia), que consiste en la mala calidad de la legislación que se viene produciendo en nuestro país.

Esa deficiente calidad tiene que ver con varios aspectos:

1. El más delicado consiste en el desconocimiento de la materia normativa que pretende regularse, lo que hace que las leyes que se expiden infrinjan principios generales del derecho, principios fundamentales de la especialidad o el asunto que se pretende normar; que entren en contradicción con las disposiciones vigentes; que las repitan innecesariamente; que resulten inefectivas o imposibles de aplicar; o que no utilicen la terminología propia y adecuada de la materia que se regula (lenguaje técnico).

7 “[184] En las sentencias C-219 del 2019 y C-068 del 2020 se resolvieron unas demandas de inconstitucionalidad sobre disposiciones legales que regulaban el Ingreso Base de Cotización (IBC) para trabajadores independientes. En ambas oportunidades, comprendiendo planes de desarrollo distintos, la Corte evidenció que se trataba de disposiciones aisladas ante la temática regulada en los objetivos generales y de forma específica en los capítulos previstos. En el primer asunto, se evidenció que la regulación del IBC no se relacionaba con el mecanismo de ejecución y, a su vez, la conexión de esta disposición con los objetivos generales era meramente hipotética, conjetural e indirecta, en tanto no podía predicarse una relación estrecha, siendo claro que el objetivo era llenar un vacío en la regulación sobre la cotización de los independientes que quedó de una ley anterior. En el segundo asunto, al estudiar una norma similar, se pudo observar su ubicación en un pacto y que no era instrumental a los cometidos propuestos, tampoco contribuía directamente a la materialización de las metas previstas en el plan.”

2. El desconocimiento de la técnica legislativa, esto es, de la manera como se debe estructurar, diseñar y redactar técnicamente una ley, para que pueda comprenderse e interpretarse adecuadamente, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la forma como deben distribuirse sus diferentes artículos (en libros, títulos, capítulos y secciones, según se requiera); la manera de titular los artículos; el uso y la función de los numerales, literales, incisos y párrafos, dentro de cada artículo, etc.
3. La violación de casi todas las reglas del idioma español, en materia ortográfica, gramatical, sintáctica y semántica, entre otros campos, lo que conduce a que algunas normas resulten casi ininteligibles, y apenas permitan “adivinar” lo que quiso ordenar el legislador.

Veamos dos ejemplos, tomados de las leyes que ha expedido el Congreso de la República recientemente, en una materia tan importante y sensible como la lucha contra la corrupción:

1. Mediante la Ley 2013 del 2019 se expidieron normas para “garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad mediante la publicación de las declaraciones de bienes, renta y el registro de los conflictos de interés”. El artículo 2.º de dicha ley (sin incluir sus párrafos) dispone:

ARTÍCULO 2º. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La publicación y divulgación de la declaración de bienes y rentas, del registro de conflictos de interés y la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

- a) Los servidores públicos electos mediante voto popular;
- b) Los magistrados de las Altas Cortes, Tribunales y de la Justicia Especial para la Paz, el Fiscal General de la Nación, fiscales locales, seccionales y jueces de la República;
- c) Los magistrados del Consejo Nacional Electoral;
- d) El Procurador General de la Nación, el Auditor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República y el Registrador Nacional del Estado Civil;
- e) Los Ministros de Despacho, los Superintendentes, Directores de Departamentos Administrativos, Directores de Unidades Administrativas Especiales y, en general, quienes ejerzan cargos directivos y gerenciales en el Estado;

- f) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público;
- g) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas que administren, celebren contratos y ejecuten bienes o recursos públicos respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función;
- h) El Presidente de la República;
- i) Al Gerente General del Banco de la República, de las CAR y los Consejos Directivos y Rectores y Directores de Universidades Públicas;
- j) Los Directivos de las entidades adscritas o vinculadas a los Ministerios y Departamentos Administrativos, con personería jurídica;
- k) Embajadores y Cónsules de Colombia en el Exterior...

La estructura y la redacción de esta norma suscitan numerosos comentarios e inquietudes, por ejemplo:

- a. Dado que el literal e) alude expresamente a ciertos cargos directivos en la *rama ejecutiva del orden nacional* (ministros, superintendentes, etc.), cuando dicho literal se refiere a, “en general, quienes ejerzan cargos directivos y gerenciales en el Estado”, ¿debe entenderse que atañe solo a los demás cargos directivos y gerenciales en la *rama ejecutiva del orden nacional*?; ¿a los cargos directivos y gerenciales de la rama ejecutiva, tanto *en el nivel nacional como en el territorial* (departamentos, municipios, etc.)?; o, literalmente, ¿a *todos los cargos directivos y gerenciales en el Estado*?, lo que claramente incluye a las tres ramas del poder público, en todos los niveles, y a los órganos autónomos. Si este último fuere el sentido que el legislador quiso darle a la norma, ha debido, entonces, incluir tales posiciones en un literal diferente, pues claramente conforman una categoría distinta, mucho más general y amplia, que la de los cargos específicamente nombrados en el literal que se comenta.
- b. El literal f), cuando dispone que la Ley 2013 se aplica a las personas “que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público”, genera, por su deficiente y confusa redacción, otros tantos inconvenientes hermenéuticos que apenas me limito a enunciar:
  - ¿El precepto alude a quienes “presten” la función pública (ha debido decir: ejerzan o cumplan) y servicios públicos, es decir, un solo

grupo, o a quienes ejerzan la función pública o presten servicios públicos (dos categorías diferentes)?

- Bajo la segunda interpretación quedarían incorporados en el primer grupo (quienes ejerzan la función pública) *todos los servidores públicos y todos los particulares que cumplan funciones públicas*, ya sea de forma permanente o transitoria, pues así se puede inferir de lo dispuesto en el Capítulo II (De la función pública) del Título V de la Constitución. En dicha hipótesis, ese solo literal abarcaría, entonces, los supuestos de hecho incluidos en casi todos los demás de la misma norma, los cuales resultarían, por lo tanto, innecesarios.
- La obligación de registro y publicación de la información que el citado literal establece parece limitada a la “directamente relacionada con la prestación del servicio público”, sin mencionar el cumplimiento de la función pública. Por lo tanto, las personas naturales o jurídicas, incluso los particulares que cumplan permanente o transitoriamente alguna función pública (piénsese, por ejemplo, en los árbitros, los notarios, las cámaras de comercio, etc.), ¿deben registrar y publicar toda su información sobre sus activos, rentas y conflictos de interés, aunque solo una parte de su actividad y de sus ingresos se relacione con el cumplimiento de la función pública a su cargo?; ¿deben publicar solo la información relacionada directamente con el ejercicio de dicha función pública?; o, por el contrario, ¿no están obligadas a publicar información alguna?
- En cualquiera de las interpretaciones anteriores, ¿cómo podría cumplirse con el mandato de registrar y publicar solo la información relacionada, directamente, con la prestación del servicio público, si uno de los deberes que la citada ley impone es el de publicar la declaración del impuesto de renta? ¿Habría, entonces, que recortar, editar o mutilar dicha declaración, o elaborar una nueva y especial (no prevista en la legislación tributaria) para incluir solamente los ingresos, los activos y los pasivos relacionados directamente con la prestación del servicio público?

c. Similares inquietudes genera la redacción del literal g), en el que se presentan, además, las siguientes dudas adicionales:

- ¿Qué es *administrar* un contrato y quiénes cumplen esa función? ¿Quiénes referirse el legislador, tal vez, a los supervisores de los contratos estatales?

- Como la norma alude a las personas que “administren, celebren contratos y ejecuten bienes o recursos públicos”, ¿quiso referirse a quienes celebren contratos y, por medio de ellos, administren y “ejecuten” bienes o recursos públicos?; ¿o a quienes celebren o “administren” contratos (se supone, estatales), por una parte, y a los que “ejecuten” bienes o recursos públicos, por la otra (es decir, dos grupos distintos de personas y no uno solo)?
  - ¿Qué significará “ejecutar” bienes públicos?
- d. Finalmente, vale la pena mencionar que la redacción de la disposición que se comenta desconoce varias reglas ortográficas del castellano relacionadas con la puntuación y con el uso de las mayúsculas y las minúsculas, como aquella que señala que los nombres de los cargos (públicos y privados) se escriben con minúsculas. En todo caso, a pesar de que, en dicho artículo, la mayoría de los cargos aparecen escritos con mayúscula inicial (en contra de la citada norma ortográfica), otros aparecen, arbitrariamente, escritos con minúsculas.

Como se observa en este ejemplo, aunque la disposición analizada (*un solo artículo* de una sola ley) pudo haber sido expedida con la mejor intención de solucionar determinados problemas, o de suplir vacíos reales en la legislación, su deficiente estructura y redacción generan, al mismo tiempo, otros tantos problemas y dudas de interpretación, que producen, entre los abogados, los servidores públicos y la ciudadanía, en general, incertidumbre, confusión, especulaciones, conflictos e inseguridad jurídica, y contribuyen, por lo tanto, a la creciente cantidad de litigios.

2. Veamos otro ejemplo, tomado de la Ley 2014 del 2019, “Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”. El artículo 8.º establece:

ARTÍCULO 8.º. Adiciónese un nuevo artículo 9A a la Ley 80 de 1993, el cual será del siguiente tenor:

ARTÍCULO 9A. Efectos de la declaratoria de cesión unilateral del contrato. En firme el acto administrativo que ordena la cesión unilateral del contrato por actos de corrupción. La entidad que la haya declarado deberá compulsar copias a las autoridades fiscales, disciplinarias y penales para las investigaciones de su competencia.

Aunque pareciera, no me he equivocado en la transcripción. Así se encuentra redactada la norma: una primera parte, terminada en punto seguido, que no alcanza a constituir gramaticalmente una oración, porque carece de verbo, y que pretendía ser, al parecer, una especie de complemento de tiempo o de modo de la segunda parte (aquella que sigue después del punto). Esta segunda sección del precepto es la que contiene la verdadera regla de derecho, aunque esta resulte insustancial, como enseguida se verá: la entidad que haya “declarado” (¿no será, más bien, decretado, ordenado o impuesto?) la “cesión unilateral” del contrato debe “compulsar” copias a las autoridades fiscales, disciplinarias y penales para que inicien las investigaciones de su competencia.

Más allá de los múltiples errores gramaticales y semánticos de esta disposición, es importante responder la siguiente pregunta: ¿era necesario que el legislador incluyera, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, una norma que se limita a decir que, cuando la entidad pública contratante ordene ceder un contrato, por haber incurrido el contratista en actos de corrupción, debe remitir o expedir copias a las autoridades de control, para que inicien las investigaciones que sean pertinentes?

No es esta, acaso, la conducta *normal* que debe observar cualquier entidad y servidor público, en virtud de varios principios y normas generales que ya existían, como el principio de colaboración armónica entre las entidades y organismos del Estado (art. 113 CN), o las disposiciones que imponen a todas las personas, pero, en particular, a los servidores públicos, el deber de denunciar los hechos ilícitos que conozcan, ante las autoridades competentes<sup>8</sup> (en materia penal, disciplinaria o fiscal)? He aquí el típico ejemplo de una disposición insustancial e irrelevante.

Esta situación resulta aún más crítica y lamentable tratándose de la normativa que busca prevenir, detectar y combatir la corrupción, pues las principales características que debería tener dicha regulación, para ser aplicable, útil y efectiva en la lucha contra este flagelo social, moral y económico, son su claridad, precisión, pertinencia y concreción. De lo contrario, los corruptos, aconsejados muchas veces por sus asesores jurídicos, seguirán aprovechándose de los incontables vacíos y contradicciones, así como de las múltiples formas de interpretación que generan las normas mal pensadas, deficientemente estructuradas y peor escritas, que constantemente se expiden en esta materia (como en todas las demás).

8 Artículos 67 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) y 38, numeral 25, del Código General Disciplinario (Ley 1952 del 2019), entre otros.



## LOS CAMBIOS QUE URGEN: PROPUESTA PARA CREAR LA COMISIÓN PERMANENTE INTERSECTORIAL DE CODIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN NORMATIVA

El panorama expuesto, hasta este punto, en el orden estrictamente legal, es decir, sin tener en cuenta lo que ocurre a nivel reglamentario y de otras normas administrativas, hace patente una primera y urgente conclusión: ¡no se puede seguir legislando así! No se pueden seguir expidiendo normas pensando solo en la cantidad (para satisfacer las metas de la opinión pública y de los medios de comunicación) o en la urgencia de “solucionar” problemas coyunturales, algunos de ellos causados por otras disposiciones deficientes, confusas o incompletas dictadas por el mismo legislador meses o años atrás.

En primer lugar, es necesario que el Gobierno nacional, en relación con la iniciativa legislativa que la Constitución le otorga, y el Congreso de la República, como titular de la función de aprobar las leyes, hagan una especie de “tregua legislativa” con el fin de analizar cuidadosamente, con la colaboración de expertos y especialistas en cada materia, tanto del sector público como del privado, la necesidad, conveniencia, importancia y pertinencia de las leyes que se quiera proponer y expedir, así como su contenido técnico, su estructura lógica y su redacción.

No me abriga la menor duda de que es preferible para el país que se expidan menos leyes, pero de mayor calidad, pertinencia, claridad y eficacia. Con tal fin, es indispensable que los respectivos proyectos tengan un amplio, participativo, técnico y, si se necesita, complejo proceso de elaboración, revisión, análisis y discusión, por parte de expertos, el Gobierno, el sector privado, la academia, los grupos y las comunidades afectadas, etc., antes de ser presentados al Congreso.

Por otra parte, para combatir la dispersión normativa y las dificultades que genera en la interpretación y aplicación de las disposiciones, es necesario retomar, fortalecer y expandir las labores de *codificación* y de *armonización u homogeneización* del ordenamiento jurídico, en todas las materias. Para esto, es importante entender que la función de codificación y armonización del derecho positivo nacional (incluso frente al derecho extranjero e internacional) no puede ser concebida como una actividad que se cumple solo esporádicamente y respecto de ciertas materias o asuntos específicos, generalmente por medio de comisiones transitorias que se convocan para el efecto y luego desaparecen, una vez cumplido su encargo, tal como se ha hecho hasta ahora.

Por el contrario, dicha actividad tiene que ser comprendida como una tarea permanente y general, que forma parte de la función legislativa del Estado (aplicable en todos los campos del derecho), pues solo así podría llegar a tener el país un ordenamiento jurídico suficientemente unificado, de fácil acceso y conocimiento para la población, comprensible, estandarizado, de alta calidad y armonioso, no solo en el plano interno (entre los diferentes códigos y leyes), sino, incluso, a nivel internacional, frente a los tratados internacionales suscritos por Colombia, las leyes modelo recomendadas por organizaciones internacionales y las mejores legislaciones de otros países.

Debe recordarse que la codificación no es solamente uno de los mayores productos culturales de la tradición jurídica romano germánica, sino que es una condición casi indispensable de nuestro sistema jurídico, si se pretende que los administrados se acerquen medianamente al conocimiento y, por lo tanto, al cumplimiento de las normas.

Con este objetivo, propongo tres cambios principales a nivel constitucional:

1. Incorporar en la carta política una regla conforme a la cual, cuando una materia determinada se encuentre previamente codificada (por ejemplo, el régimen de los títulos valores, que está contenido en el Código de Comercio, o las normas sobre impuestos nacionales, que se encuentran en el Estatuto Tributario), y el Congreso de la República pretenda expedir nuevas leyes sobre el mismo tema, esté obligado a incorporar las respectivas normas en el correspondiente código o estatuto, mediante la modificación, adición o derogación expresa de las disposiciones vigentes de dicha codificación.

Esto sería así, claro está, a menos que la intención clara y explícita del legislador, en ejercicio de su autonomía, fuere la de “descodificar” determinado asunto, es decir, retirarlo o excluirlo de un código o estatuto (como sucedió, por ejemplo, con el arbitraje o los procesos concursales, cuando se sacaron del Código de Comercio), caso en el cual tendría que manifestarlo expresamente, con la debida justificación.

Vale la pena aclarar que lo dispuesto en la última parte del artículo 158 de la Constitución Política, en el sentido de que “[l]a ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas”, no es suficiente para cumplir con el objetivo planteado, pues este canon constitucional que, dicho sea de paso, poco o nada se ha cumplido, no obliga al Congreso a que, cuando expida una nueva ley que materialmente reforme, adicione o derogue parcialmente

el contenido de otra ley vigente, incorpore a esta última las modificaciones o adiciones efectuadas, o derogue expresamente sus normas.

En efecto, tal como lo ha explicado la Corte Constitucional<sup>9</sup>, la parte final del artículo 158 superior solamente obliga a publicar, en un solo texto, la ley modificatoria y la ley reformada, después de haber sido aprobadas por el Congreso, sancionadas por el presidente de la República y promulgadas. Esa publicación corresponde, por lo tanto, a una operación meramente administrativa de compilación y divulgación, que le compete realizar el Congreso de la República, por intermedio de su área de Servicios Técnicos y Profesionales, como lo ordena el artículo 195 de la Ley 5 de 1992<sup>10</sup>, que contiene el Reglamento del Congreso.

Por esta razón, como la misma Corte lo reconoce, el incumplimiento de este deber no afecta la existencia, la validez ni la obligatoriedad de la ley modificatoria, así como tampoco las de la ley que se reforma, de tal suerte que la eficacia de este instrumento, que el constituyente estableció con la sana intención de evitar la dispersión normativa y propender por la unidad y certeza del ordenamiento jurídico (como lo explica también la Corte), resulta bastante limitada, por no decir nula.

Por otro lado, no debe olvidarse que varios de los códigos que actualmente rigen en nuestro país están contenidos en decretos leyes, que los presidentes de la República expidieron en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, antes de la carta política de 1991, como lo permitía la Constitución anterior. En consecuencia, ni siquiera el deber de publicación integrada de las leyes, previsto en el artículo 158 de la carta vigente, obligaría a publicar dichos códigos de esta manera, cuando sean modificados o adicionados por nuevas leyes, a menos que la expresión “ley”, que utiliza la referida norma constitucional, se entienda en su sentido material y no formal.

2. Establecer, para cierto tipo de normas —aquellas de mayor jerarquía e importancia, como las reformas constitucionales (los denominados “actos legislativos”) y las leyes orgánicas y estatutarias—, la necesidad de contar con la revisión previa y el concepto no vinculante de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre el respectivo proyecto, antes de su presentación ante el Congreso. Tal revisión, si se considera

9 Sentencias C-306 de 1996, C-76 de 1997 y C-161 de 1999.

10 “ARTÍCULO 195. PUBLICACIÓN EN UN SOLO TEXTO. Los servicios técnicos y profesionales de las Cámaras tendrán a su cargo la preparación y publicación de las leyes que, al haber sido objeto de reforma parcial, deban publicarse en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.”

pertinente, podría extenderse, incluso, al texto aprobado en cierta etapa del trámite legislativo (por ejemplo, luego de la primera vuelta, o después del primer y del segundo debates, según el tipo de norma de que se trate).

Vale la pena aclarar que la revisión y el concepto previos mencionados, por parte de la Sala de Consulta, se encuentran establecidos actualmente en el artículo 113, numeral 1, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pero solo para los “[p]royectos de ley o [...] disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado”.

Sin embargo, como dicho requisito no está contenido en una norma constitucional, ni en una ley estatutaria u orgánica, sino en una ley ordinaria (Ley 1437 del 2011), algunos interpretan que dicha exigencia no puede aplicarse en relación con las leyes, y que su incumplimiento no afecta la validez de las respectivas disposiciones, por lo que la eficacia de este instrumento ha sido bastante limitada.

En esa medida, sería necesario que una norma constitucional estableciera una condición de esta índole, ya no solo para las disposiciones que afecten al Consejo de Estado, sino, en general, para las regulaciones más importantes del país, como las normas constitucionales y las leyes estatutarias y orgánicas, en diferentes materias.

Ideal sería extender este requisito a otro tipo de normas, incluyendo —por qué no— los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno nacional, como sucede en otros países. Sin embargo, la estructura actual de la Sala de Consulta y Servicio Civil (integrada tan solo por cuatro magistrados) y las funciones que tiene a su cargo no lo permitirían.

En cualquier caso, no me cabe duda de que lo propuesto incidiría positivamente en la calidad, pertinencia, relevancia, claridad y homogeneización de las normas de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento, a las cuales deben sujetarse, de paso, las disposiciones de inferior jerarquía, como las leyes ordinarias.

3. Crear la Comisión Permanente Intersectorial de Codificación y Armonización Normativa, cuyas características principales se relacionan con su nombre, así:
  - a. Sería *permanente*, porque, como se explicó antes, tendría a su cargo ejercer de manera permanente y general, y no en forma esporádica

y parcial, la función de codificación y armonización normativa, mediante la elaboración de proyectos de códigos, estatutos y leyes que unifiquen la legislación sobre diferentes materias, y permitan superar los vacíos, las contradicciones y las dificultades interpretativas que puedan presentarse en las leyes vigentes.

- b. Sería *intersectorial*, porque estaría conformada por representantes de las tres ramas del poder público: la rama judicial, por conducto de los magistrados que integran la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>11</sup>; la rama legislativa, representada por cuatro parlamentarios escogidos por el Congreso de la República (dos senadores y dos representantes a la Cámara); y la rama ejecutiva, por intermedio del ministro de Justicia y del Derecho, o el funcionario en quien este delegue, y tres personas más, designadas por el presidente de la República. De esta forma, la comisión que se propone sería suficientemente representativa del Estado; permitiría reunir los conocimientos y la experiencia de los servidores públicos de las tres ramas del poder; y facilitaría el apoyo del Gobierno nacional a los proyectos de ley que elabore ese órgano, así como su trámite en el Congreso.
- c. Sería *de codificación y armonización normativa*, porque este debería ser su objeto exclusivo, lo que incluye varias tareas: (i) en primer lugar, codificar las leyes que se encuentren dispersas sobre una misma materia, proponiendo nuevos códigos (como aquel sobre la regulación de los municipios y las demás entidades territoriales, en el ejemplo sugerido), o recomendando adiciones, fusiones o escisiones de los códigos actuales; y, (ii) en segundo lugar, homogeneizar y armonizar la legislación, lo que conlleva, no solamente a corregir los vacíos, las antinomias y las dificultades hermenéuticas especialmente importantes que se presentan en algunas leyes, sino también revisar, armonizar y actualizar nuestra legislación frente a los tratados internacionales aprobados por Colombia, las “leyes modelo” sugeridas por organizaciones internacionales, institutos de investigación y organismos no gubernamentales, y las mejores leyes de otros países, respetando, en cualquier caso, nuestro marco constitucional.

11 Se sugiere incluir a los magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en representación de la rama judicial, porque, de todas las corporaciones y dependencias que integran esta rama, la única que tiene atribuida constitucional y legalmente la función consultiva al Gobierno nacional es el Consejo de Estado y, dentro de este, la Sala de Consulta. Adicionalmente, dicha Sala de Consulta tiene asignadas, a nivel legal, algunas potestades que se relacionan directamente con la labor de codificación y, en general, con la revisión y elaboración de normas, como las previstas en el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) y en los numerales 2 a 5 del artículo 112 de la Ley 1437 del 2011 (Cpaca).

Así, es claro que el objeto de esta comisión no sería el de preparar proyectos de ley en cualquier materia y por cualquier motivo, como, por ejemplo, para solucionar problemas coyunturales, o dictar normas novedosas en materias no reguladas, compitiendo con la iniciativa legislativa que la Constitución le otorga a los congresistas, el Gobierno y otros órganos, como el Consejo Superior de la Judicatura o el Consejo de Estado. Por el contrario, el objeto de la referida comisión estaría claramente delimitado: preparar y presentar solamente aquellos proyectos de ley que se requieran para codificar, unificar, uniformizar o armonizar la legislación vigente.

Dado que un aspecto importante que incide en la calidad de la legislación y en la correcta y fácil interpretación y aplicación de las normas por parte de sus destinatarios es el uso correcto del idioma, como se mencionó, se sugiere que esta comisión tenga una subcomisión de estilo, cuyo propósito consistiría en revisar los proyectos que prepare la comisión desde el punto de vista lingüístico, con el fin de corregir errores de ortografía, gramática y redacción, entre otros, y lograr así que el texto de las normas sea lo más claro y comprensible posible.

Ahora bien, como el titular de la función legislativa en Colombia es el Congreso de la República, y esta propuesta no pretende modificar esta regla esencial de la democracia, los proyectos de ley que prepare y elabore la Comisión Permanente tendrían que presentarse a discusión y aprobación del Congreso, ya sea por intermedio de los parlamentarios, el Gobierno o alguno de los otros órganos a los que la Constitución otorga *iniciativa legislativa*.

Sin embargo, como se trataría de proyectos generalmente extensos y especializados, que previamente deberían ser revisados, discutidos y redactados cuidadosamente por la Comisión (con la colaboración de asesores externos, cuando se requiera), y que solo pretenden codificar, unificar o armonizar leyes vigentes, propongo que estos proyectos de ley tengan un trámite especial y abreviado, consistente en que solo requerirían tres debates: el primero en sesión conjunta de las comisiones constitucionales permanentes que sean competentes, del Senado y la Cámara de Representantes, y los otros dos debates en las plenarias de cada una de dichas cámaras.

Asimismo, para mantener la uniformidad, la coherencia y la calidad técnica de los proyectos, sugiero que las modificaciones o adiciones que propongan los congresistas tengan que ser revisadas por la Comisión Permanente, antes de someterse a votación.

Ahora bien, vale la pena aclarar que las normas que constitucionalmente tengan un trámite especial, como las leyes estatutarias o las orgánicas, así como aquellas cuya iniciativa está reservada al Gobierno nacional (art. 154 CN), tendrían

que respetar las reglas especiales a las que están sujetas (con las modificaciones que propongo en este artículo).

Así, en el evento de que un proyecto de código u otro proyecto de ley que prepare la Comisión llegare a incorporar normas de carácter estatutario u orgánico, el respectivo proyecto tendría que cumplir las reglas previstas en la Constitución para la aprobación de ese tipo de leyes, en materia de procedimiento y mayorías, o en cualquier otro aspecto. Igualmente, si incluyere normas que solo pueden ser propuestas por el Gobierno, sería este el que tendría que presentar el respectivo proyecto a consideración del Congreso, etc.

Soy consciente de que los cambios propuestos requieren modificaciones constitucionales, además de cierto desarrollo legal. En efecto, ni la exigencia de incluir en los códigos y estatutos vigentes las normas nuevas que se refieran a las mismas materias; ni la obligación de solicitar la revisión y el concepto previo de la Sala de Consulta y Servicio Civil para cierto tipo de normas; ni la posibilidad de crear una comisión permanente, con la participación de las tres ramas del poder público; ni el trámite especial y abreviado que tendrían los respectivos proyectos de ley están previstas en nuestro actual marco constitucional.

Sin embargo, se trata, en mi opinión, de una reforma importante y urgente, si se quiere empezar a corregir la enorme profusión y dispersión normativa que ha caracterizado lamentablemente nuestra actividad legislativa y regulatoria, en general; y si se pretende avanzar en el camino de tener una legislación moderna, unificada, comprensible, coherente y accesible para la mayoría de las personas, que contribuya a la seguridad jurídica, permita disminuir los errores, la incertidumbre, la corrupción y los litigios, y contribuya a hacer menos ficticio aquel postulado filosófico de que la ley debe ser conocida y obedecida por todos.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

Platón. *La República*. Libro IV. En *Obras completas*, editado por Patricio de Azcárate, 207. Tomo 7. Madrid: 1872.

### Jurisprudencia y conceptos

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 2260 del 10 de agosto del 2015 y 2264 del 27 de agosto del 2015. C.P. Álvaro Namén Vargas.

- Corte Constitucional. Sentencia C-306 del 11 de julio de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-076 del 20 de febrero de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. Sentencia C-651 del 3 de diciembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-161 del 17 de marzo de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 23 de septiembre del 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

## Legislación

- Constitución Política de Colombia. Artículos 95, 113, 154, 158 y 341.
- Ley 84 de 1873. Código Civil.
- Ley 5.<sup>a</sup> de 1992. “Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”.
- Ley 80 de 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.
- Ley 152 de 1994. “Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo”.
- Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Ley 812 del 2003. Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006.
- Ley 906 del 2004. Código de Procedimiento Penal.
- Ley 1151 del 2007. Plan de Desarrollo 2006-2010.
- Ley 1437 del 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.
- Ley 1450 del 2011. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.
- Ley 1753 del 2015. Plan de Desarrollo 2014-2018.
- Ley 1952 del 2019. “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”.
- Ley 1955 del 2019. Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.
- Ley 2013 del 2019. “Por medio de la cual se busca garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad mediante la publicación de las declaraciones de bienes, renta y el registro de los conflictos de interés”.
- Ley 2014 del 2019. “Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como



la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones”.

Ley 2294 del 2023. Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026.

## CAPÍTULO 7

### EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA\*

Ramiro Saavedra Becerra

#### EL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

La expresión “confianza legítima” proviene de la palabra alemana *Vertrauensschutz*, que textualmente significa “protección de la confianza”. El agregado, “legítima”, se le incorporó posteriormente, y así se utiliza en los sistemas francés y español, aunque en el vocablo alemán está implícita<sup>1</sup>. En italiano se emplea en algunos casos la locución *affidamento legittimo*. En inglés, el equivalente es *legitimate expectations*.

Esta institución jurídica fue creada en 1956 de manera expresa en una serie de decisiones de los tribunales alemanes, y logró una notable expansión en el ámbito europeo hasta alcanzar su reconocimiento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>2</sup>. Es un mecanismo incorporado al proceso de sustantivación del derecho administrativo iniciado en la segunda mitad del siglo xx<sup>3</sup>.

Los distintos pronunciamientos, aunque no fueron coincidentes, permitieron que se fijaran los requisitos necesarios para configurarla. Su reconocimiento se ha expandido, aunque algunos sistemas jurídicos se nieguen a aceptarlo explícitamente, por más que, por otro camino, lleguen a soluciones muy similares. Es el caso del derecho francés.

En otros países, como es el caso de Italia, la confianza legítima se ha confundido con la buena fe, al extremo de que, en algunas ocasiones, se las ha empleado como locuciones sinónimas. En efecto, Fabio Merusi, uno de los precursores del tema, reporta que el *Consiglio di Stato* italiano, desde principios del siglo xx, profería decisiones que, implícitamente, tutelaban la confianza que los ciudadanos

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.7>.

1 Hablar de la protección del principio de confianza legítima no tiene sentido: se trata de la protección o del respeto —*Schutz*— de esa confianza, que es el objeto del principio.

2 Pedro José Jorge Coviello, *La protección de la confianza del administrado, derecho argentino y derecho comparado* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004), 33.

3 Søren J. Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 14.

depositaban en la Administración pública<sup>4</sup>. Según el autor, las soluciones ofrecidas por la institución, incluso careciendo de una “explicación dogmática fundamentada”, se mostraban “favorables a la tutela de la confianza”.

España, por su parte, se apresuró a incorporarla —como a otros campos del derecho administrativo de inspiración alemana— en su ordenamiento jurídico. En efecto, considerando que el problema de la retroactividad de las leyes tiene un enlace directo con el principio de seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional español, con base en el artículo 9.º de la carta fundamental, abordó inicialmente la cuestión del principio de confianza legítima.

### LA DECISIÓN DE PRINCIPIO: CASO DE LA VIUDA DE BERLÍN (O DE LA ANCIANA VIUDA)

Se llama así al caso que dio oportunidad a la decisión de principio, como reacción contra la rígida aplicación del principio de legalidad en aquellos casos en que supondría la anulación de actos generadores de beneficios a particulares de buena fe.

El fallo, dictado por el Tribunal Administrativo Superior de Berlín, el 14 de noviembre de 1956, reconoció el derecho a la protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces RDA<sup>5</sup>, a quien oficialmente se le había notificado que, si se trasladaba a Berlín occidental, tendría derecho a percibir su pensión. Confiando en la seriedad de la información suministrada por la Administración, la viuda concretó el cambio de residencia, con los gastos que esto significaba, y comenzó efectivamente a recibir la pensión. Pero, posteriormente, se estableció que no cumplía las condiciones legales a pesar de las informaciones recibidas, y se le suprimió la pensión, y, además, se le exigió que devolviera las sumas indebidamente percibidas.

El tribunal acogió las razones de la recurrente que demandó la protección a su confianza, decisión confirmada por el Tribunal Administrativo Federal el 25 de octubre de 1957. En esta se dispuso que no solo no procedía la revocación *ex*

4 “El *Consiglio di Stato* desde las primeras décadas de este siglo proferirá frecuentes decisiones que no podrían encontrar otra explicación racional que en la existencia, implícitamente afirmada, de un principio de corrección y buena fe en sentido objetivo que le impusiese a la Administración pública tener en cuenta y tutelar la confianza por ella generada en el ciudadano. [...], se concretaba, con respecto a la actividad discrecional de la Administración pública, en una obligación de ponderación de los intereses en juego, de un lado, del interés público y, de otro, del interés correlativo a la confianza.” Fabio Merusi, “Il Principio di Buona Fede nel Diritto Amministrativo”, en *Scritti per Mario Nigro: Problemi Attuali di Diritto Amministrativo*, VV. AA. (Milano: Guiffé, 1991), 217.

5 República Democrática Alemana, que nació después de la Segunda Guerra Mundial en el sector de ocupación de la Unión Soviética, a tiempo que los sectores americano, francés e inglés dieron lugar a la República Federal (RFA). La RDA se incorporó a la RFA en la Reunificación, en 1991.

*tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración estaba obligada a seguirle reconociendo la pensión.

Más tarde, el Tribunal Administrativo de Baviera sostuvo que en el caso de actos administrativos ilegales, creadores de situaciones jurídicas favorables, se configura la presencia de bienes jurídicos de rango superior al principio de legalidad, como son la seguridad jurídica y la protección de la confianza, que imponían limitar la revocación *ex nunc*.

Sobre la evolución del principio, en Alemania no hay consenso en cuanto a sus fundamentos concretos: como se verá más adelante, mientras el Tribunal Administrativo Federal lo sustenta tanto en el principio de seguridad jurídica como en el de la buena fe, en la doctrina se citan los principios derivados del Estado social de derecho, y también en ciertas normas de la Ley Fundamental. La base constitucional se concreta en el artículo 2-1, referida al libre desarrollo de la personalidad, siempre que no se violen los derechos ajenos ni se atente contra el orden constitucional o la ley moral; el artículo 14-1, que garantiza el derecho de propiedad en los términos de la ley; y también, en algunos casos, en el artículo 3-1, que reconoce la igualdad ante la ley como derecho fundamental.

Se invocan también el artículo 20, que declara a Alemania un Estado de derecho democrático y social, y dispone la sumisión del Legislativo a la Ley Fundamental y del Ejecutivo y el Judicial a la ley y al derecho, y el artículo 28 que somete a los *Länder* (Estados) a los mismos principios. No obstante, en todas las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, el principio de confianza legítima aparece como sustento común del principio de seguridad jurídica.

El desarrollo creciente del principio de confianza legítima se ha dado como corolario indispensable de la intervención creciente del Estado en la vida económica y social, así como también de la nueva manera de concebir la relación entre el Estado y los ciudadanos de acuerdo con la Ley Fundamental<sup>6</sup>. El principio busca defender las posiciones jurídicas del ciudadano frente al Estado y enfrentar los

6 La Ley Fundamental, Constitución de la República Federal, buscó eliminar todo rastro de la concepción nacionalsocialista que había precipitado a la nación en el cataclismo de la Segunda Guerra Mundial, luego de imponer un régimen dictatorial que desembocó en atrocidades y violaciones de los derechos humanos. En la nueva carta, el ciudadano no es considerado como un objeto de la actividad estatal, sino como un sujeto de derechos. Como lo explica el profesor Fritz Ossenbühl, *Vertrauensschutz im sozialem Rechtsstaat* (DOV, 1972), 25-26: "[...] en el mismo momento en que el Estado ha tomado bajo su propia dirección la organización de la vida queriendo mantener la autodeterminación del individuo y el principio de la concurrencia, la relación Estado-soberano debe ser reemplazada por una relación entre socios, y la relación de obediencia por una relación de cooperación. Luego, desde ese punto de vista, ya no queda sino un paso que dar cuando existe una relación de socios en el plano jurídico, a saber, establecer la idea de la confianza y de la protección de la confianza". No se puede perder de vista, entonces, que la aparición y el énfasis en el principio estén ligados a la historia contemporánea de Alemania.

atentados que pueda sufrir como consecuencia del comportamiento de un órgano público, ya sea este el Legislativo, la Administración o el Jurisdiccional.

Si se quiere dar una definición general del principio de confianza legítima, se puede decir que es un mecanismo defensivo de derecho material frente a las mutaciones de la reglamentación y a los compromisos incumplidos. Ese mecanismo entra en juego cuando una persona privada confía, de buena fe, en el comportamiento de un órgano público y en el mantenimiento de la línea de conducta establecida; en otras palabras, se exige de parte de las autoridades públicas tener en cuenta las consecuencias soportadas por una persona —que debe sufrir el menor inconveniente posible en caso de cambio—, es decir, no traicionar su confianza modificando de manera inesperada y brutal la línea de conducta, siempre que ningún interés público imperativo así lo imponga<sup>7</sup>.

Las condiciones para la aplicación del principio en el derecho alemán son tres: la primera, una base sobre la cual se apoye la confianza<sup>8</sup>, es decir, un comportamiento previo de un órgano estatal que suscite expectativas en el interesado; la segunda, una situación creada por el ciudadano que se apoya sobre el comportamiento previo del órgano en cuestión<sup>9</sup>, debiendo el ciudadano traducir en actos su confianza<sup>10</sup>; y, la tercera, un comportamiento del órgano diferente de aquel que el ciudadano esperaba, que se produce de manera imprevisible y súbita, defraudando su confianza en la continuidad de la línea de conducta pública<sup>11</sup>.

Es muy importante insistir en que, para que el principio de confianza legítima pueda cumplir su objetivo, es necesario que no exista interés público que se oponga a esto. Se impone, por tanto, una ponderación de los intereses, interés privado de confianza e intereses generales contrarios, con el fin de determinar si el primero prevalece. Si esta condición es satisfecha, las consecuencias del principio de confianza legítima no son siempre las mismas, pero, una vez más, ellas quedan determinadas por esa ponderación de las situaciones. El efecto más intenso se produce cuando el interesado puede conservar lo que ha adquirido sobre la base del comportamiento anterior del órgano estatal<sup>12</sup>. Pero esto no siempre es así,

7 Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français* (París: Dalloz, 2001), 282-283.

8 El término utilizado por los juristas alemanes es base de confianza (*Vertrauensstatbestand*).

9 El término utilizado es situación de confianza (*Vertrauenslage* o *Vertrauenssituation* o *Vertrauensstatbestand*).

10 Es necesario que la confianza del interesado se traduzca en actos. El término utilizado es *Vertrauensbetätigung*.

11 Esta confianza del interesado en la continuidad de la línea de conducta pública puede escindir-se en dos alternativas: por una parte, ella puede tener por objeto el mantenimiento, sin modificación de la situación que le es favorable; y, por la otra, puede esperar la realización de modificaciones ventajosas.

12 Efecto que se designa como vinculación con la base de la confianza. En este caso, el principio de confianza legítima le asegura al particular la “protección de la estabilidad” (*Dispositionsschutz*).

en realidad no ocurre sino excepcionalmente; en caso contrario, el principio de confianza legítima exige que los inconvenientes resultantes del cambio de actitud del órgano estatal en causa sean compensados. Esta compensación varía: ella puede consistir en el establecimiento de disposiciones transitorias<sup>13</sup>, en el reconocimiento de posibilidades perdidas<sup>14</sup>, o, finalmente, en una indemnización<sup>15</sup>.

## EL PRINCIPIO DE BUENA FE, LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

En la visión clásica del derecho administrativo, la Administración se entendía como autoridad que no intervenía en los negocios jurídicos bilaterales, a diferencia de lo que ocurre hoy a través de las distintas formas de la actuación estatal en el campo del derecho público y del derecho privado, como ocurre, por ejemplo, en la contratación pública, la actividad empresarial estatal, en la prestación de servicios a través de organismos de derecho privado o mixtos, y en la creciente modalidad de las alianzas público privadas, etc. Por tal razón, una parte de la doctrina se oponía a la extensión del principio de buena fe al derecho administrativo, pues se limitaba a la visión privatista de que en la Administración no existe una voluntad individual a la cual se le pueda atribuir una calificación subjetiva como la del contradictor de buena fe<sup>16</sup>.

No obstante, en Italia y en Alemania, donde se produjeron algunas de las mayores objeciones, la jurisprudencia extendió el principio de buena fe a la actuación administrativa. Lo mismo en España, como lo prueba la clásica obra de Jesús González Pérez<sup>17</sup> y una abundante jurisprudencia<sup>18</sup>.

13 Las hipótesis en que la confianza del interesado puede ser protegida de manera satisfactoria son variadas, por ejemplo, las leyes falsamente retroactivas, la revocación de un acto administrativo con efecto *ex nunc* o *ex tempore futuro*, el cambio de la práctica administrativa, las variantes jurisprudenciales.

14 El principio de confianza legítima tiene tal efecto en las hipótesis en que el particular se ve privado de posibilidades jurídicas de actuar, o de ejercer ciertos derechos: por ejemplo, el caso en que, con base en una información errónea suministrada por la Administración, la persona no ha ejercido a tiempo un recurso, o bien ha ejercido otro no previsto por la legislación.

15 El principio le asegura, entonces, al interesado la protección del patrimonio (*Vermögensschutz*). Evidentemente esta solución es la adecuada para proteger su confianza cuando son precisamente intereses patrimoniales los que están en juego, pero no es satisfactoria en el caso en que los inconvenientes no son apreciables en dinero.

16 Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, 391.

17 Jesús González Pérez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5.ª ed. (Pamplona: Ed. Thompson-Reuters, 2009).

18 Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, 406.

Pero la buena fe y la confianza legítima no son exactamente lo mismo. La buena fe es, ciertamente, un componente fundamental de la confianza, y un principio que juega en materia de interpretación contractual y cuando se trata de aplicar la *teoría de los actos propios*. Al mismo tiempo, la confianza legítima tiene aplicación en situaciones jurídicas concretas y específicas. Por esto, “aunque se admitiera la utilización indiferenciada de la buena fe y de la confianza legítima, se estarían confundiendo situaciones jurídicamente distintas aunque próximas, sin perjuicio de que la buena fe ostente una incidencia fundamental en la confianza legítima, ya que, si no hay buena fe, la confianza no puede ser *legítima*”<sup>19</sup>. En efecto, quien alega haber depositado su confianza en una actuación de la Administración, no puede haberlo hecho a sabiendas de que esa confianza carecía de bases reales para sostenerse.

La *doctrina de los actos propios* (*venire contra factum proprium non valet*, nadie puede ir válidamente contra sus propios actos) expresa un principio general del derecho que niega a cualquier agente en una relación jurídica (una persona física, jurídica o la Administración pública) el derecho de actuar en contra de sus propios actos siempre que se dé una serie de requisitos básicos. Hablando de los actos de la Administración, la Corte Constitucional, citando a Luis Díaz Picazo-Ponce de León, tratadista y magistrado del Tribunal Constitucional español, expresa que la prohibición no impone la obligación de no hacer, sino un deber de no poder hacer, por esto es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”.

Se trata de una limitación al ejercicio de derechos que, en otras circunstancias, podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta; esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

El respeto del acto propio requiere, entonces, tres condiciones para que pueda ser aplicado: (1) una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz; (2) el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción —atentatoria de la buena fe— existente entre ambas conductas; y (3) la identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario, entonces, que las personas o los centros de interés que intervienen en ambas conductas —como emisor o como receptor— sean los mismos.

19 *Ibid.*, 408.

Esto es que, tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior<sup>20</sup>.

A pesar de que son cercanas sus fronteras, tampoco entre la doctrina de los actos propios y la confianza legítima hay total identidad. En efecto, es un elemento esencial de la aplicación de la doctrina de los actos propios que la conducta o acto antecedente sean válidos. Por el contrario, en la confianza legítima, el acto o conducta que la sustenta puede ser inválido sin que esto le reste eficacia a su protección<sup>21</sup>.

La doctrina del *venire contra factum proprium* se da, según Díez Picazo-Ponce de León, en el contexto de un mismo círculo de intereses o dentro de una situación jurídica individual y concreta, lo que significa “que sólo es posible tomar como vinculante una conducta que, objetivamente, pueda suscitar en el adversario la confianza de que esta conducta sea índice o definición de una actitud frente a esta situación jurídica; pero, cuando la conducta tiene otros destinatarios distintos del adversario, éste no puede utilizarla para impedir una posterior actuación”<sup>22</sup>. Caso distinto es el de la confianza legítima, que, por un lado, se afirma del lado del particular afectado frente a la actuación estatal; y, por otro, no precisa necesariamente de la existencia de una relación jurídica determinada, propia de la figura del *venire contra factum proprium*. Puede darse, por tanto, frente a una decisión de carácter general y abstracto.

## LOS PROS Y LOS CONTRAS DE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

La recepción del principio de protección de la confianza legítima no ha ocurrido de manera acrítica y aún en el propio ámbito del derecho administrativo alemán se multiplican los reparos contra la excesiva amplitud con que las cortes lo aplican.

La cuestión es que es un principio que, por un lado, avanza sobre el pilar estructural del derecho administrativo que es el principio de legalidad; y, por el otro, contrasta con los límites de la discrecionalidad administrativa. Un principio capaz de generar tal orden de consecuencias no podía escapar ileso a las críticas.

20 Corte Constitucional, Sentencia T-295 de 1999, 4 de mayo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

21 Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, 235.

22 Luis Díez Picazo-Ponce de León, *La doctrina de los actos propios* (Barcelona: Editorial Bosch, 1963), 207 y ss.



Tales críticas pueden resumirse en que es superfluo, puramente retórico, está sobredimensionado, apela al subjetivismo, genera riesgos de casuismo judicial y, paradójicamente, trae inseguridad jurídica y, además, es conservador y nada democrático. Examinar brevemente algunas de estas críticas es útil para resaltar los problemas que el principio enfrenta.

Que es un principio *superfluo* es la crítica fundamental desde el derecho francés. Esto se basa en que la mayoría de las veces es posible llegar al mismo resultado mediante otras instituciones jurídicas.

Que es un principio “triplemente subjetivo” se refiere a que su aplicación impone, en primer lugar, el examen del comportamiento de quien suscitó la confianza (la Administración pública); enseguida se reclama la reconstrucción del estado de espíritu de quien confía (el ciudadano); y, por último, exige la formación de un juicio de valor por el juez encargado de aplicarlo<sup>23</sup>. Ahora, todo el esfuerzo de la jurisprudencia alemana estuvo dirigido al desarrollo de parámetros que permitieran eliminar el subjetivismo en la aplicación del principio<sup>24</sup>. Ese esfuerzo culminó en la Ley de Procedimiento Administrativo Federal de 1976.

En cuanto a la acusación de *casuismo* e incertidumbre como expresiones de inseguridad jurídica, algunos autores han denunciado que los tribunales encargados de aplicar el principio de protección de la confianza se valen con preocupante asiduidad de este para aplicarlo a los más disímiles casos. Tanto en el derecho comunitario europeo, como en algunos derechos nacionales, aún subsiste un razonable nivel de incertidumbre en cuanto a los criterios de aplicación del principio<sup>25</sup>. En muchos casos, a falta de criterios precisos, los tribunales acaban empleando el principio como un mero ejercicio de retórica para justificar una decisión concreta, sin preocuparse por la universalización de los argumentos deducidos<sup>26</sup>.

Pero es claro que un problema similar se presenta cuando se lidia con contenidos nuevos en el desarrollo del derecho. Y esto ocurrirá mientras no se establezcan criterios precisos para la aplicación del principio. Siendo la confianza un valor ético cuya protección se impone por el ordenamiento jurídico, hubiera sido necesario, de todos modos, un mecanismo para protegerla. Es por esto que, en

23 Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, 296.

24 Véase, al respecto, Javier García Luengo, *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 2002), 355 y ss.

25 Así sucede en sistemas en los que el principio se ha consagrado de manera muy genérica, y se deja al juez la tarea de desarrollar los parámetros de su aplicación.

26 El uso puramente retórico del principio, según Javier García Luengo, se verifica con frecuencia en sentencias del Tribunal Supremo español, diseminando la práctica, agregamos nosotros, en nuestro sistema colombiano, entusiasta seguidor de aquel. García Luengo, *El principio de protección de confianza en el derecho administrativo*, 68.

ciertos eventos, se trata de orientar el caso hacia soluciones propias de la responsabilidad estatal, de la protección del derecho de propiedad o los mismos principios generales del derecho. En esas situaciones, el casuismo y la incertidumbre que surgen de la no aplicación de la protección de la confianza legítima pueden ser mucho mayores.

En lo que se refiere a los presuntos efectos de la exageración en la aplicación del principio o en la hipertrofia de sus alcances, en la medida en que se ha pretendido extenderlo a todas las esferas del derecho administrativo e incluso al derecho constitucional, es sobre todo en el derecho alemán donde han surgido las reservas. Se sostiene que esa hipertrofia no contribuye a la delimitación de su contenido. Esta menosprecia otros instrumentos ya existentes en el derecho público que protegen a los particulares frente al Estado. Asimismo, la protección excesiva de la posición del individuo puede provocar un efecto indeseado: el riesgo de paralización de la acción administrativa por el temor de la Administración de que sus actuaciones anteriores pueden siempre volverse en su contra<sup>27</sup>. En ese sentido, es muy notorio el cuidado con que la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha manejado la aplicación del principio, de modo que su impacto concreto ha terminado por ser relativamente limitado en el derecho comunitario europeo.

Una última crítica apunta al riesgo de paralización de la Administración pública por los límites que el principio de protección de la confianza legítima le impone al ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

Al reconocerle al juez el poder de impedir la implementación de una determinada política pública por considerarla atentatoria contra la confianza legítima, podría quedar comprometida la atención del interés general de la colectividad, con lo cual se atentaría contra el principio de separación de poderes.

### LAS VENTAJAS DE LA PROTECCIÓN DEL CIUDADANO FRENTE AL PODER PÚBLICO

Pero, desde luego, no todo son críticas, también se presentan ventajas importantes a favor del reconocimiento del principio de protección de la confianza legítima. La primera de ellas, y posiblemente la más importante, es el fortalecimiento

27 Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid: Marcial Pons, 2003), 350. Para este autor, los principios generales del derecho son los de seguridad jurídica y protección de la confianza: "Hasta el momento solo cabe mencionar algunos campos en los que han alcanzado relevancia [...] La tematización rigurosa de esos principios está todavía en sus comienzos".

de la protección que el ordenamiento jurídico les otorga a los ciudadanos en las relaciones jurídico-administrativas. Se trata de extremar la sumisión del Estado al derecho, reduciendo la discrecionalidad de que puede disponer. Para esto, el principio de protección de la confianza legítima les asegura a los ciudadanos una tutela jurídica que, hasta ahora, no se incluía en el ordenamiento jurídico. Esto fortalece la estabilidad de las relaciones jurídicas y la adhesión de los ciudadanos a las acciones administrativas<sup>28</sup>. El resultado final es el aumento de la eficacia de las actuaciones administrativas.

En lo que toca con la teoría general del derecho administrativo, el principio tiene el mérito de dar luces sobre las relaciones entre la Administración y los ciudadanos<sup>29</sup>. Como se ve notoriamente en el derecho alemán, la interacción administrativa representa un cambio de paradigma en las relaciones entre la Administración y los administrados, en el que se refuerza la posición de estos como titulares de derechos y se disminuye el peso autoritario de aquella. La aplicación del principio de protección de la confianza legítima impone el examen recíproco de los dos lados de esa relación: por uno, la conducta del ente público, y, por el otro, la conducta del destinatario de la acción administrativa. Si solamente se analiza aisladamente el acto administrativo, considerando únicamente sus elementos o sus falencias, se dejarían de lado intereses susceptibles de consideración y protección. El abandono del análisis aislado del acto administrativo en beneficio del examen de la relación jurídico administrativa es indispensable para la tutela de la confianza<sup>30</sup>.

Y, además, “con el principio de protección de la confianza se pueden abandonar los lastres civilistas que pesan sobre el reconocimiento de la cláusula de la buena fe en el derecho administrativo”<sup>31</sup>, porque la afirmación de ese principio permite liberar al derecho administrativo de algunos de los problemas que genera la protección de la confianza por medio de la cláusula de la buena fe, particularmente el problema de la subordinación de la buena fe a la legalidad. Si se admite la existencia de un principio de protección de la confianza con estatus

28 Patrícia Baptista, *Segurança jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro* (CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014), 172.

29 “En los orígenes del Derecho administrativo, [la] prelación entre sujetos respondía a la idea de *subordinación* del individuo, propia de un Estado y de una Administración cuya primacía constituía la premisa indiscutida e indiscutible. La, en cierto modo, ingenua primacía del Estado administrador, será una constante, un dato previo.” Sin embargo, hoy, “La unilateralidad de la capacidad regulativa del acto administrativo no es expresión de un estilo autoritario de la Administración. La crítica de que el acto administrativo no se acomoda a la imagen de una Administración que interviene cooperativamente no está justificada”. Schmidt-Assman, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, 19 y 319.

30 Baptista, *Segurança jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo*, 174.

31 García Luengo, *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, 196.

constitucional, la relación de ese principio con el principio de legalidad pasaría a operar en el mismo plano, lo que normalmente no ocurre con el principio de buena fe<sup>32</sup>.

La superación de las críticas contra el principio de protección de la confianza exige un esfuerzo de objetivación mediante la identificación de los parámetros adecuados para su aplicación. El establecimiento de pautas que hagan previsibles los resultados de la aplicación del principio es el camino óptimo para evitar el arbitrio de las autoridades públicas o del juez<sup>33</sup>.

### EXCEPCIONALIDAD Y SUBSIDIARIEDAD DEL PRINCIPIO

Sin embargo, el principio de protección de la confianza legítima está dotado de una aplicabilidad excepcional y subsidiaria. De ello se sigue que la tutela de la confianza no puede ser abusiva. Los tribunales y la propia Administración deben sopesar con prudencia la aplicación del principio<sup>34</sup>. En derecho administrativo, la norma general es la revisión de los actos ilegales y la alterabilidad de las políticas públicas por medio del ejercicio del poder normativo de la Administración y no lo contrario. El exceso en la aplicación del principio de protección de la confianza legítima puede llevar a que quede comprometida la capacidad del poder público para adecuar constantemente el ordenamiento jurídico a las necesidades de la evolución de la sociedad, lo que está particularmente enfrentado con la esencia del Estado social.

Además, y en razón de su carácter subsidiario, el principio de protección de la confianza legítima solamente puede incidir donde no concurren “de forma clara e inequívoca” otras garantías existentes en el ordenamiento jurídico para tutelar la confianza de los administrados. Por ejemplo, cuando la confianza del administrado puede ser protegida por las garantías del *derecho adquirido* o del *debido proceso legal* no tiene sentido recurrir el principio de protección de la confianza. En tales casos, la confianza legítima en nada aumentaría la protección de los administrados y, más bien, contribuiría a crear una superposición de instrumentos y una confusión de conceptos<sup>35</sup>.

32 Baptista, *Segurança jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo*. En el derecho colombiano, solo el principio de buena fe tiene rango constitucional, en el artículo 83 de la carta.

33 García Luengo, *El principio de protección de la confianza legítima en el derecho administrativo*, 19.

34 Anne-Laure Valembois, *La Constitutionnalisation de l'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français* (París: LGDJ, 2005), 232.

35 Tal el caso de algunas decisiones judiciales que se motivan con fundamento en consideraciones de confianza legítima cuando en realidad están sustentadas en el debido proceso o en las garantías expresamente consagradas en las normas de procedimiento administrativo. Véanse, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 1995 y Sentencia T-295 de 1999, entre otras.

Esto tiene que ser así porque, a despecho de las nuevas modas y tendencias, no se puede ignorar que el derecho administrativo colombiano, como el brasileño, el mexicano o el argentino, tienen origen y se desarrollaron sobre la matriz del derecho administrativo francés. Por ende, es preciso tener cuidado con trasponer a ellos un principio utilizado en ordenamientos que se forjaron o evolucionaron en formas y circunstancias diversas, como es el caso del derecho alemán o el derecho comunitario europeo.

De modo que, aunque no se niegue la utilidad del principio de protección de la confianza en determinadas circunstancias, lo cierto es que su aplicación no puede eliminar las construcciones teóricas y jurisprudenciales ya desarrolladas para tutelar la buena fe o la confianza misma. El operador del derecho no se debe entusiasmar con el nuevo principio al punto de actuar como si la confianza de los administrados jamás hubiera sido amparada por el ordenamiento jurídico nacional. Esto no ha sido así, y por lo tanto la incorporación del principio como criterio de decisión solo es justificable cuando se trata de proteger la confianza del ciudadano en situaciones que, o bien (1) no eran tuteladas en forma alguna por el ordenamiento, o (2) no lo eran de manera completa o satisfactoria.

## DERECHO ADQUIRIDO VERSUS PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

Si no hay necesidad de sustituir la aplicación de la garantía del *derecho adquirido* por el principio de protección de la confianza legítima en los casos en que aquella puede ser claramente empleada, es bueno precisar los espacios en que una y otra se requieren.

Está, ante todo, el hecho de que esas nociones de derecho administrativo fueron desarrolladas en contextos jurídicos diversos: el francés y el alemán<sup>36</sup>. El resultado es una inevitable superposición de hipótesis en cada uno de esos ordenamientos.

En este sentido, es importante el criterio de Constatin Yannakopoulos:

Los derechos adquiridos se identifican sobre la base de una situación de hechos institucionales, a tiempo que la confianza legítima, siendo una noción más extensa, se

36 "Esas distinciones conceptuales se hacen particularmente claras cuando la 'solución de certeza del derecho' aplicada especialmente en Francia, se funda, en primer lugar, en factores objetivos como el transcurso de un determinado tiempo límite, la existencia de derechos adquiridos o la retroactividad de actos legales. Por el contrario, para el reconocimiento del principio de protección de la confianza legítima, que encuentra su expresión más nítida en los sistemas legales de Alemania y de Holanda, importa tener en cuenta los intereses jurídicos subjetivos del ciudadano en cuestión." Jurgen Schwarze, *European Administrative Law* (Reino Unido: Sweet & Maxwell, 1992), 1154.

funda en la consideración del elemento psicológico de la confianza que resulta de la situación de hecho. La identificación de los derechos adquiridos parte de la situación de hecho: la confianza legítima parte de la convicción del interesado. En consecuencia, la identificación de la confianza legítima es mucho más flexible que la de los derechos adquiridos. La distinción teórica es muy sutil. Ella conduce a diferencias importantes en las soluciones presentadas por la jurisprudencia<sup>37</sup>.

A esto se responde que la confianza tutelable por el derecho no depende del análisis de factores psicológicos del administrado, sino de una valoración objetiva, a partir de patrones medios de comportamiento de los ciudadanos y de las evidencias externas de su existencia. La simple creencia psicológica del administrado, por sí misma, no permite la aplicación del principio de protección de la confianza.

Al mismo tiempo, es ilusorio creer en la objetividad absoluta del concepto de derecho adquirido. El propio Yannakpoulos, en la conclusión de su tesis, reconoce que el grado de protección conferido por los derechos adquiridos puede variar en cada caso<sup>38</sup>, por lo que corresponde al juez un papel fundamental en “la identificación y creación de los derechos adquiridos”<sup>39</sup>. De acuerdo con la opinión del autor, la identificación de un derecho adquirido depende de una valoración libre del juez sobre los elementos del caso. En esa valoración deberán considerarse inclusive “el comportamiento de los administrados y los intereses privados dignos de protección”. Desde esa perspectiva, no es mucho lo que queda de una noción de derecho adquirido así construida. Y más bien lo que se evidencia es la cercanía del concepto con el principio de protección de la confianza legítima.

Los conceptos de derecho adquirido y de protección de la confianza legítima podrían distinguirse también contrastando el carácter absoluto del primero con la relatividad del segundo. De ese modo, cuando la garantía del derecho adquirido no podría ser descartada en hipótesis alguna, la protección de la confianza podría ceder cuando el interés público así lo impusiese<sup>40</sup>. Aunque esto se verifique en la mayoría de los casos, existen excepciones. En determinadas situaciones se admite descartar el derecho adquirido a favor de un interés público preponderante. Así, en el derecho urbanístico hay una tendencia a considerar que es posible

37 Constantin Yannakpoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français* (París: LGDJ, 1997), citado por Baptista, *Segurança jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo*, 178.

38 Yannakpoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, 541.

39 *Ibid.*, 544.

40 “Un derecho es constituido o adquirido cuando está basado en un acto que no puede ser revocado. Por tanto, un derecho adquirido tiene un carácter mucho más absoluto que la protección de la confianza, la cual puede ser descartada si el interés público así lo exige.” Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2000), 45.

revocar una licencia de construcción, acto susceptible de generar un derecho adquirido, con fundamento en la prevalencia de un interés público contrario a la edificación autorizada.

Esto no significa que los conceptos sean intercambiables. En la tradición colombiana, por influencia del derecho francés, la protección de los derechos adquiridos ha sido mantenida por largo tiempo. Esa tradición no debe ser desdénada. No hay razón que justifique una substitución amplia e indiscriminada de la protección a los derechos adquiridos por la protección de la confianza legítima en el derecho administrativo colombiano.

No obstante, existen hipótesis que pueden autorizar la aplicación de la protección de la confianza y que no son tuteladas por la garantía del derecho adquirido. Esas hipótesis, de manera resumida, son (1) la tutela de la confianza en la preservación de los actos administrativos ilegales, y (2) la tutela de las expectativas de derecho.

En efecto, es un hecho aceptado que no se adquiere derecho contra ley. Quien reclama un interés o prerrogativa sin el cumplimiento de las condiciones establecidas por las normas positivas en vigor, no puede reclamar derecho adquirido. El ilícito, lo ilegal o lo inconstitucional no genera derechos. Sin embargo, aunque los actos administrativos aquejados de ilegalidad no sean aptos para generar derechos adquiridos, pueden adquirir estabilidad por la aplicación del principio de protección de la confianza legítima. Así, el ciudadano beneficiado por un acto administrativo ilegal, si bien no puede invocar la protección del derecho adquirido, puede merecer la tutela de la confianza, mediando determinados requisitos<sup>41</sup>.

La otra esfera no alcanzada por la protección del derecho adquirido, pero que no escapa a la protección de la confianza, es la tutela de las llamadas expectativas de derecho. Son aquellas situaciones en las que un derecho despunta, pero le falta algún requisito para complementarse<sup>42</sup>. De hecho, el principio de protección de la confianza legítima tiene una cobertura mayor que la garantía de los derechos adquiridos precisamente porque alcanza derechos todavía en vía de constitución, o que son susceptibles de constituirse<sup>43</sup>. La tutela de las legítimas expectativas de los ciudadanos sería un dominio propio del principio de protección de la confianza legítima.

41 No obstante, en el derecho administrativo francés es posible invocar la protección del derecho adquirido frente a un acto administrativo ilegal, si ya ha transcurrido el corto plazo para la revocación de tal acto. En ese sentido, las observaciones hechas al fallo del Consejo de Estado en el caso *Ternom*, del 26 de octubre del 2001, en Marceau Long, *et al.*, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 15.<sup>a</sup> ed. (París: Dalloz, 2005), 863-870.

42 Carlos Maximiliano, *Direito intertemporal ou Teoria da Retroactividade das Leis* (Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1950), 45, citado por Baptista, *Segurança jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo*, 184.

43 Valembois, *La Constitutionnalisation de l'Exigence de Sécurité Juridique en Droit Français*, 232.

A esta última hipótesis, una sentencia del Consejo de Estado, que, sin embargo, no ha tenido posteridad hasta la fecha, apunta a sostener que “tanto las expectativas legítimas como los estados de confianza son intereses jurídicamente protegidos cuya menoscabo está amparado en virtud del principio de confianza legítima y, por ende, pueden ser amparadas por la cláusula de responsabilidad estatal extracontractual, si se acepta que los daños pueden recaer sobre otros bienes que no sean los tradicionales derechos subjetivos...”.

Y añade:

La reparación de daños provenientes de la afectación de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas atiende a la pérdida o menoscabo de ese derecho, mientras que la afectación de expectativas legítimas, que no de los estados de confianza, no puede repararse como si se hubiera perdido el derecho, pues nunca se ha tenido, sino como la privación de la posibilidad de obtener el que estaba en “vía de serlo”. Frente a este último punto, teniendo en cuenta que la afectación de las expectativas legítimas interrumpe intempestivamente el proceso de formación —“o en vía de serlo”— de derechos o la consolidación de determinadas situaciones jurídicas, la reparación de dichas expectativas quebrantadas deberá ser proporcional al grado de probabilidad de concreción y realización del derecho, de esta manera, el modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad perdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”, ya que a la luz del artículo 29, 90 de la Constitución y 305 del CPC —principio de congruencia—, son los efectos de esa lesión antijurídica y no otros los que permiten endilgarle responsabilidad a la entidad demandada e identificar el perímetro de la reparación<sup>44</sup>.

## EL CASO PARTICULAR DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La protección de la confianza creada en los contratos estatales se ampara en fundamentos teóricos conceptualmente diversos de los que justifican esa protección

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Exp. 22.637, 31 de agosto del 2015, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.



en el campo de los actos unilaterales de la Administración. La obligación de respetar los nexos contractuales constituye la esencia de la relación contractual por efecto del principio *pacta sunt servanda*, con las modulaciones propias de los eventos de imprevisibilidad. En ese contexto, ya ordinariamente protector, la aplicación del principio de protección de la confianza queda relegada a un plano secundario a favor de la buena fe y de conceptos tales como la distribución de riesgos y la teoría general de las obligaciones. Por tanto, la incidencia del principio no incrementaría mucho la tutela que el ordenamiento positivo ya le confiere al contratante en las hipótesis de terminación o de incumplimiento por parte de la Administración. No obstante, García Luengo considera que la protección de la confianza puede ser aplicada a las relaciones contractuales de la Administración pública “como límite a la pretensión de anular dichos acuerdos”. Parece muy difícil e improbable que en el régimen colombiano de nulidades contractuales absolutas de origen legal, sea posible esa aplicación<sup>45</sup>.

### EL CARÁCTER LEGÍTIMO DE LA CONFIANZA

Verificada la existencia de una base, es decir, de un comportamiento externo de la Administración que pueda haber dado lugar a la confianza del administrado, el siguiente paso es constatar que esa confianza es verdaderamente *legítima*.

Como ya se ha aclarado, la confianza susceptible de protección no es la que se basa en una simple convicción psicológica del interesado de que sus expectativas no quedarán frustradas por el ente público. Para ser considerada legítima, o sea apta para la protección del ordenamiento jurídico, la confianza deberá haber resultado de la postura diligente de alguien que, de acuerdo con los patrones usuales de comportamiento, haya creído razonablemente en determinada conducta pública y posteriormente haya sido sorprendido por la imprevisible y súbita mudanza de rumbo del ente oficial<sup>46</sup>. Además, la confianza debe materializarse en comportamientos externos del administrado, que la hagan evidente.

En efecto, para verificar la legitimidad de la confianza es necesario considerar el comportamiento que se espera de una persona común actuando de buena

45 Al respecto, véase Felipe de Viveros Arciniegas, “La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal”, *Revista de Derecho Público*, n.º 17 (may., 2004), Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

46 Craig precisa que “Una expectativa no será considerada razonable o legítima si quien la invoca podría haber previsto que el contenido del acto podría ser alterado, o que no sería respetado por la agencia [...] Una expectativa no será considerada razonable o legítima si el beneficiario potencial no ha puesto ‘todas las cartas sobre la mesa’”. Paul Peter Craig, *Administrative Law*, 4.ª ed. (Londres: Sweet and Maxwell, 1999), 619.

fe —ya que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza—, pero si la confianza viene de la imprudencia o la sinrazón, ella no será tutelada<sup>47</sup>. El patrón de conducta o de diligencia exigido va a variar de acuerdo con la carga de informaciones con que el particular actúa concretamente en el tráfico jurídico. De este modo, deberán ser tenidos en cuenta los diversos niveles de diligencia esperados, según se trate de un ciudadano semialfabetizado o de una gran corporación multinacional. Tratándose de un operador económico, o de un *hombre de negocios*, en la expresión usada en los derechos alemán y suizo, se espera una diligencia mayor y, por tanto, una capacidad mayor de percibir o de prever las acciones administrativas que afecten sus intereses.

Además, la confianza deberá evidenciarse en signos externos. Esta habrá de ser de tal naturaleza que convenza al ciudadano de realizar u omitir comportamientos que repercutan en su esfera patrimonial y que de otra manera no habría realizado.

### LA PONDERACIÓN DEL INTERÉS DEL CIUDADANO CON EL INTERÉS PÚBLICO O GENERAL

La cuestión del interés público o interés general es tratada habitualmente con mucha imprecisión. En el mundo anglosajón, y muy especialmente en Estados Unidos, la noción de interés general se interpretó durante mucho tiempo como la suma de los intereses particulares. Sobre esa base se entendió que la defensa de un interés particular era un verdadero derecho y un componente del sistema democrático<sup>48</sup>. El interés general en los sistemas de origen europeo es definido por el Estado.

En el mecanismo de aplicación del principio de protección de la confianza legítima no basta establecer si existe una base apta para generar confianza y si esta es legítima. Es necesario, además, evaluar si en el caso concreto la confianza despertada en el particular prevalece cuando es confrontada con un interés público invocado por la Administración en sentido contrario (por ejemplo, el interés público de protección ambiental alegado por la Administración en materia de licencias urbanísticas). La tercera fase del procedimiento de aplicación del principio de protección de la confianza legítima se resume, en esencia, en un proceso

<sup>47</sup> Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*.

<sup>48</sup> Es lo que explica la institución del *lobbying*, una actividad legítima, admitida y regulada expresamente en Norteamérica. Y difícilmente trasladable a sistemas jurídicos como el nuestro donde su ejercicio puede caer en el “tráfico de influencias”.

de ponderación entre el interés del particular en la confirmación de su confianza y el interés general cuya implementación significará la frustración de aquella expectativa<sup>49</sup>.

En realidad, el procedimiento de aplicación del principio de protección de la confianza legítima supone el juego del principio de proporcionalidad para garantizar el equilibrio entre la pretensión del particular de asegurar una ventaja, ya obtenida o esperada, y el interés público que se orienta en sentido opuesto. Según Sylvia Calmes, la proporcionalidad, entendida aquí en el sentido restringido de ponderación de intereses, representa “un elemento fundamental del mecanismo (legislativo o puramente jurisprudencial) de protección de la confianza legítima, pues es el único que permite que se resuelvan, caso por caso, las inevitables tensiones [...] entre los intereses y los principios contradictorios”<sup>50</sup>.

De esa manera, el principio de protección de la confianza legítima es un mecanismo orientado a la solución de los problemas precisos que se presentan. Esto puede ser su mayor problema, como lo es la realización de la justicia en el caso concreto sin una determinación de bases universales. La solución para esos riesgos es el establecimiento de un conjunto de pautas o de criterios que permitan hacer previsible el resultado de la aplicación del principio<sup>51</sup>.

## CONFIANZA LEGÍTIMA Y CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

A este tema se ha referido con amplitud María José Viana Cleves, quien, de paso, también ha señalado las evidentes inconsistencias con que nuestra jurisprudencia, en particular, ha enfrentado la cuestión<sup>52</sup>.

Como ya se insinuó, por la gran influencia que el derecho francés todavía ejerce sobre el derecho administrativo colombiano, los problemas de estabilidad de las relaciones jurídico-administrativas se siguen mirando desde las ópticas tradicionales, como son los conceptos de derecho adquirido y de buena fe. Pero la transposición al instrumental del derecho administrativo colombiano es posible porque los dos fundamentos directos del principio de protección de la confianza legítima, la cláusula del Estado de derecho y el principio de seguridad jurídica, están integrados al ordenamiento constitucional colombiano. Y desde un punto

49 Schwarze, *European Administrative Law*, 953.

50 Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, 292.

51 Véase García Luengo, *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, 196.

52 María José Viana Cleves, *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano* (Bogotá: Editorial Externado, 2007).

de vista menos jurídico y más filosófico y sociológico, la admisión del principio de protección de la confianza legítima tiene la ventaja de acrecentar la firmeza y la lealtad en la actuación de la Administración pública en el país. En efecto, la confianza, antes de ser incorporada al universo jurídico, es un valor ético que, sin duda, contribuye a la optimización de los valores que deben presidir las actuaciones públicas.

De todos modos, es claro que conviene la cautela. En primer lugar, porque como ocurre en otros sistemas, la legislación interna no dispone de reglas que permitan concretar el principio, con el alcance de las que existen, por ejemplo, en el derecho administrativo alemán. Por esto, el operador no podrá traer sin cuidado las soluciones del derecho extranjero a la realidad nacional sin un esfuerzo de compatibilizarlas con la normatividad existente.

Con el pretexto de que la Constitución Política no establece la confianza legítima como uno de sus principios, se ha tratado a la institución simplemente como una expresión del principio de *buena fe*, que no es precisamente lo mismo, como ya se señaló.

Así, en la Sentencia T-453 del 2018, la Corte Constitucional manifestó que el principio de confianza legítima se desprende del de buena fe, que pretende que la Administración se abstenga de modificar “situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que —se presume— informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al Estado constitucional de derecho”<sup>53</sup>.

Y agrega la Corte:

El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional [...].

En suma, para la Corte la confianza legítima protege las razones objetivas con las que cuenta un ciudadano que le permiten inferir la consolidación de un derecho que no ha adquirido. Por ello, no resulta constitucionalmente admisible que la

53 Corte Constitucional, Sentencia T-180A del 2010, M.P. Luis E. Vargas.

Administración quebrante de manera intempestiva la confianza que había creado con su conducta en los ciudadanos, más aún, cuando con ello puede afectar derechos fundamentales<sup>54</sup>.

Tampoco se puede caer en el extremo contrario, actitud que ya se observa en algunas sentencias, de actuar como si la confianza jamás hubiera merecido protección alguna en el derecho administrativo colombiano. La confianza, como se insinuó, ya es tutelada en las relaciones entre el ciudadano y la Administración de manera general por otros medios, algunos razonablemente consolidados en la tradición jurídica nacional (derecho adquirido, pérdida de fuerza ejecutoria, revocación, debido proceso, buena fe, notificación, etc.). En consecuencia, tiene que quedar en claro que en razón de su naturaleza excepcional y subsidiaria, el principio de protección de la confianza legítima tiene una utilidad que está restringida a situaciones que no están tuteladas o no lo están adecuadamente por las instituciones consagradas ya en el ordenamiento jurídico.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Baptista, Patrícia. *Segurança jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo: Análise Sistemática e Critérios de Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.
- Calmes, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et francais*. París: Dalloz, 2001.
- Coviello, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado, derecho argentino y derecho comparado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- Craig, Paul Peter. *Administrative Law*, 4.<sup>a</sup> ed. Londres: Sweet and Maxwell, 1999.
- Díez Picazo-Ponce de León, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Editorial Bosch, 1963.
- García Luengo, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002.
- González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5.<sup>a</sup> ed. Pamplona: Ed. Thompson-Reuters, 2009.

54 Véanse las sentencias T-053 del 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-722 del 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-049 del 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T- 458 del 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

- Long, Marceau, *et al.* *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 15.<sup>a</sup> ed. París: Dalloz, 2005.
- Maximiliano, Carlos. *Direito intertemporal ou Teoría da Retroactividade das Leis*. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, 1950.
- Merusi, Fabio. “Il Principio di Buona Fede nel Diritto Amministrativo”. En *Scritti per Mario Nigro: Problemi Attuali di Diritto Amministrativo*, VV. AA. Milano: Guiffé, 1991.
- Ossenbühl, Fritz. *Vertrauensschutz im sozialem Rechtsstaat*. DOV, 1972.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- Schönberg, Søren J. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Schwarze, Jürgen. *European Administrative Law*. Reino Unido: Sweet & Maxwell, 1992.
- Thomas, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- Valembos, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de l'Éxigence de Sécurité Juridique en Droit Français*. París: LGDJ, 2005.
- Viana Cleves, María José. *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Editorial Externado, 2007.
- Viveros Arciniegas, Felipe de. “La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal”. *Revista de Derecho Público*, n.º 17 (may., 2004). Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Yannakopoulos, Constantin. *La notion de droits acquis en droit administratif français*. París: LGDJ, 1997.

## Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Exp. 22.637. 31 de agosto del 2015. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-053 del 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-180A del 2010. M.P. Luis E. Vargas.
- Corte Constitucional. Sentencia T-722 del 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-049 del 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T- 458 del 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

## CAPÍTULO 8

### EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO: ASPECTOS GENERALES\*

Germán Rodrigo Lizarazo Arias

#### INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES Y CONCEPTO DEL DEBIDO PROCESO

El presente capítulo tiene por objeto abordar, desde una óptica general, el principio del debido proceso. En primer lugar se explorará, de manera general, sus antecedentes y concepto, su presencia tanto en la Constitución Política de Colombia como en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, algunas posturas jurisprudenciales al respecto, para concluir con unas consideraciones finales del autor acerca de este concepto.

#### Antecedentes del debido proceso

La doctrina ha ubicado el origen del concepto del debido proceso en el derecho anglosajón<sup>1</sup>. A este respecto, cabe destacar lo manifestado por Martín Agudelo Ramírez:

El origen del debido proceso se encuentra en el derecho anglosajón, teniendo en cuenta el desarrollo del principio *due process of law*. El antecedente histórico más significativo se remonta al siglo XIII, cuando los barones normandos presionaron al rey Juan Sin Tierra a la constitución de un escrito conocido con el nombre de la Carta Magna (año 1215), que en su capítulo xxxix disponía sobre la prohibición de arrestar, detener, desposeer de la propiedad o de molestar a ningún hombre libre, salvo “en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”. Desde el juego limpio se exige igualmente un *fair trial*, es decir, un juicio limpio...<sup>2</sup>.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.8>.

1 Iván Mauricio Fernández Arbeláez, *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo*, t. I, vol. 1 (Armenia: Editorial Universitaria, Universidad La Gran Colombia-Seccional Armenia, 2015), 69.

2 Martín Agudelo Ramírez, “El debido proceso”, *Revista Opinión Jurídica* 4, n.º 7 (2005): 91, Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.



Debido a este importante antecedente, no puede perderse de vista la consagración legal en la Constitución de los Estados Unidos de América del debido proceso, en sus enmiendas v y xiv.

En primer lugar, debe darse una mirada al texto de la v Enmienda de 1791:

[...] ninguna persona será obligada a responder por un delito capital o infamante si no es en virtud de denuncia o acusación por un gran jurado, salvo en los casos que ocurran en las fuerzas armadas de mar y Tierra, o en la milicia, cuando estén en servicio activo en tiempo de guerra o de peligro público; ni podrá persona alguna ser sometida a 2 veces, por el mismo delito, a un juicio que puede ocasionar la pérdida de su vida o de su integridad corporal; ni será compelida a declarar contra sí misma en ningún proceso penal, ni será privada de su vida, su libertad o sus bienes sin el debido procedimiento legal; ni se podrá expropiar una propiedad privada para destinarla a uso público sin la justa compensación...<sup>3</sup>.

La v Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América da una perspectiva moderna a la figura del debido proceso. La óptica abordada por el constituyente a esta modificación a la inicial consagración en el texto constitucional de los Estados Unidos circunscribe la figura del debido proceso de manera principal al ámbito del derecho penal.

Emerge en este texto la precitada figura como un límite a las autoridades frente a la posibilidad de enjuiciamiento y sanción de las personas inmersas en un juicio y también establece el principio del *non bis in idem*, bajo el cual no se puede sancionar y someter a juicio dos veces a una persona por unos mismos hechos. Además, en la mencionada enmienda se desarrollan principios tales como el de la prohibición de autoincriminación, y el debido proceso como obediencia a unas ritualidades y formalidades propias de cada juicio, elementos todos que han sido tomados por el ordenamiento colombiano y desarrollados de manera amplia por la jurisprudencia local como partes constitutivas del debido proceso.

En segundo lugar, cabe también traer a colación la Enmienda xiv a la pluricitada Constitución:

[...] toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en el que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades

3 Constitución de los Estados Unidos de América, v Enmienda, traducción que reposa en la página web del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/SPA-Constitution.pdf>.

de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a la persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad<sup>4</sup>.

De manera consecuente, la Enmienda XIV de 1868 a la Constitución estadounidense desarrolla el debido proceso como límite al Estado y establece la igualdad y no discriminación en el ámbito protector de las leyes, dimensión que también se enmarca dentro de la visión moderna y actual del debido proceso, debido a que la igualdad de protección bajo la ley facilita que las decisiones que se tomen en derecho en los diversos procedimientos se ciñan a la justicia e imparcialidad que busca el principio contemporáneo del debido proceso.

Adicionalmente, otro de los antecedentes del principio del debido proceso es el contenido en el derecho convencional, en específico lo relativo a las disposiciones que contiene la Convención Americana de Derechos Humanos. A este respecto el doctor Libardo Rodríguez sostuvo que

El marco sustancial convencional del debido proceso tiene sus fundamentos en los principios de tutela judicial (administrativa) efectiva en todo proceso o actuación, y de acceso a la justicia (administración) que deviene de los artículos 1.1, 2.º, 8.1, 10.º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia. Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que [...] se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987)”<sup>5</sup>.

Por otra parte, frente a la consagración del debido proceso en la Convención Americana de Derechos Humanos, Elizabeth Salomón y Cristina Blanco en su obra sostienen que “El texto de la Convención Americana resulta pleno de contenidos al consagrar en su artículo 8.º, el derecho al debido proceso. Esto al punto de definir una suerte de derecho complejo, es decir, un derecho que implica, a su vez, un conjunto de manifestaciones que pueden ser entendidas también como derechos particulares...”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo*, cap. 9 (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2017), 2012-2013.

<sup>6</sup> Elizabeth Salomón y Cristina Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2012), 22.

De esta forma, este principio tiene también una fuente convencional, puesto que es protegido no solo en su aspecto formal, sino en la efectividad de la defensa de los derechos de aquellos que están sometidos a la acción de la justicia.

Luego de la anterior exploración general de los antecedentes, se puede colegir que el debido proceso ha tenido una evolución temporal larga. Sus antecedentes se remontan al derecho anglosajón, la Constitución de los Estados Unidos, y sus fuentes también se remontan a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

### El debido proceso en la doctrina

Para abordar este aspecto del estudio debe recordarse que, en Colombia, el debido proceso es un principio del derecho administrativo y es, a la vez, uno de los derechos fundamentales de importancia en el ámbito constitucional. En otras palabras, este principio posee una profunda raigambre en nuestra Constitución y tiene una doble naturaleza de principio y derecho, y se ha irradiado y convertido, a su vez, en uno de los principios centrales del derecho administrativo.

Cabe mencionar también, de manera general, algunas de las visiones que se tienen acerca del debido proceso en la doctrina.

En primer lugar, se destaca la postura del doctor Librado Rodríguez, quien conceptúa que “[...] se debe entender, entonces, por debido proceso el más amplio sistema de garantías que procura, a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas”<sup>7</sup>.

Consiste, entonces, el debido proceso, según esta perspectiva, en un sistema de gran amplitud que brinda garantías para la final consecución de decisiones justas, visión precisa que engloba los elementos antes vistos tratados por los tribunales de justicia y las normas constitucionales y legales que regulan la materia. Además, esta definición se centra en un punto clave, la emisión de decisiones justas, lo cual conlleva también un sistema de decisión que permita defender los derechos de los sujetos procesales y que grave sobre la imparcialidad, sin la cual sería imposible obtener justicia en las decisiones.

Por otra parte, se encuentra el concepto de Fernández Arbeláez, quien sostiene que

El concepto del debido proceso aplicado al derecho administrativo se podría entender en el siguiente sentido: Toda decisión administrativa que involucre a un

7 Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo*, 2012.

administrado o grupo de administrados debidamente individualizados, debe obedecer a una previa intervención de los mismos, con plenitud de garantías sustanciales y procesales en el proceso administrativo, que dé como resultado el acto administrativo correspondiente.

Esto quiere decir, que el administrado o administrados deberán haber tenido la oportunidad de expresar su opinión e invocar el respeto de sus derechos fundamentales frente a la Administración pública y de aportar o pedir los elementos de juicio necesarios que respalden la mencionada opinión<sup>8</sup>.

Esta postura del autor tiene un enfoque primordial en las garantías dadas, sin embargo, la visión del doctor Libardo Rodríguez complementa esta óptica al llegar al fondo del asunto del debido proceso, que es administrar verdadera justicia, llegar a decisiones justas.

Por otra parte, Aleksey Herrera sostiene que “el artículo 29 constitucional establece que se garantiza el debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El ‘debido proceso’ hace referencia a la garantía que se les ofrece a los asociados de que las actuaciones en las que hagan parte se adelanten de acuerdo con las competencias y las formalidades previstas en la ley, permitiendo el ejercicio pleno del derecho de representación, defensa y contradicción”<sup>9</sup>.

El autor conceptúa que el debido proceso contiene garantías, lo cual es innegable y consustancial al susodicho derecho, sin embargo, no se hace referencia a la justicia, fin último del debido proceso.

Elizabeth Salomón y Cristina Blanco manifiestan al respecto que,

[...] En buena cuenta, el debido proceso supone “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”.

Esta aproximación resulta pacífica en la doctrina, y más allá de los diversos énfasis teóricos, resulta claro que estamos frente a un derecho que es, a su vez, un prerequisite indispensable para la protección de cualquier otro derecho. Constituye un verdadero límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática, lo cual, en última instancia, apunta a dotar al debido proceso de un verdadero carácter democratizador...<sup>10</sup>.

8 Fernández Arbeláez, *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo*, 70.

9 Aleksey Herrera Robles, *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano* (Barranquilla: Universidad del Norte, 2012), 377.

10 Salomón y Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 23.

La definición antedicha tiene un elemento importante, el carácter democratizador. Es inherente a un sistema jurídico inserto en una verdadera democracia la existencia de las garantías inherentes al debido proceso.

Por su parte, Manuel Rodríguez Rescia presenta su postura acerca del debido proceso así: “El derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso<sup>11</sup>”. Se destaca aquí el énfasis en el derecho a la dignidad humana que debe primar en el debido proceso.

### CONSAGRACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Desde el punto de vista constitucional, el debido proceso se ha consagrado como un derecho fundamental, que se encuentra ubicado en el Título II, Capítulo 1 “De los Derechos Fundamentales”, y consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos:

[...] el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso<sup>12</sup>.

De esta manera, la Constitución Política le da carácter de derecho fundamental al debido proceso y traza de manera explícita y taxativa un marco conceptual sobre el cual se debe estructurar, lo que ha servido como cimiento para construir el principio del debido proceso en el derecho administrativo.

11 Víctor Manuel Rodríguez Rescia, “El debido proceso y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum*, de VV. AA. (San José, Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998), 1296.

12 Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 29.

De igual forma, la Corte Constitucional, en su función de interpretación, ha ubicado al debido proceso como un derecho fundamental contentivo de principios, es decir que, en lugar de considerarlo un principio en sí mismo, la Corte Constitucional lo enmarca dentro de un derecho fundamental que se nutre de varios principios, de la siguiente forma:

El derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. Una vez se ha particularizado el derecho-garantía a un debido proceso, adquiere el carácter de derecho constitucional fundamental en beneficio de quienes integran la relación procesal. De esa manera, quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de la autoridad o de los sujetos de la relación procesal, podrá invocar y hacer efectivo los derechos que implícitamente hacen parte del debido proceso<sup>13</sup>.

Entonces, desde la óptica constitucional, el debido proceso es un derecho fundamental, que contiene principios que corresponden también a derechos fundamentales, los cuales son invocables ante la jurisdicción para obtener su protección material y efectiva.

Por otra parte, desde el punto de vista del derecho administrativo, este derecho fundamental adquiere también la forma de principio, de manera taxativa en la ley procesal, y se nutre de los desarrollos hechos por las corrientes legales, jurisprudenciales y doctrina constitucional.

Dentro de este marco conceptual, se pueden extraer del artículo 29 constitucional algunas características que permiten entender con claridad cómo ha sido estructurado el principio del debido proceso en el derecho público: (1) el debido proceso tiene un marco amplio de aplicación, es decir que no solamente se circunscribe a actuaciones judiciales, ya que también la Constitución Política permite su aplicación a toda clase de actuaciones administrativas; (2) tiene un alcance de aplicación general, es decir que debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas sin existir restricciones acerca de la clase de actuaciones en las cuales debe aplicarse este principio; (3) el texto constitucional traza un eje central del debido proceso que consiste en que únicamente se podrá juzgar

13 Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 1992, 26 de octubre de 1992, M.P. Jaime Sanín Greffenstein.

conforme a leyes preexistentes ante juez o tribunal competente. En otras palabras, se prohíbe cualquier tipo de discriminación e imposición arbitraria de normas que no sean preexistentes al acto imputado; (4) otro eje central del debido proceso es plasmado al preceptuarse que deben observarse todas las formas propias de cada juicio, es decir, las ritualidades y formalidades del juzgamiento, con el fin de honrar el debido proceso; y (5) el debido proceso se estructura también sobre las bases del derecho de defensa, de contradicción, de representación y de doble instancia<sup>14</sup>.

### Posturas generales de la Corte Constitucional acerca del derecho fundamental al debido proceso

La Corte Constitucional se ha ocupado de manera profunda de analizar el derecho fundamental al debido proceso. Este alto tribunal ha definido el derecho al debido proceso como

[...] ese conjunto de garantías que brindan protección al ciudadano incurso en una actuación judicial o administrativa, para que sus derechos sean respetados. Una de tales garantías es la imparcialidad del juez que comprende no solo la probidad de este, de manera que no se incline intencionalmente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales sino, además, no tener contacto anterior con el asunto que decide. Así mismo, esta prerrogativa supone que la convicción personal del juez se presume hasta que se demuestre lo contrario o ante la existencia de ciertos hechos que permitan sospechar sobre su imparcialidad. De allí que el legislador incorporara los impedimentos y recusaciones, instituciones procesales de carácter taxativo y de interpretación restringida...<sup>15</sup>.

En consecuencia, la Corte Constitucional deja en claro que el derecho al debido proceso cobija de garantías a los ciudadanos que se encuentren inmersos en actuaciones judiciales o administrativas, con el fin de obtener la garantía y protección de sus derechos y la imparcialidad de dichas actuaciones.

De esta manera, la Corte reafirma el amplio espectro que posee dicho derecho y el carácter garantista que permite defender los derechos de aquellos que se encuentran sumergidos dentro de actuaciones ya sea penales, ya sea administrativas, con el fin de que se les brinde un procedimiento y resolución imparcial a sus casos.

14 Constitución Política de Colombia, artículo 29.

15 Corte Constitucional, Sentencia SU-174 del 2021, 3 de junio del 2021, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Adicionalmente, debe destacarse que la Corte Constitucional ha establecido las garantías al debido proceso así:

[...] Esta Corporación ha identificado el grupo de garantías que conforman el debido proceso, sintetizándolas así: *i)* el derecho a la jurisdicción; *ii)* el derecho al juez natural; *iii)* el derecho a la defensa; *iv)* el derecho a un proceso público desarrollado dentro de un tiempo razonable; y *v)* el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

24. La Corte ha señalado que la administración de justicia debe descansar siempre sobre dos principios básicos y esenciales, a saber, *la independencia y la imparcialidad* de los jueces...<sup>16</sup>. (énfasis añadido)

Es clara, entonces, la impronta que la honorable Corte Constitucional ha dado al desarrollo jurisprudencial del derecho al debido proceso. La consecuencia de esto es que, de manera nítida, la Corte transmite el espíritu del constituyente de 1991, consistente en que el debido proceso no puede limitarse a garantizar de manera formal el agotamiento de unos pasos procesales.

Tanto en el texto de la Constitución Política de Colombia como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, máxima intérprete de la carta fundamental, se han dejado en claro, de manera diáfana, principios y elementos que permiten dar garantías de fondo a la aplicación del debido proceso.

En la interpretación jurisprudencial del espíritu de la carta política, y de forma consecuente y acertada, la Corte Constitucional ha señalado claramente que los principios sobre los cuales gravita el derecho al debido proceso son la independencia e imparcialidad de los jueces, que orientan la aplicación de los demás elementos constitutivos del debido proceso, dentro de los cuales se encuentra el juez natural, el derecho a la defensa, a un juicio con celeridad y plazos razonables, entre otros.

Es decir que no basta simplemente con agotar las formalidades propias de un procedimiento administrativo o un juicio para honrar el derecho al debido proceso. Posición que es expuesta por el tratadista Libardo Rodríguez, quien ha sostenido: “[...] A partir de las anteriores aproximaciones al concepto convencional del debido proceso se llega a la inevitable conclusión de que el mismo no se puede

16 *Ibidem*.



encausar de manera exclusiva en el ámbito de las simples reglas procesales. No se trata de un fenómeno ligado a los estrechos márgenes del positivismo...<sup>17</sup>”.

De acuerdo con lo establecido por la Constitución e interpretado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, para que el debido proceso se pueda aplicar de manera adecuada, el juez debe ser independiente y estar libre de toda atadura y compromiso que le impida expresar una decisión independiente y técnica, y, en consecuencia, el juez, al ser independiente, podrá emitir un juicio imparcial, lo cual le permitirá decidir de manera justa.

La imparcialidad implica del juzgador los siguientes elementos, de acuerdo con Picado Vargas:

[...] a. ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos), b. independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo, c. no identificación con alguna ideología determinada, d. completa ajenez frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etc , e. y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto, f. Tampoco debe tener temor al qué dirán ni a separarse fundadamente de los precedentes jurisprudenciales, etc...<sup>18</sup>.

Y la Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia que la imparcialidad “es el modo de posicionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de manera que sea equidistante de las mismas y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de dictar la sentencia. Juez es sinónimo de imparcialidad, es la esencia misma inherente a la justicia...”<sup>19</sup>.

Es decir que se exige del operador judicial o del operador administrativo, según sea el caso, un ejercicio de rigor en el juzgamiento, marcado por la imparcialidad, es decir, por la neutralidad y ausencia de prejuicios en el juicio. El cual debe ir acompasado por la independencia del operador judicial y administrativo, dependiendo de la actuación, que ha definido la Corte Constitucional así:

17 Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo*, 2012-2013.

18 Carlos Adolfo Picado Vargas, “El derecho a ser juzgado por un juez imparcial”, *Revista de IUDEx*, n.º 2 (ago., 2004): 35-36.

19 Corte Constitucional, Sentencia SU-174 del 2021, 3 de junio del 2021, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

La doctrina sobre la materia ha explicado que la independencia implica que “cada juez, individual y personalmente, con prescindencia absoluta de la opinión de los demás, tiene garantizada, y debe así practicarla, la atribución soberana para resolver cada caso concreto con total autonomía de criterio”. De lo anterior se desprende que el juez, por un lado, es soberano para resolver los asuntos bajo su conocimiento, es decir, “con absoluta sujeción a la Constitución y a las leyes que en su consecuencia se dicten, con objetividad, honestidad y racionalidad”; y por el otro, tiene el “deber-atribución de mantenerse ajeno e inmune a cualquier influencia o factor de presión extrapoder, esto es, los que provienen del periodismo o la prensa, de los partidos políticos, del amiguismo, de las coyunturas sociales, de los reclamos populares y de cualquier particular”<sup>20</sup>.

De esta manera, la independencia, que se encuentra en inescindible simbiosis con la imparcialidad, garantiza que el juez, o quien toma la decisión o adelanta el procedimiento, esté despojado de presiones o de factores externos que influyeran su decisión. En otras palabras, la imparcialidad exige una neutralidad interna del operador judicial o administrativo que realice la actuación; y la independencia exige una neutralidad externa frente a presiones que puedan influenciar su decisión.

Por lo tanto, para poder actuar de manera conforme al derecho al debido proceso, la Corte Constitucional ha dicho que se requieren tanto el aparato institucional de justicia y los jueces, los operadores administrativos y los funcionarios que ejecutan los juicios y procedimientos; como la imparcialidad e independencia que permitan realmente materializar el debido proceso —más allá del agotamiento mecánico y superficial de unos enunciados y pasos procesales que, por sí mismos, no se constituyen en cumplimiento cabal del debido proceso de no estar acompañados y guiados por los pilares y elementos que exige la Corte Constitucional, la cual ha sido fiel intérprete de la voluntad y espíritu del órgano constituyente.

## EL DEBIDO PROCESO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Desde el punto de vista del derecho administrativo, el debido proceso está consagrado en el artículo 3.º de la Ley 1437 del 2011, “Por la cual se expide el Código

20 *Ibidem*.

de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Este artículo 3.º trata sobre los “Principios” de la siguiente manera:

Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del *debido proceso*, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad<sup>21</sup>. (énfasis añadido)

De esta forma, el derecho fundamental al debido proceso se adopta como principio formal y legal del derecho administrativo, al estar ubicado dentro del código que regula los procesos y las actuaciones administrativas en Colombia, dentro de un artículo que trata, de manera explícita, sobre los principios de las actuaciones administrativas. De esta manera, se constituye el debido proceso como marco sobre el cual se deberán aplicar e interpretar las disposiciones sobre actuaciones y procedimientos administrativos.

Entonces, el derecho fundamental al debido proceso presente en la Constitución Política irradia las actuaciones y los procedimientos administrativos en forma de principio. Por lo tanto, el debido proceso evoluciona desde la ubicación en un marco inicial constitucional dentro del catálogo de derechos fundamentales, para constituirse en un principio y pilar del derecho público al estar expresamente catalogado como principio de las actuaciones administrativas.

Así las cosas, el derecho administrativo acoge de manera certera la voluntad constitucional de erigir al derecho al debido proceso como derecho fundamental y pilar sobre el cual se construyen todas las actuaciones jurisdiccionales y administrativas, y adopta al debido proceso como uno de los principios y marcos de interpretación de todas las actuaciones administrativas.

Cabe resaltar que la norma que consagra el debido proceso como principio de las actuaciones administrativas define el marco conceptual del precitado principio así:

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas

21 Ley 1437 del 2011, artículo 3.º.

en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in idem*<sup>22</sup>.

Brinda la precitada consagración normativa una profundidad acorde con la consagración del debido proceso como derecho. Al erigir el debido proceso como principio y al elevarlo de derecho fundamental a principio rector de las actuaciones administrativas, el legislador adhiere a los derechos de representación, defensa y contradicción.

Es decir, al consagrar el debido proceso como principio lo vincula con (1) el derecho de representación, que es el derecho a tener una representación técnica en las actuaciones ya sea a expensas del representado o de oficio, y a “[...] actuar a nombre propio o a través de apoderado”<sup>23</sup>; (2) el derecho de defensa, que, de acuerdo con la honorable Corte Constitucional,

[...] Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado...<sup>24</sup>.

Por lo tanto, el derecho de defensa se concreta también en la posibilidad de poder exigir en debida forma que sean escuchados los argumentos defensivos, de aportar pruebas y elementos de defensa y presentar recursos. En síntesis, el derecho de defensa es un requisito indispensable para que pueda existir un agotamiento del debido proceso; y, (3) además, se vincula con el derecho de contradicción, el cual, de acuerdo con la Corte Constitucional, se entiende de la siguiente manera:

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Herrera Robles, *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, 377-278.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-025 del 27 de enero del 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

El derecho de contradicción es un mecanismo de participación dentro de un proceso. Es decir, se refiere a la posibilidad de presentar las razones y las consideraciones pertinentes, y también a la facultad que tiene una persona para participar en la prueba. La jurisprudencia constitucional se ha referido al derecho de contradicción como la oportunidad, “reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la Ley otorga”. De igual forma, la jurisprudencia ha destacado la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, pues “con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta”<sup>25</sup>.

Es decir que, unido al derecho de defensa, el derecho de contradicción permite contradecir pruebas, poder ser escuchado cuando se realizan contradicciones a los elementos que se han traído a los procedimientos, y realizar contraargumentos y alegatos defensivos para controvertir los argumentos que perjudiquen los intereses de la parte que está siendo sometida al procedimiento o juicio.

De esta manera, el debido proceso no se limita al cumplimiento meramente formal y superficial de unas ritualidades procesales. Debe, entonces, tenerse en cuenta que todos los principios y derechos antes mencionados deben honrarse a cabalidad para que pueda existir un efectivo cumplimiento al debido proceso. Los argumentos defensivos y contradictorios deben ser no solamente recibidos por los jueces y los operadores disciplinarios, sino que también deben ponderarse bajo los principios de imparcialidad y justicia.

### Posturas generales del Consejo de Estado acerca del derecho fundamental al debido proceso

El honorable Consejo de Estado ha contribuido a enriquecer el concepto del debido proceso, bajo la óptica de lo contencioso administrativo, de la siguiente forma:

[...] El debido proceso, además de ser un límite al ejercicio del poder público, representa un mecanismo de protección a los derechos de los ciudadanos, pues el Estado no puede limitarlos o cercenarlos de manera arbitraria o deliberada. La jurisprudencia

25 Corte Constitucional, Auto 1087 del 3 de agosto del 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

de la Corte Constitucional ha definido el debido proceso como un conjunto de lineamientos, parámetros o exigencias consagradas por una Ley, de aplicación obligatoria en cualquier actuación del Estado, bien sea judicial o administrativa...<sup>26</sup>.

Esta óptica jurisprudencial enfatiza la característica del debido proceso como límite. Es un límite para el Estado en el sentido de que no puede cercenar o restringir los derechos de los ciudadanos de manera deliberada, y a la vez esta limitación es una herramienta de protección a los derechos de los ciudadanos, de tal forma que se convierte en un mecanismo para restringir las arbitrariedades por parte del Estado contra los ciudadanos.

Por otra parte, el Consejo de Estado también ha determinado los ejes sobre los cuales gravita el debido proceso:

[...] el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política es una garantía y un derecho fundamental de aplicación inmediata compuesto por 3 ejes fundamentales, (i) el derecho de defensa y contradicción, (ii) el impulso y trámite de los procesos conforme con las formas establecidas para cada juicio o procedimiento y (iii) que el asunto sea resuelto por el juez o funcionario competente para ello. La grave violación de cualquiera de estos ejes comporta la vulneración de esa garantía fundamental. De hecho, es la ley, en sentido amplio, la encargada de materializar las reglas derivadas del debido proceso. En ese sentido, sobre el derecho de defensa y de contradicción, eje fundamental del debido proceso, la sala precisa que se le garantiza en la medida en que la ley, en sentido amplio, regule (i) los medios de prueba que se pueden utilizar para demostrar determinados hechos, y, (ii) las oportunidades que se deben ofrecer para controvertir los hechos que permiten inferir cierta responsabilidad de determinados sujetos, ora mediante la oportunidad para expresar los motivos o razones de la defensa ora mediante la oportunidad para presentar las pruebas que respalden esos motivos y razones<sup>27</sup>.

De esta forma, la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo considera el debido proceso, de manera expresa, como garantía y como derecho fundamental, con la característica diferenciadora de ser de aplicación inmediata.

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia con Rad. 05001-23-33-000-2014-02189-01(1171-18), 11 de abril del 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia con Rad. 47001-23-31-000-2012-00102-01 (20899), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Aquí es de relevancia destacar que, si bien el debido proceso como principio está consagrado legalmente desde el 2011, el Consejo de Estado resalta la naturaleza del debido proceso como derecho en la sentencia precitada seguramente para proteger de manera inmediata el debido proceso en unas actuaciones procesales en las que presuntamente se vulneró este derecho y garantía.

Así las cosas, este tribunal define lo que en su concepto son tres ejes del debido proceso.

En primer lugar menciona el derecho de defensa y contradicción, adscribiéndose en este punto a la postura de la Corte Constitucional, en la que se le da relevancia a estos dos derechos que se encuentran imbricados de forma explícita, sin los cuales sería imposible defenderse en las actuaciones y establecer argumentos para contradecir las acusaciones o los reproches.

En segundo lugar se traen a colación el impulso y trámite procesales de acuerdo con las formalidades de cada proceso. En este aspecto, el Consejo de Estado no solo se adscribe al fondo del derecho del debido proceso, es decir, a la posibilidad de defensa y contradicción, ya que también enfatiza que deben respetarse las formalidades procesales, entonces defiende tanto las actuaciones de forma como de fondo que deben ejecutarse para poder honrar de manera adecuada el derecho al debido proceso.

Y, como tercer eje, el Consejo de Estado sostiene que el funcionario que resuelva el caso debe tener competencia para hacerlo. Este tema parecería obvio o redundante, sin embargo, no lo es porque la competencia en la resolución de los asuntos es uno de los puntos centrales para que la actuación pueda tener alguna garantía de justicia e imparcialidad, ya que los asuntos deben ser resueltos no solo con reglas claras, sino también por los funcionarios a los que la ley les ha dado la atribución para resolver asuntos, juicios y situaciones, para poderse dar una aplicación adecuada al principio del debido proceso.

## CONSIDERACIONES FINALES

Podría sintetizarse entonces, de manera general, el debido proceso como un derecho fundamental constitucional y un principio marco de interpretación en el derecho administrativo, que consiste en la garantía de aplicación inmediata que tienen todas las personas naturales y jurídicas a ser sometidas a procesos, judiciales o administrativos, dentro de los cuales se respeten las formalidades y ritualidades propias del procedimiento o juicio, se juzgue de manera imparcial, se admita representación técnica y se permitan las instancias de contradicción y defensa

necesarias, les sea garantizado su derecho a contradecir y argumentar a su favor, con el fin de que se produzca una decisión apegada a derecho y bajo los cánones de justicia imparcial.

Dentro de este contexto, el debido proceso se erige como una de las columnas sobre las cuales se cimenta la construcción de justicia y procedimientos administrativos justos en un sistema democrático, bajo los cuales existe un criterio orientador de imparcialidad y de respeto no solo a las ritualidades del juicio o procedimiento, sino también bajo el canon del respeto a la presunción de inocencia y de buena fe, y la posibilidad de una debida defensa y juicio justo.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Agudelo Ramírez, Martín. “El debido proceso”. *Revista Opinión Jurídica* 4, n.º 7 (2005). Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.
- Fernández Arbeláez, Iván Mauricio. *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo*. Tomo I, vol. I. Armenia: Universidad La Gran Colombia-Seccional Armenia, Editorial Universitaria, 2015.
- Herrera Robles, Aleksey. *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*. Barranquilla: Universidad del Norte, 2012.
- Picado Vargas, Carlos Adolfo. “El derecho a ser juzgado por un juez imparcial”. *Revista de IUDEx*, n.º 2 (ago., 2004): 35 y 36.
- Rodríguez Rescia, Víctor Manuel. “El debido proceso y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En *Liber Amicorum*, de VV. AA. San José, Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.
- Salomón, Elizabeth y Cristina Blanco. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*, cap. 9. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2017.

### Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia con Rad. 47001-23-31-000-2012-00102-01 (20899). 4 de febrero del 2016. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.



Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia con Rad. 05001-23-33-000-2014-02189-01(1171-18). 11 de abril del 2019. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Corte Constitucional. Auto 1087 del 3 de agosto del 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

Corte Constitucional. Sentencia T-572 de 1992. 26 de octubre de 1992. M.P. Jaime Sanín Greffenstein.

Corte Constitucional. Sentencia C-025 del 2009. 27 de enero del 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia SU-174 del 2021. 3 de junio del 2021. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

## Legislación

Constitución de los Estados Unidos de América.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 1437 del 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

## CAPÍTULO 9

### EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO: HISTORIA, ALCANCE, JURISPRUDENCIA Y APLICACIÓN\*

Yeremy Huertas

*No hay tiranía más cruel que la que se perpetra bajo el escudo de la ley  
y en nombre de la justicia.*

MONTESQUIEU

#### HISTORIA

El concepto del debido proceso surge de la convivencia comunitaria, por la cual las personas acatan una autoridad que establece ciertas normas que aseguran la justicia para todos en general. En tiempos antiguos, esta autoridad recaía en la corona, más específicamente en el rey y sus señores feudales, quienes fundamentaban sus juicios contra las personas en el acatamiento y la reverencia hacia Dios y la corona. Sin embargo, con el tiempo, dicha monarquía creció sin restricciones, gobernando de forma irresponsable y autoritaria, prescindiendo de los hechos concretos de los casos estudiados y justificando sus decisiones judiciales como manifestaciones divinas otorgadas a los gobernantes, aun cuando estas eran plena y claramente injustas.

Es por esto que, conforme al *due process of law*, arraigado a una historia que se remonta al siglo XII, específicamente al año 1215 con la denominada Carta Magna, se instituyó la prohibición de arrestar, detener, privar de la propiedad o perturbar a cualquier hombre libre, a menos que mediara un juicio justo por sus iguales y bajo las leyes establecidas. Este suceso fue crucial, y se gestionó por las diversas quejas manifestadas por los barones de la época al rey Juan sin Tierras, en las que referían evidencias de sufrimiento frente a las injusticias por encarcelamientos y homicidios perpetrados sin juicio previo, y sin ningún tipo de proceso legal que generara veracidad y respeto hacia la Corona<sup>1</sup>.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.9>.

1 Martín Agudelo Ramírez, "El debido proceso", *Opinión Jurídica* 4, n.º 7 (1.º jun., 2005): 89-105.

Así pues, con el transcurrir del tiempo se va moldeando la definición de *fair trial*, o juicio justo, que garantiza que cada participante en un proceso judicial tenga derecho a un procedimiento imparcial y equitativo. Esta definición no solo tomó fundamento en países hispanohablantes, sino que se expandió gracias a la traducción al inglés de la Carta Magna, en 1354, promulgada por el rey Eduardo III. Dicha traducción permitió que esta idea se difundiera más allá de las fronteras, en especial a lugares como Estados Unidos, donde se integró el principio del debido proceso en las primeras constituciones, como las de Maryland y Pensilvania, en 1787, que se concretó en “nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal”<sup>2</sup>.

Tras estos sucesos, que fueron un hito, el debido proceso comenzó a trascender más allá de los documentos específicos de cada nación. En 1789, tuvo lugar en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, proyectándose gradualmente hasta llegar a países como Colombia, donde este principio fue reconocido por medio de la Constitución de 1821, plasmado en varios de sus artículos, y, posteriormente, en la Constitución de 1886, destacando su importancia en el artículo 23 de la siguiente manera: “Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes”<sup>3</sup>.

Actualmente, este principio perdura a nivel jurídico en Colombia, enraizado en la Constitución de 1991, específicamente en su artículo 29, de la siguiente manera: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”<sup>4</sup>.

## ALCANCE A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL

### Alcance a nivel internacional

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido por medio de su tribunal que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana, los jueces internos del país que lo firma y ratifica

2 “La Constitución de los Estados Unidos de América 1787”, National Archives, 1787.

3 Constitución Política 1 de 1886, artículo 24, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>.

4 Constitución Política de 1991, artículo 29.

se obligan a velar por su cumplimiento<sup>5</sup>. Ahora bien, dicha tesis se defiende a nivel constitucional por medio del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia donde se establece lo siguiente: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”<sup>6</sup>.

Así pues, se entiende que la internacionalización opera de plano en los casos de derecho interno, en la medida que frente a la ratificación se garantiza el cumplimiento de los derechos que han sido adquiridos por Colombia. A nivel internacional, el principio del debido proceso se ha establecido no solo como un derecho humano en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino, además, en diversos tratados ratificados por Colombia de la siguiente manera: en primer lugar, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversos artículos, como el 8.º, en relación a las garantías judiciales y el derecho a gozar de plena igualdad en cualquier proceso<sup>7</sup>, y el 9.º, donde se determina el cumplimiento del principio de legalidad y retroactividad<sup>8</sup>. Dicha convención está protegida, además, por una figura denominada control de convencionalidad, que conforme a Fernando Quiche hace referencia a “la obligación que tienen los jueces de los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos de efectuar no solo control de legalidad y constitucionalidad en los asuntos internos a su cargo, sino también de observar y acatar en sus decisiones las normas contenidas en la Convención”<sup>9</sup>.

Asimismo, este principio del debido proceso se ha especificado en tratados como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo 26,

5 Fernando Quiche, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 163, n.º 12 (jul.-dic., 2009): 163-190.

6 Constitución Política de 1991, art. 93.

7 OEA, “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Gaceta Oficial* (1978), artículo 8.º. 1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas”.

8 OEA, “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Gaceta Oficial* (1978), artículo 9.º: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

9 Fernando Quiche, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, 163-186.

en cuanto a la presunción de inocencia<sup>10</sup>, y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, donde se menciona el derecho a ser oído<sup>11</sup>.

En relación al artículo 26 de la Declaración Americana se establece el derecho a un proceso regular de la siguiente manera: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas”<sup>12</sup>, determinándose así que las personas tienen derecho a ser oídas durante un proceso judicial y que el juez debe garantizar en el desarrollo de este la imparcialidad entre las partes; además de garantizar que las penas impuestas a las personas no correspondan a tratos crueles, humillantes o inusuales bajo el entendido de respeto por la dignidad humana<sup>13</sup>.

Agregando a lo anterior, acerca del artículo 14 del Pacto Internacional se establece este debido proceso de la siguiente manera:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente [...]
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley [...]
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: Ser informada, disponer de tiempo para la presentación de su defensa, ser juzgada sin dilaciones indebidas, hallarse presente en el proceso, realizar interrogatorios, ser asistida gratuitamente, no ser obligada a declarar en contra de sí misma [...]
4. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

En este pacto internacional se establece que los tribunales deberán ser independientes e imparciales según la ley. Así mismo, menciona que en pro de las garantías de los procesados puede negar el acceso a la prensa por consideraciones de

10 OEA, “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, 1.º de agosto del 2009, artículo 26.

11 ONU, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, OHCHR, 1966, artículo 14.

12 OEA, “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, 1.º de agosto del 2009, artículo 26.

13 “La dignidad humana se cuenta entre los derechos innatos, inviolables, intangibles y más valiosos de las personas. Esto quiere decir que se trata de un derecho fundamental así como un valor inherente de todo ser humano. De esta manera, todas las personas tienen derecho a la dignidad humana por ser seres racionales y libres”. Coordinación para el Cuidado de la Dignidad Humana, “¿Qué es la dignidad humana?”, Arquidiócesis de Bogotá, <https://ccuidadodeladignidadhumana.archibogota.org.co/node/986#:~:text=La%20dignidad%20humana%20se%20cuenta,inherente%20de%20todo%20ser%20humano>.

orden público, seguridad nacional, interés de la vida privada de las partes y demás asuntos que considere importantes en relación a las acusaciones relacionadas con pleitos patrimoniales y/o tutela de menores. De la misma manera, no solo busca este ánimo de imparcialidad, sino que, además, refiere la necesidad de que las personas que hacen parte del proceso lo comprendan de manera detallada, y tengan tiempo para su defensa y elección de defensor; a fin de que pueda la parte acusada defenderse aun cuando no pueda permitírsele de manera concreta. Así pues, en este pacto no solo se establecen generalidades al azar, sino que se concretan específicamente elementos que constituyen un debido proceso para las partes, relacionando hechos futuros, pasados y demás elementos que puedan convertirse en un vacío legal para la investigación.

Todo esto permite determinar que este principio del debido proceso tiene un carácter tan importante a nivel internacional porque garantiza y protege los derechos humanos, sin importar la ubicación geográfica, nacionalidad o demás elementos que clasifiquen al individuo. Así pues, todas las personas pueden acceder a un juicio justo sin dilaciones ni impedimentos para su defensa. De la misma manera, dicho principio contribuye a la promoción de justicia, equidad y transparencia de las relaciones internacionales forjadas entre los Estados, ayudando a prevenir abusos de poder por parte de los gobiernos o entidades a nivel interno, bajo estos parámetros internacionales.

El debido proceso fomenta la confianza en las instituciones nacionales e internacionales, bajo el cumplimiento de leyes establecidas y el funcionamiento de las organizaciones que forjan la justicia de cada país. Es por esto que es esencial para fortalecer los sistemas jurídicos y administrativos de cada Estado.

### Alcance a nivel nacional

A nivel interno, los jueces están en la obligación de aplicar el control de convencionalidad, dicha obligación se complementa con la de observar el bloque de constitucionalidad. Conforme a Jaime Cubides, este concepto puede ser entendido de dos maneras: en primer lugar, en un sentido estricto, donde se incluyen las normas y los principios que forman parte del texto constitucional, además de los diversos tratados internacionales. Se entiende, por tanto, que abarca aquellas disposiciones que no están expresamente en la Constitución funcionando como un parámetro de control<sup>14</sup>. Esta referencia concreta un significado estricto

14 Jaime Cubides Cárdenas y William Yeffer Vivas Lloreda, “El bloque de convencionalidad como parámetro de interpretación y aplicación normativa 1”, *Perfiles de las Ciencias Sociales* 6, n.º 12 (11 mar., 2019).

y literal de las normas establecidas en el ordenamiento jurídico, como los derechos fundamentales; pero igualmente menciona los casos en los que aun sin estar de manera específica cuentan como parámetro de control, debido a que son reconocidos y aplicados por los tribunales a nivel interno, como normas que dan referencias iniciales.

En segundo lugar, *lato sensu*, que se refiere a “aquellas disposiciones que tienen un rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”<sup>15</sup>. Entendido como aquel que amplía el alcance de las disposiciones sin estar necesariamente establecidas en un documento a nivel nacional o internacional. Dicha definición comprende por tanto elementos que no están directamente incorporados a un texto constitucional, como leyes estatutarias, orgánicas y demás que regulen derechos y deberes fundamentales o que desarrollen aspectos orgánicos del Estado. Es por esto que estas leyes, a pesar de no encontrarse directamente en un texto constitucional, sí cuentan con este grado y son indispensables para el desempeño a nivel interno y el control constitucional que se maneja en los organismos del país.

El bloque de constitucionalidad indistintamente está establecido a nivel de la Corte Constitucional de la siguiente manera: “Es aquella unidad jurídica compuesta por [...] normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”<sup>16</sup>.

Es por esto que en Colombia, bajo el principio de la supremacía constitucional, las normas internacionales ratificadas por el país permiten ser un mecanismo judicial que garantice dicha supremacía, y el debido proceso se garantiza no solo a nivel nacional, sino internacional en relación a la protección de los derechos de las personas y las obligaciones que adquieren los Estados ante la firma de los diversos tratados internacionales.

Bajo esa misma línea, a nivel normativo, el principio del debido proceso está establecido en dos principales normas: la primera, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en la que se establece: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”<sup>17</sup>.

15 Cubides Cárdenas y Vivas Lloreda, “El bloque de convencionalidad como parámetro de interpretación y aplicación normativa I”.

16 Corte Constitucional, Sentencia C-067 del 2003, bloque de constitucionalidad, concepto, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 Constitución Política de 1991, artículo 29.

Esta disposición garantiza que las personas tengan el derecho a ser juzgadas bajo leyes preexistentes, escritas por autoridad competente, específicamente el Congreso de Colombia, y que en un proceso se deben seguir todas las formalidades legales, asegurando un juicio justo y con respeto a los derechos fundamentales de las personas en el sistema judicial y administrativo.

Así mismo, se especifica que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”<sup>18</sup>.

Al final de este artículo menciona distintos ejes: el primero corresponde a “la presunción de inocencia”, entendida como aquella garantía que tienen las personas al considerarse inocentes hasta que una autoridad competente declare su culpabilidad. En segundo lugar determina “el derecho a la defensa y asistencia legal”, estableciendo que cualquier persona acusada tiene derecho a contar en el proceso con un abogado de su elección, y si no puede costearlo, este será proporcionado por el Estado, comprendiendo que, definido dicho abogado, este debe estar presente durante la investigación y el proceso judicial. En tercer lugar, menciona “el debido proceso público”, entendido como aquel derecho que garantiza que el proceso sea legal, público y sin demoras injustificadas; y manteniendo una secuencia lógica y sin dilaciones indebidas. Por último, decreta la “presentación de pruebas y el poder controvertirlas”, esto quiere decir que la persona acusada puede presentar pruebas a su favor, y que así mismo puede refutar aquellas pruebas que son presentadas en su contra durante el proceso.

Comprendiendo así que todos estos elementos garanticen un proceso justo y equitativo para las personas acusadas en el sistema judicial y administrativo colombiano, asegurando la protección de sus derechos fundamentales constitucionales y normas nacionales e internacionales.

Igualmente, la Corte Constitucional ha mencionado respecto de este artículo la extensión de la aplicación del principio del debido proceso, no solo en juicios, sino, además, en todas las actuaciones administrativas, de la siguiente manera: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”<sup>19</sup>. Esta corporación ha precisado en su jurisprudencia que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas tiene por objeto

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-341 del 2014, Código de Procedimiento Administrativo, demanda de inconstitucionalidad, M.P. Mauricio González Cuervo.



garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones.

Para la Corte, esta extensión hacia ámbitos administrativos permite indicar que el principio del debido proceso no se limita únicamente a procesos judiciales, sino que también aplica a actuaciones administrativas, bajo el cumplimiento de las garantías ya señaladas. De la misma manera, menciona que la aplicación a la vía administrativa pondera que los actos se produzcan de manera adecuada respetando los derechos de las personas y estableciendo que aquellas involucradas en un proceso administrativo actúen conforme a la ley y expidan sus actos y decisiones en concordancia con los objetivos y fines del Estado.

Así pues, este principio del debido proceso no solo se determina en el artículo 29, sino que, además, se establece en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 3.º, en el que se mencionan los principios orientadores que rigen dicho código y que permiten garantizar un debido proceso en el ámbito administrativo, de la siguiente manera:

*En virtud del principio de economía*, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa. Dicho principio de economía comprende la optimización y eficiencia de la administración de justicia, por lo que busca agilizar procedimientos tomando consideraciones como la agilidad en procesos judiciales en un tiempo razonable —sin dilaciones innecesarias, disminuyendo costos derivados de dichos procesos judiciales, no utilizando documentos innecesarios y no aplicando formalismos innecesarios—, esto con el fin de eliminar requerimientos excesivos que no expresen el derecho natural de las personas.

*En virtud del principio de celeridad*, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. Este principio comprende la pronta resolución de procedimientos y actuaciones, garantizando la justicia y eficiencia de la Administración. Todo esto bajo distintos criterios, como la responsabilidad de las autoridades de promover los procedimientos y buscando la agilidad de estos. En esa misma línea, busca la eliminación de asuntos que alargan la duración del proceso sin justificación. Asimismo, obliga a las autoridades a considerar las

pruebas presentadas por las partes involucradas y observarlas con claridad en el proceso.

*En virtud del principio de eficacia*, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo a petición del interesado. Dicho principio hace referencia a la necesidad de que los procedimientos logren su propósito de manera eficiente, sin que obstáculos formales impidan el desarrollo sustancial del proceso.

*En virtud del principio de imparcialidad*, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Este principio hace referencia a la obligación de las autoridades judiciales y administrativas de actuar en los procesos de manera neutral, sin ningún tipo de preferencia o perjuicio respecto de las partes involucradas. Busca, por tanto, que los procedimientos legales protejan los derechos de las personas, sin importar su raza, origen, religión o cualquier aspecto relacionado con la discriminación. De igual modo, permite que la autoridad administrativa actúe de manera igualitaria frente a los involucrados, bajo igualdad de condiciones.

*En virtud del principio de publicidad*, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan el CPACA y la ley. En relación a este principio, se entiende que los procesos deben ser transparentes y que las decisiones tomadas por las autoridades judiciales o administrativas deben ser públicas y bajo el cumplimiento de las disposiciones normativas. Permitiendo así que las partes involucradas tengan acceso a la información que se ha entregado y confianza en la transparencia del proceso.

Todos estos principios comprenden a nivel general la definición del principio del debido proceso, puesto que se complementan de manera concreta para la determinación del cumplimiento de las garantías procesales de todas las personas en el juicio o acto administrativo. Incluso, se entiende que, “En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”<sup>20</sup>.

20 Ley 1437 del 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, artículo 3.º.

Se entiende, por tanto, que todas las actuaciones administrativas a nivel interno manejan criterios constitucionales en relación a la defensa de las personas, aun más cuando se trata de un procedimiento que concreta elementos de defensa y contradicción respecto a la persona que se encuentra en dicho proceso, y que dicho desarrollo debe siempre comprender el cumplimiento de todas las garantías necesarias que permitan desarrollar una justicia que refleje el principio ético de imparcialidad y respeto por los derechos de las personas, bajo el cumplimiento de normas, valores y procesos internos.

“En materia administrativa sancionatoria se observarán, adicionalmente, los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de *no reformatio in pejus* y *non bis in idem*”<sup>21</sup>. Estos principios se pueden, por tanto, entender de la siguiente manera: *no reformatio in pejus*, o no empeorar la situación jurídica de un acusado cuando este decide apelar, y *non bis in idem*, o la persona no será juzgada nuevamente por el mismo hecho o delito por el que ya ha sido juzgada.

## JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

El Consejo de Estado afirma que el debido proceso “es una garantía que aplica a todas las personas, y según la cual su intervención en una actuación administrativa o judicial está regida por reglas previamente establecidas por el legislador”<sup>22</sup>.

Por otro lado, no solo el Consejo de Estado ha mencionado dicho principio en diversas ocasiones, sino que la Corte Constitucional estableció en la Sentencia C-758 del 2013 las garantías que hacen parte de este debido proceso, así:

(i) a ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”<sup>23</sup>.

21 *Ibidem*.

22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia con Rad. 68001-23-33-000-2014-00413-0, 21 de agosto del 2014, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

23 Corte Constitucional, Sentencia C-758 del 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La Corte enumera diversos derechos fundamentales a los que las personas tienen acceso cuando se relacionan directamente con el debido proceso, mencionando que son garantías esenciales que buscan un proceso justo y equitativo para las personas relacionadas en el proceso.

Busca, por tanto, que los sujetos involucrados tengan el derecho a ser escuchados y la capacidad de poder expresar su posición a lo largo de todo el proceso, a sabiendas de que sus opiniones o comentarios van a ser tomados en cuenta. Igualmente, la Corte recalca la importancia de una debida notificación correspondiente a términos y plazos fijos que se deben cumplir en todo el proceso, y que todo este desarrollo siempre debe realizarse sin ningún tipo de retraso injustificado que pueda afectar todas las garantías y todos los derechos de las partes involucradas en el proceso. Así mismo, determina la Corte la importancia de aquella facultad que tienen las partes involucradas en un proceso de presentar sus pruebas relevantes para su defensa y refutar las de la contraparte.

Estas garantías toman relevancia en los procesos administrativos y en la posibilidad de ejercer el *ius puniendi* del Estado, sin sobreponer los derechos de las personas en el proceso investigativo. Así pues, este derecho inherente del Estado permite la imposición de castigos o sanciones a aquellas personas que han cometido algún tipo de delito o infracción; dicha acción es exclusiva del Estado y se relaciona con la capacidad de ejercer el orden público y asegurar el cumplimiento de las normas dentro del territorio, bajo la autoridad soberana de que es titular.

Asimismo, el debido proceso permite en relación al artículo 29, como lo menciona el Consejo de Estado, tres ejes fundamentales:

El debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política es una garantía y un derecho fundamental de aplicación inmediata compuesto por tres ejes fundamentales: (i) el derecho de defensa y contradicción, (ii) el impulso y trámite de los procesos conforme con las formas establecidas para cada juicio o procedimiento y (iii) que el asunto sea resuelto por el juez o funcionario competente para ello. La grave violación de cualquiera de esos ejes comporta la vulneración de esa garantía fundamental. De hecho, es la ley, en sentido amplio, la encargada de materializar las reglas derivadas del debido proceso. En ese entendido, sobre el derecho de defensa y de contradicción, eje fundamental del debido proceso, la Sala precisa que se garantiza en la medida en que la ley, en sentido amplio, regule (i) los medios de prueba que se pueden utilizar para demostrar determinados hechos, y, (ii) las oportunidades que se deben ofrecer para controvertir los hechos que permiten inferir cierta responsabilidad de determinados sujetos, ora mediante la oportunidad para expresar

los motivos o razones de la defensa oral mediante la oportunidad para presentar las pruebas que respalden esos motivos y razones<sup>24</sup>.

Así pues, el Consejo de Estado ha establecido las garantías mínimas que debe contener este debido proceso:

Como puede apreciarse, el debido proceso comporta varias garantías no limitadas pero sí mínimas establecidas a favor del interesado que ha acudido o se le ha hecho comparecer a la Administración pública o ante los jueces, a saber: (i) ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente a la conducta que se le imputa (*lex previa - iudicium per legem terre*); (ii) no ser condenado sino por hechos que estén consagrados como delito o infracción al momento de su comisión (*nulo crimen nulla sine lege*); no ser sancionado sino conforme a las sanciones consagradas previamente en la ley (*nulum poena sine lege*); (iii) no ser juzgado sino con arreglo al procedimiento y las formas propias para cada juicio señaladas en la ley y ante la autoridad judicial o administrativa competente (*legale iudicium sourum*), independiente e imparcial; (iv) a que se presuma su inocencia respecto de la conducta ilícita que se le atribuye hasta que no se le demuestre su culpa; (v) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*); (vi) a la aplicación de la norma más favorable en materia penal; (vii) a aportar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra; (viii) a obtener la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; entre otras garantías procesales para la realización del derecho sustancial de las personas, por cuya observancia y respeto deben velar los jueces y las autoridades en las actuaciones judiciales y administrativas. Igualmente, corolario del debido proceso son: (ix) las garantías de contradicción y de audiencia (*audiatur et altera pars*)<sup>25</sup>.

En concordancia, el Consejo de Estado ha recalcado la importancia de este principio en diversas ocasiones con el fin de garantizar que las personas tengan acceso a sus derechos cuando sean parte de un sistema judicial, y promulgado así un límite al poder público, por lo que representa la protección de esas garantías establecidas en el sistema.

24 Consejo de Estado, Sentencia 47001 del 2012, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/47001-23-31-000-2012-00102-01\(20899\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/47001-23-31-000-2012-00102-01(20899).pdf).

25 Consejo de Estado, sentencia con Rad. 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394), 17 de marzo del 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-26-000-1992-00117-01\(18394\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-26-000-1992-00117-01(18394).pdf).

## APLICACIÓN CONCRETA DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

Así mismo, más allá de las especificaciones concretas a nivel internacional y a nivel nacional, la aplicación de este principio se observa desde diversas perspectivas. Entre ellas, un ejemplo aplicaría cuando una autoridad administrativa impide, en un proceso sancionatorio, a las partes involucradas la presentación de pruebas o les niega la posibilidad de responder a las acusaciones que se han realizado en su contra. Otro ejemplo violatorio de este principio podría implicar que un funcionario público acuse sin justificación a una persona en concreto y que dicha autoridad no le notifique al acusado dicho proceso con el fin de acelerarlo y juzgarla.

Si bien se podría llegar a considerar la violación del debido proceso como algo banal o infrecuente, la realidad es que se presenta diariamente en Colombia. Una de las más grandes violaciones al debido proceso se identificó en el país a lo largo del 2023 en relación a la cancelación de cédulas de ciudadanía de ciudadanos colombo-venezolanos por falsedad en documento público. En este caso, la Registraduría consideró que las pruebas presentadas no cumplían con todos los procedimientos adecuados, pero no mencionó específicamente en qué consistía este vacío en cada caso; por el contrario, expidió miles de actos administrativos con número de cédulas de personas colombianas, dejando en firme el acto y negando la posibilidad a esta gran cantidad de ciudadanos el derecho de contradicción en el proceso administrativo. Por esta razón se considera que “La anulación de registros civiles de nacimiento y cancelación de cédulas de más de 43.700 personas representa una violación sistemática, masiva y generalizada de sus derechos fundamentales”<sup>26</sup>. Es evidente en este ejemplo la violación a gran escala de derechos fundamentales y principalmente el del debido proceso, al que deben tener acceso todas las personas por el solo hecho de ser parte de un sistema de derechos. Dicha cancelación de cédulas de ciudadanía implicó una gran cantidad de despidos, desafiliaciones del sistema de salud y, por tanto, imposibilidad de acceso laboral, necesidades básicas insatisfechas y mucho más, todo esto como consecuencia de un documento que no respetó el debido proceso, y que nunca debió aplicarse a casos concretos y específicos.

Aunque el debido proceso se reconoce como uno de los pilares fundamentales del sistema normativo colombiano, su protección muchas veces puede parecer

26 Mariluz Barragán *et al.*, “Anulación de documentos a personas colombo-venezolanas: Presentamos concepto técnico”, *Dejusticia (blog)*, 14 de junio del 2024, <https://www.dejusticia.org/litigation/anulacion-de-documentos-a-personas-colombo-venezolanas/>.

una barrera que limita el pleno ejercicio de los derechos, teniendo las personas que enfrentarse a una situación de incertidumbre, sin saber cómo actuar y sin reconocer sus propios derechos o las vías legales disponibles para abordar dicha situación.

## HOMENAJE A DIEGO YOUNES MORENO

Diego Younes Moreno es un abogado colombiano de gran prestigio y profesor reconocido por sus grandes logros en temas relacionados con el derecho constitucional y administrativo. Ha sido presidente del Consejo de Estado, ministro de Estado y director del Departamento Administrativo de la Función Pública. Su trayectoria es muy amplia y se ha destacado en el ámbito jurídico por ser un gran analista, investigador y participante en debates relacionados con la jurisprudencia colombiana relacionada con derechos fundamentales y la estructura del Estado.

Debido a su gran trayectoria se ha permitido una definición concreta que se relaciona con el debido proceso, estableciendo que es “el conjunto de garantías que de cara a los procesos judiciales, particularmente frente a los enjuiciamientos penales, debe tener toda persona, y forman parte de lo que hoy se conoce como Derecho Constitucional Procesal [...] se trata de las garantías básicas que toda Constitución debe reconocer a quien se procesa judicialmente, y aun frente a procesos administrativos”<sup>27</sup>.

Esto quiere decir que los procesos judiciales, especialmente en los enjuiciamientos penales, hacen parte esencial del derecho constitucional procesal, puesto que estas garantías establecidas en la carta política están diseñadas para proteger a los individuos involucrados en un proceso legal, ya sea judicial o administrativo. Dichos elementos o garantías, para el doctor Diego Younes Moreno, deben asegurar un proceso justo y equitativo porque persiguen la protección de los derechos fundamentales en cualquier tipo de proceso y en concordancia con los principios de equidad y respeto de los derechos humanos.

Para él no solo representan una determinación normativa, sino que realmente expresan la necesidad constitucional de que dichas garantías reflejen el sistema jurídico en los procesos administrativos.

27 Ana Corredor, *El debido proceso en la justicia penal colombiana* (Bogotá: Universidad la Gran Colombia, 2015), 47.

## CONCLUSIONES

En relación a la historia del debido proceso, se entiende que este hace parte de una evolución arraigada de la necesidad de justicia y equidad en la sociedad. Desde su raíces en la convivencia de la sociedad y la corona, pasando por la Carta Magna, hasta llegar a las constituciones modernas como la de Colombia, se ha ido construyendo como pilar fundamental. Este largo camino que ha tenido el debido proceso ha sido el fruto de una lucha constante contra la arbitrariedad y el abuso del poder, plasmado luego de muchas guerras en declaraciones, pactos y demás normas internacionales que buscan la defensa de los derechos del hombre y el ciudadano. Grandes hechos históricos han impulsado la protección de los derechos individuales y el acceso imparcial, legal y equitativo a cualquier proceso judicial y administrativo contra cualquier individuo en específico.

Igualmente, al debido proceso a nivel internacional se le ha conferido gran importancia en diversos pactos y tratados que establecen los fundamentos esenciales para garantizar juicios justos y equitativos realizados a nivel interno, los cuales Colombia ha ratificado, a fin de asegurar la protección de los derechos humanos y el cumplimiento de dichos estándares internacionales. Entendiendo que este principio es de gran relevancia no solo por la protección de derechos individuales, sino porque fortalece la confianza en las instituciones nacionales e internacionales, contribuyendo a la transparencia, justicia y equidad de los Estados y fortaleciendo los sistemas jurídicos y administrativos de cada país, impidiendo el abuso de poder y asegurando el cumplimiento de leyes y normas nacionales e internacionales.

Y no solo a nivel internacional por medio del control de convencionalidad, sino que, a nivel interno, Colombia obliga a los jueces a cumplir con el bloque de constitucionalidad bajo el entendido de normas consagradas en la carta política y otros tratados y leyes ratificadas y expedidas por el Congreso colombiano. Este principio en el sistema judicial y administrativo brinda elementos protectores como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito y otras garantías que permiten a las personas acceder a procesos respaldados por principios orientadores que aseguren un juicio justo y equitativo, que promueva la transparencia en todas y cada una de las instancias legales.

De igual forma, se entiende bajo una protección nacional y una relación entre poderes y el equilibrio de estos, que el principio del debido proceso tanto para el Consejo de Estado como para la Corte Constitucional comprende una salvaguarda de la persona en cualquier etapa del proceso judicial o administrativo en el que se encuentre. Puesto que dicho principio representa la imposición de



límites al poder público y garantiza que las personas tengan acceso a sus derechos en el sistema colombiano, asegurando no solo el respeto de las normas sino su cumplimiento.

Y si bien este principio representa una barrera en el sistema jurídico colombiano, como la negación de presentar pruebas o controvertir acusaciones, como en el caso de la cancelación de cédulas de ciudadanía reseñado, representa justamente un desafío normativo a nivel interno, que permita la correcta protección de los derechos de las personas. Pero que así mismo, como menciona Diego Younes, representa los medios efectivos —como los derechos de petición y las tutelas— que permiten el debido acceso a las garantías establecidas nacional e internacionalmente, con el fin de que todos los individuos sometidos a un proceso concreto cuenten con los elementos necesarios para la protección de sus derechos humanos.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Barragán, Mariluz *et al.* “Anulación de documentos a personas colombo-venezolanas: Presentamos concepto técnico”. *Dejusticia* (blog), 14 de junio del 2024. <https://www.dejusticia.org/litigation/anulacion-de-documentos-a-personas-colombo-venezolanas/>.
- Cárdenas, Jaime Cubides y William Yeffer Vivas Lloreda. “El bloque de convencionalidad como parámetro de interpretación y aplicación normativa 1”. *Perfiles de las Ciencias Sociales* 6, n.º 12 (11 mar., 2019). <https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/3175>.
- Coordinación para el Cuidado de la Dignidad Humana. “¿Qué es la Dignidad Humana?”. Arquidiócesis de Bogotá. <https://ccuidadodeladignidadhumana.arquibogota.org.co/node/986#:~:text=La%20dignidad%20humana%20se%20cuenta,inherente%20de%20todo%20ser%20humano>.
- Corredor, Ana. *El debido proceso en la justicia penal colombiana*. Bogotá: Universidad la Gran Colombia, 2015. [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4242/Debido\\_proceso\\_penal\\_colombiana.pdf?sequence=1](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4242/Debido_proceso_penal_colombiana.pdf?sequence=1).
- National Archives. “La Constitución de los Estados Unidos de América 1787”, 1787. <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.
- OEA. “Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Gaceta Oficial*, 1978. [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf).

- OEA. “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. 1.º de agosto del 2009. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>.
- ONU. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. OHCHR, 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.
- Quinche, Fernando. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 163, n.º 12 (jul.-dic., 2009): 163-190.
- Ramírez, Martín Agudelo. “El debido proceso”. *Opinión Jurídica* 4, n.º 7 (1.º jun., 2005): 89-105.

## Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia con Rad. 68001-23-33-000-2014-00413-0. 21 de agosto del 2014. C.P. Guillermo Vargas Ayala. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/152/AC/68001-23-33-000-2014-00413-01\(AC\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/152/AC/68001-23-33-000-2014-00413-01(AC).pdf).
- Consejo de Estado. Sentencia con Rad. 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394). 17 de marzo del 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-26-000-1992-00117-01\(18394\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-26-000-1992-00117-01(18394).pdf).
- Consejo de Estado. Sentencia 47001 del 2012. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/47001-23-31-000-2012-00102-01\(20899\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/47001-23-31-000-2012-00102-01(20899).pdf).
- Corte Constitucional. Sentencia C-067 del 2003. Bloque de constitucionalidad, concepto. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-758 del 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-758-13.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-341 del 2014. Código de Procedimiento Administrativo. Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>.

## Legislación

Constitución Política 1 de 1886. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>.

Constitución Política de Colombia de 1991. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

Ley 1437 del 2011. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>.

## CAPÍTULO 10

### EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD\*

Nancy Ángel Müller

#### INTRODUCCIÓN

Realizar un acercamiento al concepto, la finalidad, el contenido y el alcance de la imparcialidad, como principio rector del derecho administrativo, impone, por razones de orden metodológico, desarrollar los siguientes ejes temáticos: (1) finalidad de los principios en el ordenamiento jurídico; (2) los principios del derecho administrativo; y, finalmente, (3) el principio de imparcialidad.

Lo anterior, con el fin de determinar sus principales lineamientos y señalar los mecanismos a través de los cuales se logra la efectividad en su aplicación en casos concretos, tanto en el procedimiento administrativo como en el contencioso administrativo, lo cual nos lleva a analizar la figura de los impedimentos y las recusaciones con indicación de las causales taxativamente consagradas por el legislador, de acuerdo con las especificidades determinadas por el principio de especialidad, y a precisar cómo el cambio de radicación del proceso también tiene por objeto garantizar este principio.

Igualmente, torna necesario analizar la figura jurídica del conflicto de intereses, así como señalar, a grandes rasgos, las consecuencias jurídicas derivadas de la vulneración del principio de imparcialidad.

#### PRINCIPIOS

Los principios en el derecho tienen un importante papel en la interpretación y aplicación de las normas en el ordenamiento jurídico, en la medida en que garantizan su unidad, coherencia y completitud<sup>1</sup>, permitiendo la concreción de los derechos desde una perspectiva material y no simplemente formal.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.10>.

1 El ordenamiento jurídico es un sistema que exige coherencia interna, en este no son permitidas las normas incompatibles o antinomias, tampoco es posible abstenerse de resolver un caso por

Sobre el contenido y alcance de la expresión, Dworkin expuso que el ordenamiento jurídico no se agota en *estándares* que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como “principios, directrices, políticas y otros tipos de pautas”, que proponen objetivos que han de ser alcanzados o contienen exigencias de justicia o equidad<sup>2</sup>.

De conformidad con el anterior desarrollo conceptual, los principios condicionan las demás normas con un alto grado de concreción y, por lo tanto, de eficacia<sup>3</sup>, al tiempo que permiten la resolución de todos los casos con independencia de que exista o no norma especialmente aplicable.

Para Alexi<sup>4</sup>, los principios son mandatos de optimización, esto es, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, en otras palabras, según los recursos fácticos y jurídicos existentes. En la teoría jurídica expuesta por este tratadista, “las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación”. La ponderación es, entonces, la forma característica de la aplicación de principios.

Nuestra jurisprudencia constitucional, con clara inspiración en la teoría jurídica alemana, ha aplicado el concepto de proporcionalidad para realizar la ponderación entre principios, señalando que cuando dos de ellos colisionan o se contraponen, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro u otros, corresponde al juez determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado, el peso jurídico de cada uno y la materialización del derecho en el caso concreto<sup>5</sup>.

## PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Teniendo como parámetros las definiciones y aproximaciones al concepto, referidas en el acápite anterior, es dable concluir que los principios generales del derecho administrativo son aquellos criterios fundamentales que sirven de base a la actuación administrativa, para llenar de contenido, alcance y eficacia las normas

---

inexistencia de norma expresamente aplicable. Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho* (Bogotá: Editorial Temis, 1994), 183.

2 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Editorial Ariel, 1995), 72-75. Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1287 del 5 de diciembre del 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Dworkin, *Los derechos en serio*.

4 Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1994), 75.

5 Véase, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996, 26 de enero de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

jurídicas que regulan la administración pública y el relacionamiento con sus destinatarios, de tal manera que permitan el cumplimiento de los fines del Estado<sup>6</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, los principios del derecho administrativo tienen consagración convencional, constitucional y legal —utilizado este término en sentido amplio—, en la medida en que están expresamente señalados en instrumentos internacionales aprobados por Colombia, como lo veremos al desarrollar en forma concreta el principio de imparcialidad, en la Constitución Política, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en normas especiales, lo que les confiere no solo su supremacía, sino también su carácter imperativo<sup>7</sup>.

La más importante y completa referencia normativa en torno al tema objeto de desarrollo la encontramos en el artículo 209 de la Constitución Política, precepto que establece: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”.

Por su parte, el legislador, al desarrollar la norma constitucional transcrita, precisó en el artículo 3.º de la Ley 1437 del 2011<sup>[8]</sup> que “Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales”.

A continuación, en el inciso segundo de la citada disposición, precisó que las actuaciones administrativas se desarrollarán de conformidad con los principios del “debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”.

Si bien dicha relación es bastante completa no es taxativa en la medida en que el intérprete puede acudir a otros principios para materializar los derechos que se encuentren involucrados en un caso concreto.

6 Artículo 209 de la Constitución Política.

7 La consagración constitucional de los citados principios del derecho administrativo los dota de la fuerza normativa que les otorga el artículo 4.º del texto fundamental; y, a su vez, el artículo 3.º de la Ley 1437 del 2011 consagra un mandato imperativo (deber) dirigido a todas las autoridades para su estricto cumplimiento.

8 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Cabe destacar que, al haberse señalado que las actuaciones y los procedimientos administrativos se desarrollarían atendiendo los principios consagrados en la Constitución Política, esto comprende varios de aquellos que el legislador reiteró en el siguiente inciso, tornando innecesaria la especificación. A título de ejemplo: debido proceso (art. 29), igualdad (art. 13), imparcialidad (art. 29), buena fe (art. 83), participación (arts. 1.º, 2.º, 40), responsabilidad (arts. 6.º y 90), publicidad (arts. 29 y 209)<sup>9</sup>, entre otros.

El debido proceso, por su parte, comprende algunos de los que fueron enunciados en forma independiente —como el caso del principio de imparcialidad—, pues, según el artículo 29 y el desarrollo del mismo, el contenido constitucionalmente vinculante o núcleo esencial de este derecho incluye las siguientes garantías: “(i) a la jurisdicción; (ii) al juez natural; (iii) a la defensa; (iv) a un proceso público; (v) a la independencia del juez; (vi) a la independencia e *imparcialidad del juez o funcionario*”<sup>10</sup>; y (vii) el principio de publicidad”<sup>11</sup> (énfasis añadido).

No obstante, los principios no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución correcta de un caso concreto, por cuanto, no obstante poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y abstracto, por lo tanto, una textura abierta, en esa medida pueden requerir la concurrencia de otros principios o normas y corresponde al operador jurídico asegurar su eficacia y aplicabilidad en cada caso.

## PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

### Consagración normativa

En el artículo 10.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en diciembre 10 de 1948<sup>[12]</sup>, se consagró que toda persona tiene derecho “a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

9 La carta política incluye la publicidad como principio rector de las actuaciones administrativas, para lo cual la Administración debe poner en conocimiento de sus destinatarios los actos administrativos, con el fin, no solo de que estos se enteren de su contenido y los observen, sino que, además, permita impugnarlos a través de los correspondientes recursos y acciones. Corte Constitucional, Sentencia C-957 de 1999, 1.º de noviembre de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

10 Garantía que ha sido complementada por la Corte al afirmar que los funcionarios “siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”. Corte Constitucional, Sentencia C-980 del 2010, 1.º de diciembre del 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

11 Corte Constitucional, Sentencia C-641 del 2002 y Sentencia C-980 del 2010, reiteradas en la Sentencia T-286 del 2018, 23 de julio del 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

12 <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

En el mismo sentido, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>13</sup> establece:

ARTÍCULO 14-1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Esta disposición también quedó contenida en la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, al señalar que toda persona acusada de un delito tiene el derecho a ser oída en forma imparcial y pública (art. xxvi).

Posteriormente, con la fuerza vinculante del tratado multilateral, se estableció en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) el compromiso de los Estados partes de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos”, los derechos y las libertades allí reconocidos (art. 2.º), dentro de los cuales se encuentra el derecho de toda persona a ser oída “por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella” (art. 8.º, num. 1).

Cabe destacar que estas garantías se extienden a las actuaciones administrativas por expresa disposición contenida en el artículo 29 de la carta, que señala que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, extensión que ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial<sup>14</sup>.

## CONCEPTO DE IMPARCIALIDAD Y RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

La mayoría de las normas citadas hacen referencia a las garantías de “independencia” e “imparcialidad”, conceptos que se hayan interrelacionados, aun cuando

13 Aprobado el 16 de diciembre de 1966, pero cuya entrada en vigor se dio el 23 de marzo de 1976. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

14 La extensión del debido proceso al derecho administrativo quedó ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional, Sentencia C-980 del 1.º de diciembre del 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En este pronunciamiento se definió el debido proceso administrativo como “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la



poseen elementos estructurantes disímiles, pero cuya aplicación y coexistencia resultan imperativas.

Según las definiciones que trae el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, el primer atributo se predica de quien “sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”<sup>15</sup>, y el segundo se refiere a la “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”<sup>16</sup>.

En la Sentencia C-450 del 2015, la Corte consideró que “la imparcialidad representa el principio más depurado de la independencia y la autonomía, pues no sólo hace independiente al juzgador frente a los poderes públicos, sino también, frente a sí mismo”<sup>17</sup>.

Con posterioridad, en la Sentencia SU-174 del 2021, la alta corporación precisó que la independencia hace alusión a que los funcionarios no se vean sometidos a presiones, insinuaciones, recomendaciones o exigencias por parte de otros órganos del poder, de la prensa, de factores externos al proceso o de la misma Administración<sup>18</sup>.

El concepto, en consecuencia, en sentir de la Corte, encierra la autonomía de criterio, que implica que el funcionario solo está sometido a la Constitución y a la ley. Actualmente, cabe agregar que lo está también a las decisiones de las altas cortes que tengan carácter obligatorio y/o vinculante<sup>19</sup>.

Señaló que, por su parte, la imparcialidad se predica “del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (art. 13 CP)”, siendo esta el “modo de posicionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de

---

administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones, y (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

15 <https://dle.rae.es/independiente>.

16 <https://dle.rae.es/imparcialidad>.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-450 del 16 de julio del 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

18 Corte Constitucional, Sentencia SU-174 del 3 de junio del 2021, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. La Corte trae la siguiente cita sobre el tema: Eduardo M. Jauchen, *Derechos del imputado: Principios, derechos y garantías constitucionales* (Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2005), 208.

19 Esto último en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.º de la Ley 1437 del 2011, que torna obligatorias las sentencias de unificación de jurisprudencia, en los siguientes términos: “DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”. Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia 634 del 2011, 24 de agosto del 2011, M.P. Ernesto Vargas Silva, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

manera que sea equidistante de las mismas y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa”<sup>20</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>21</sup> ha resaltado que, si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también lo es que tienen un contenido jurídico propio.

Al respecto precisó que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia que debe ser procurada por el Estado tanto en su faceta institucional, como en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico.

A su juicio, el objetivo del principio de independencia es evitar que el sistema y sus integrantes se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.

En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que se pueda albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.

Para esta Corte, la imparcialidad implica que el juez o funcionario “debe aparecer actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el Derecho”<sup>22</sup>.

Precisados los elementos diferenciadores de los dos institutos jurídicos referidos, es dable concluir que el principio de imparcialidad es la garantía con la cual se asegura que el funcionario obre como un tercero neutral frente a las partes del proceso y al objeto de este o situación que es materia de análisis<sup>23</sup>. En esta medida, la legitimidad de la decisión judicial o administrativa descansa en la *imparcialidad* del órgano encargado de aplicar la ley<sup>24</sup>.

Su finalidad no es otra que mantener la confianza en el Estado de derecho a través del agotamiento de los procedimientos previstos por el legislador y la adopción de decisiones que gocen de credibilidad social y legitimidad democrática.

20 <https://dle.rae.es/imparcialidad>.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*, sentencia del 5 de agosto del 2008 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Véanse los fundamentos 55 y 56 de la sentencia. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf).

22 Caso *Apitz Barbera y otros vs.*

23 <https://dle.rae.es/imparcialidad>.

24 Corte Constitucional, Sentencia SU-095 del 2003, 11 de febrero del 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Es un mandato amplio en cuanto se refiere a la imparcialidad de la autoridad, institucional y del proceso<sup>25</sup>.

El legislador, en el multicitado artículo 3.º de la Ley 1437 del 2011, llenó de contenido este principio aplicable al derecho administrativo afirmando que, “En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.

## DIMENSIONES DE LA IMPARCIALIDAD

La Corte Constitucional colombiana, inspirada en diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>26</sup>, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>27</sup> y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>28</sup>, adoptó dos categorías o dimensiones de la imparcialidad, a saber, la objetiva y la subjetiva:

(i) subjetiva, esto es, relacionada con “la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales”; y (ii) una dimensión objetiva, “esto es, sin contacto anterior con el *thema decidendi*, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto”<sup>29</sup>.

25 Corte Constitucional, Sentencia C-205 del 2016, 27 de abril del 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

26 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Fey c. Austria*, 24 de febrero de 1993, §§ 27, 28 y 30, Serie A n.º 255-A; y *Wettstein c. Suiza*, n.º 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII. Gran Sala, fallo del 15 de octubre del 2009, asunto *Micallef c. Malta* (Demanda n.º 17056/06).

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*, sentencia del 5 de agosto del 2008 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

28 La Observación General n.º 32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al desarrollar la garantía de imparcialidad judicial contemplada en el artículo 14 del Pacto, se refirió a las perspectivas objetiva y subjetiva. En cuanto al aspecto subjetivo precisó que “los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra”. En cuanto a la imparcialidad objetiva se refirió a la exigencia de que el tribunal se presente imparcial a juicio de un observador razonable. [29 Corte Constitucional, Sentencia C-416 del 14 de septiembre del 2016, M.P. María Victoria Calle Correa. En el mismo sentido, Sentencia C-545 del 28 de mayo del 2018, M.P. Nilson Pinilla](https://www.catalogoderechoshumanos.com/observacion-general-32-pidcp/#:~:text=Observaci%C3%B3n%20general%20N%C2%BA%2032%20El%20derecho%20a%20un,igualdad%20ante%20los%20tribunales%20y%20cortes%20de%20justicia, consulta.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

Sin embargo, la misma Corte señaló, en la Sentencia C-205 del 2016<sup>[30]</sup>, que estas expresiones han sido superadas, por cuanto pueden dar lugar a confusiones, oportunidad en la que introdujo los conceptos de “imparcialidad del juez o imparcialidad personal”, por una parte, e “imparcialidad institucional y del proceso”, por la otra.

Esta última se refiere a los elementos orgánicos y funcionales que puedan afectar la percepción de objetividad que debe ofrecer todo tribunal. Al precisar sus diferencias y contenidos concluyó que “La imparcialidad del juez, en concreto, se garantiza a través de las declaraciones de impedimentos y la posibilidad de formular recusaciones. La imparcialidad institucional y del proceso debe ser verificada, en abstracto, por parte de la Corte Constitucional, en su ejercicio de control de la constitucionalidad de las leyes”.

Esta tesis aparece reiterada en algunas providencias en las que la Corte ha resuelto impedimentos en casos concretos<sup>31</sup>.

Sin embargo, en la Sentencia SU-174 del 2021<sup>[32]</sup>, la Sala Plena de la Corte Constitucional se refirió nuevamente a los conceptos de imparcialidad objetiva y subjetiva y, desde esa perspectiva, resolvió el caso concreto relacionado con la vulneración del derecho fundamental al debido proceso —en punto del principio de imparcialidad— de un ciudadano sindicado en un proceso penal, ante la revelación del proyecto de sentencia por parte de un medio de comunicación.

Lo importante de la precisión conceptual referida a las dimensiones del principio de imparcialidad es que todas sus facetas y garantías queden comprendidas a la hora de materializarlo en un asunto sometido a la decisión de la Administración, toda vez que ellas se erigen en un derecho subjetivo de los ciudadanos.

Es del caso precisar que la imparcialidad, desde las ópticas analizadas, se presume mientras no se demuestre lo contrario<sup>33</sup>, esto tiene especial relevancia en derecho administrativo por la presunción de legalidad de los actos administrativos, uno de cuyos elementos esenciales es el haber sido expedido por autoridad competente.

---

Pinilla, y Sentencia C-762 del 29 de octubre del 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Esta doble dimensión del derecho a la imparcialidad fue inicialmente expuesta por la Corte en la Sentencia C-396 del 2007, y la línea continuó desarrollándose en las sentencias C-545 del 2008 y C-762 del 2009.

30 Corte Constitucional, Sentencia C-205 del 27 de abril del 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

31 Al respecto, a título de ejemplo, se pueden revisar los pronunciamientos de la Sala Plena de la Corte Constitucional, Auto 531 del 2018 y Auto 415 del 2023, con ponencia del magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar.

32 Corte Constitucional, Sentencia SU-174 del 2021, 3 de junio del 2021, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Malary vs. Haití* (2002), fundamentos jurídicos 74 y 75; Corte Constitucional, Sentencia C-205 del 27 de abril del 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

## MECANISMOS JURÍDICO-PROCESALES PARA GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO

### Impedimentos y recusaciones

#### *Definición, consagración legal y diferencias*

Como garantía del debido proceso, en punto de los derechos a la independencia y a la imparcialidad, el legislador incorporó en el ordenamiento jurídico las instituciones procesales de los impedimentos y las recusaciones, que se rigen por la especialidad, lo cual implica que cada compendio normativo contempla aquellos supuestos de hecho que afectan estos principios, según la materia.

En ese orden, encontraremos un listado de causales de impedimento en el Código General del Proceso (Ley 1564 del 2012, art. 141); en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004, art. 56); en el Código General Disciplinario (Ley 1952 del 2019, art. 104); en la primera y segunda partes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 2011, arts. 11 y 130, respectivamente); en el Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 del 2007, art. 61); en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 del 2012, art. 16); y en la Ley 610 del 2000<sup>[34]</sup> (art. 34), para destacar los principales ejemplos.

Algunos de los ordenamientos consagran las causales de impedimento por el sistema de remisión o integración normativa, como ocurre —por ejemplo— en materia de tutela, en la que, por decisión del legislador extraordinario (Decreto legislativo 2591 de 1991, art. 39), los impedimentos son los mismos previstos por el Código de Procedimiento Penal, actualmente contenidos en el artículo 56 de la Ley 906 del 2004.

En consideración a que cada materia jurídica tiene consagradas sus propias causales de impedimento y recusación, así como el trámite especial para su declaración y resolución, se debe tener especial cuidado a la hora de invocar una causal, sustentándola en la normatividad que expresamente corresponda al trámite, y de escoger la causal que se adecúe al supuesto de hecho.

Lo anterior por cuanto en la práctica jurídica es frecuente evidenciar errores en los que incurren los funcionarios en la invocación de la causal correcta, así como aquellos que cometen los intervinientes del proceso al formular una recusación y la necesidad de adecuación de quien tiene a su cargo la competencia para

34 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.”

resolverlas, lo cual supone otro problema jurídico en el sentido de precisar si tal adecuación es o no válida.

A mi juicio, la adecuación de una causal de impedimento a la que corresponda es procedente, pero exige una carga argumentativa suficiente por parte de quien debe decidir sobre si está o no fundada, carga que implica analizar que efectivamente en el proceso está probado el supuesto de hecho de aquella a la que realmente corresponda y se garantice materialmente el principio de imparcialidad. Se deben aplicar los métodos de subsunción y de ponderación.

Retomando el tema de este acápite, se destaca que la autoridad cumple la exigencia de imparcialidad cuando pone de presente —con suficiente fundamento— y, además, acredita todas las circunstancias personales que podrían favorecer o desfavorecer a una de las partes, y esto le permite separarse voluntariamente del asunto, figura que corresponde a los impedimentos. Si no lo hace, son las partes las llamadas a controvertir su imparcialidad, a través de la figura de la recusación<sup>35</sup>.

Entonces, el impedimento se diferencia de la recusación en que el primero tiene lugar cuando el juez, *ex officio*, es quien decide abandonar la dirección del proceso, en tanto que la segunda se produce por solicitud de quienes participan en el proceso, ante la omisión o la negativa del juez de aceptar su falta de aptitud para decidir el litigio<sup>36</sup>.

### *Carácter taxativo y excepcional de los impedimentos y las recusaciones*

Es importante resaltar el carácter excepcional de los impedimentos, pues estos no pueden convertirse en un mecanismo para limitar de forma excesiva el acceso a la administración de justicia. En esa medida, estos tienen un carácter taxativo y, por ende, su interpretación debe efectuarse de forma restringida<sup>37</sup>. Esto ha sido explicado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

[...] el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación

35 Corte Constitucional, Sentencia C-205 del 27 de abril del 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-496 del 14 de septiembre del 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

37 Corte Constitucional, Auto 039 del 2010, 22 de febrero del 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterado en las sentencias C-881 del 23 de noviembre del 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-305 del 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (art. 228 CP), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida<sup>38</sup>.

Sobre el mismo punto de derecho, el Consejo de Estado ha señalado que

La declaración de impedimento del funcionario judicial es un acto unilateral, voluntario, oficioso y obligatorio ante la presencia de cualquiera de las causales de impedimento taxativamente contempladas por la ley, por esto, no hay lugar a “analogías o a pretendidos afanes protectores de esquemas por encima de las garantías esenciales de carácter constitucional”, a lo que se suma que “no todo escrúpulo, incomodidad o inquietud espiritual del juzgador basta para separarlo del conocimiento de un determinado asunto”<sup>39</sup>.

El carácter restrictivo y taxativo de los impedimentos y de las recusaciones tiene por objeto evitar, por una parte, que el funcionario se aparte del conocimiento de un asunto sin existir una razón que afecte realmente el principio de imparcialidad y, por otra, que las partes, en forma temeraria o de mala fe, utilicen la figura de la recusación como estrategia para apartarlo del conocimiento<sup>40</sup>.

### *Causales de impedimento en materia administrativa: conflicto de intereses*

El legislador, en uso de su facultad o potestad de configuración, ampliamente reconocida, estableció las causales de impedimento que deben ser aplicadas en los procedimientos administrativos, las cuales quedaron consagradas en el artículo 11 de la Ley 1437 del 2011, precepto que los desarrolló con fundamento en la figura del conflicto de intereses, indicando que “Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido”.

Para el efecto, consagró las causales referidas así: la existencia de interés directo o indirecto; el conocimiento previo del asunto; las calidades de tutor o curador de alguno de los interesados en el proceso; que alguno de estos, a su vez,

38 *Ibidem*.

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto del 19 de junio del 2014, M.P. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala Veintisiete Especial de Decisión, Auto del 4 de mayo del 2021, M.P. Rocío Araújo Oñate.

40 Corte Constitucional, Sentencia C-365 del 29 de marzo del 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, fundamentos jurídicos 10-13.

ostente la condición de representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público; existir pleito pendiente o haber formulado denuncia penal; las calidades de deudor o acreedor; la enemistad grave o la amistad íntima; la calidad de socio; haber dado consejo o manifestado la opinión sobre el asunto materia del proceso por fuera de la actuación; la calidad de heredero o legatario; la existencia de decisión administrativa pendiente sobre el mismo tema.

Igualmente, en el mencionado artículo se consagró como causal de impedimento el “Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores”. Así como “Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin”.

Finalmente, incluyó el supuesto de hecho de haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de junta directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición, causal en relación con la cual introdujo un extremo temporal de un año.

Es muy importante que al momento de manifestar el impedimento, formular la recusación o resolver sobre una u otra figura, se tengan en cuenta los elementos integrantes de cada causal, esto es, los grados de parentesco, la verificación de las calidades o condiciones exigidas por la norma y los extremos temporales o requisitos adicionales, las condiciones que la jurisprudencia de las altas cortes han introducido en relación con ellas y las pruebas allegadas a la actuación, apreciadas según las reglas de la sana crítica.

Debo aclarar que hago referencia a las condiciones que la jurisprudencia de las altas cortes ha introducido en relación con ellas, por cuanto algunas contienen conceptos jurídicos indeterminados o exigencias que han sido precisadas por esta. Para citar un ejemplo, sobre la causal de la existencia de interés se ha aclarado que el mismo debe ser cierto, personal, directo y actual<sup>41</sup>.

### *Causales de impedimento en materia contencioso administrativa*

En materia contencioso-administrativa, el artículo 130 de la Ley 1437 del 2011 realiza una remisión expresa al artículo 150 del Código de Procedimiento Civil,

41 Corte Constitucional, Auto A-444 del 2015, 28 de septiembre del 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otros.



debiéndose tener en cuenta, según la vigencia de las normas en el tiempo y su aplicación en cada proceso<sup>42</sup>, que actualmente la integración normativa hace referencia al artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, relaciona unos eventos adicionales que materializan el principio de especialidad.

Estos eventos especiales hacen referencia a la participación previa en la expedición del acto administrativo enjuiciado, en la formación o celebración del contrato o en la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia; a la intervención, “en condición de árbitro, de parte, de tercero interesado, de apoderado, de testigo, de perito o de agente del Ministerio Público, en el proceso arbitral respecto de cuyo laudo se esté surtiendo el correspondiente recurso de anulación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”; y, finalmente, al parentesco con alguna de las partes o intervinientes en el proceso.

### *Consecuencias jurídicas de omitir la declaratoria de impedimento*

Resulta importante destacar que la vulneración del principio de imparcialidad no solo puede dar lugar a la declaratoria de nulidad de las decisiones de la Administración, sino que, desde el punto de vista del juez o funcionario, puede generar sanciones de naturaleza disciplinaria.

En efecto, el Código General Disciplinario<sup>43</sup> señaló, al introducir el concepto de falta disciplinaria, como una de las conductas constitutivas de esta la incursión en impedimentos y conflicto de intereses.

A su vez, en el artículo 56 incluyó un catálogo de faltas relacionadas con “el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses”. En el artículo 72 consagró como falta gravísima de los funcionarios o particulares que ejerzan funciones públicas “1. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución o en la ley”.

La calificación de la gravedad de la conducta, realizada por el legislador disciplinario, es perfectamente proporcional a la finalidad y necesidad de proteger la imparcialidad, como contenido constitucionalmente vinculante del derecho al debido proceso, como contención de la arbitrariedad de la Administración y como único recurso para legitimar las decisiones.

42 Pueden existir algunos procesos judiciales que aún se rijan por el Código de Procedimiento Civil, según la regla de entrada en vigor y el auto de unificación de jurisprudencia dictado por el Consejo de Estado el 25 de junio del 2014, M.P. Enrique Gil Botero.

43 Ley 1952 del 2019.

## Cambio de radicación del proceso

Otro mecanismo procesal que tiene como finalidad garantizar el principio de imparcialidad es la figura del cambio de radicación del proceso que, en materia contencioso administrativa, está consagrada en el artículo 150 de la Ley 1437 del 2011<sup>[44]</sup>, en virtud del cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conoce de las peticiones de cambio de radicación de un proceso o actuación.

Este cambio de radicación se puede disponer excepcionalmente, entre otras causales, cuando en el lugar en donde se esté adelantando el proceso o la actuación existan circunstancias que puedan afectar la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia.

A juicio del Consejo de Estado, ese carácter excepcional supone la fundamentación y acreditación de las situaciones invocadas por quien lo solicita; pues se trata de una afectación extraordinaria al principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, según el cual, ciertos derechos de las partes, como los relativos a la competencia del juez que ha de decidir la litis, deben ser inmodificables<sup>45</sup>. La aplicación de esta figura exige “[...] una decisión razonable, proporcional y ponderada, que permita concluir si la medida a tomar, esto es, el cambio de radicación de determinado proceso, tiene como finalidad proteger intereses o bienes jurídicos relevantes; es idónea, para alcanzar la finalidad propuesta; es indispensable o necesaria; y finalmente, si es o no proporcionada a los hechos que le sirven de causa”.

Cuentan con legitimación en la causa por activa para solicitar el cambio de radicación del proceso las partes intervinientes y, adicionalmente, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

## CONCLUSIÓN

Quedaron expuestos en este capítulo, en desarrollo del principio de imparcialidad, sus fundamentos jurídicos, el contenido y alcance del concepto, su objetivo y finalidad, su diferenciación con el principio de independencia, sus dimensiones, la forma como es posible hacerlo efectivo para materializar los derechos de los intervinientes en una actuación administrativa y las principales consecuencias por su violación.

44 Modificado en cuanto a esta figura por el artículo 615 del Código General del Proceso.

45 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 30 de noviembre del 2018, M.P. Oswaldo Giraldo López.

A partir de este desarrollo básico es posible profundizar en la aplicación de las causales de impedimento y llenar de contenido algunos conceptos jurídicos indeterminados en ellas comprendidos.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 1994.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.
- Jauchen, Eduardo M. *Derechos del imputado: Principios, derechos y garantías constitucionales*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2005.

### Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto del 19 de junio del 2014. M.P. Alberto Yepes Barreiro.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 30 de noviembre del 2018. M.P. Oswaldo Giraldo López.
- Consejo de Estado. Sala Veintisiete Especial de Decisión. Auto del 4 de mayo del 2021. M.P. Rocío Araújo Oñate.
- Corte Constitucional. Auto 039 del 2010, 22 de febrero del 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996. 26 de enero de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-957 de 1999. 1.º de noviembre de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-365 del 2000. 29 de marzo del 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-641 del 2002. 13 de agosto del 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-095 del 2003. 11 de febrero del 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-980 del 2010. 1.º de diciembre del 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- Corte Constitucional. Sentencia C-881 del 2011. 23 de noviembre del 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia C-450 del 2015. 16 de julio del 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. Sentencia C-205 del 2016. 27 de abril del 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-416 del 2016. 14 de septiembre del 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia T-305 del 2017. 8 de mayo del 2017. M.P. Aquiles Arrieta Gómez.
- Corte Constitucional. Sentencia C-545 del 2018. 28 de mayo del 2018. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional. Sentencia T-286 del 2018. 23 de julio del 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-174 del 2021. 3 de junio del 2021. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*. Sentencia del 5 de agosto del 2008 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Fey c. Austria*. 24 de febrero de 1993, §§ 27, 28 y 30, Serie A n.º 255-A.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Wettstein c. Suiza*, n.º 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Sala. Asunto *Micallef c. Malta*. Fallo del 15 de octubre del 2009. Demanda n.º 17056/06.

## Legislación

- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 del 2011.
- Código de Procedimiento Penal. Ley 906 del 2004.
- Código General del Proceso. Ley 1564 del 2012.
- Constitución Política de Colombia de 1991.



## CAPÍTULO 11

### EL PRINCIPIO DE RENDICIÓN DE CUENTAS\*

Hansel Arias Ramírez

#### INTRODUCCIÓN

La democracia contemporánea exige a sus representantes y servidores públicos una serie de condiciones y conductas, lo cual se ve reflejado en un complejo entramado institucional, que busca responder a las necesidades y demandas de una sociedad cambiante y con grandes desafíos. La gestión de la cosa pública conlleva en su encomienda un acto de confianza y responsabilidad, por partes iguales. Lo primero nunca puede ser irrestricto, sin riesgo de caer en el abuso y la arbitrariedad, lo segundo es garantía de la capacidad regenerativa del propio sistema, y su anverso —la corrupción y la impunidad— es capaz de minar la legitimidad y la credibilidad de los ciudadanos, lo que da sentido a la organización social.

La rendición de cuentas a través de los mecanismos de control público constituye el eje que permite calibrar un adecuado funcionamiento de nuestro sistema democrático. Rendir cuentas y hacerse responsable por los resultados de la labor realizada es la base principal para construir una gestión pública con integridad. En el 2017, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) adoptó una recomendación sobre integridad pública, en la cual señala que “La integridad es uno de los pilares fundamentales de las estructuras políticas, económicas y sociales y, por lo tanto, es esencial para el bienestar económico y social, así como para la prosperidad de los individuos y de las sociedades en su conjunto”<sup>1</sup>.

Es por esto que resulta importante ocuparnos del principio de rendición de cuentas, a efectos de identificar su vinculación esencial con los postulados del Estado social y democrático de derecho, y de esta forma comprender el origen y la potencia que sustenta esta premisa, que hoy se desprende con la mayor naturalidad de los textos constitucionales vigentes que comparten la mayoría de nuestros países.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.11>.

1 <https://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/>

Asimismo, resulta conveniente precisar su conceptualización, alcances e importancia para el funcionamiento de la Administración pública, de manera que permita ponderar adecuadamente su relevancia. Asimismo, es necesaria su ubicación en relación con otros principios como la transparencia y publicidad administrativas, la eficacia, eficiencia, evaluación de resultados, participación ciudadana y el principio democrático, por lo cual abordaremos dichos tópicos.

Por otra parte, en un plano más aplicativo y práctico, hemos considerado valioso enfocar este aporte considerando la especial relación que existe entre el control público y la rendición de cuentas, por lo cual nos ocuparemos también del papel fundamental que juegan las entidades fiscalizadoras superiores (EFS) en esta materia, así como la utilidad que tiene una adecuada rendición de cuentas como herramienta para el combate de la corrupción.

Nuestro mayor afán es que la presente contribución aporte a una mejor comprensión y ponderación de tan importante principio del derecho público, como lo es la rendición de cuentas. No obstante, sea también mi pequeña forma de tributar en tan significativo homenaje que se rinde al jurista Diego Younes Moreno, que con su actividad académica y profesional ha inspirado este esfuerzo colectivo.

## BASES CONCEPTUALES SOBRE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

### Vinculación con los postulados del Estado social y democrático de derecho

Desde la temprana configuración de los lineamientos esenciales que definen nuestro moderno Estado de derecho y su versión contemporánea, el Estado social y democrático de derecho, el aspecto de la rendición de cuentas por parte de quienes ejercen de distintas formas el poder público ocupa un lugar cardinal, por cuanto coadyuva a la comprensión de un sistema arquetípico que bascula en función de un adecuado equilibrio entre la concesión transitoria de una serie de prerrogativas, las cuales legitiman la toma de decisiones en procura de la realización del interés general, y la responsabilidad —institucional y personal— que implica para todos los efectos el desarrollo de esa función administrativa.

Como nos recuerda el profesor Rivero Ortega, nada hay más característico de la Administración pública, o más precisamente del poder público, que esa asociación indisoluble marcada por la habilitación mediante prerrogativas que responden al ejercicio de determinadas potestades públicas, ligadas a un cometido

constitucional de servicio objetivo a los intereses generales<sup>2</sup>. Por tanto, es claro que no se puede concebir un verdadero Estado de derecho con una Administración en la que sus servidores no rindan cuentas de manera efectiva y asuman la responsabilidad que les corresponde por sus actos.

El régimen de responsabilidad de la Administración y sus funcionarios tiene —como sabemos— carta de naturaleza dentro de las instituciones del derecho administrativo, con un fuerte anclaje en el plano suprallegal. Conteste con ello, el Tribunal Constitucional costarricense ha establecido en su jurisprudencia la clara vigencia de un “principio constitucional de responsabilidad administrativa” por parte de los entes y órganos públicos, que se considera “pieza clave y esencial del Estado Social y Democrático de Derecho, acorde con los fines a los que propende este régimen de responsabilidad administrativa”<sup>3</sup>. Lo anterior debe entenderse enmarcado dentro de una serie de postulados y principios más amplios, como los de interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos, seguridad jurídica, igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, transparencia y acceso a la información pública, entre otros.

Conviene recordar también que desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada en Francia el 26 de agosto de 1789, se estableció que “Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración” (art. 14). Y el numeral 15 dispuso: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público”.

Un poco más cercano a nuestro contexto iberoamericano debemos rememorar la Constitución de Cádiz de 1812, que en varias de sus normas hace mención a la obligación de rendir cuentas por parte de los depositarios de la autoridad. En particular, destaca el numeral 227 que establece “Los Secretarios de Despacho formarán los presupuestos anuales de los gastos de la Administración pública, que se estime deban hacerse por su respectivo ramo, y rendirán cuentas de los que se hubieren hecho, en el modo que se expresará”. Asimismo, en su Título VII, la Constitución gaditana se refiere a la regulación de las contribuciones e incluye la creación de una Contaduría Mayor de Cuentas “para el examen de todas las cuentas de los caudales públicos”, tal como lo indica su artículo 350, así como establece el numeral 352: “Del mismo modo se imprimirán, publicarán y circularán

2 Ricardo Rivero Ortega, *Derecho administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed. (España: Tirant lo Blanch, 2023), 35.

3 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 2004-05207 de las 14:55 horas del 18 de mayo del 2004. Véase también la Sentencia n.º 3446-96 de las 15:18 horas del 9 de julio de 1996.



las cuentas que rindan los Secretarios del Despacho de los gastos hechos en sus respectivos ramos”.

Así, resulta claro que el texto fundamental supuso un cambio paradigmático en la concepción de los mecanismos de rendición de cuentas. De acuerdo con Bonell Colmenero, “[...] es la Constitución de Cádiz de 1812 la que, tributaria del espíritu ilustrado, sustituye el antiguo concepto de rendición de cuentas al Rey por el de rendición de cuentas al Pueblo, definitivo titular de la soberanía...”<sup>4</sup>. Esto se consolida aún más con el advenimiento del Estado constitucional en el siglo XIX, en virtud de lo cual —por ejemplo— los tribunales de cuentas y otros órganos encargados de la labor de examinar y dictaminar los resultados de la gestión pública se fueron paulatinamente desvinculando de los monarcas para aproximarse más a la órbita parlamentaria<sup>5</sup>, eminentemente representativa de la voluntad expresada en la elección democrática.

Es preciso señalar que en España —al igual que en otros países del continente europeo— fueron emergiendo, paulatinamente, una serie de instituciones encargadas del control financiero y la actividad de los gestores públicos, cuyos antecedentes se remontan al menos a la Edad Media. Algunas de estas figuras fueron forjadas al calor del requerimiento de representantes ciudadanos que pedían explicaciones al rey sobre el destino que se daba a sus aportaciones, lo que fue gestando el surgimiento de figuras como la *Mayor in Domus*, recogido en el Código de las Partidas de Alfonso X “el Sabio” (1252-1284), el *Contador Mayor* en la Corte Castellana y el *Maestre Racional* en el Reino de Aragón.

En el Reino de Navarra se constituyó la *Cámara de Comptos* en 1365, que refleja la configuración de un antiguo Tribunal de Cuentas, donde se instalaron los denominados “Oidores Generales de Cuentas”, encargados de oír la rendición de cuentas de quienes recaudaban los tributos en nombre del rey, así como de administrar los derechos de la Corona y aconsejar en materia de finanzas reales.

Desde esta perspectiva, el surgimiento de las referidas instituciones de control, como ha indicado Mendizábal Allende, representa todo un movimiento que ocurre en varias latitudes en una época en la que se plasma la necesidad de poner en orden las cuentas reales, lo que generó espacio para que aparecieran instituciones encargadas de la ordenación y el control de ingresos y gastos en el ámbito público, y que indudablemente fueron consolidando la disciplina del control

4 Ramón Bonell Colmenero, “El Tribunal de Cuentas”, *Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales* 4 (2006): 4.

5 Fernando Gutiérrez Hidalgo, “Organización y actividad de los tribunales de cuentas de ultramar (1851-1893)”, *De Computis: Revista Española de Historia de la Contabilidad*, n.º 11 (2009): 9.

fiscal como antesala de los mecanismos más acabados de rendición de cuentas que en la actualidad forman parte del andamiaje administrativo<sup>6</sup>.

En definitiva, la rendición de cuentas como principio de actuación dentro de la Administración, concretizado en los distintos ordenamientos a través de los mecanismos legalmente dispuestos para tal efecto, se encuentra en la base del Estado de derecho, junto a una gama más amplia de postulados cardinales como la transparencia y accesibilidad a la información de carácter público, el sometimiento pleno a la legalidad y el control efectivo de la Administración, el derecho fundamental al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, el gobierno abierto y el derecho de participación ciudadana, por citar algunos de los más relevantes.

Vale citar que en el caso costarricense, el texto constitucional de 1949 (que continúa vigente) fue reformado hace un poco más de dos décadas, al aprobarse, mediante la Ley n.º 8003 del 8 de junio del 2000, una modificación al artículo 11 constitucional, con lo cual se estableció la rendición de cuentas como un principio y un deber de todo funcionario público, estipulada al más alto nivel del ordenamiento jurídico. La norma reformada dispone:

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. *La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.* (énfasis añadido)

La estipulación de dicho principio de manera explícita en la carta magna, en cuanto deber general que vincula a todos los servidores públicos y el correspondiente derecho que puede ser exigible por la ciudadanía, ha resultado un importante avance en el caso costarricense, que busca permear todo el ordenamiento como parámetro de interpretación y así contribuir a la solución de situaciones concretas en las que deba tutelarse dicha premisa. No obstante, su desarrollo o los mecanismos para materializar la manera como resulta aplicable en cada supuesto queda supeditado al legislador ordinario. A este respecto, nuestra Sala Constitucional ha indicado:

6 Rafael de Mendizábal Allende, "Veinte años no es nada: La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/1982, de 12 de mayo", *Revista Española de Control Externo* 7, n.º 21 (2005): 123-208.

[...] De dicha norma [artículo 11] se desprende el principio general que la Administración debe estar sometida, de forma permanente, a procedimientos de evaluación de resultados y rendición de cuentas. Sin embargo, del texto Constitucional se desprenden muchos tipos de controles, por ejemplo, el control de constitucionalidad (artículo 10), el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información (artículo 30), el establecimiento de una jurisdicción contencioso-administrativa con el objetivo de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado (artículo 49), el control político por parte de las Comisiones de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23) y el control sobre la Hacienda Pública por parte de la Contraloría General de la República (artículos 176-184); no obstante, debe indicarse que, en términos generales, la forma en que la evaluación de resultados y rendición de cuentas ha de realizarse no está constitucionalizada, sino que el propio texto constitucional admite que debe ser una ley la que regule y detalle “los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”. Consecuentemente, el establecimiento del tipo o modalidad de control en esta materia es una cuestión que está librada a la libertad de conformación del legislador...<sup>7</sup>.

Cabe mencionar que la potencia de la citada reforma constitucional se ha visto incrementada con otra reforma del texto fundamental, que ha incluido en el artículo 9.º la participación ciudadana, como un elemento central en el ejercicio del gobierno. Esta norma estipula: “El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”.

Es claro así que la rendición de cuentas —visto de una perspectiva general— implica un cambio de paradigma en la gestión pública, que responde a una clara premisa de fortalecimiento del sistema democrático. Esto no niega el recorrido evolutivo que hemos reflejado antes, pero sí resulta importante reconocer que las exigencias actuales marcan nuevos derroteros en este desafío. Al efecto, no debemos obviar el desencanto y la pérdida de confianza en la democracia que profesan importantes sectores de la población, así como las limitadas posibilidades de participación efectiva en la gestión pública por parte de la ciudadanía, aspectos que se suman a los desafíos que existen sobre el particular.

En síntesis, resulta patente el reto por tener una gestión pública cada vez más *eficiente* (hacer más con menos), *efectiva* (cumplir con lo que se promete, aportando

7 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 13570-14 de las 11:45 horas del 14 de agosto del 2014.

soluciones acertadas) y *abierta* (ser transparente en la rendición de cuentas a la ciudadanía), aspectos que, como apunta Rodríguez-Ortiz<sup>8</sup>, se identifican hoy como una base de consenso que pareciera indiscutible entre gobernantes y ciudadanos.

De ahí la necesidad de profundizar en el afianzamiento de mecanismos administrativos que conduzcan a una gestión pública medible, basada en resultados (GpRD: gestión para resultados en el desarrollo), de forma que promueva gobiernos más eficientes, eficaces y transparentes, que ofrezcan a la ciudadanía servicios públicos de calidad y rindan cuentas de manera responsable por su labor.

## El concepto de rendición de cuentas

Las distintas aproximaciones jurídicas, que buscan definir el concepto de rendición de cuentas, tienen como elemento común la identificación de un deber u obligación que tienen —particularmente los funcionarios públicos— de mostrar los resultados de su gestión y someterse a una evaluación, fundamentalmente mediante el criterio de órganos externos, para arribar a una determinación que puede acarrear consecuencias —responsabilidad— en distintos ámbitos.

El *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* brinda la siguiente definición sobre rendición de cuentas: “Obligación del cuentadante de justificar la gestión realizada mediante la dación o presentación ante el Tribunal de Cuentas de las cuentas que la ley establece con la consecuencia, de no hacerlo, de incurrir en su caso en un supuesto de responsabilidad contable, compatible con las responsabilidades disciplinaria y penal a que hubiere lugar”<sup>9</sup>.

Desde un plano general, es frecuente la asociación del concepto de rendición de cuentas con el término anglosajón *accountability*, que refiere esencialmente a la responsabilidad que tienen quienes desempeñan determinadas funciones en el ámbito público de someterse al control ejercido por distintos organismos especializados, a fin de informar, explicar y justificar sus acciones (rendir cuentas) y ser evaluados, así como someterse a los procedimientos y las eventuales consecuencias sancionatorias por sus conductas.

También son ampliamente conocidos los trabajos de O'Donnell y otros estudiosos que —desde las ciencias políticas— han dado significado a la rendición de cuentas como parte del ejercicio democrático entre los gobernantes y

8 En Jorge Kaufmann, Mario Sanginés y Mauricio García Moreno, “Prólogo” de la obra *Construyendo gobiernos efectivos: Logros y retos de la gestión pública para resultados en América Latina y el Caribe* (Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2015).

9 Real Academia Española, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* (España: Santillana, 2017), <https://dpej.rae.es/>.

la ciudadanía<sup>10</sup>. Desde este plano, es claro que políticamente la rendición de cuentas juega un papel muy importante para la legitimación del poder público, como forma de responder ante la ciudadanía en virtud de la confianza depositada democráticamente por los electores, sea como herramienta para que el soberano valore y defina lo que considera más adecuado en relación con el desempeño mostrado por los gobernantes.

Es frecuente también la distinción entre rendición de cuentas vertical y horizontal<sup>11</sup>, según se refiera a la ejercida por el pueblo, como soberano mediante las elecciones (vertical), o bien por distintos órganos públicos (horizontal), como pueden ser el parlamento y las instituciones de control público. Recientemente se utiliza más el concepto de control social<sup>12</sup> en alusión a determinados mecanismos de control ejercidos por la sociedad civil, ya sea a través de los medios de comunicación, organizaciones de la sociedad civil y otras formas de manifestación ciudadana, que no necesariamente se adecúan a los ciclos electorales.

De forma que el principio de rendición de cuentas adquiere diversas connotaciones, según el enfoque o énfasis que se pretenda resaltar. Para nuestros efectos, en el caso costarricense, a partir de la positivización de este principio en la Constitución Política resulta muy atinente la siguiente definición que nos ofrece el jurista Saborío Valverde, al indicarnos que

La rendición de cuentas, a partir del enfoque sistemático que dispone la Constitución Política, consiste en la obligación a cargo de todo titular de competencias públicas de actuar apegado al ordenamiento jurídico, *de ejercer en forma ética, económica, eficaz y eficiente sus competencias y de generar y proporcionar la información necesaria y suficiente para que su actividad sea evaluada*. Este concepto implica paralelamente la obligación, a cargo de terceros, de evaluar los resultados de dicha gestión, tomando en cuenta tanto el respeto de las disposiciones normativas aplicables como el cumplimiento de los objetivos y metas previamente establecidos (preferiblemente en el instrumento en que se le asignan los recursos presupuestarios para cumplir con sus funciones), con la consecuente responsabilidad en caso de incumplimiento<sup>13</sup>. (énfasis añadido)

10 Véanse Guillermo O'Donnell, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy* 5, n.º 1 (1994): 55-69; Guillermo O'Donnell, "Accountability horizontal e novas poliarquias", *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.º 44 (1998): 27-54. También Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz, "Held to Account: Experiences of Social Accountability in Latin America", *Journal of Human Development* 3, n.º 2 (2002).

11 O'Donnell, "Delegative Democracy".

12 Peruzzotti y Smulovitz, "Held to Account".

13 Rodolfo Saborío Valverde, *Rendición de Cuentas en Costa Rica: Diagnóstico y propuesta de sistematización* (San José: Editorial Juricentro, 2004), 39.

De lo anterior, se subraya la especial relevancia que tiene la rendición de cuentas como deber integrante de la ética pública o, mejor aún, dentro de una concepción de integridad en el ejercicio de la función pública, y también el papel fundamental que desempeña para lograr la materialización del derecho a un buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, que contribuye en definitiva a la realización de una amplia gama de derechos fundamentales importantes para garantizar el bienestar de todas las personas.

Ahora bien, desde el plano propiamente jurídico, la rendición de cuentas corresponde a “procedimientos bilaterales entre órganos del Estado donde uno es el obligado a informar y justificar su actuación entendida como ejercicio de competencias que implica uso de recursos públicos a otro órgano facultado para sancionarla”<sup>14</sup>. De esta manera, señala Fierro Ferráez, es posible comprender la rendición de cuentas, más allá de la ambigüedad conceptual, bajo la forma de un procedimiento jurídico delineado por unos supuestos normativos ligados a determinadas sanciones que resultan pertinentes, y que buscan en último término el aseguramiento del orden jurídico.

La definición recién indicada tiene como aspecto favorable que permite concretar aún más el principio de rendición de cuentas, en la medida que se hace posible asociar determinadas conductas con algunos supuestos normativos específicos, de manera que resulte factible establecer una concreta medida punitiva en caso de que así corresponda. Esto contribuye, en alguna medida, a reducir la falta de claridad que usualmente se reprocha sobre el principio genérico, y lo encausa por medio de los instrumentos normativos más específicos, que son el parámetro esencial para el sometimiento de la Administración pública y sus servidores al principio de legalidad, que resulta crucial para todo el ejercicio de la función administrativa.

## RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA GESTIÓN PÚBLICA

El principio de rendición de cuentas tiene también una significativa proyección sobre otros principios claves para el funcionamiento de lo público. Dada su constitución como elemento esencial para la gobernabilidad democrática, no cabe duda que recibe también una influencia significativa de otros institutos y principios, algunos de los cuales resulta importante mencionar a continuación.

14 Ana Elena Fierro Ferráez, *El concepto jurídico de rendición de cuentas* (México: Tirant lo Blanch, 2021), 49, *e-book*.

## Transparencia y publicidad administrativas

La transparencia y publicidad son mecanismos que garantizan y potencian la rendición de cuentas. En Costa Rica, este derecho se encuentra previsto en el artículo 30 del texto constitucional, que dispone: “Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, con excepción de los secretos de Estado.

Dicha norma y el numeral 27 constitucional (derecho de petición y pronta respuesta) garantizan que cualquier persona pueda obtener información sobre los asuntos de interés público, lo cual constituye un presupuesto esencial para llevar a cabo un verdadero ejercicio de rendición de cuentas. A este respecto, nuestra Sala Constitucional ha señalado:

En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público —entes públicos— están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política)<sup>15</sup>.

Conforme a lo expuesto, podemos apreciar que la transparencia y publicidad son elementos indispensables, ya que constituyen el terreno fértil para que se lleve a cabo la rendición de cuentas. Se trata de una condición necesaria para que se pueda acceder al plano de la responsabilidad que corresponde a los gestores públicos, toda vez que la rendición de cuentas, tal como lo indica nuestra Sala Constitucional, forma parte de “un sistema que obliga, por una parte, al servidor público a reportar detalladamente sus actos y los resultados de los mismos, y por otra parte, dota a la ciudadanía de mecanismos para monitorear el desempeño del servidor público”<sup>16</sup>.

15 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 2120-2003 de las 13:30 horas del 14 de marzo del 2003. Citado también en la Sentencia n.º 2022-005716 de las 9:20 horas del 11 de marzo del 2022.

16 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 2020011750 de las 9:05 horas del 26 de junio del 2020.

En sentido contrario, la falta de transparencia y acceso a la información pública conlleva una limitación de primer orden para conseguir una adecuada rendición de cuentas. La opacidad es el ambiente propicio para que se cometan irregularidades y se fomente la impunidad, puesto que imposibilita no solo a la ciudadanía, sino inclusive a los propios órganos de control, acceder a la información pertinente para exigir cuentas y llevar a cabo la respectiva atribución de responsabilidades.

En todo esto juega un papel primordial la tecnología y el uso de herramientas que posibilitan el manejo adecuado de datos, ya que indudablemente permiten mejorar la eficiencia en los procesos, y además brindan mayores facilidades de acceso a la información y registros. En este sentido, la rendición de cuentas encuentra una clara vinculación también con los objetivos del gobierno electrónico, como comenta Arroyo así: “El uso de las tecnologías para facilitar el acceso de la información pública a la ciudadanía permite una rendición de cuentas más efectiva, clara y empodera a la ciudadanía para que logre exigir cuentas y compruebe la veracidad de los datos suministrados por las autoridades, de manera que al encontrar inconsistencia pueda solicitar ampliaciones, aclaraciones y desempeñar la rendición de cuentas de control social”<sup>17</sup>.

Del mismo modo, las condiciones esenciales para el gobierno abierto, recogidas en la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto, aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado —celebrada en Bogotá, Colombia, en julio del 2016, y adoptada por la XXV Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno en Cartagena de Indias en octubre de ese mismo año—, nos brindan un soporte fundamental para la construcción de un marco general que sustenta las premisas del gobierno abierto sobre estos cuatro pilares definidos en dicho instrumento: transparencia y acceso a la información pública; rendición de cuentas públicas; participación ciudadana y colaboración; e innovación pública y ciudadana.

De forma que un buen sistema de rendición de cuentas necesita garantías básicas en cuanto a la transparencia y el acceso a la información de carácter público, en el que la publicidad sea la regla de principio y no la excepción en relación con las diversas actuaciones o ejercicio de la función administrativa. En palabras del magistrado Cruz Castro: “La transparencia en la información, es un pilar de la democracia, propicia la participación ciudadana y es una medida que reduce los espacios de corrupción e impunidad. La ausencia de controles, la aplicación de

17 Jennifer Arroyo Chacón, “El principio de rendición de cuentas y el Estado democrático de derecho costarricense”, *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, n.º 123 (jun., 2018): 167-191, 181.



conceptos indeterminados y la falta de transparencia, es el caldo de cultivo de la corrupción y el abuso de poder”<sup>18</sup>.

Algunas de las principales medidas específicas que —a nivel legal— se han adoptado en Costa Rica para fortalecer la disposición de información pública, que permita una adecuada rendición de cuentas, son las siguientes:

*Ley Marco de Acceso a la Información Pública n.º 10554 del 23/10/2024*: reconoce el acceso a la información pública como derecho humano y obliga a todos los órganos y entes de la Administración pública (en sentido amplio), así como a los particulares que gestionen fondos, bienes o servicios estatales, a divulgarla bajo el principio de máxima publicidad, salvo las reservas legales. Este cuerpo normativo recientemente promulgado, establece un procedimiento sencillo y gratuito con un plazo de respuesta de diez días hábiles, prórroga justificada y facilidades electrónicas accesibles para atender los requerimientos que se formulan; prohíbe cualquier forma de discriminación; impone la publicación proactiva, en formato abierto, de un amplio repertorio de datos sobre organización, presupuesto, contrataciones y remuneraciones; incorpora un régimen disciplinario escalonado para los funcionarios que incumplan; y habilita la tutela mediante recurso de amparo constitucional. Todo ello busca fortalecer la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana en la gestión pública.

*Ley para Perfeccionar la Rendición de Cuentas n.º 9398 del 28/09/2016*: establece la obligación de los rectores sectoriales, jerarcas ministeriales, entes descentralizados institucionales y órganos de desconcentración máxima de elaborar, publicar y divulgar un informe anual, escrito, de la labor desarrollada por la o las instituciones a su cargo. Este informe deberá presentarse ante la Asamblea Legislativa de la República, en el periodo establecido, y además deberá publicarse en los sitios web institucionales, entre otros mecanismos de divulgación que se contemplen. Además de señalar los contenidos mínimos que deberán contener estos informes para procurar una adecuada rendición de cuentas, las citadas disposiciones legales señalan que se deberán promover mecanismos participativos, no solo para dar a conocer los informes, sino también para escuchar las inquietudes y sugerencias de grupos organizados y de la población en general.

*Ley General de Control Interno n.º 8292 del 31/07/2002*: establece como parte de los deberes de los jerarcas y titulares subordinados de la Administración pública (art. 12, inc. e) presentar un informe de fin de gestión y realizar la entrega formal del ente o el órgano a su sucesor, de acuerdo con las directrices emitidas

18 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 2016019288 de las 16:41 horas del 8 de diciembre del 2015. Véase nota del magistrado Cruz Castro.

por la Contraloría General de la República y por los entes y órganos competentes de la administración activa. De esta manera se busca que, al finalizar un periodo en la dirección institucional, el funcionario que concluye rinda cuentas, entregando el informe citado a la persona que lo sustituye, así como también deberá remitirse copia a algunas dependencias internas y se deberá colocar en el sitio web institucional en aras de facilitar el acceso, por esa vía, por parte de cualquier ciudadano interesado. Esto, por supuesto, sin perjuicio de la confidencialidad que deba ser resguardada sobre determinados asuntos que ameriten ese tipo de protección conforme al bloque de legalidad.

### Eficacia, eficiencia y evaluación de resultados

Las máximas sobre el funcionamiento eficaz y eficiente de las administraciones públicas son ampliamente conocidas y en la actualidad forman parte del conjunto básico de garantías que se recoge en la generalidad de los textos constitucionales vigentes. Tanto en el caso colombiano<sup>19</sup> como en el costarricense se pueden identificar con claridad —en los respectivos textos fundamentales— una serie de normas que apuntan a ese propósito, lo cual ha sido también desarrollado en la jurisprudencia por parte de los respectivos tribunales constitucionales.

Al respecto, la Sala Constitucional de Costa Rica ha dicho que

La *eficacia* como principio supone que la organización y la función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2.º, de la Constitución Política). La *eficiencia*, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros<sup>20</sup>. (énfasis añadido)

Ahora bien, la comprensión de dichos principios, según ha señalado nuestro tribunal constitucional, debe ser enmarcado en un enfoque más amplio, que apunta al reconocimiento de un derecho fundamental sobre el adecuado funcionamiento de los servicios públicos. Se ha indicado al respecto: “Nuestra Constitución Política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al

19 Véase, por ejemplo, la Sentencia C-826 del 13 de noviembre del 2013 de la Corte Constitucional de Colombia, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

20 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 2010002535 de las 12:50 horas del 5 de febrero del 2010.

buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, célere, eficaz y eficiente”<sup>21</sup>.

Esto significa que no se trata de derechos aislados, antes bien, como nos señala Jinesta Lobo, consiste en “una serie de principios de orden constitucional que informan la organización y la función administrativa en todas sus vertientes y que forma parte del Estatuto constitucional de las administraciones públicas”<sup>22</sup>.

Entre algunos de los principios que se destacan en relación con el derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos se reconocen: la eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (art. 140, inc. 8, que le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”; el num. 139, inc. 4, en la medida que incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno”; y el art. 191, que recoge el principio de “eficiencia de la administración”, todos de la Constitución Política de Costa Rica). Al mismo tiempo, dichas disposiciones tienen reflejo en algunas normas infraconstitucionales, especialmente la Ley General de la Administración Pública en Costa Rica, conforme se estipula en los artículos 4.º, 225 (párr. 1) y 269 (párr. 1), por lo que se trata de requisitos esenciales en el funcionamiento de la Administración, esto es, que deben orientar, dirigir y condicionar a todas las administraciones públicas en su cotidiano quehacer<sup>23</sup>.

Existe, por tanto, una clara relación entre los principios de eficacia y eficiencia (así como los restantes, ya señalados) con la rendición de cuentas, tal como lo expone Jinesta Lobo: “La imbricación entre rendición de cuentas, eficiencia y eficacia salta a la vista, por cuanto, solo a través de una adecuada planificación de la gestión y actuación administrativa y de su respectiva evaluación periódica, puede calificarse a un determinado ente público como eficiente y eficaz”<sup>24</sup>.

En igual medida, la evaluación de resultados constituye el mecanismo que permite objetivar la rendición de cuentas, siendo que “en el marco de un Estado

21 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 2013007598 de las 14:30 horas del 5 de junio del 2013.

22 Ernesto Jinesta Lobo, “Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las administraciones públicas”, en *Constitución y Justicia Constitucional*, editado por la Sala Constitucional (San José, Costa Rica: Escuela Judicial, 2009), 1-19. Véase también Enrique Jinesta Lobo, “Evaluación de resultados y rendición de cuentas en la Administración Pública (la reforma al artículo 11 de la Constitución Política)”, *IVSTITIA* (2000): 166-167.

23 Véase al respecto Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 2004-14421 de las 11:00 horas del 17 de diciembre del 2004.

24 Jinesta Lobo, “Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las administraciones públicas”, 1-19. También nos recuerda este autor que, “En suma, de la observancia efectiva por parte de los poderes públicos, de los principios de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas depende, en buena parte, el éxito de la cláusula social de la Constitución”.

Social y Democrático de Derecho la legitimidad de la Administración Pública deriva de los resultados y rendimientos que obtenga al cumplir sus múltiples tareas y fines, por lo que si existen buenos resultados tangibles habrá, necesariamente, apoyo social a la gestión pública”<sup>25</sup>.

Visto de esta manera, la gestión por resultados es la forma idónea que propicia y ordena la administración desde las fases de planificación y disposición de recursos, hasta el examen final para conocer los logros alcanzados, conforme a determinados parámetros e indicadores que proporcionan criterios objetivos para definir el cumplimiento o no de las metas propuestas. Todo esto requiere, obviamente, un adecuado sistema de control interno y valoración de riesgos como apoyo a la gestión para asegurar razonablemente la consecución de las metas previamente fijadas.

Se trata, por tanto, de un ciclo virtuoso, en el que la eficacia y eficiencia, así como otros principios ya reseñados, constituyen el sustento para potenciar una buena administración, que, a su vez, evalúe sus resultados, incorpore acciones de mejora, rinda cuentas y asuma la responsabilidad que corresponda por las conductas (activas u omisivas) desplegadas.

## Participación ciudadana y principio democrático

La participación ciudadana otorga cumplimiento al principio democrático que, en el caso costarricense, aparece en el artículo 1.º de la Constitución Política, al indicar que se trata de una república democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural. Así también, las distintas formas de participación ciudadana, como elemento fundamental del Estado democrático, tienen sustento en el principio de democracia participativa consagrado en el artículo 9.º de la carta magna, que caracteriza al Gobierno como “popular, representativo, participativo, alternativo y responsable”.

La Sala Constitucional costarricense ha expresado que

El principio de participación ciudadana en la toma de decisiones se ha convertido en uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema democrático. En nuestro país, el legislador constitucional recogió el principio de cita en el artículo 9.º de la Constitución Política al disponer que el Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Asimismo, tanto a nivel

25 Jinesta Lobo, “Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las administraciones públicas”, 10.

constitucional como legal, se han establecido una serie de mecanismos que buscan que el principio antes mencionado pueda ser aplicado en forma efectiva, y no quede únicamente en el papel, tales como el referéndum para la aprobación o derogación de leyes y reformas parciales a la Constitución, o la iniciativa popular en la formación de leyes<sup>26</sup>.

Además de algunos mecanismos previstos en la Constitución Política, existen diversas normas legales en el ordenamiento costarricense que obligan a las administraciones públicas a hacer del conocimiento de los interesados determinadas actuaciones y permitir la formulación de sugerencias, propuestas u otros planteamientos acordes con la defensa o resguardo de sus intereses. Por ejemplo, audiencias previas a la emisión de disposiciones de alcance general o en los procedimientos de ajustes tarifarios de determinados servicios públicos, o bien respecto de los planes de ordenación del territorio, entre otros.

El propósito común en estos casos apunta a la posibilidad de que determinados grupos de usuarios, sectores organizados o la ciudadanía en general puedan participar en los procesos de emisión de dichos instrumentos, sean escuchados y se tomen en consideración sus puntos de vista, que se valoren razonablemente sus planteamientos para perfeccionar en la medida de lo posible la decisión administrativa, la cual resulta aún más legitimada con el involucramiento de los receptores que podrían ser afectados por las determinaciones que se establezcan.

Es por esta razón que, en función del principio democrático de participación ciudadana, nuestro texto fundamental tutela el derecho que tienen los ciudadanos a participar de forma activa en la toma de decisiones de interés general o colectivo, lo cual nuestro tribunal constitucional ampara, señalando que “en la idea de democracia participativa —de activa y plena participación popular—, adquiere el principio democrático su verdadera dimensión”<sup>27</sup>.

La relación con el principio de rendición de cuentas ha sido destacada por Arroyo así: “La rendición de cuentas incentiva la participación de la ciudadanía en la esfera pública; pero a su vez la requiere. Para que la rendición de cuentas sea efectiva, se necesita una persona ciudadana interesada en la cosa pública, para que reciba la información, la verifique y demande aclaraciones, ampliaciones y responsabilidades originadas en esta”<sup>28</sup>.

26 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 2011011620 de las 15:11 horas del 30 de agosto del 2011.

27 Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia n.º 2022-020104 de las 15:05 horas del 26 de agosto del 2022.

28 Arroyo Chacón, “El principio de rendición de cuentas”, 185.

Podemos afirmar, entonces, que el fortalecimiento en la participación ciudadana fomenta una mayor rendición de cuentas y viceversa, ya que también el ejercicio que lleven a cabo los responsables de rendir cuentas hace despertar un mayor interés en los asuntos públicos y puede activar otros mecanismos como la denuncia, la formulación de reformas legales o, bien, el ejercicio directo de la sanción mediante el voto individual emitido en las urnas.

Uno de los ámbitos en los que más puede afianzarse la participación ciudadana son los gobiernos locales, habida cuenta de la relevancia que exhibe su gestión para los intereses de la comunidad y la cercanía que representa su actividad en relación con las necesidades cotidianas de los munícipes. A este respecto, podemos destacar algunas normas del Código Municipal de Costa Rica que vinculan a las municipales para tener una mayor apertura para la participación amplia de sus vecinos en los asuntos que manejan, por ejemplo:

*Artículo 5.º:* esta disposición general establece que “Las municipalidades fomentarán la participación activa, consciente y democrática del pueblo en las decisiones del gobierno local...”.

*Artículo 13, inciso a):* referente a las atribuciones del concejo municipal dispone que forma parte de sus funciones “Fijar la política y las prioridades de desarrollo del municipio, conforme al programa de gobierno inscrito por el alcalde municipal para el período por el cual fue elegido y mediante la participación de los vecinos”.

*Artículo 37:* referente al espacio donde tienen lugar las sesiones del órgano colegiado, cuando por algún motivo justificado deba trasladarse a otro sitio, señala que “El lugar que se disponga para el traslado de la sesión deberá ser apto para la realización de esta y para garantizar la publicidad y la participación ciudadana en las sesiones del concejo”.

*Artículo 37 bis:* que faculta a los concejos municipales para celebrar sus sesiones de manera virtual, a través de medios tecnológicos, cuando así se requiera en casos excepcionales, también dispone que “[...] deberá garantizar la publicidad y participación ciudadana en las sesiones del concejo a través de los medios que considere más efectivos y convenientes, a efectos de que las personas interesadas puedan acceder a estas para conocer las deliberaciones y los acuerdos”.

*Artículo 57, inciso e):* en cuanto a la regulación de los concejos de distrito marca como regla esencial dentro de su funcionamiento “Fomentar la participación activa, consciente y democrática de los vecinos en las decisiones de sus distritos”.

A partir de este instrumental normativo, podemos señalar que existe en nuestro contexto un espacio importante para el fomento de medidas de participación ciudadana que refuercen la vinculación de los vecinos en la toma de decisiones de sus respectivos cantones. De ahí que medidas como la formulación de presupuestos participativos y la consulta abierta sobre determinados proyectos o iniciativas son fundamentales para hacer efectivo el principio de participación ciudadana en clave local.

A propósito de nuestra referencia al ámbito local es menester también mencionar la normativa del Código Municipal costarricense, que en su artículo 17, inciso g), relativo a las obligaciones del alcalde municipal, contempla como parte de sus deberes lo siguiente: “Rendir cuentas a los vecinos del cantón, mediante un informe de labores ante el concejo municipal, para ser discutido y aprobado en la primera quincena de marzo de cada año. Dicho informe debe incluir los resultados de la aplicación de las políticas para la igualdad y la equidad de género, además deberá estar a disposición de los habitantes del cantón a través de cualquier medio idóneo convencional o por medio de la página web de la corporación”.

Por último, podemos citar también la figura de la revocatoria anticipada del mandato para los alcaldes municipales, que contempla el numeral 19 del citado código, que establece: “Por moción presentada ante el Concejo, que deberá ser firmada al menos por la tercera parte del total de los regidores y aprobada por el mínimo de tres cuartas partes de los regidores integrantes, se convocará a los electores del cantón respectivo a un plebiscito, donde se decidirá destituir o no al alcalde municipal”. En tal caso, la destitución requiere al menos dos tercios de los votos emitidos en el plebiscito, el cual no podrá ser inferior al 10 % del total de los electores inscritos en el cantón<sup>29</sup>.

## EL CONTROL PÚBLICO Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS

### El papel fundamental que juegan las EFS en la rendición de cuentas

Se denominan entidades fiscalizadoras superiores (EFS) las instituciones de control público<sup>30</sup> que llevan a cabo esa labor en sus respectivos países. Aunque su

29 Véase Juan Luis Rivera Sánchez, “Revocatoria del mandato para funcionarios de elección popular en los gobiernos locales”, *Revista de Derecho Electoral*, n.º 2 (2006): 1-44.

30 En algunos casos se denominan cortes o tribunales de cuentas o, bien, oficinas de auditoría, según los distintos modelos que explican el surgimiento y desarrollo de dichas instituciones en los diferentes contextos jurídico-políticos. En el caso de América Latina, con la influencia de las misiones Kemmerer, que tuvieron lugar en el primer tercio del siglo pasado, se extendió principalmente el modelo de contralorías, especialmente en los países en los que tuvo presencia el grupo de expertos estadounidenses que asesoró a distintos gobiernos (Colombia, Chile, Ecuador, Bolivia, Perú y

modelo organizativo e incluso algunas de sus funciones principales varían de una latitud a otra, lo que resulta común en el moderno Estado de derecho es la existencia de una institución que ejerce funciones de órgano de control externo superior, dotada de reconocimiento jurídico, en la mayoría de los casos desde el plano constitucional, con una serie de competencias asignadas para ejercer el control y la vigilancia de la hacienda pública.

El rol que tienen las instituciones fiscalizadoras respecto de la Administración pública y su impacto en la vida de los ciudadanos se encuentra plenamente reconocido, de manera que podemos afirmar que dicha labor —indudablemente— resulta fundamental para asegurar la confianza de la sociedad en el sistema democrático de los países.

Los fines de la acción fiscalizadora y de control en resguardo y tutela de los fondos públicos juegan un papel central en la vida social y pública de cualquier Estado democrático, ya que los órganos de control están llamados a actuar con objetividad e independencia (integridad), pero también con oportunidad, determinación y responsabilidad en defensa del interés público, generando credibilidad ante los ciudadanos y las propias entidades fiscalizadas, lo cual fortalece la institucionalidad y el Estado de derecho.

Por su naturaleza y razón de ser, las EFS tienen una función clave en el sistema de rendición de cuentas. A este respecto, la Intosai (organización mundial que agrupa a las EFS) ha señalado en su normativa técnica que

la fiscalización de gobiernos y entidades públicas por parte de las EFS tiene un impacto positivo en la confianza de la sociedad, puesto que hace que los responsables de los recursos públicos piensen cómo utilizar correctamente dichos recursos. Este conocimiento respalda los valores deseados y sustenta los mecanismos de rendición de cuentas, que a su vez, conducen a mejores decisiones. Una vez que se han hecho públicos los resultados de la fiscalización de las EFS, los ciudadanos pueden pedir cuentas a los responsables de los recursos públicos. De esta manera, las EFS promueven la eficiencia, la rendición de cuentas, la eficacia y la transparencia de la administración pública. En ese sentido, una EFS independiente, eficaz y creíble resulta un componente esencial dentro de un sistema democrático en el que la rendición de cuentas, la transparencia y la integridad son partes indispensables para una democracia estable<sup>31</sup>.

---

Venezuela), liderados por Edwin Walter Kemmerer, afamado profesor de la Universidad de Princeton; quienes impulsaron un conjunto de propuestas de política monetaria para controlar la inflación y lograr la estabilidad financiera requerida en la época; así mismo, propusieron la creación de tres tipos de instituciones: bancos centrales, superintendencias de bancos y contralorías, lo cual explica en gran medida los particulares que ofrece la región latinoamericana a este respecto.

31 ISSAI-12, prólogo “El valor y beneficio de las entidades fiscalizadoras superiores: Marcando la diferencia en la vida de los ciudadanos”, 2013, [www.issai.org](http://www.issai.org).



Este propósito se acompaña de algunas pautas fundamentales que deben seguir las EFS, tal y como se destaca en la normativa recién citada, a saber: fortalecer la rendición de cuentas, transparencia e integridad del gobierno y las entidades públicas; demostrar relevancia continua para los ciudadanos, el parlamento y otros actores interesados; y ser organizaciones modelo mediante el ejemplo. Todo esto busca reforzar el valor y beneficio (utilidad) que las EFS representan para la sociedad y más concretamente para la realización de los postulados del Estado social y democrático de derecho.

A lo anterior debemos sumar las nuevas y crecientes demandas de la sociedad, que aboga por una gestión pública y su correspondiente fiscalización que resulte cada vez más transparente, más ética y con mayor rendición de cuentas; sin dejar de lado la efectividad de los servicios públicos y la incorporación de espacios de participación para la ciudadanía, según hemos indicado previamente.

En suma, las democracias sólidas requieren una gestión pública transparente, íntegra, con una efectiva rendición de cuentas y establecimiento de responsabilidades, bajo un marco de control de legalidad y con un buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos; aspectos que están plenamente vinculados con la labor que llevan a cabo las EFS. Así que las instituciones de control y fiscalización ejercen una función primordial para asegurar que los gobiernos tengan mecanismos adecuados y operen para garantizar el “derecho a una buena administración pública” en beneficio de todas las personas.

Es importante reconocer el avance que representa la institucionalidad pública del control dentro de un marco de rendición de cuentas, toda vez que las instituciones fiscalizadoras proporcionan insumos (informes, auditorías, evaluaciones, investigaciones, etc), que sirven para requerir a los gestores públicos las explicaciones pertinentes, así como valorar las posibles responsabilidades del caso. En este sentido, concordamos con Bolaños cuando afirma que

La existencia de EFS, así como el ejercicio independiente, profesionalmente competente y objetivo de sus funciones, ha sido una de las más importantes y difíciles conquistas de un sistema democrático, que vino a reemplazar la ajeneidad al control propia de los regímenes monárquicos predemocráticos o de los regímenes autoritarios en general, y generalmente ejercen su labor con un menor o mayor grado de vinculación con el Parlamento<sup>32</sup>.

32 Jimmy Bolaños González, “Bases conceptuales de la rendición de cuentas y el rol de las entidades de fiscalización superior”, *Revista Nacional de Administración* 1, n.º 1 (2010): 109-138, 130.

Las EFS requieren para llevar a cabo su labor un elemento esencial: la independencia. Por tanto, la importancia que tiene el funcionamiento de la entidad fiscalizadora, separado de cualquier tipo de presión o condiciones que inclinen su juicio a contrapelo de la técnica y la ciencia que debe aplicarse en sus labores, resulta fundamental para ejercer correctamente su actividad y así se reconoce ampliamente en la normativa internacional emitida por la Intosai.

La independencia no es únicamente deseable, sino más bien y ante todo indispensable, si aspiramos al funcionamiento adecuado de las entidades de control externo, tal y como lo establece la Resolución A/66/209 de las Naciones Unidas, aprobada el 22 de diciembre del 2011, en la que se reconoce que “las EFS pueden cumplir sus tareas objetiva y efectivamente, solo si son independientes”<sup>33</sup>.

Por esto, desde la “Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización”, aprobada en 1977, que sentó las bases fundamentales para ejercer la actividad desarrollada por las EFS en el mundo, se manifestó la especial relevancia en cuanto a la independencia que requieren los órganos de control externo para desarrollar sus labores, y que debe reconocerse en la legislación de cada Estado, conforme a las reglas y la estructura del ordenamiento jurídico<sup>34</sup>.

No obstante, valga señalar que la defensa de dicha independencia es siempre un objetivo de primer orden en el quehacer de las instituciones de control. En nuestro caso, la Contraloría General de la República de Costa Rica es el órgano constitucional, auxiliar del Parlamento, al cual se le encomienda la vigilancia de la Hacienda Pública (art. 183 constitucional), y además se reconoce en esa misma norma que cuenta con “absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores”.

De este modo, la labor independiente, profesional y objetiva que realizan los órganos de control externo, constituye un eje central para la efectiva rendición de cuentas de las respectivas instituciones e individualmente de los servidores públicos fiscalizados. Al mismo tiempo, las EFS deben rendir cuentas de su labor, aspecto que se desarrolla con especial énfasis en la ISSAI-12 (aprobada en el 2013), titulada “El valor y beneficio de las entidades fiscalizadoras superiores: Marcando la diferencia en la vida de los ciudadanos”.

33 Véase la Resolución A/66/209 de la Organización de las Naciones Unidas del 22 de diciembre del 2011. Puede consultarse también la Resolución n.º 69/228, “Promoción y fomento de la eficiencia, la rendición de cuentas, la eficacia y la transparencia de la Administración Pública mediante el fortalecimiento de las entidades fiscalizadoras superiores”, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 19 de diciembre del 2014.

34 Véanse también ISSAI-10 e ISSAI-11, “Declaración de México sobre independencia” y “Pautas básicas y buenas prácticas de la Intosai relacionadas con la independencia de las EFS”, 2007.

Esta normativa técnica destaca el papel que corresponde a las EFS, en su labor sustantiva y en la gestión interna, por lo que están llamadas a ser organizaciones modelo con su ejemplo, que generen confianza y credibilidad en el desempeño de sus funciones. A este respecto, el principio 8.1 de la ISSAI-12 señala concretamente que “Las EFS deben realizar sus deberes de tal manera que mantengan la rendición de cuentas, la transparencia y la buena gobernanza pública”.

## DECLARACIÓN DE ASUNCIÓN SOBRE PRINCIPIOS DE RENDICIÓN DE CUENTAS

En este punto queremos destacar, por su importancia, uno de los instrumentos que se han emitido en nuestro entorno regional por medio de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Olacefs), en el cual se abordan una serie de principios relevantes para la rendición de cuentas. Se trata de la *Declaración de Asunción sobre Principios de Rendición de Cuentas (08/10/2009), adoptada en la XIX Asamblea General de Olacefs, celebrada en Asunción, Paraguay*.

En la citada declaración se pone de manifiesto que el proceso de rendición de cuentas necesita ciertas condiciones fundamentales para su desarrollo, que son: (1) *un sistema integrado de rendición de cuentas*, en el que las EFS forman parte y deben interactuar en ese proceso con distintos actores institucionales o externos, informando sobre los resultados de sus funciones y aportando insumos para el control formal y social que se ejerce en los diferentes ámbitos; (2) *el desarrollo de instrumentos y sistemas de información*, lo cual resulta clave para potenciar el acceso a la información, promoviendo la transparencia como precondition para el ejercicio de la rendición de cuentas; y (3) *un marco legal* que permita informar sobre los resultados de la gestión pública por parte de los encargados, verificar el cumplimiento y sancionar los incumplimientos cuando corresponda.

Para dar respuesta a los desafíos que enfrentan las instituciones de control desde este enfoque se establecieron ocho principios fundamentales para favorecer la rendición de cuentas desde las EFS, a saber:

1. *La rendición de cuentas es la base para un buen gobierno*: entre otras cosas, se reconoce que las EFS como instituciones especializadas a cargo de la fiscalización superior de la Hacienda Pública, junto con el Gobierno y otros actores, deberán cumplir con el papel de vigilante del adecuado funcionamiento del sistema de rendición de cuentas, a fin de promover

el fortalecimiento institucional, la confianza ciudadana, el Estado de derecho, el combate a la corrupción, el desarrollo de políticas públicas que atiendan de la mejor manera posible las necesidades y demandas de la ciudadanía, y, en general, elevar los niveles de gobernabilidad y probidad. También se enfatiza que las EFS deben velar porque la rendición de cuentas no se convierta en un fin en sí mismo, sino en un medio para lograr el fin supremo de un buen gobierno, procurando el bienestar y progreso sostenible.

2. *Obligación de informar y justificar*: se destaca que todo funcionario público está obligado a informar sobre sus decisiones y justificarlas públicamente de forma clara y completa. Asimismo se potencian las evaluaciones de objetivos e impacto como sana práctica para el seguimiento de resultados, y se reconoce que los ciudadanos, las agencias de control y los poderes públicos deben tener la capacidad de demandar explicaciones de tal forma que se habilite un diálogo que permita establecer procesos reflexivos de toma de decisiones y de evaluación de políticas públicas, uso de los fondos públicos e integridad en la función pública para lograr el mayor bienestar posible para la ciudadanía.
3. *Integralidad del sistema de rendición de cuentas*: existe una diversidad de actores sociales que interactúan tanto en el plano interinstitucional y de la sociedad civil para efectos de los procesos de rendición de cuentas. De ahí que las EFS y los gobiernos sean responsables de que exista frecuente y fluida coordinación entre esta red de actores, para potenciar los beneficios de la interacción y lograr un óptimo funcionamiento del sistema de rendición de cuentas.
4. *Transparencia de la información*: destaca la publicidad como premisa fundamental de la transparencia y la importancia de la confiabilidad, relevancia, accesibilidad, comprensión y demás condiciones respecto de la información presentada para una efectiva rendición de cuentas y conocimiento de los interesados. Al efecto, se plantea que las EFS promoverán un uso intensivo de la tecnología y novedosas formas de comunicación, no solo para lograr el acceso a la información, sino también para efectos transaccionales que permitan una gestión pública mucho más eficiente y transparente, a la vez que se fomenta el establecimiento de indicadores de medición que permitan las evaluaciones permanentes.
5. *Sanción del incumplimiento*: como aspecto inherente de la rendición de cuentas, los actores que demandan cuentas deben estar en capacidad de aplicar o solicitar ante las autoridades competentes las sanciones pertinentes

a los funcionarios públicos que hayan violentado sus deberes o incumplido sus obligaciones, de acuerdo con las condiciones de atribución establecidas.

6. *Participación ciudadana activa*: se reconoce que la sociedad civil tiene la capacidad de organizarse para ejercer un control ciudadano, aunado al control de la legalidad. Para esto, las EFS fortalecerán sus estrategias, nexos y mecanismos de comunicación e interacción con la sociedad civil, en procura de involucrarlos eficazmente en los sistemas de rendición de cuentas.
7. *Marco legal completo para la rendición de cuentas*: las EFS velarán por la implementación, el fortalecimiento, la actualización continua y la aplicación efectiva de un marco normativo completo, que regle la rendición de cuentas de forma permanente, y que incluya, entre otros aspectos, normativa sobre temas de evaluación de la gestión de las instituciones públicas, de acceso a la información pública, de control interno, de lucha contra la corrupción y de sanción.
8. *Liderazgo de las EFS*: las EFS deben constituirse en promotores de los principios, los sistemas, las mejores prácticas y los mecanismos eficientes de rendición de cuentas y ser vigilantes junto con el Gobierno, otras agencias y la sociedad civil de su buen funcionamiento y mejora continua, mediante el establecimiento de acciones concretas para contribuir al fortalecimiento del sistema, en procura del buen gobierno. De forma que las EFS fortalecerán sus estrategias, capacidades y recursos para lograr ese fin.

No hay duda de que estos principios constituyen una valiosa guía para que las EFS en conjunto con otras instituciones puedan promover y fortalecer la rendición de cuentas. Por tanto, vale indicar que las instituciones fiscalizadoras, a través de su labor, pueden contribuir en gran medida para que las restantes instituciones públicas lleven a cabo la esperada rendición de cuentas por sus actuaciones, faciliten el acceso a la información y generen mayor transparencia, prestando servicios a la ciudadanía de forma eficaz y eficiente.

### El aporte de los mecanismos de control para la rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción

Tal como hemos visto, las EFS desempeñan un papel de gran importancia en la promoción de la buena gobernanza, especialmente con miras a lograr una mayor eficiencia, eficacia, economía, transparencia y rendición de cuentas en todos los

niveles de la gestión pública, a lo cual se oponen —indudablemente— problemas tan severos como la corrupción, el despilfarro y las irregularidades administrativas, que afectan denodadamente el logro de esos objetivos y restan legitimidad a las instituciones del Estado.

Control público y rendición de cuentas son dos caras de la misma moneda, formando un binomio que legitima y robustece la institucionalidad democrática. A este respecto, coincidimos con Abellán López cuando señala: “El control y la rendición de cuentas forman parte intrínseca del ser de la democracia contemporánea; son las condiciones de posibilidad sobre las que descansa la democracia liberal representativa porque no hay Estado de derecho sin controles y sin rendición de cuentas. De hecho, es con el advenimiento del Estado democrático y de derecho cuando se consolidan las instituciones de control”<sup>35</sup>.

Como sabemos, el fenómeno de la corrupción es complejo y tiene muchas aristas que hacen difícil su combate, por lo cual hace falta redoblar esfuerzos y afinar cada vez más el instrumental que desde el derecho administrativo y otras disciplinas se puede emplear con ese propósito. No en vano, el Objetivo 16 de la Agenda 2030 nos habla de la necesidad de “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”, lo cual involucra: reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas y crear en todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas.

De manera que el objetivo de lucha contra la corrupción hoy se encuentra claramente presente en la agenda de las EFS y es parte de su actividad esencial. En este sentido, nos señala Fernández Ajenjo que “los órganos de control financiero como las auditorías internas, las intervenciones generales o los tribunales de cuentas deben sentir la lucha contra la corrupción como un deber vocacional ineludible cuya omisión conllevará la deshonra social”<sup>36</sup>.

En nuestro caso, la función asignada a la Contraloría General de la República de Costa Rica tiene —normativa y materialmente— una importante

35 María Ángeles Abellán López, *Rendición de cuentas y control externo en España* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 35.

36 José Antonio Fernández Ajenjo, *Leyes de la corrupción y ejemplaridad pública*, 1.<sup>a</sup> ed. (Salamanca: Editorial Amarante, 2019), 132. Al respecto, también comenta el autor: “De forma específica, la Administración consultiva y de control ha de asumir su misión institucional de asesoramiento y supervisión pues, en caso contrario, cuando aparezcan ante la opinión pública escándalos de corrupción que hayan pasado desapercibidos en sus trabajos, su prestigio será duramente desacreditado. Por ello, las organizaciones encargadas de vigilar que los servicios públicos satisfagan sin disfunciones fraudulentas las necesidades de los ciudadanos deben asumir plenamente una vocación militante en la lucha contra la corrupción...”.

potencialidad para el combate de la corrupción. Las ventajas que presenta su diseño institucional, articulando la función de auditoría (fiscalización posterior) con otros mecanismos de control previo y concomitante (preventivo), así como la potestad sancionatoria (determinación de responsabilidades administrativas y civiles), permite llevar a cabo de manera efectiva la rendición de cuentas que consagra el artículo 11 constitucional.

También es oportuno señalar que recientemente ha sido emitida la “Política Regional para la Prevención y Lucha contra la Corrupción de la Olacefs”<sup>37</sup>, aprobada en la LXXVI sesión del Consejo Directivo de la Olacefs, en mayo del 2023, en Chile, y ratificada en la XXXII Asamblea General Ordinaria en Lima, Perú, la cual reconoce y resalta el rol fundamental que juegan las EFS en la prevención y lucha contra la corrupción en virtud de las funciones que desempeñan y que brindan una posición estratégica para impulsar diversas acciones de combate a ese nefasto flagelo.

Entre otros instrumentos que sirvieron para impulsar dicha política, se destaca que en la VIII Conferencia de los Estados Parte de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CoSP, por sus siglas en inglés) fue adoptada la Resolución 8/13, conocida como la Declaración de Abu Dabi<sup>38</sup>, que busca fortalecer la colaboración entre las entidades fiscalizadoras superiores y los organismos anticorrupción, con el propósito de prevenir y combatir los actos de corrupción con mayor eficacia. Lo anterior, reconociendo “el papel fundamental que desempeñan las entidades fiscalizadoras superiores para prevenir y combatir la corrupción, en particular en lo que respecta a promover la integridad, la rendición de cuentas, la transparencia y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, así como el uso eficiente de los recursos públicos”.

Por último, la Declaración de Lima (2023)<sup>39</sup>, emitida en el marco de la XXXII Asamblea General Ordinaria de la Olacefs, señala en su apartado tercero la importancia de “Fortalecer la Gobernanza Digital para el Desarrollo a través del uso de herramientas tecnológicas modernas que garanticen la eficiencia y la eficacia en los procesos de fiscalización y control gubernamental, aumentando así la transparencia, la lucha contra la corrupción y la rendición de cuentas para coadyuvar a que los gobiernos respondan mejor a las necesidades de la ciudadanía...”. Dicho compromiso destaca la necesidad de diseñar e implementar

37 <https://olacefs.com/ctct/document/politica-regional-para-la-prevencion-y-lucha-contra-la-corrupcion-de-la-olacefs/>.

38 [https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about\\_us/Organs/Congresses/2016\\_Abu\\_Dhabi\\_Declaration/SP\\_AbuDhabiDeclaration.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about_us/Organs/Congresses/2016_Abu_Dhabi_Declaration/SP_AbuDhabiDeclaration.pdf).

39 <https://olacefs.com/xxxii-asamblea-general-ordinaria-2023-lima-peru/>.

sistemas informáticos que faciliten el control social de los recursos públicos, contribuyan a la rendición de cuentas “inmediata” de los responsables de la gestión y promuevan el acceso a la información de interés para esos efectos.

Todas estas iniciativas, promovidas con especial empeño desde las organizaciones regionales y globales que impulsan el trabajo de las EFS, ponen de manifiesto el interés y la relevancia que representa la labor fiscalizadora superior para la rendición de cuentas y el combate de la corrupción. Todo esto —en buena medida también— apunta también a un redimensionamiento del control, con un enfoque más integral y abarcador desde el punto de vista del instrumental técnico y normativo que define el funcionamiento de las instituciones de control público, con una perspectiva más cercana a las demandas ciudadanas de acuerdo con el entorno en que vivimos.

## COROLARIO

La rendición de cuentas presenta diversos ángulos que convergen sobre un objetivo común, el cual consiste en la necesidad de contar con un adecuado marco de control, gestión de riesgos, transparencia y participación ciudadana, de forma que se garantice razonablemente una gestión pública con altos estándares de integridad. Al mismo tiempo, deben existir mecanismos de respuesta y responsabilización de acuerdo con el ordenamiento jurídico, ante posibles irregularidades o infracciones que se cometan.

El sometimiento pleno de la Administración a la legalidad y al control, como base fundante de nuestro Estado de derecho, requiere también que los funcionarios públicos rindan cuentas a cabalidad y que el escrutinio abierto y participativo de todas las partes interesadas sirva para robustecer la credibilidad y el perfeccionamiento democrático de nuestros sistemas institucionales.

Para estos efectos, un marco normativo claro y preciso, con una organización robusta y sólida, son elementos primordiales que se requieren para avanzar hacia una verdadera cultura de rendición de cuentas, en la que los mecanismos aplicativos de las distintas herramientas dispuestas para llevar a cabo esas acciones no se conviertan en un fin en sí mismo, ni se entronquen como parte del esquema burocrático que se replica de manera irreflexiva o apartada de toda finalidad esencial.

Es por esto que, desde todos los frentes, debemos procurar una Administración revestida de mayor integridad, enfocada en los resultados y en el beneficio para los ciudadanos. Una organización administrativa que aporte valor público y que promueva la mejora continua como estrategia de aprendizaje, innovación



y desarrollo en sus procesos para impactar positivamente el logro de los fines que le han sido encomendados.

Desde esta óptica, los gestores públicos y las instituciones de control deben sumar esfuerzos para hacer efectivo el principio de rendición de cuentas, que se ubica en la base de nuestros sistemas democráticos. Para lograr ese cometido, ciertamente, las EFS ocupan un rol privilegiado que resulta clave para impulsar mejoras en todos los niveles y al mismo tiempo trasladar a la ciudadanía información clara, sencilla y precisa, con la debida rigurosidad que amerita, pero sin perder de vista el sentido último de su labor, que constituye a la vez un medio para ese control social más amplio, el cual debe concretarse finalmente en la valoración de las personas destinatarias de los servicios que gestionan las instituciones públicas.

Por tanto, las acciones dirigidas a mejorar dichos aspectos y también la gestión de los mecanismos de depuración de responsabilidades en el marco de la función pública, son objetivos permanentes e imprescindibles que no se deben abandonar y en los que resulta necesario perseverar para alcanzar niveles de desarrollo más cercanos a la altura de las expectativas y aspiraciones ciudadanas.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Abellán López, María Ángeles. *Rendición de cuentas y control externo en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Arroyo Chacón, Jennifer. “El principio de rendición de cuentas y el Estado democrático de derecho costarricense”. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, n.º 123 (2018): 167-191.
- Bolaños González, Jimmy. “Bases conceptuales de la rendición de cuentas y el rol de las entidades de fiscalización superior”. *Revista Nacional de Administración* 1, n.º 1 (2010): 109-138.
- Bonell Colmenero, Ramón. “El Tribunal de Cuentas”. *Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, n.º 4 (2006).
- Fernández Ajenjo, José Antonio. *Leyes de la corrupción y ejemplaridad pública*, 1.<sup>a</sup> ed. Salamanca: Editorial Amarante, 2019.
- Fierro Ferráez, Ana Elena. *El concepto jurídico de rendición de cuentas*. México: Tirant lo Blanch, 2021.
- Gutiérrez Hidalgo, Fernando. “Organización y actividad de los tribunales de cuentas de ultramar (1851-1893)”. *De Computis: Revista Española de Historia de la Contabilidad*, n.º 11 (2009).

- Intosai. Declaración de Abu Dabi. 2016. [https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about\\_us/Organs/Congresses/2016\\_Abu\\_Dhabi\\_Declaration/SP\\_AbuDhabiDeclaration.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about_us/Organs/Congresses/2016_Abu_Dhabi_Declaration/SP_AbuDhabiDeclaration.pdf).
- Jinesta Lobo, Ernesto. “Evaluación de resultados y rendición de cuentas en la Administración Pública (la reforma al artículo 11 de la Constitución Política)”. *IVSTITIA* (2000): 166-167.
- Jinesta Lobo, Ernesto. “Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las administraciones públicas”. En *Constitución y Justicia Constitucional*, editado por la Sala Constitucional, 1-19. San José, Costa Rica: Escuela Judicial, 2009.
- Kaufmann, Jorge, Mario Sanginés y Mauricio García Moreno. “Prólogo” de la obra *Construyendo gobiernos efectivos: Logros y retos de la gestión pública para resultados en América Latina y el Caribe*. Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2015.
- Mendizábal Allende, Rafael de. “Veinte años no es nada: La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/1982, de 12 de mayo”. *Revista Española de Control Externo* 7, n.º 21 (2005).
- OCDE. Recomendación sobre la integridad pública. 2017. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0435>.
- Olacefs. Declaración de Lima: Fortalecimiento de la Gobernanza Digital para el Desarrollo. 2023. <https://olacefs.com/xxxii-asamblea-general-ordinaria-2023-lima-peru/>.
- Olacefs. Política Regional para la Prevención y Lucha contra la Corrupción de la Olacefs. 2023. <https://olacefs.com/ctct/document/politica-regional-para-la-prevencion-y-lucha-contr-la-corrupcion-de-la-olacefs/>.
- O'Donnell, Guillermo. “Accountability horizontal e novas poliarquias”. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.º 44 (1998): 27-54.
- O'Donnell, Guillermo. “Delegative Democracy”. *Journal of Democracy* 5, n.º 1 (1994): 55-69.
- Peruzzotti, Enrique y Catalina Smulovitz. “Held to Account: Experiences of Social Accountability in Latin America”. *Journal of Human Development* 3, n.º 2 (2002): 209-230.
- Real Academia Española. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. España: Santillana, 2017. <https://dpej.rae.es/>.
- Rivera Sánchez, Juan Luis. “Revocatoria del mandato para funcionarios de elección popular en los gobiernos locales”. *Revista de Derecho Electoral*, n.º 2 (2006): 1-44.
- Rivero Ortega, Ricardo. *Derecho administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed. España: Tirant lo Blanch, 2023.

Saborío Valverde, Rodolfo. *Rendición de cuentas en Costa Rica: Diagnóstico y propuesta de sistematización*. San José: Editorial Juricentro, 2004.

## Jurisprudencia

Sala Constitucional de Costa Rica. 14 de marzo del 2003. Sentencia n.º 2120-2003 de las 13:30 horas.

Sala Constitucional de Costa Rica. 18 de mayo del 2004. Sentencia n.º 2004-05207 de las 14:55 horas.

Sala Constitucional de Costa Rica. 17 de diciembre del 2004. Sentencia n.º 2004-14421 de las 11:00 horas.

Sala Constitucional de Costa Rica. 5 de febrero del 2010. Sentencia n.º 2010-002535 de las 12:50 horas.

Sala Constitucional de Costa Rica. 30 de agosto del 2011. Sentencia n.º 2011-011620 de las 15:11 horas.

Sala Constitucional de Costa Rica. 5 de junio del 2013. Sentencia n.º 2013-007598 de las 14:30 horas.

Sala Constitucional de Costa Rica. 14 de agosto del 2014. Sentencia n.º 2014-13570-14 de las 11:45 horas.

Sala Constitucional de Costa Rica. 8 de diciembre del 2015. Sentencia n.º 2016-019288 de las 16:41 horas.

Sala Constitucional de Costa Rica. 26 de junio del 2020. Sentencia n.º 2020-011750 de las 9:05 horas.

Sala Constitucional de Costa Rica. 26 de agosto del 2022. Sentencia n.º 2022-020104 de las 15:05 horas.

## CAPÍTULO 12

### LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS\*

Zamira Gómez

#### INTRODUCCIÓN

En un Estado social de derecho, como lo es Colombia, el principio de publicidad se constituye en uno de sus principales postulados, toda vez que contribuye a la construcción de los fines y objetivos esenciales del Estado, facilita el control ciudadano de las decisiones de la Administración y permite el ejercicio de varios derechos fundamentales.

A través de este principio, que tiene rango constitucional, se permite mantener informada a la ciudadanía de los hechos que ocurren a su alrededor, y respecto de los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan la toma de una decisión de la Administración que pueda afectar sus intereses o poner en riesgo la efectividad de sus derechos, a fin de que, en determinados casos, puedan ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Sobre este principio y su importancia, la Corte Constitucional<sup>1</sup> ha expresado:

El Estado de derecho se funda, entre otros principios, en el de la publicidad, el cual supone el conocimiento de los actos de los órganos y autoridades estatales, en consecuencia, implica para ellos desplegar una actividad efectiva para alcanzar dicho propósito; dado que, la certeza y seguridad jurídicas exigen que las personas puedan conocer, no sólo de la existencia y vigencia de los mandatos dictados por dichos órganos y autoridades estatales, sino, en especial, del contenido de las decisiones por ellos adoptadas, para lo cual, la publicación se instituye en presupuesto básico de su vigencia y oponibilidad, mediante los instrumentos creados con tal fin.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.12>.

1 Corte Constitucional, Sentencia C-957 de 1999, 1.º de diciembre de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Es más, el referido principio constituye un fin esencial del Estado social de derecho, por cuanto permite enterar a la comunidad y mantenerla informada sobre los hechos que ocurren a su alrededor, así como de los fundamentos que motivan las decisiones adoptadas por las autoridades.

Esta situación contribuye a facilitarles a todos la participación ciudadana en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y cultural de la nación (art. 2.º CN), para efectos de formar “un ciudadano activo, deliberante, autónomo y crítico”, que pueda ejercer un debido control de la actividad del Estado”<sup>2</sup>.

En consecuencia, todas las autoridades tienen la obligación de “[...] dar a conocer al público y los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley...”<sup>3</sup>.

El principio de publicidad “implica que por regla general la actividad de la administración sea pública, clara y transparente”<sup>4</sup>, no obstante, se exceptúan las informaciones y los documentos sometidos a reserva legal.

Así las cosas, este principio que nos ocupa será desarrollado en dos apartados. En el primero se procederá a señalar el alcance del principio de publicidad desde el marco de las normas constitucionales y legales que lo garantizan. Así mismo, se hará referencia a su contribución a los fines del Estado, al fortalecimiento del control ciudadano respecto a las decisiones de la Administración y a la garantía de derechos fundamentales, haciendo especial énfasis en los derechos al debido proceso, al de petición y al de acceso a la información; y en un segundo momento se abordará la reserva como excepción al principio de publicidad.

## ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

El principio de publicidad resulta trascendental y fundamental en el ejercicio de la función pública, puesto que permite que los administrados conozcan de las actuaciones y decisiones que adoptan los órganos y las entidades del Estado, lo que presupone, además, un correcto actuar de estos.

2 *Ibidem*.

3 Artículo 3.º, numeral 9, de la Ley 1437 del 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4 Jaime Orlando Santofimio de Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, t. II (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003).

El referido principio tiene su fundamento en el artículo 209 de la Constitución Política como principio rector de la función pública, que “[...] está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”.

La Corte Constitucional definió el principio de publicidad en la Sentencia C-711 del 2011 así:

La publicidad es una garantía constitucional para la consolidación de la democracia, el fortalecimiento de la seguridad jurídica, y el respeto de los derechos fundamentales de los asociados, que se constituye en uno de los pilares del ejercicio de la función pública y del afianzamiento del Estado Social de Derecho (art. 209 CP). Dicho principio, permite exteriorizar la voluntad de las autoridades en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, y además brinda la oportunidad a los ciudadanos de conocer tales decisiones, los derechos que les asisten, y las obligaciones y cargas que les imponen las diferentes ramas del poder público.

Consecuentemente, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 2011) le agrega un valor legal al principio de publicidad, toda vez que prevé en el artículo 3.º, numeral 9, que “las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y comunicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información...”.

Sobre el particular, el Consejo de Estado<sup>5</sup> ha manifestado:

El principio de publicidad consagrado en el artículo 3.º del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 209 de la Constitución Política constituye una garantía para los administrados en el sentido de que no habrá actuaciones oscuras y secretas de las autoridades y que las decisiones que los afecten serán dadas a conocer con miras a que puedan ejercer en forma oportuna el derecho de contradicción.

Entonces, para fortalecer este principio, el Capítulo v del Título III del código en mención, que inicia con el artículo 65, fija las reglas relativas a las

5 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia con Rad. 25000-23-24-000-2011-00097-0125000-23-24-000-2011-00097-01, 22 de marzo del 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

publicaciones, citaciones, comunicaciones, y notificaciones de las actuaciones administrativas, a las que hace referencia el numeral 9 del artículo 3.º.

Al respecto, la Corte Constitucional<sup>6</sup> ha precisado:

[...] los actos administrativos, por disposición del legislador, admiten dos formas concretas de publicidad, su publicación en el diario oficial, gaceta o cualquier otro medio oficial de divulgación, si se trata de contenidos abstractos u objetivos, esto es impersonales, y la notificación, si se trata de contenidos subjetivos y concretos que afectan a un individuo en particular, o a varios, identificables y determinables como tales, lo anterior por cuanto la publicidad se ha establecido como una garantía jurídica con la cual se pretende proteger a los administrados, brindándoles a éstos certeza y seguridad en las relaciones jurídicas que emanan de su expedición.

En efecto, el artículo 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula el deber de publicación de los actos de carácter general, pues, como es sabido, cuando las disposiciones son de carácter reglamentario, la publicidad de estos debe garantizar que todas las personas conozcan su contenido, cometido que se cumple en tanto se publiquen en el *Diario Oficial* o en las gacetas territoriales, según el caso, mientras que, si se trata de actos de contenido particular y concreto, el principio de publicidad se materializa cuando el o los afectados por sus disposiciones son informados de aquellas, pudiendo así impugnarlas si lo consideran del caso, objetivo que se logra con la notificación en los términos establecidos en el artículo 67 y siguientes.

Así mismo, la Corte<sup>7</sup> ha señalado:

[...] son dos los objetivos que se persiguen con la exigencia de realización del principio de publicidad respecto de los actos administrativos, el primero determinar la fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contiene el respectivo acto y el segundo garantizar la oponibilidad al contenido de los mismos por parte de los ciudadanos legitimados para el efecto.

La regla general es que el acto administrativo entre en vigencia desde el momento de su expedición, siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos de publicación o notificación según sea el caso. En consecuencia, el acto administrativo que no haya sido publicado o notificado será un acto ineficaz, esto es que no producirá efectos, lo que no quiere decir, desde luego, que sea nulo o inexistente. El acto

6 Corte Constitucional, Sentencia C-646 del 2000, 31 de mayo del 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

7 *Ibidem*.

administrativo es válido desde que se expide, pero su contenido únicamente vincula y se impone desde el momento en que se cumplen los requisitos de publicación o notificación, según se trate de actos de contenido general y abstracto o de actos de contenido particular y concreto respectivamente.

Dicho de otra manera, “el principio de publicidad es de vital importancia para determinar los efectos y la obligatoriedad de las decisiones de la administración; en efecto, cuando una entidad pública dicta un acto administrativo en ejercicio del procedimiento propio de la misma, dicho acto existe en la vida jurídica, pero aún no surte efectos ni es obligatorio frente a los administrados, hasta tanto no se dé cumplimiento al principio de publicidad...”<sup>8</sup>.

En ese sentido, tenemos que “[e]l conocimiento de los actos administrativos, por parte del directamente afectado, no es una formalidad que puede ser suplida de cualquier manera, sino un presupuesto de eficacia de la función pública administrativa —artículo 209 CP— y una condición para la existencia de la democracia participativa —Preámbulo, artículos 1.º y 2.º CP”<sup>9</sup>.

De lo anterior se desprende que el principio de publicidad, que está estrechamente relacionado con el principio de transparencia<sup>10</sup>, contribuye a la construcción de los fines y objetivos del Estado social de derecho, por cuanto obliga a los órganos y las entidades del Estado a desplegar todas las actividades necesarias y efectivas para poner en conocimiento de las personas tanto el contenido de sus actos, como el procedimiento para controvertirlas.

El principio de publicidad genera confianza en las instituciones del Estado, pues, al hacer pública la voluntad de la Administración, se permite que los administrados, no solo conozcan sus decisiones y las acaten, sino que los faculta para que, en caso de considerar afectados sus intereses o en riesgo la efectividad de sus derechos, en tanto que estas conducen a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una multa o sanción, puedan controvertirlas haciendo uso de los recursos y las acciones que correspondan.

Adicional a lo anterior, los órganos y las entidades del Estado, conforme a lo dispuesto en la Ley 1712 del 2014, “Por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional”, tienen

8   Ciro Nolberto Güechá Medina, *Derecho procesal administrativo* (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2015), 385.

9   Corte Constitucional, Sentencia C-096 del 2001, 31 de enero del 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

10  El artículo 3.º, numeral 8, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone: “En virtud del principio de transparencia, la actividad de la administración es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”.



la obligación de publicar, a través de medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica, como mínimo la información relacionada con la estructura orgánica, funciones, sedes, presupuesto, normas generales y reglamentarias, plan de compras, entre otros. La información se debe publicar de manera que facilite su uso y comprensión por parte de las personas, y que permita asegurar su calidad, veracidad, oportunidad y confiabilidad.

La publicación de dicha información se constituye como una herramienta para que la ciudadanía pueda conocer el desarrollo de la gestión pública, hacer control y veeduría al uso de recursos y acceder a información necesaria para ejercer otros derechos.

Por otra parte, el principio de publicidad garantiza el ejercicio de varios derechos fundamentales, de los que se destacan el debido proceso, el derecho de petición y el derecho de acceso a la información, como se explica a continuación.

### Derecho al debido proceso

El derecho fundamental al debido proceso ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>11</sup> “como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”.

Este derecho fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, aplica no solo a los procesos judiciales, sino también a los procesos administrativos. Al respecto, el mandato constitucional dispone: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”.

En cuanto a la aplicación de este derecho en los procesos administrativos, la Corte Constitucional<sup>12</sup> ha expresado que

[...] la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de

11 Corte Constitucional, Sentencia C-341 del 2014, 4 de junio del 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

12 *Ibidem*

impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”.

Una garantía para el ejercicio del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad consagrado en el Constitución Política y en la ley, que impone, como es bien sabido, a las autoridades administrativas el deber de hacer conocer a la comunidad en general y a los posibles afectados los actos que aquellas profieran en ejercicio de sus funciones, y que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una multa o sanción.

Sobre el particular, el Consejo de Estado<sup>13</sup> ha expresado:

[...] el principio de publicidad, visto como instrumento para la realización del debido proceso, implica la exigencia de proferir decisiones debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales con interés jurídico dentro del proceso, a través de los mecanismos de comunicación instituidos en la ley, con el fin de que puedan ejercer sus derechos a la defensa y contradicción.

En ese orden de cosas, el principio de publicidad resulta indispensable para garantizar la efectividad del derecho fundamental al debido proceso, en tanto implica para las autoridades administrativas “(i) la exigencia de proferir decisiones debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho; y (ii) el deber de ponerlas en conocimiento de los sujetos procesales con interés jurídico en el actuar, a través de los mecanismos de comunicación instituidos en la ley, con el fin de que puedan ejercer sus derechos a la defensa y contradicción”<sup>14</sup>.

## Derecho de petición

En lo que al derecho de petición se refiere, el artículo 23 de la Constitución Política dispone que “Toda persona tendrá derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por los motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas y garantizar los derechos fundamentales”.

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia con Rad. 11001-03-15-000-2014-02097-00(AC), 19 de febrero del 2015, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

14 Corte Constitucional, Sentencia T-286 del 2018, 23 de julio del 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Este derecho fundamental, de origen constitucional, y desarrollado en la Ley 1755 del 2015, obliga a las autoridades públicas y a los particulares a dar respuesta oportuna y de fondo a las solicitudes que realicen los ciudadanos, quienes buscan obtener “el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionarios, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar, y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos”<sup>15</sup>.

Frente a las características esenciales de este derecho fundamental, la Corte Constitucional ha reiterado:

*(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado; (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y (x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado. (énfasis en el original).*

El derecho de petición se encuentra vinculado con el derecho de acceso a la información, en la medida que los ciudadanos en ejercicio del derecho de petición pueden acceder a los documentos públicos y obtener copia de estos, salvo los casos expresamente señalados por la ley.

El derecho de petición, cuyo núcleo esencial se halla en la respuesta oportuna y de fondo a lo solicitado por el peticionario, y que guarda estrecha relación con el derecho de acceso a la información, se constituye en un mecanismo esencial

15 Artículo 13 de la Ley 1755 del 2015.

para la satisfacción de los principios de publicidad y transparencia y en consecuencia se convierten en una salvaguarda fundamental de las personas contra la arbitrariedad estatal y en condiciones de posibilidad de los derechos políticos. Por tales razones, los límites a tales derechos se encuentran sometidos a exigentes condiciones constitucionales y el juicio de constitucionalidad de cualquier norma que los restrinja debe ser en extremo riguroso<sup>16</sup>.

El vínculo existente entre el derecho de petición y el principio de publicidad contribuye al control ciudadano, en la medida que facilita a los ciudadanos advertir o reconocer situaciones irregulares, verificar que las actuaciones de los órganos y entidades estatales se desarrollen conforme a las atribuciones legales que les han sido asignadas, y efectuar reclamos cuando se evidencie que las decisiones de la Administración vulneran o ponen en riesgo sus derechos.

### Acceso a la información pública

El derecho de acceso a la información, el cual hace referencia al derecho que tienen las personas de acceder a los documentos públicos, salvo las excepciones que establezca la ley, ha sido reconocido en el artículo 74 de la Constitución Política, en tratados internacionales de derechos humanos que parten del bloque de constitucionalidad, y en otros instrumentos internacionales como el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también conocida como Pacto de San José; el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el artículo 4.º de la Carta Democrática Interamericana.

El acceso a la información, el cual se encuentra íntimamente ligado con el concepto de democracia y gobernanza, es una prerrogativa que permite a los ciudadanos conocer “aquella información producida por los agentes del Estado o por aquellas entidades o personas que no siendo agentes del Estado reciben recursos públicos, asentada en cualquier soporte material y que impacta directamente en el espacio público para interpretarla, criticarla, debatirla o analizarla”<sup>17</sup>, salvo las excepciones que establezca la ley.

16 Corte Constitucional, Sentencia T-487 del 2017, 28 de julio del 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

17 Guillermo A. Tenorio Cueto, “La transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información como factores primordiales de la función social de la Administración: Revisión comparada de los puntos de encuentro en Iberoamérica a partir de sus principios rectores”, en *Función social de la Administración* (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2016), 468.

La Corte Constitucional<sup>18</sup> ha manifestado en lo relativo al derecho de información que

[...] el derecho a la información no es solamente el derecho a informar, sino también el derecho a estar informado. De ahí la importancia del artículo 74 de la Constitución Nacional, que, al consagrar el derecho de acceder a los documentos públicos, hace posible el ejercicio del derecho a la información, y de esta manera los demás derechos fundamentales ligados al mismo.

Del mismo modo, la Corte Constitucional ha precisado que “el derecho a acceder a la información pública también existe para alcanzar fines constitucionalmente legítimos, como lo son asegurar que las autoridades y agencias estatales expliquen públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder que han delegado en ellos los ciudadanos, así como el destino que les han dado a los recursos públicos; y garantizar el cumplimiento de deberes constitucionales y legales por parte de la ciudadanía”<sup>19</sup>.

El acceso a la información tiene su desarrollo legal en la Ley 1712 del 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, en la cual se regulan todos los procedimientos, los mecanismos y las herramientas para garantizar su ejercicio pleno. De igual manera, adopta una serie de principios que lo orientan, dentro de los cuales se destaca el principio de “máxima publicidad”, definido en el artículo 2.º así: “Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley”.

El principio de máxima publicidad tiene una gran importancia y trascendencia en el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la Administración, pues

permite entender que *ab initio* toda la información que obra en manos del Estado debe presumirse pública y accesible, es decir que no basta con la generación de esquemas públicos de publicidad, sino que el principio adquiere una dimensión mayor, la cual consiste en que el titular del derecho acceda a la información y pueda hacerlo de manera simple, rápida, y sobre todo que no implique una información en un lenguaje críptico que impida el entendimiento de dicha información, en otro sentido,

18 Corte Constitucional, Sentencia C-274 del 2013, 9 de mayo del 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

19 *Ibidem*.

“a la máxima publicidad no sólo hay que evidenciarla, hay que traducirla en actos que la hagan posible”<sup>20</sup>.

De igual manera, la ley de transparencia en mención impone a los órganos y a las entidades del Estado la obligación de tener la información a disposición del público, “a través de medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica. Los sujetos obligados deberán tener a disposición de las personas interesadas dicha información en la Web, a fin de que estas puedan obtener la información, de manera directa o mediante impresiones. Asimismo, estos deberán proporcionar apoyo a los usuarios que lo requieran y proveer todo tipo de asistencia respecto de los trámites y servicios que presten”<sup>21</sup>. La información debe ser oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable y procesable.

En ese orden de cosas, el derecho de acceso a la información se constituye en una herramienta para hacer efectivo el principio de publicidad de los actos de la Administración, en la medida que al imponer la obligación de hacer pública toda la información producida por los agentes del Estado se permite el ejercicio del control social sobre las autoridades administrativas y se materializa la participación democrática de los ciudadanos.

## LA RESERVA COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La existencia de un Estado social de derecho está vinculada con el principio de publicidad de la actividad de la Administración, como postulado para que todos los órganos y entidades del Estado actúen de forma transparente.

En este escenario, el principio de publicidad, como regla general, que implica que la actividad de la Administración es pública, se reserva ciertos contenidos que, por mandato constitucional, deben estar establecidos en la ley, en la que se debe establecer con claridad y precisión el tipo de información que puede ser objeto de reserva, las condiciones en las cuales dicha reserva puede oponerse a los ciudadanos, las autoridades que pueden aplicarla y los sistemas de control que operen sobre las actuaciones que por tal razón permanecen reservadas.

Al respecto, la Corte Constitucional<sup>22</sup> ha precisado: “En los términos de la Constitución, la regla general de la publicidad sólo puede tener excepciones en

20 Tenorio Cueto, “La transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información como factores primordiales de la función social de la Administración”, 461.

21 Artículo 7.º de la Ley 1712 del 2014.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-274 del 2013, 9 de mayo del 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

virtud de leyes que, de manera específica, establezcan los casos concretos en los cuales ciertas autoridades claramente definidas pueden establecer que determinada información es reservada. Adicionalmente, la reserva sólo resulta procedente si el legislador aporta razones suficientes para justificarla”.

En el caso colombiano, los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 del 2014, y el artículo 25 de la Ley 1755 del 2015, establecen como informaciones y documentos reservados los relacionados con la defensa o seguridad nacionales; las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas; los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidos en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales; los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación; los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 del 2008; los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos; los amparados por el secreto profesional; y los datos genéticos humanos.

De igual manera, las leyes en referencia establecen el procedimiento que deben adelantar las autoridades cuando deban negar las peticiones de información o copia de los documentos con carácter reservado, los sistemas de control sobre las actuaciones que permanecen en reserva, y las reglas de inoponibilidad y de temporalidad de la reserva.

Por otra parte, es necesario señalar que la reserva puede operar respecto del contenido de un documento público, pero no respecto de su existencia. Sobre el particular, la Corte ha indicado que “el secreto de un documento público no puede llevarse al extremo de mantener bajo secreto su existencia. El objeto de protección constitucional es exclusivamente el contenido del documento. Su existencia, por el contrario, ha de ser pública, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan una oportunidad mínima de ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 CN).

## CONCLUSIÓN

La adopción de un Estado social de derecho, tal como lo prevé la Constitución Política de 1991, supuso para el Estado el establecimiento de unas herramientas y mecanismos que facilitan su funcionamiento. Por tal razón, y especialmente en lo referente a la función pública, se estableció en el artículo 209 de la carta política que esta se desarrollaría con fundamento en varios principios, entre ellos el de publicidad.

El principio de publicidad, el cual se encuentra estrechamente relacionado con el principio de transparencia, contribuye a la construcción de los fines esenciales del Estado, pues, cuando los órganos y las entidades del Estado hacen públicas sus decisiones y actuaciones, salvo las excepciones que establece la ley, se garantiza la participación ciudadana, se fortalece el control social y se permite el cumplimiento de diversos derechos fundamentales.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Arboleda Perdomo, Enrique José. *Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Editorial Legis, 2021.
- Cely Gaona, Yuliet. “Vulneración al principio de publicidad de las actuaciones judiciales”. Tesis de especialización, Universidad Libre de Bogotá, 2023.
- García de Enterría, Enrique y Tomás Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas, 1999.
- Güechá Medina, Ciro Nolberto. *Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2015.
- Departamento para la Gestión Pública y Efectiva (DGPE) y Organización de Estados Americanos (OEA). “El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos”. 2013. <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/cortosp8.pdf>.
- Lugo Díaz, Andrés. “Análisis jurídico del principio de publicidad”. Tesis de especialización, Corporación Universitaria del Caribe, 2011.
- Moreno Cendales, Carlos y Yuri Reay Cobos. “Principio de publicidad y transparencia en la contratación estatal”. Tesis de posgrado, Universidad Libre, 2022.
- Sánchez Cardona, José Luis. “El principio de publicidad en perspectiva de la reserva de información pública de defensa y seguridad nacional en Colombia”. Tesis de maestría, Universidad Eafit, 2023.
- Santofimio de Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Tenorio Cueto, Guillermo A. “La transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información como factores primordiales de la función social de la Administración: Revisión comparada de los puntos de encuentro en Iberoamérica a partir de sus principios rectores”. En *Función social de la Administración*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2016.



## Legislación

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 1437 del 2011. “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Ley 1712 del 2014. “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1755 del 2015. “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

## Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia con Rad. 11001-03-15-000-2014-02097-00(AC). 19 de febrero del 2015. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia con Rad. 25000-23-24-000-2011-00097-0125000-23-24-000-2011-00097-01. 22 de marzo del 2018. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Corte Constitucional. Sentencia C-957 de 1999. 1.º de diciembre de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-646 del 2000. 4 de mayo del 2016. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-096 del 2001. 31 de enero del 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-872 del 2003. 30 de septiembre del 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-341 del 2014. 4 de junio del 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 2016. 4 de mayo del 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia T-487 del 2017. 28 de julio del 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia T-286 del 2018. 23 de julio del 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

## CAPÍTULO 13

# COORDINACIÓN ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: LA ARTICULACIÓN DE LA VOLUNTAD PÚBLICA A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS\*

Augusto Hernández Vidal

## INTRODUCCIÓN

La coordinación entre autoridades administrativas es un elemento clave en la formación de la voluntad pública. Hay un grado alto de complejidad en las interacciones entre entidades administrativas, por lo cual la Constitución otorga flexibilidad para que estas relaciones adopten formas variadas y adecuadas a cada contexto. Las autoridades ven su discrecionalidad sujeta a procedimientos para tomar decisiones y deben someter sus actuaciones a interacciones con otras autoridades, lo cual les da un carácter colectivo. El procedimiento coordinador se convierte así en un mecanismo vital para la validez de las decisiones administrativas que implican interacciones entre autoridades.

Ahora, debido a la adecuación de cada procedimiento a las necesidades de coordinación en cada sector o sistema administrativo, la dinámica no solo regula las interacciones entre autoridades, sino que también, en ciertas ocasiones, habilita la participación de los ciudadanos en estos procesos. Esto amplía el panorama de la toma de decisiones en el ámbito público, otorgando a las comunidades la oportunidad de contribuir con un poder deliberativo que, si bien no determina el sentido de las decisiones, sí las incorpora como participantes. Esta incorporación hace que desempeñen un papel orientador, legitimador y divulgativo en la coordinación de la voluntad pública.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.13>.

## LAS RELACIONES ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD PÚBLICA

### Las formas de interacción entre autoridades y ciudadanos según la Constitución

La Constitución en varios apartes esboza las formas en las cuales las autoridades administrativas se relacionan entre ellas. El artículo 1.º, por ejemplo, establece que “Colombia es [...] [una] República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”. De entrada, se sugiere un relacionamiento comunicativo y multiforme entre autoridades, pues una república con estas características debe procurar que las entidades tengan canales abiertos y diversos para su interacción.

También dice la Constitución en su artículo 2.º que los fines esenciales del Estado son servir a la comunidad y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación. Del texto se infiere que el Estado debe organizar sus servicios y actividades para servir a la comunidad, lo cual debe derivar en una coordinación entre las autoridades y la comunidad, reconociendo la diversidad étnica y cultural de Colombia.

Este planteamiento general sobre la coordinación de lo público a partir de los artículos 1.º y 2.º de la Constitución, abre posibilidades infinitas para la toma de decisiones colectivas en las que las comunidades y las autoridades pueden interactuar alrededor de lo público. Se abre así un espectro amplio para entender la coordinación como la conciliación de las actuaciones entre autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado<sup>1</sup>.

Estas posibilidades se racionalizan al establecer los mecanismos de participación democrática, la organización de la rama ejecutiva, de las autoridades administrativas y de las entidades territoriales. Frente a la participación democrática, el artículo 103 menciona que los mecanismos de participación son el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato, desarrollados en la Ley 134 de 1994. En relación con la coordinación interadministrativa, por definición se excluye y diferencia de la participación ciudadana, de tal manera que se estructura una división entre la coordinación entre autoridades y la participación de los ciudadanos en las decisiones públicas.

1 Octavio Barbosa Cardona, “Relaciones intergubernamentales en Colombia”, *Cuadernos de Administración* 36-37 (2006-2007): 192.

Si bien el Estado democrático no se puede concebir sin mecanismos de participación democrática, lo cierto es que las actuaciones administrativas exclusivamente bajo esos mecanismos no podrían gozar de la legitimidad pública que requieren. La reforma de la Ley 134 de 1994 por la Ley 1757 del 2015 busca fomentar la participación, pero “de nada servirán las modificaciones normativas, si los gobiernos no facilitan los escenarios para que los ciudadanos puedan intervenir”<sup>2</sup>. El asunto cobra significado a la luz de la democracia participativa, que promueve la participación directa en la toma de decisiones públicas, no solo en la elección de representantes que toman esas decisiones.

Los mecanismos de participación directa en la toma de decisiones como el plebiscito, el referendo y la consulta popular tienen limitaciones que lesionan la democracia participativa. Son mecanismos de participación masiva que exponen lo público a las pasiones populares y a la manipulación de las percepciones<sup>3</sup>. Además, la pobreza deliberativa se exagera cuando no hay alternativas de solución intermedias entre “sí” y “no”, como es común en los mecanismos de participación masiva<sup>4</sup>. Por último, si bien estos mecanismos facilitan la participación de muchos en lo público, están sujetos a la regla de mayorías que tiranizan las decisiones al someter a las minorías en favor del voto mayoritario.

La forma innovadora de corregir estos defectos se encuentra en las deliberaciones transformadoras a través de minipúblicos o microcosmos deliberativos<sup>5</sup>. Los minipúblicos son instancias deliberativas conformadas por grupos medianos que aportan a las decisiones públicas, sirven como mecanismos de divulgación de la información y logran sentar opiniones ciudadanas informadas y colectivas entre grupos de personas reunidas por una misión temática. Si ajustamos el concepto de minipúblicos a nuestro sistema jurídico, podemos mencionar en Colombia ejemplos como el Consejo Nacional de Planeación, los Consejos Territoriales de Planeación, la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas, el Espacio Nacional de Consulta Previa, entre muchos otros. La lista es larga.

Los procedimientos coordinadores como fusión de la “democracia administrativa” y la “democracia participativa”

Pero no hay que perder de vista que la coordinación de lo público es una actividad administrativa que lidera la Administración pública en suma con el sistema

2 Jhoan Andrés Hurtado Mosquera y Lisneider Hinestroza Cuesta, “La participación democrática en Colombia: Un derecho en evolución”, *Justicia Juris* 12, n.º 2 (2016): 73.

3 Cristina Lafont, *Democracy Without Shortcuts* (Oxford: Oxford University Press, 2020), 131.

4 Sebastián Linares, *Democracia participativa epistémica* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 45.

5 James Fishkin, *Democracy When the People are Thinking* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 7.

político. La democracia representativa es la estructura que soporta el direccionamiento del Estado y son las autoridades administrativas las que adoptan decisiones por medio de actos administrativos, con el principio de coordinación como su orientador y los aportes organizados de los ciudadanos como un insumo participativo. Por lo general, encontramos un procedimiento coordinador que regula las fases, los términos, los conceptos, los grupos y las formas jurídicas que cobran sentido para cada una de las decisiones que toma el Estado, adaptado al grado de deliberación y de autoridad que requiere cada situación.

Frente a las relaciones entre autoridades nacionales y territoriales deben leerse los artículos 113, 209 y 287 de la Constitución. De acuerdo con el artículo 113, refiriéndose a los órganos del Estado, estos tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus *finés*. El artículo 209, que se refiere a las relaciones entre autoridades nacionales y territoriales, señala que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los *finés* del Estado. Así, ambos artículos exigen de las autoridades que coordinen sus actividades de tal manera que se pueda cumplir con los fines del Estado, entre ellos, servir a la comunidad y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación. Esta es una lectura que favorece la solución de asuntos públicos desde una perspectiva que enfatiza en dos deberes: (1) el deber de las autoridades (nacionales y territoriales) de articular sus actividades; y (2) el deber de las autoridades de facilitar la participación de la comunidad en las decisiones que los afecten.

Los procedimientos coordinadores señalan en qué momento y bajo cuáles situaciones los participantes pueden intervenir. Por ejemplo, los procedimientos pueden requerir a una autoridad que solicite información a otra autoridad de tal manera que coordinen sus actuaciones, como es el caso de cualquier proyecto, medida o actividad sobre áreas donde haya presencia de grupos étnicos, respecto a lo cual el Ministerio del Interior debe emitir un concepto. Cada procedimiento de toma de decisiones tiene un carácter coordinador de las competencias de las distintas autoridades.

En términos generales se sostiene que las interacciones entre las autoridades se rigen por el deber de coordinación de sus actuaciones. De acuerdo con el Decreto 1609 del 2015, todas las autoridades tienen el deber de coordinar sus actuaciones, de tal manera que sus proyectos normativos o de decisión deben conciliarse con aquellas autoridades sobre las cuales el proyecto puede tener un impacto funcional. Podemos tal vez hablar de una “democracia administrativa” para hacer referencia a las interacciones comunicativas entre autoridades para el

cumplimiento de los fines del Estado. Los procedimientos se encuentran así irradiados por la democratización de la Administración pública a la cual se refiere el artículo 32 de la Ley 489 de 1998: “Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública”.

Bajo esta perspectiva, la Administración camina por la senda de la democracia participativa. A renglón seguido, la ley enumera algunas de las acciones que las autoridades pueden realizar para cumplir con la obligación de hacer una gestión acorde con el principio de democracia participativa, tales como audiencias públicas, fortalecimiento de la participación ciudadana, rendición de cuentas, promoción de derechos y apoyo a las asociaciones de usuarios y ciudadanos, así como utilizar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.

Pero hay que observar que la utilización de algunos de esos mecanismos es discrecional, lo que deja a las autoridades la posibilidad de su activación solo en circunstancias políticamente convenientes. Ese no es el caso con los procedimientos coordinadores, en los que la validez de una actuación está sometida a la realización del procedimiento. Por ejemplo, una licencia ambiental no la puede otorgar la autoridad ambiental mientras que no se realice la debida consulta previa, que es una instancia deliberativa dentro de un encadenamiento de procedimientos más complejos.

El artículo 33 de la misma ley dice que las audiencias públicas (que son un instrumento idóneo para participar en la formulación o ejecución de políticas y programas) pueden convocarse “cuando la Administración lo considere conveniente y oportuno” y “en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos”. El artículo 6.º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que, en virtud del principio de participación, las autoridades deben promover y atender “las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública”.

Lo más usual es que las autoridades realicen esas audiencias para informar sobre decisiones cuyos elementos esenciales ya están formados o para exponer los resultados de la gestión, pero no para concertar con la comunidad la toma de una decisión con efectos a futuro. A no ser que un procedimiento coordinador exija

un concepto previo para continuar con el procedimiento. He aquí una diferencia fundamental, que los procedimientos coordinadores regulan la etapa preliminar en la toma de la decisión, por lo tanto, no son procedimientos para vigilar, controlar o sancionar. Están igualmente regidos por el principio de coordinación, pero su finalidad es *acompañar la formación de la decisión*. Cumplen la función de una veeduría pública en la fase preparativa de las decisiones importantes que toma la Administración.

Aquí es importante exponer la lectura constitucional de la democracia participativa según la Sentencia C-180 de 1994, que admite la participación ciudadana:

El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida<sup>6</sup>.

La participación como principio tiene una aplicación de carácter transversal, universal y expansivo. En materia ambiental, el artículo 1.º de la Ley 99 de 1993 se refiere a la participación como un principio orientador de la política ambiental y con los instrumentos internacionales. Es un derecho consagrado en el artículo 40 y siguientes de la Constitución Política y es un derecho fundamental en materia ambiental conforme al artículo 79 de la Constitución.

### Los procedimientos coordinadores como decisiones colectivas

La coordinación se puede entender como el resultado de decisiones colectivas, por ejemplo, el artículo 45 de la Ley 489 de 1998 señala que las autoridades nacionales pueden coordinarse a través de la creación de *comisiones intersectoriales* cuando un asunto corresponda a las esferas competenciales de varias autoridades nacionales. El Gabinete Presidencial es un grupo de funcionarios que se dividen funcionalmente para formar muchos otros grupos con poder para orientar

6 En el mismo sentido, las sentencias C-585 de 1995 y C-021 de 1996.

decisiones y medidas de carácter nacional, como es el caso del Consejo de Ministros y de los Consejos Superiores de la Administración. En todos estos grupos la coordinación se entiende como una concertación de la voluntad de varias autoridades para la toma de decisiones colectivas.

Las decisiones colectivas pueden convocar también la participación de autoridades de carácter nacional y autoridades de las entidades territoriales (alcaldes, gobernadores). Los procedimientos coordinadores se ven políticamente forzados a formar estos grupos combinados de autoridades nacionales y territoriales para la toma de decisiones que tienen implicaciones concretas sobre el territorio, como sucede en el Sistema General de Regalías (SGR). En este caso, los Órganos Colegiados de Administración y Decisión (OCAD) forman grupos que incluyen no solo autoridades, sino también representantes de la comunidad académica, como es el caso del OCAD de Ciencia, Tecnología e Innovación. Las instancias de decisión están conformadas por representantes indígenas, de la población afrocolombiana y de la población rom, que votan sobre los proyectos financiados por las asignaciones especiales de esas comunidades. Estos procedimientos coordinadores, como muchos otros, no son mecanismos de participación ciudadana, pero desarrollan de manera más efectiva la participación en la construcción democrática de las decisiones.

En fin, nos estamos esforzando por demostrar que la participación y la coordinación se encuentran fusionadas en procedimientos coordinadores, aunque las fuentes del derecho tienen cierta inercia que apuntan a la separación entre el poder decisorio del Estado y el poder deliberativo de la sociedad organizada. Si acaso existe una “democracia administrativa”, el canon dice que ella no es sinónimo de “democracia deliberativa”, porque los participantes en los procedimientos son de distinta naturaleza: en un caso son autoridades, en el otro son grupos organizados con poder deliberativo (y voto en pocos casos, como el mencionado de las instancias de decisión del SGR).

La diferencia de perspectivas se explica por una cuestión de *amplitud en la observación*. Es decir, si se aprecia un procedimiento administrativo como una unidad separada de los otros procedimientos, sin duda se clasifican como “coordinadores de autoridades” o como “procedimientos participativos”. El profesor Juan Carlos Covilla Martínez distingue la coordinación *ad intra* (al interior del Estado entre las partes que lo componen) de la coordinación *ad extra* (entre el Estado y los ciudadanos)<sup>7</sup>.

7 Juan Carlos Covilla Martínez, *Coordinación y autonomía en la administración pública* (Pamplona: Aranzadi, 2019), 162.



Este nivel de detalle nos permite conocer cada procedimiento a profundidad. Por otra parte, al ampliar la observación sobre los procedimientos en conjunto y ver el flujo continuo de motivaciones, derechos, opiniones, preferencias e intereses que se mueven por canales comunicativos a través de los procedimientos, es posible ver que hay *encadenamientos* complejos entre los procedimientos, que en su conjunto están concebidos para la toma de decisiones colectivas. Por ejemplo, el encadenamiento de procedimientos para la formación del Plan Nacional de Desarrollo tiene algunas instancias de coordinación entre autoridades lideradas por el Departamento Nacional de Planeación, pero también tiene instancias participativas en las que la comunidad actúa con poder deliberativo.

Igual sucede con todas las decisiones públicas que tienen una relevancia política, social o ambiental: la complejidad de la decisión implica un encadenamiento de procedimientos en los que hay algunas instancias deliberativas y otras instancias decisorias, que van formando la decisión final por etapas procedimentales. Si bien las decisiones son coordinadas por las autoridades administrativas, no es poca la información creada a partir de la interacción comunicativa con grupos conformados por ciudadanos, sea de manera formal o informal. La suma del encadenamiento de procedimientos coordinadores es lo que nos deja ver la dimensión en la que la participación y la coordinación se mezclan para formar decisiones descentralizadas, participativas y pluralistas.

## UNA MIRÍADA DE PROCEDIMIENTOS COORDINADORES

La coordinación como un mandato constitucional para que se organicen interacciones procedimentales ajustadas a cada caso

El artículo 288 de la Constitución señala que las competencias nacionales y territoriales se deben ejercer conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El artículo 287 establece que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, a través del gobierno por autoridades propias.

Estos artículos no se interpretan como una horizontalidad entre las autoridades de distintos niveles de gobierno, porque bajo el Estado unitario se requieren mecanismos que les den sincronía, alineación y coherencia a las actuaciones<sup>8</sup>. Por otra parte, tampoco hay una prohibición explícita de subordinación, que en

8 *Ibid.*, 89.

efecto ocurre por vía normativa, pues las normas administrativas tienen relaciones de jerarquía. En resumen, no es posible una jerarquía sistemática como tampoco un aislamiento estructural de las autonomías territoriales.

Esto es equivalente a sostener que la autonomía no se puede reconocer con la misma intensidad en todos los casos. De ahí se deriva una flexibilidad procedimental que permite maleabilidad en el diseño de los esquemas de relacionamiento entre las autoridades y la ciudadanía organizada dentro del enfoque amplio y colectivo que explicamos. La Corte Constitucional se ha mostrado a favor de esta lectura en las relaciones entre autoridades de distintos niveles de gobierno, por ejemplo, en la Sentencia C-517 de 1992, en la que sostiene:

las normas constitucionales que se refieren a la descentralización y a la autonomía de las entidades territoriales, no pueden ser tomadas en términos absolutos. Ellas marcan una pauta, un grado, una tendencia que debe ser respetada al momento de interpretar las relaciones entre el Estado central y sus entidades y que no excluye la posibilidad de que existan, en tales relaciones, algunos ámbitos normativos de mayor dependencia y otros de mayor autonomía<sup>9</sup>.

La Sentencia C-478 de 1992, otra que estudió de manera temprana la configuración de las relaciones entre autoridades de distinto nivel de gobierno, elabora sobre el concepto de *jerarquía* en estas relaciones. En esta se exponen cuatro reglas para la “solución de posibles conflictos entre los intereses territoriales y el interés nacional” con el fin de articular los intereses nacionales con los de las entidades territoriales.

De acuerdo con la primera regla, entre “el interés de un ente territorial y el interés general de toda la Nación, mediará el principio de la jerarquía, que evita la indefinición y la contradicción de poderes”. En esta sentencia, la jerarquía fundamenta la homogeneidad o estandarización que existe en los asuntos centrales, como en las relaciones internacionales y la macroeconomía, asuntos de naturaleza superior en los que priman las competencias de las autoridades nacionales. Pero esto no significa la anulación de la autonomía o de la diversidad, que son expresiones de “intereses y de necesidades limitadas en el espacio, conexos con los intereses de la Nación”.

La Sentencia C-517 de 1992 parece una pronta corrección de la dureza argumentativa de la Sentencia C-478 de 1992, pero las dos tienen un valor propio,

9 La autonomía territorial es relativa, también se sostiene en las sentencias C-192 de 1997, C-346 del 2017 y C-189 del 2019.

porque representan una tensión que regula el diseño de los procedimientos coordinadores que se crean para acompañar la formación de la voluntad pública. Ni la descentralización ni la autonomía de las entidades territoriales pueden ser tomadas en términos absolutos, como dice la Sentencia C-517 de 1992.

En los fallos de constitucionalidad sobre descentralización y autonomía territorial hay posiciones a favor de la autonomía, así como otros favorecen una coordinación fuerte y otros la búsqueda de consensos. Es así porque no es fácil concebir procedimientos que se adecúen a la complejidad de las decisiones que se deben tomar dentro de cada sector o sistema administrativo, que exigen una mezcla compleja entre coordinación y participación. La lectura que se hace, entonces, del artículo 288 de la Constitución es que se deben concebir procedimientos coordinadores ajustados a la toma de decisiones en cada caso, con grados razonables de participación y coordinación. Esa es la orientación que toma la Corte Constitucional en la Sentencia SU-095 del 2018, que exhortó al Congreso la creación de mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia nación-territorio.

Así, dentro de cada sector o sistema se conciben procedimientos que coordinan lo actores políticos de una forma que no produzca parálisis, pero permita una interacción comunicativa razonable, ya que la deliberación y la divulgación legitiman las decisiones. Los procedimientos mejor concebidos implican la incorporación de los participantes en la toma de decisiones, como es el caso del procedimiento para declarar un área protegida por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de acuerdo con la Resolución 1125 del 2015. Pero otros procedimientos son más austeros en la participación de los afectados, por las particularidades políticas del sector, como ocurre con la Estrategia de Relaciónamiento Territorial del Ministerio de Minas y Energía.

### El enfoque concertador de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La línea jurisprudencial que se afirma en la búsqueda de *concertación* en las relaciones territoriales parece encontrarse en apogeo desde el comienzo del milenio. La Sentencia C-983 del 2005, por ejemplo, al referirse al sistema educativo nacional dice que el principio de coordinación implica “una comunicación constante entre los distintos niveles para armonizar aquellos aspectos relacionados, por ejemplo, con la garantía de protección de los derechos constitucionales fundamentales, así como aquellos asuntos vinculados con el efectivo cumplimiento de las metas sociales del Estado”. Más recientemente, en la Sentencia C-138 del 2020, en relación con la facultad de los departamentos de expedir directrices y orientaciones para el ordenamiento del territorio municipal, la Corte aclara:

Por lo tanto, el ejercicio de la función departamental de coordinación, que resulta compatible con la autonomía municipal, implica privilegiar el recurso a mecanismos tales como la negociación, la incitación, la recomendación y la formulación de guías y directivas que, en razón de su baja textura normativa, no comporten (i) el sometimiento jerárquico de los municipios al departamento, (ii) una forma de control de tutela o (iii) intromisión indebida del departamento, en competencias propias de los municipios, es decir, en aquellos asuntos de interés meramente local o que no trasciendan el interés municipal.

La Corte Constitucional también adoptó un enfoque concertador en la explotación de recursos naturales. El Estado en su conjunto debe lograr frente a este asunto actuaciones coordinadas para proteger la diversidad étnica y cultural (art. 7.º CN) y la diversidad e integridad del ambiente (art. 79 CN), a la vez que planifica el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales (art. 80 CN) en función de un desarrollo sostenible. En este asunto, algunos concejos municipales intentaron impedir la actividad minera a través de sus planes de ordenamiento territorial, lo cual estaba prohibido por el artículo 37 de la Ley 685 del 2001. En la Sentencia C-123 del 2014, la Corte declaró constitucional esta norma de manera condicionada<sup>10</sup>:

[...] en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política.

Con la Sentencia SU-095 del 2018, la Corte Constitucional insiste en el esfuerzo que deben hacer las administraciones públicas nacionales y territoriales para que las entidades territoriales concurren en la definición, ejecución y seguimiento de las actividades de hidrocarburos y de minería. La Sentencia T-342 del 2019, dentro de la misma línea concertadora, se pronuncia de la siguiente manera:

10 La Sentencia C-273 del 2016 finalmente declaró la inconstitucionalidad de este artículo por tratarse de un asunto de reserva orgánica por su alcance sobre el ordenamiento territorial.

Así entonces, las competencias que, en materia del subsuelo, se asignan a entidades del Gobierno nacional central con la finalidad de proteger el interés general de toda la población, deben armonizarse con la participación activa y eficaz de las entidades territoriales y, en particular, de los municipios, quienes deben tener una influencia apreciable y una injerencia valorada adecuadamente que permitan que su postura se ajuste o adopte, en la medida de las posibilidades razonables que resulten de aquel diálogo, a la hora de promover, definir y demarcar las zonas excluibles de minería.

Es frecuente encontrar en las fuentes jurídicas alusiones al trabajo en armonía, conjunto, concertado o en concurrencia por parte de una autoridad frente a otra, normalmente en asuntos territoriales que están sujetos a una gestión en un nivel de gobierno superior o también en asuntos que deben ser tratados por varias autoridades territoriales, como en todos los esquemas de asociatividad territorial (EAT).

La Corte explica en la Sentencia C-983 del 2005 que la concurrencia entre distintos niveles de gobierno surge “para la solución de ciertos problemas que van más allá de las fronteras de las entidades territoriales o que ellas mismas no están en posibilidad de solucionar”. La Sentencia C-035 del 2016 señala que la concurrencia de competencias entre autoridades de distinto orden se justifica toda vez que hay de por medio un interés superior que media con una competencia en el nivel inferior.

La concurrencia es la expresión de un sistema democrático de interacción entre autoridades (democracia administrativa), que alude a espacios comunes en los que las autoridades deben buscar consensos para la toma de decisiones de manera conjunta. Es crucial tener en mente que las *políticas conjuntas* tienen como finalidad compartir competencias para corregir la descoordinación administrativa que resulta de la descentralización y la especialización de las funciones públicas<sup>11</sup>.

## El enfoque subordinador de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte no se suele mostrar a favor de la aplicación de un criterio de subordinación o coordinación fuerte en todas las relaciones territoriales, sino en aquellos casos en los que hay de por medio un interés superior, central o nacional. En la Sentencia C-126 de 1993, por ejemplo, se declaró la inconstitucionalidad de una norma que condicionaba la declaratoria de emergencia y la celebración

11 Fritz Scharpf, “The Joint-decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration”, *Public Administration* 66, n.º 3 (1988): 239-278.

de contratos en los nuevos departamentos<sup>12</sup> al concepto previo y favorable del Consejo de Ministros. Al respecto dice esta Sentencia:

El inciso 2.º del artículo 24 del Decreto 2274 de 1992, es evidentemente inconstitucional, por cuanto un órgano externo, perteneciente a la administración central y extraño por completo a la organización departamental, como lo es el Consejo de Ministros, condiciona la declaratoria de emergencia, o de urgencia de un contrato departamental a su concepto previo y favorable. No se aviene con los criterios constitucionales, el establecimiento en la norma demandada, de una tutela en materia contractual para los nuevos departamentos y sus entidades descentralizadas.

En este caso, el relacionamiento subordinado entre el Consejo de Ministros y las autoridades territoriales vaciaba de contenido la autonomía territorial. Podríamos también decir que hay asuntos que son parte esencial de la autonomía de las entidades territoriales y que se encuentran por fuera del alcance de la concertación. En contraste, en las formas de coordinación que implican cierto nivel de verticalidad o concertación debe siempre haber de por medio un asunto que trasciende lo meramente local, algo de carácter supramunicipal<sup>13</sup>.

Por ejemplo, al examinar la constitucionalidad del artículo 61 de la Ley 99 de 1993, el cual declara el sistema de montañas y páramos de Bogotá como de interés ecológico nacional, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-534 de 1996 que el “medio ambiente es una materia que en algunos aspectos trasciende los intereses locales y se constituye en un asunto de interés nacional y proyección internacional, que como tal exige la regulación que emana del poder central”. De esta manera, se admiten facultades especiales del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sobre un asunto territorialmente focalizado.

La Sentencia C-246 del 2019 declara constitucional la figura de toma de posesión de empresas sociales del Estado de las entidades territoriales por la Superintendencia Nacional de Salud, en un fallo en el que el demandante argumentaba que la medida desconoce la asignación constitucional de competencias territoriales y el principio de autonomía territorial al no consultar o contar con la aprobación de la liquidación del órgano de administración territorial que creó la empresa social del Estado. La Corte señaló que la toma de posesión tiene como

12 Las intendencias y comisarías a las que la Constitución de 1991 les otorga categoría de departamentos.

13 Héctor Santaella Quintero, “La maraña de las competencias e instrumentos de ordenación del territorio en el derecho administrativo colombiano: Interacción multinivel más allá del criterio jerárquico y de la simple concertación horizontal”, en *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: Competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, de Jorge Iván Rincón Córdoba y Nicolás Cabezas Manosalva (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2020), 105-173.

fundamento proteger el interés general, preservar el orden público, el orden económico y evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios afectados por problemas en la gestión de las empresas de servicios públicos domiciliarios<sup>14</sup>. Claro, en este caso nos referimos a un control administrativo, pero de cierta manera implica la toma de una decisión que subordina a la entidad territorial.

Estos fallos admiten una forma de relacionamiento diferente a la concertación, que le permite a una autoridad nacional imponer una decisión unilateral ante una entidad territorial sin necesidad de participación o deliberación previa a la toma de esa decisión, como agente que representa el interés público. Una forma explícita de relación subordinada entre el Gobierno nacional y las gobernaciones es la función de agente del presidente que tiene el gobernador para el mantenimiento del orden público y la ejecución de la política económica, conforme al artículo 303 de la Constitución.

Debe entenderse, entonces, que el orden público y la política económica general son asuntos centrales en los que dominan las autoridades nacionales y las autoridades territoriales quedan administrativamente subordinadas. Por ejemplo, una vez la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (que por cierto es un grupo formado por autoridades y representantes de gremios y sindicatos) define el valor del salario mínimo o el presidente de la República lo adopta por decreto, todos los municipios y departamentos quedan subordinados y adaptan sus finanzas públicas a esos valores de tipo cardinal. Sobre mencionar las facultades del Banco de la República sobre la moneda y el crédito.

En los estados de excepción se hace evidente la necesidad de una coordinación subordinada de todas las autoridades bajo el poder del presidente, de tal manera que se realicen acciones efectivas para superar una situación anómala que compromete la seguridad o la salud pública. En estos casos, la articulación de la Administración por medio de una coordinación fuerte (estados de excepción) entre autoridades busca la superación de las circunstancias que dieron origen a la emergencia. Ahora, eso no quiere decir que haya una ausencia de deliberación, al contrario, el esquema de deliberación que se estableció bajo el Sistema Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres es extraordinario (Ley 1523 del 2012), con cuatro grupos deliberativos nacionales y cientos territoriales que agrupan autoridades territoriales, mandos militares, socorristas, organizaciones sociales, entre otros, en función de participar colectivamente en la prevención y atención de desastres.

14 De una manera muy similar también se pronuncia la Sentencia C-535 de 1996.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-579 del 2001, ha entendido que hay un equilibrio entre unidad (república unitaria) y autonomía, que se logra mediante un sistema de *limitaciones recíprocas*. La autonomía, por una parte, encuentra limitación en la uniformidad legislativa en los asuntos de interés general derivado de la centralización política, así como la unidad encuentra límites por el núcleo esencial de la autonomía territorial, representado por los derechos de las entidades territoriales que se encuentran en el artículo 287 de la Constitución. Al respecto, varios fallos, como la Sentencia C-720 de 1999, señalan que en la regulación nacional sobre asuntos que hacen parte de la autonomía territorial no se debe dar un vaciamiento del núcleo esencial de la autonomía territorial.

Entre las fuentes legales que apuntan en la dirección de este argumento se encuentra el artículo 3.º de la Ley 909 del 2004, según el cual hay “*flexibilidad* en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la *estabilidad* de que trata el artículo 27 de la presente ley”.

La Ley 489 de 1998, en su artículo 17, numeral 11, dispone que en las políticas de desarrollo administrativo se deben tener en cuenta “diseños de mecanismos, procedimientos y soportes administrativos orientados a fortalecer la participación ciudadana en general y de la población usuaria en el proceso de toma de decisiones, en la fiscalización y el óptimo funcionamiento de los servicios”.

Aunque la autonomía de las entidades territoriales se encuentra declarada en la Constitución, no es tan insólito que esta no esboce sino de manera muy general la manera en que se relacionan las autoridades entre ellas. Una mención rígida en cualquier sentido tendría un efecto ordenador demasiado fuerte y no habría espacio para adaptar los procedimientos a las necesidades particulares de interacción en cada sector o sistema administrativo.

## REFLEXIONES FINALES

Las relaciones entre autoridades nacionales, territoriales y comunidad, a través de procedimientos coordinadores, se diseñan de manera flexible de acuerdo con la naturaleza de la función que se regula. Los procedimientos coordinadores se diseñan también con atención a las interacciones que se dan entre ellos, generando encadenamientos de decisiones que resultan en la formación de la voluntad colectiva. En todos los casos, el procedimiento fija una manera de tomar decisiones que ordena las voluntades de varias autoridades y los intereses de la comunidad en función de formar esa voluntad colectiva. La Constitución creó algunas formas



de participación democrática y de coordinación subordinada, pero las autoridades pueden desarrollar formas distintas e innovadoras de relacionamiento en virtud del deber de coordinación.

Si bien el principio de coordinación encuentra fundamento legal en definiciones orientadas por la horizontalidad (leyes 388 de 1997, 489 de 1998 y 1551 del 2012), entendemos que hay tres tipos de lecturas admisibles en el diseño de los procedimientos coordinadores:

1. *Autonomía*: funciona como una limitante. El relacionamiento no admite una injerencia sobre asuntos que hacen parte del núcleo esencial de la autonomía. Por ejemplo, la elección popular de autoridades propias.
2. *Subordinación*: en asuntos en los que está de por medio un interés central o superior, las entidades territoriales pueden estar sometidas a una estructura normativa en la que una autoridad nacional tiene una función rectora u orientadora.
3. *Concertación*: la concurrencia de competencias entre autoridades frente a asuntos específicos exige que ellas articulen sus acciones, programas y actividades. Según el procedimiento, la concertación puede incluir también representantes de la comunidad que participan con un poder deliberativo (voz sin voto).

Esta forma tripartita de relacionamiento guarda coherencia con la triada “subsidiariedad, coordinación y concurrencia” del artículo 288 de la Constitución.

La *autonomía* (subsidiariedad) no admite relacionamiento entre autoridades porque entiende que el asunto específico hace parte de una facultad que se asocia al núcleo esencial de la autonomía, de tal manera que las autoridades proceden de manera separada.

La *subordinación* (coordinación) admite que la voluntad de una autoridad nacional se imponga de manera uniforme sobre todo el territorio nacional o incluso sobre aspectos focalizados territorialmente, en representación de intereses públicos de mayor jerarquía como la integridad del orden constitucional.

Finalmente, en la *concertación* (concurrencia), varias autoridades deben tomar decisiones conjuntas, admitiendo formas adecuadas de participación entre autoridades y comunidad. Dado que sus intereses tienen interdependencias por los efectos focalizados sobre el territorio, el consenso es la única forma de tomar decisiones.

De acuerdo con la Sentencia C-089 de 1994, la participación activa y eficaz de las personas afectadas por decisiones públicas es una manifestación de la

democracia participativa introducida por la Constitución en 1991, complementando así la democracia representativa. Esta Sentencia sostiene que el

fortalecimiento y la profundización de la democracia participativa fue el designio inequívoco de la Asamblea Nacional Constituyente, luego traducido en las disposiciones de la Carta Política que ahora rige el destino de Colombia y de las que se infiere el mandato de afianzar y extender la democracia tanto en el escenario electoral como en los demás procesos públicos y sociales en los que se adopten decisiones y concentren poderes que interesen a la comunidad por la influencia que puedan tener en la vida social y personal.

La democracia representativa se presenta conceptualmente como una forma de tomar decisiones a través de representantes, que se complementa con la manera de tomar decisiones en la democracia participativa, en la que la comunidad participa deliberativamente en esta toma de decisiones públicas.

Así como la profesora Gloria Amparo Rodríguez, pensamos que hay formas en que esa complementariedad puede servir a la cohesión de lo público y a la construcción de tejido social<sup>15</sup>. Es posible desde el punto de vista formal y procedimental aislar la democracia participativa de la democracia representativa cuando se requiere concertación, pero, en nuestra opinión, eso no es lo más adecuado porque la comunidad no debería estar excluida del razonamiento público que precede a las actuaciones de la Administración. La coherencia y la alineación que surge por concertación es más legítima y asegura una mejor cooperación que la que surge de las relaciones de subordinación.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Barbosa Cardona, Octavio. “Relaciones intergubernamentales en Colombia”. *Cuadernos de Administración* 36-37 (2006-2007): 188-221.
- Covilla Martínez, Juan Carlos. *Coordinación y autonomía en la administración pública*. Pamplona: Aranzadi, 2019.
- Fishkin, James. *Democracy When the People are Thinking*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

15 Gloria Amparo Rodríguez, *Yo participo, tú participas, otros deciden: La participación ambiental en Colombia* (Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2021), 50.

- Hurtado Mosquera, Jhoan Andrés y Lisneider Hinestroza Cuesta. “La participación democrática en Colombia: Un derecho en evolución”. *Justicia Juris* 12, n.º 2 (2016): 59-76.
- Lafont, Cristina. *Democracy Without Shortcuts*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Linares, Sebastián. *Democracia participativa epistémica*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Rincón Córdoba, Jorge Iván. *La teoría de la organización administrativa en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Rodríguez, Gloria Amparo. *Yo participo, tú participas, otros deciden: La participación ambiental en Colombia*. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung, 2021.
- Santaella Quintero, Héctor. “La maraña de las competencias e instrumentos de ordenación del territorio en el derecho administrativo colombiano: Interacción multinivel más allá del criterio jerárquico y de la simple concertación horizontal”. En *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: Competencias, instrumentos de planificación y desafíos*, de Jorge Iván Rincón Córdoba y Nicolás Cabezas Manosalva, 105-173. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Scharpf, Fritz. “The Joint-decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration”. *Public Administration* 66, n.º 3 (1988): 239-278.

## Legislación

- Decreto 1609 del 2015. “Por el cual se modifican la directrices generales de técnica normativa de que trata el título 2 de la parte 1 del libro 2 del Decreto 1081 del 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de la Presidencia de la República”.
- Ley 99 de 1993. “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 134 de 1994. “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”.
- Ley 489 de 1998. “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

- Ley 685 del 2001. “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 909 del 2004. “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1523 del 2012. “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 1551 del 2012. “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.
- Ley 1757 del 2015. “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”.
- Ley 2056 del 2020. “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”.
- Resolución 1125 del 2015 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Estrategia de Relacionamento Territorial del Ministerio de Minas y Energía.

## Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-517 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. Sentencia C-585 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. Sentencia C-021 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-534 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-192 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-579 del 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia C-983 del 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-123 del 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

- Corte Constitucional. Sentencia C-035 del 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional. Sentencia C-273 del 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional. Sentencia C-346 del 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-095 del 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional. Sentencia T-342 del 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional. Sentencia C-189 del 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-246 del 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-138 del 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

## CAPÍTULO 14

### EL PRINCIPIO DE MORALIDAD: EVOLUCIÓN, DESARROLLO NORMATIVO Y CONCEPTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO\*

Camilo José Orrego Morales

#### CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En el presente capítulo se abordará el denominado principio y derecho colectivo a la moralidad administrativa como parte del ordenamiento jurídico colombiano, comenzando por su consagración o regulación y la manera como ha sido entendido como un concepto jurídico indeterminado, desarrollado fundamentalmente por la jurisprudencia, dada la orientación del orden jurídico colombiano a partir de principios de contenido abstracto, pero también de reglas jurídico-positivas que permiten su comprensión de una manera sistémica, es decir, como un todo comprendido por un conjunto de normas que se relacionan de manera coherente y lógica, con reglas que permiten la solución de antinomias o anomalías<sup>1</sup>, con la Constitución como fundamento del orden jurídico y de las normas infraconstitucionales<sup>2</sup>. En tal conjunto de normas, para el caso de la actividad administrativa, la jurisprudencia resulta como fuente formal del derecho administrativo positivo de acuerdo con el artículo 10.º del CPACA, disposición que consagra que las autoridades administrativas están en la obligación de aplicar de manera uniforme el marco jurídico vigente a la hora de resolver situaciones análogas, para lo cual deben aplicar la interpretación que con autoridad han realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado<sup>3</sup>.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.14>.

1 Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho* (Madrid: Editorial Debate, 1993), 151 y ss.

2 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2009), 111.

3 La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-634 del 24 de agosto del 2011, declaró exequible de manera condicionada este tratamiento dado a las sentencias de unificación del Consejo de Estado, “En el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.

Esto se traduce, en otras palabras, en que el precedente judicial de la doctrina constitucional o de la doctrina contencioso administrativa se convierte en precedente vinculante y obligatorio para las autoridades administrativas<sup>4</sup>, las que,

- 4 La Corte Constitucional, en la Sentencia C-634 del 2011, ratificó el carácter de fuente formal del derecho administrativo a la jurisprudencia, destacando su carácter vinculante para las autoridades administrativas: “La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del *stare decisis*. Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados. *Por lo tanto, resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. Estas razones, a su vez, no pueden ser otras que lograr la vigencia de los derechos, principios y valores constitucionales. En cambio, cuando el desconocimiento del precedente solo obedece a una actuación arbitraria del funcionario judicial, se está ante un abierto desconocimiento del principio de legalidad, sometido a las sanciones y demás consecuencias jurídicas que el ordenamiento reserva para conductas de esa naturaleza.* Incluso, la Corte ha reconocido que tales decisiones arbitrarias, que desconocen injustificadamente el contenido y alcance de una regla jurídica, fijada con criterio de autoridad por una alta corte, puede configurar el delito de prevaricato, puesto que en esos casos no solo se está ante la ausencia de disciplina jurisprudencial, sino también ante una decisión que se aparte radicalmente del orden jurídico. No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración”. Con lo cual en esta sentencia se advierte la diferencia de tratamiento de la jurisprudencia como fuente formal del derecho si se trata de autoridades judiciales o de autoridades administrativas, por lo que en términos de seguridad jurídica y del principio de legalidad, el alto tribunal reconoce a la jurisprudencia de las altas cortes el convertirse en un criterio ordenador de la actividad administrativa: “La jurisprudencia vinculante sirve de criterio ordenador de la actividad de la Administración. Esto en al menos dos sentidos: (i) como factor decisivo ante la concurrencia de dos o más interpretaciones posibles de un texto normativo constitucional, legal o reglamentario; y (ii) como elemento dirimente ante la ausencia o disconformidad de posiciones jurisprudenciales. Respecto a la primera función, se tiene que cuando la autoridad administrativa se encuentra ante varias posibilidades interpretativas de un precepto, deberá preferir aquella que tenga respaldo en las decisiones de los órganos de justicia investidos de la facultad constitucional de unificación de jurisprudencia. Ello en tanto esa competencia de las altas cortes tiene precisamente el objetivo de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante autoridades judiciales. A su vez, debido a los efectos de cosa juzgada constitucional, la aplicación de la interpretación judicial es imperativa cuando se trata de aquella consignada en una sentencia de la Corte proferida en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Frente al segundo sentido, la Corte también ha contemplado que cuando se esté ante la divergencia de interpretaciones de índole judicial, la Administración deberá optar por aquella que

según la doctrina constitucional, frente al caso o situación análoga aplicarán la norma jurídica bajo la interpretación transversal, común a una misma tipología de casos, como aspiración de la vigencia del derecho y principio a la igualdad de trato por parte de las autoridades administrativas, empero también de la seguridad jurídica, al lograr consolidar una interpretación homogénea, sistemática, regular y ordenada de las reglas del ordenamiento jurídico administrativo colombiano.

Lo cual resulta en un principio ordenador y garantista para la coherencia sistémica del ordenamiento jurídico en razón de su estabilidad y certeza jurídica, lo que tendrá necesariamente impacto en el costo de las transacciones económicas entre las autoridades y las personas, las autoridades entre sí y, por supuesto, entre las personas, como afirmaría Norberto Lösing (2002)<sup>5</sup>.

Así las cosas, el precedente judicial tiene un valor de fuente formal del derecho, en los términos antes indicados, por lo que resulta de particular importancia, por ejemplo, para instituciones como el principio y derecho colectivo a la moralidad administrativa, la forma como la doctrina judicial de estas altas corporaciones judiciales ha llenado de contenido jurídico, sustancial y procesal, a aquella en procura de su protección y aplicación como regla de derecho. Actividad judicial que genera retos y cuestionamientos de legitimidad para los iuspositivistas respecto del sentido y el alcance del principio de legalidad por parte de las autoridades, que es propio y eje medular del Estado de derecho y el riesgo que entraña un enjuiciamiento a través de valores y principios abstractos como exponen García de Enterría (1984)<sup>6</sup> y Santamaría Pastor (2009)<sup>7</sup>.

Por lo que la comprensión del principio de legalidad, de cara a las autoridades administrativas, tendrá como marco interpretativo vinculante la forma como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han interpretado el marco jurídico que regula la actividad y los procesos administrativos.

---

mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales. De igual modo, deberá preferirse aquella interpretación judicial que se muestre más razonable, en términos tanto de aceptabilidad del ejercicio argumentativo realizado por la autoridad judicial, como del grado de protección y vigencia de dichos derechos, principios y valores”.

5 Norberto Lösing, “Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Estudios Doctrinales*, n.º 6 (2002).

6 Eduardo García de Enterría, “Principio de legalidad: Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 4, n.º 10 (1984): 14.

7 Juan Alonso Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, t. 1 (Madrid: Editorial Iustel, 2009), 54.



## LA CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

En primer término, y en consonancia con lo antes expuesto, para la comprensión jurídico-positiva de la moralidad administrativa —considerada en la doctrina judicial como un concepto jurídico abstracto o en blanco— la relacionamos íntimamente con instituciones tradicionales del contencioso administrativo, como la buena fe como principio fundante del orden jurídico y la actividad pública y privada en Colombia (art. 83 CN); la nulidad del acto administrativo cuando es expedido con desviación de poder o ajeno a las finalidades del servicio público (art. 137 CPACA); y la creación doctrinaria del juicio de moralidad que busca, dependiendo del caso, el encuadramiento de dos elementos estructurales del concepto: el objetivo y el subjetivo, para entender configurada la vulneración de la moralidad administrativa.

En tal sentido, la jurisprudencia permitirá conocer la moralidad administrativa a partir de enjuiciar la inmoralidad administrativa, es decir, desde el horizonte procesal que hace posible su protección a través de la acción popular, y como una regla conductual que busca que las actuaciones de la autoridad administrativa, además de ser legales, correspondan a la expresión de un actuar rector, probo, leal y fiel que debe predicarse de todo agente y actuar público.

Lo que no tendría una distancia conceptual frente a la buena fe, desde sus dos dimensiones activa y pasiva, que hace exigible a las autoridades y a los particulares una concordancia objetiva de su conducta con el ordenamiento jurídico y los fines que este persigue, lo que en términos de la doctrina constitucional se ha denominado, desde la dimensión activa, como el deber de obrar con lealtad en sus relaciones jurídicas, y habiendo satisfecho esto, esperar que los demás así procedan, desde una dimensión pasiva<sup>8</sup>.

Por lo que la moralidad administrativa encuentra asidero y fundamento en la dimensión activa de la buena fe, que, para el caso de las autoridades y los particulares, entraña la obligación de actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas (art. 3.º, num. 5, CPACA), empero también presumir el comportamiento fiel y leal de las autoridades y de las personas en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes (art. 3.º, num. 4, CPACA).

8 Frente a estas dos dimensiones, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-622 de 1998 que “[...] la buena fe presenta dos aspectos, uno activo que se traduce en el deber que tienen todos los individuos y las autoridades públicas de proceder con lealtad en sus relaciones jurídicas, y otro pasivo, que se traduce en el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma”.

De hecho, dentro de la perspectiva de la moralidad administrativa adquieren materialización las reglas conductuales que orientan la relación administración y personas, como ser tratadas con respeto y la consideración debida a la dignidad de las personas humanas (art. 5.º, num. 5, CPACA), que conlleva el deber de la autoridad de darles tal calidad de trato; lo que correlativamente va acompasado con el deber de las personas de acatar la Constitución y las leyes, y obrar conforme al principio de la buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias o fraudulentas para la consecución de sus intereses (art. 6.º, nums. 1 y 2, CPACA); y respecto de las autoridades, la observancia y el acatamiento del orden jurídico, y obrar con imparcialidad, pulcritud y diligencia en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades públicas (art. 38, nums. 1 y 2, Ley 1952 del 2019).

Por otra parte, la definición por vía de doctrina judicial, como se expondrá, crea unos requerimientos procesales para la viabilidad del “juicio de moralidad”, el que procede cuando se pretende el amparo de la moralidad administrativa como derecho colectivo, frente a una acción u omisión por parte de las autoridades administrativas; juicio que apelará a contenidos normativos más allá de la ley como fuente primaria del derecho público y que, como veremos, contrastan y modulan su alcance dependiendo de la necesidad o no de abordar la moralidad administrativa como derecho o como principio. Lo cual, desde la perspectiva de la jurisdicción, resulta de un cambio en el método de interpretación del derecho, como expondrá López Medina<sup>9</sup>, consecuencia de la expedición de la Constitución de 1991, con una consagración más amplia de derechos y mecanismos procesales para su protección, como la acción popular, lo que implica, a su vez, más creación de derecho por parte de los jueces, que, en este caso, se convierten en jueces constitucionales de cara a la protección de los derechos e intereses colectivos.

Por tanto, la moralidad administrativa se encuentra consagrada de manera dual en el ordenamiento jurídico colombiano, por un lado, como un derecho colectivo susceptible de ser protegido mediante las acciones populares, conforme lo dispone el artículo 88 de la Constitución, y, por el otro, como un principio que orienta la función administrativa (art. 209 CN), el cual tiene, a su vez, una vinculación con el principio de la buena fe, según el cual todos los particulares y las autoridades públicas deben ceñirse a sus postulados (art. 83 CN).

En relación con su primera forma de consagración, es decir, como derecho colectivo, la Ley 472 de 1998 y el artículo 144 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA) reglamentaron el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos a través del ejercicio de la acción popular, dentro de los cuales está la

9 Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Editorial Legis, 2006), 327.

moralidad administrativa (art. 4.º, lit b, Ley 472 de 1998). Recientemente, la Ley 2195 del 2022 estableció en los artículos 60 y 61 la posibilidad de imponer multas de hasta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes al responsable de haber amenazado o vulnerado los derechos colectivos con un acto de corrupción o que menoscabe el patrimonio público, esto con una finalidad sancionatoria y preventiva. A nivel procesal debe recordarse que, igualmente, el artículo 144 del CPACA impide que el juez pueda anular actos administrativos o contratos a través de la acción popular, pero puede adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Para este evento, cuando, por ejemplo, el acto administrativo vulnere con su forma de expedición o ejecución un derecho colectivo como la moralidad administrativa, y se pretenda su declaratoria de nulidad, se debe emplear el medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del CPACA, el cual consagra dentro de las causales de nulidad la infracción de las normas en que debía fundarse; la falta de competencia de la autoridad; su expedición en forma irregular; el desconocimiento del derecho de defensa y de audiencia; la falsa motivación; o el desvío de las atribuciones propias de quien los profirió.

En relación con la segunda forma de consagración, es decir, como un principio que orienta la función administrativa, aparece estipulado en el artículo 3.º de la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y el funcionamiento de las entidades y los organismos nacionales, pero no desarrolló su contenido.

Para el caso de los procesos administrativos, como expusimos previamente, el numeral 5 del artículo 3.º del CPACA consagró el principio de moralidad, según el cual todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas, lo que lo vincula íntimamente con la buena fe y la consagración de reglas conductuales que orientan la relación entre las autoridades y personas, con un catálogo de deberes, derechos y prohibiciones. De ahí que el contenido normativo del numeral 5 del artículo 3.º del CPACA sea la primera regla jurídico-positiva que desarrolla el contenido de la moralidad administrativa como principio orientador de las actuaciones administrativas.

De hecho, el CPACA censura en su artículo 97 los actos de contenido particular y concreto que han sido obtenidos por medios ilegales o fraudulentos, frente a los cuales, no habiendo consentimiento expreso y escrito del titular, deben ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa, exceptuándose del trámite de la conciliación prejudicial y debiendo solicitar la entidad su suspensión provisional al juez ordinario.

También resulta relevante señalar, a partir de una mirada sistemática del ordenamiento jurídico y la manera como el binomio buena fe y moralidad administrativa lo irradian, evidenciar cómo conductualmente se han abordado en la regulación de la acción de repetición. Por una lado, hay una presunción de culpa grave del agente estatal cuando el daño antijurídico es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6.º, Ley 678 del 2011, mod. art. 40, Ley 2195 del 2022), con lo cual el legislador calificó la infracción directa al ordenamiento jurídico, lo que también cubre la hipótesis de la omisión y de la extralimitación de funciones dado el carácter de reglado de la actividad administrativa. De ahí que resulte contrario a la moralidad administrativa el simple quebrantamiento de la vulneración del principio de legalidad. Por el otro, el legislador, de cara a la buena fe y la moralidad administrativa, también precisó que cuando se obraba con desviación de poder o cuando el acto administrativo resultaba nulo por indebida motivación, falta de motivación o falsa motivación se presumía el dolo del agente estatal en la producción del daño antijurídico (art. 5.º, Ley 678 del 2011, mod. art. 49, Ley 2195 del 2022).

Por lo que una primera conclusión a la que podemos arribar es la doble vinculación que tiene la moralidad administrativa con dos postulados esenciales del Estado de derecho: para empezar, la estricta sujeción, apego y respeto por el principio de legalidad, y el principio de la buena fe, desde una dimensión activa, de cara a la autoridad administrativa y a las personas que actúen ante ellas, respecto de las cuales se exigirá rectitud, lealtad y honestidad en sus actuaciones. Empero, también, estos principios con el principio de la buena administración del Estado, el cual tiene como uno de sus pilares el imperio del derecho y la promoción de los derechos de las personas en todo actuar público, como afirma Orrego<sup>10</sup>. Con lo cual, se establecerá un modelo de administración que, actuando desde el derecho, conducirá con eficiencia, técnica, pulcritud y efectividad la gestión pública para alcanzar el bienestar colectivo, en clave de la materialización, concreción y garantía de los derechos de las personas, como expone Castillo<sup>11</sup>.

10 Camilo José Orrego Morales, *El principio de la buena administración del Estado: Principios e instituciones que permiten su comprensión en el ordenamiento jurídico colombiano* (España: Editorial Cóllex, 2023), 248.

11 María Liliana Castillo Castillo, "Principio de moralidad administrativa, propuesta jurisprudencial para la protección contra la corrupción", *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública* 11, n.º 19 (2013): 95.

## LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU DESARROLLO EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, habiendo establecido el marco jurídico-positivo que reglamenta la moralidad administrativa, en este apartado analizaremos la forma como en la doctrina constitucional se ha desarrollado el concepto de la moralidad administrativa como principio y como derecho, teniendo una cercanía y/o armonía con el desarrollo que este ha tenido en la jurisdicción contencioso administrativa por parte del Consejo de Estado.

En la Sentencia 046 de 1994, la Corte analizó la demanda de inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, que permite el levantamiento de un fenecimiento fiscal si posteriormente aparecen pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares y se inicie el juicio fiscal, siendo a juicio del actor improcedente esta calificación por vía administrativa, porque requiere de un previo pronunciamiento judicial. Al respecto, la Corte expresó que,

En el presente caso, el actor pretende equivocadamente parapetarse detrás del principio de seguridad jurídica para mantener la intangibilidad de operaciones ilegales y fraudulentas, ignorando que el juicio del legislador fue manifiestamente adverso a las mismas. A partir del incumplimiento de la ley y del dolo no pueden construirse derechos e inmunidades [...] *por los responsables de los dineros públicos de quienes se espera pulcritud y probidad a toda prueba. La ley no ha querido supeditar a una seguridad jurídica mal entendida, la validez de los principios superiores de la legalidad del gasto, esencial en una democracia, y de la honradez y transparencia en el manejo del erario público, fundamental para mantener la confianza ciudadana y la fe en sus instituciones y gobernantes, razones potísimas para negar la validez a los fenecimientos de cuentas relacionadas con operaciones irregulares o fraudulentas y para exigir que los responsables respondan por sus faltas.*

Debe tenerse presente también que la función administrativa, en la que se incluye la gestión fiscal, está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en el principio de moralidad (art. 209 CP). *El erario no puede ser fuente de enriquecimiento y no es posible que a partir de la deshonestidad, la corrupción y el fraude se generen derechos o expectativas que el ordenamiento y la sociedad tengan que irremediablemente tolerar. No duda la Corte que al socaire de la firmeza de fenecimientos aquí referidos puedan consolidarse y legalizarse malversaciones y adquisiciones, que no son otra cosa distinta que hurtos efectuados al erario público, lo que vulnera el principio constitucional que prohíbe el enriquecimiento y la configuración de derechos que tengan esa fuente.* (énfasis añadido)

Con lo cual estableció la doctrina constitucional un rasero de conducta esperada para la rendición de cuentas del administrador de recursos públicos, de quienes se espera esa pulcritud y probidad a toda prueba, y fijó el criterio legal de que las cuentas públicas que esconden operaciones fraudulentas o corruptas no gozan de estabilidad en cuanto a los fenecimientos fiscales, resolviendo la tensión que podría derivarse de la seguridad jurídica que deben tener estos frente a la gestión administrativa de las entidades. Empero, consagró el concepto del gestor fiscal esperado por la sociedad en un momento dado, considerando que no puede ser otro que la absoluta pulcritud y honestidad, con lo cual generó una regla para la comprensión de la moralidad administrativa en la gestión fiscal.

En la Sentencia C-414 del 2012, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 224 de la Ley 223 de 1995, que creó un fondo cuenta dentro del presupuesto de la Asociación Conferencia Nacional de Gobernadores, para depositar los recaudos por concepto de los impuestos al consumo de productos extranjeros, asociación que es un particular sin ánimo de lucro, lo que, a juicio del actor, resulta lesivo de la moralidad administrativa, porque la ley, que debe ser general, beneficiaría a un particular. La Corte encontró constitucional la norma porque el legislador puede adoptar esta modalidad de desconcentración por colaboración y recordando que, como organización regida por el derecho privado, en cuanto la administración de los recursos públicos quedan cobijados por los principios de la función administrativa y las reglas públicas, con lo cual no se encuentra lesión al principio de moralidad. Es decir que, si el fin perseguido por el legislador se adecúa al interés general, puede entregarle la administración de un recurso público a un particular si este particular cumple funciones administrativas que han surgido de su esquema asociativo o por encargo del legislador. Concluyendo entonces que

la aplicación de este tipo de normas, exigida por el artículo 209 de la Constitución, asegura el cumplimiento de la obligación de los particulares que cumplen funciones públicas o de las asociaciones de entidades públicas sometidas al derecho privado — *de adecuar su comportamiento a las exigencias que se adscriben a la moralidad administrativa y entre las que se encuentran (i) mandato de sujeción estricta a la ley y (ii) la prohibición de desviarse del interés general.* (énfasis en el original)

La Corte, entonces, también estableció para los particulares que administran recursos públicos que tal administración debe darse con sujeción estricta a la ley y la prohibición de desviarse del interés general, mandato prístino claramente iluminado por la buena fe y el principio de legalidad. En tal sentido, la moralidad

administrativa entraña la observancia del marco jurídico y la persecución del interés general en la actuación del particular que ejerce funciones administrativas o de las autoridades administrativas, ambos al amparo de lo previsto en el artículo 2.º del CPACA.

En la Sentencia C-643 del 2012, la Corte analizó la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3.º de la Ley 1416 del 2010, que establece la obligación de las entidades territoriales de asumir de manera directa y con cargo a su presupuesto el pago de las conciliaciones, condenas, indemnizaciones y cualquier otra forma de resolución de conflictos de las contralorías departamentales, distritales y municipales, sin que esto afecte el límite de funcionamiento de la respectiva contraloría territorial. Se demandó por parte del actor la vulneración del principio de moralidad previsto en el artículo 209 de la Constitución por cuanto impide que las contralorías asuman la responsabilidad que acarrea el pago de una condena proferida en su contra con cargo a su mismo patrimonio y no de la entidad territorial, que no es responsable por la actuación del órgano de control fiscal territorial. En esta oportunidad, la Corte refiere que la “moralidad administrativa a que hace referencia el constituyente es la de un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del respeto al bloque de legalidad”, recogiendo con ello el concepto doctrinario del tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa<sup>12</sup>.

En la Sentencia SU-585 del 2017, la Corte unificó su doctrina constitucional a la hora de conocer la selección de una acción de tutela interpuesta por un afiliado a un partido político que consideró que las decisiones de la justicia contenciosa administrativa vulneraron sus derechos al debido proceso, igualdad y participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, porque habían desestimado una acción popular promovida por un ciudadano por la extralimitación, acciones y omisiones de la organización electoral en el trámite de inscripción de los estatutos del partido político, alegándose la vulneración del principio de moralidad. En esta oportunidad, la Corte dio contenido en su doctrina a la doble acepción que tiene la moralidad como principio y como derecho colectivo que busca orientar la actividad administrativa hacia el actuar pulcro, probo y honesto, no desde la subjetividad o conciencia moral de quien ejerce la función administrativa, colocando referentes de esta a la defensa del patrimonio público, del interés general y del ordenamiento jurídico. Es decir, si el móvil perseguido se adecúa a estos valores superiores se tendría por adecuada a la moralidad administrativa la conducta de los agentes públicos.

12 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, t. II (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998), 102.

Como derecho, aduce la Corte que la moralidad administrativa le otorga legitimación en la causa por activa a cualquier persona para exigir la fiscalización del adecuado ejercicio de la función administrativa, pero, añade, no referido al sometimiento formal al orden jurídico, sino desde una dimensión sustancial o a partir de valores superiores. Del mismo modo, reiteró que la moralidad administrativa se debe predicar de toda actividad administrativa, sea esta desarrollada por agentes públicos o particulares que cumplan funciones administrativas, lo que procesalmente habilita su conocimiento por la jurisdicción contencioso administrativa, dado que legitima este derecho a cualquier persona para exigir la fiscalización judicial del adecuado ejercicio de la función administrativa, recordando que este no está referido exclusivamente al sometimiento formal del orden jurídico. Sin embargo, reconoce que la moralidad administrativa es un concepto jurídico indeterminado o en blanco, que ha buscado ser definido por la jurisprudencia contencioso administrativa y la constitucional.

En la Sentencia SU-913 del 2009, la Corte conoció de un grupo de acciones de tutela presentadas en contra del concurso de notarios. En aquella oportunidad, la Corte, recogiendo la doctrina contencioso administrativa, estableció frente a la moralidad administrativa que es necesario para definir su alcance en cada caso la aplicación de principios hermenéuticos y de la sana crítica. Empero, además, analizó la competencia del juez popular para analizar la legalidad del acto administrativo cuando busca la protección de la moralidad administrativa cuya vulneración se da por aquel. En esta oportunidad, la Corte diferenció la finalidad de las acciones ordinarias de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho frente a la acción popular de cara a la protección de la moralidad, destacando que el estudio de legalidad debe ir acompañado de una prueba de la desviación de poder en beneficio propio o de un tercero, en detrimento del interés general o colectivo, o de la constancia de una transgresión grave de principios y valores constitucionales. Así se pronunció:

Por esa razón, las acciones públicas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, así como la acción popular, deben instaurarse y resolverse en instancias diferentes, según la competencia funcional señalada para cada una, bien por la Ley 472 de 1998 bien por el Código Contencioso Administrativo. De allí que cuando el juez popular limita su estudio a la pura y simple legalidad de un acto administrativo sin derivar de tal juicio una vulneración o amenaza debidamente probada a un derecho colectivo, extralimita su competencia funcional. Vale la pena mencionar que si bien la jurisprudencia impone el estudio de legalidad cuando se trata del derecho colectivo a la moralidad administrativa, también es cierto que dicho estudio *per se* no implica



prueba de vulneración de este interés. De hecho, es posible encontrar un acto ilegal pero no por ello violatorio de la moralidad administrativa. *Es por ello que el estudio de legalidad siempre debe ir acompañado de una prueba de desviación de poder en beneficio propio o de terceros y en detrimento del interés general o colectivo o de la constancia de una trasgresión grave de principios y valores constitucionales.* En ese orden, el simple estudio de legalidad del acto administrativo sin demostrar su impacto sobre el derecho colectivo, desnaturaliza la esencia de la acción popular y desconoce la existencia de otras acciones creadas por la ley con tal finalidad... (énfasis añadido)

Con lo cual, la Corte plantea procesalmente la posibilidad de que el juicio de moralidad en contra de un acto administrativo no solo contemple la hipótesis de la desviación de poder, sino la transgresión de valores y principios constitucionales, con lo cual se amparan de manera dual los dos pilares fundamentales que sostienen conceptualmente la moralidad, la observancia de la legalidad en el actuar público, y que este sea recto, leal y honesto, no limitando exclusivamente su protección a la hipótesis de la desviación de poder. Aspectos que son, a su vez, objeto de protección en el medio de control de nulidad, conforme lo dispone el artículo 137 del CPACA cuando consagra como causal de nulidad la infracción de las normas en que debía fundarse la decisión y la desviación de las atribuciones propias de quien la profirió, generándose diferencias procesales en los requisitos y la efectividad de ambos medios de control.

En efecto, conforme a la regla del artículo 144 del CPACA, a través de la acción popular no puede ordenarse la nulidad del acto administrativo, empero debe resistir un juicio de legalidad, además de tener la prueba de la desviación de poder, para lograr que el juez popular adopte “las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”. En sede del medio de control de nulidad sí es posible anularlo, así como hacer cesar sus efectos, como ocurre con la posibilidad de suspender un acto administrativo por ser contrario al ordenamiento jurídico (art. 229 y ss. CPACA).

En ambos casos es necesario emplear el concepto de desviación de poder como parte del juicio de legalidad que debe hacerse al acto administrativo o contrato que se reputa administrativamente inmoral, el que se equipararía al vicio de nulidad del acto administrativo que se reputa al haberse expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió (art. 137 CPACA). En tal sentido, un acto puede haber sido expedido de acuerdo con el marco jurídico, lo que lo haría objetivamente adecuado o válido, empero si la finalidad de quien lo expidió es torcida, lo cual debe acreditarse, este se torna en ilegal e inmoral.

Sin embargo, esta regla se relativiza dado que, conforme a cada caso, deben aplicarse los principios hermenéuticos y las reglas de la sana crítica, esto lo

entendemos por cuanto el hecho de poder encontrar las evidencias del fin o móvil torcido en el actuar de un agente no siempre resulta fácil desde el punto de vista probatorio; pero no por ello deja abierta la posibilidad de enjuiciar por vía de la acción popular el acto administrativo, cuando este viene revestido de estos vicios en su expedición por el fin torcido ajeno al servicio público.

Si bien se buscó dar coherencia entre el ejercicio de las acciones ordinarias y las acciones populares, lo cierto es que el constituyente de 1991 no puso ningún límite en cuestiones de legalidad o procesales para exceptuar los actos administrativos de ser atacados por vía de las acciones populares, que pueden interponerse en cualquier tiempo, a diferencia de las acciones ordinarias, que, cuando están dirigidas contra actos administrativos particulares y concretos, tendrían límites en cuanto a la interposición de acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho.

Pero ¿qué ocurre si la autoridad administrativa persigue un fin altruista o de interés general, y esto, que pareciera un fin loable, pero ajeno a la finalidad legal, resulta asimismo inmoral? ¿Quedaría la protección de la moralidad administrativa solo para aquellos casos que se derivan de la corrupción administrativa?

### LA MORALIDAD Y SU DESARROLLO EN LA DOCTRINA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

En sentencia del 1.º de diciembre del 2005, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Radicado AP-2005-0828, falló una acción popular en la que se buscó dejarles de pagar a los empleados del Distrito Capital un emolumento salarial, por considerar que este había sido creado contrariando el ordenamiento jurídico. En esta oportunidad, el Consejo de Estado consideró que no se vulneraba la moralidad administrativa porque no evidenció que con la expedición y su aplicación se contradijera abiertamente el interés de la colectividad, y, específicamente, el desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concebidas a estas. Anota que no es la acción popular la sede de estudio sobre la legalidad del acto administrativo, por lo que no todo quebranto de la ley entraña de por sí un quebranto a la moralidad administrativa.

Al respecto, en la parte motiva de su sentencia, el Consejo de Estado recordó que la moralidad administrativa como principio de la función administrativa se encuentra en el artículo 209 de la Constitución, así como también como un derecho colectivo, conforme al artículo 88 de la carta política.

Empero recordó que su contenido se ha dado a partir de la doctrina judicial, señalando su concepto como “el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social” y “el Derecho colectivo a que los servidores públicos se ajusten a la Constitución y a las leyes que rigen las actuaciones de los funcionarios públicos”.

Entonces, nos preguntamos, si la adecuación de la conducta de la autoridad se sujeta al marco jurídico, ¿la protección de la moralidad administrativa solo procedería en aquellos casos en que el agente estatal buscara un provecho para sí o un tercero de manera indebida? Inclusive, dentro de su raciocinio, el Consejo de Estado recordó el concepto que tenía el proyecto de ley de la Ley 472 de 1998 en su primer debate: “En la ponencia para primer debate del proyecto que se convirtió en la Ley 472 de 1998, se introdujo la siguiente definición de moralidad administrativa: ‘Se entenderá por moral administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios del buen funcionario...’”.

Adicionalmente, consideró la alta corporación que socialmente se consideran como inmorales y sancionadas penalmente conductas como el cohecho por dar u ofrecer, y el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos, que serían conductas de inmoralidad administrativa, lo que encajaría en la hipótesis de la desviación de poder cuando la finalidad del agente es innoble al buscar un beneficio para sí o un tercero. Aspecto que tiene que ver con la relación que existe entre quien ejerce funciones administrativas relacionadas con el manejo del presupuesto público y la transparencia en la gestión de los recursos públicos.

En sentencia del 25 de mayo del 2006, Radicado 2500023250002002010-8901, en fallo de acción popular, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió la afectación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público por la expedición de unos actos administrativos y convenciones colectivas expedidas y suscritas por parte de un consejo superior universitario y el rector de una universidad pública, mediante las que se regularon y crearon factores prestacionales adicionales a los legales, para computar las pensiones del personal docente de la institución. En esta oportunidad, el Consejo de Estado realizó un juicio de legalidad en torno a la autonomía universitaria y la competencia que para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos tienen el Congreso y el presidente de la República. Si se observa, en

esta decisión sí encontró la corporación que la expedición de estos actos resultaba inmoral al conectarse con la defensa del patrimonio público, y la creación de factores extralegales sin competencia por parte del Consejo Superior Universitario, cuestión que resulta novedosa frente a la regla señalada en el fallo del 2005 respecto a la prima de los empleados del Distrito creada por el Concejo Distrital, porque en el fallo del 2006 se probó la grave afectación del patrimonio público y de la estabilidad de la universidad. Por otra parte, la alta corporación consideró que dada la textura abierta del principio de moralidad que debe regir la actividad administrativa, no está referida a la concepción subjetiva de quien califica la actuación, sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto administrativo de acuerdo con la ley. Por lo que resulta inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, en concreto, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que la ejecuta.

El Consejo de Estado define la moralidad como el ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, postulando una tesis que se ha afianzado en la doctrina judicial (constitucional y contencioso administrativa) según la cual no toda ilegalidad comporta una vulneración de la moralidad administrativa. Para esto se requiere desarrollar un juicio de antijuridicidad de la finalidad perseguida por la autoridad con su decisión, la cual debe estar alejada de la finalidad prevista en la norma para el ejercicio de una determinada atribución legal. Por lo que, de nuevo, vuelve a equiparar este proceso lógico y enjuiciamiento procesal con el vicio de desviación de poder, propio de la acción ordinaria de nulidad. Así se expresó en el fallo en comento:

La moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, implica automáticamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Con este propósito es importante precisar que en veces la violación al principio de legalidad, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer

el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio. Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y corresponde al demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad. Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación.

Se evidencia entonces, que si bien el concepto de moralidad administrativa se subsume en el principio de legalidad, son conceptos diferentes, en tanto aquel concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa.

En síntesis, los cargos que se imputen en la demanda deben ser fundados en conductas que no solo se alejen de la ley, sino que deben ser acompañados de señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración como lo serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones de tal aspecto, no tiene vocación de prosperidad. Ha dicho la Sala que la trasgresión del derecho colectivo en comento puede tener lugar igualmente —entre otros eventos— en la *desviación de poder*, esto es, cuando el funcionario público hace uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos (Laferrière). (énfasis en el original)

Podría decirse, entonces, que la doctrina contencioso administrativa, buscando generar una doctrina propia para el enjuiciamiento de la inmoralidad administrativa, partió y arribó a los postulados fundamentales de la tradición, es decir, a la técnica de la nulidad simple, en la que uno de los vicios por los que puede atacarse un acto administrativo es la desviación de poder, haciendo énfasis en la necesaria discordancia de la decisión de manera objetiva y subjetiva (móviles ajenos o separados del interés general previsto en el ordenamiento jurídico) para tacharla de inmoral.

En sentencia del 7 de junio del 2006, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo conoció de la apelación de una acción popular, Radicado 76001233100020040308301, en la que se pretendía la protección de la moralidad y del espacio público respecto de un predio sobre el cual se construyó

un centro de exposiciones y un parque público, en terrenos que ofrecían riesgos no mitigables.

En esta oportunidad, el Consejo de Estado reiteró que el enjuiciamiento de la moralidad administrativa conlleva el análisis de dos etapas o elementos; el análisis detallado de todas y cada una de las competencias de la autoridad; y el análisis del elemento que desfigura el ejercicio de esa función, por cuanto no toda irregularidad conlleva en sí misma una inmoralidad administrativa. Sin embargo, acota que para acusar de inmoralidad administrativa una actuación, se debe abarcar el bloque de legalidad que rige la función pública de la entidad demandada en la materia que se acusa. Así se pronunció: “Supone, en una primera etapa, el estudio pormenorizado y global de todas y cada una de las competencias que les son propias al funcionario, a la entidad pública o al particular que ejerce función pública, según el sujeto pasivo de quien se trate y en una segunda etapa, el análisis del elemento que desfigura el ejercicio de esa función, en tanto como ya se ha reiterado no toda irregularidad trae consigo inmoralidad administrativa”.

Por lo que, el enjuiciamiento de inmoralidad administrativa conlleva un juicio de legalidad calificado, el cual contiene un aspecto o basamento objetivo que resulta de la contradicción objetiva de la decisión con el marco jurídico que le sirve de fundamento, el cual debe ser pormenorizado y global, de ahí que dicho examen no requiera ser rogado, sino que resulta posible inclusive de manera oficiosa, dado la ausencia de límites decisionales y argumentativos del juez popular para hacer cesar la vulneración o amenaza en sede de la acción popular, con excepción de la declaratoria de nulidad que está reservada para el juez ordinario. Pero también, dicho juicio debe recaer en un aspecto subjetivo y litigioso que busca escudriñar los móviles y las razones subjetivas perseguidas por el agente estatal, las cuales, una vez establecido su fin desapegado de la finalidad legal, bajo una connotación innoble como el propio beneficio o de un tercero, llevarían a configurar la tacha de inmoral de una decisión pública. Es así que “Para acusar de inmoralidad administrativa se debe abarcar el bloque de legalidad que rige la función pública de la entidad demandada en la materia que se acusa”.

Con lo cual, la vara que debe superar el acto administrativo desde la legalidad bajo la acción popular por inmoralidad administrativa, es más amplia inclusive que la del medio de control de nulidad simple, dado que en la acción popular las facultades oficiosas del juez le permiten y exigen ir más allá, mientras que en la acción ordinaria, que es rogada, la confrontación se hace conforme a los estrictos cargos de la demanda de nulidad.

En sentencia del 21 de octubre del 2010, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo conoció de una acción popular en la que se buscaba

el amparo de la moralidad administrativa y el patrimonio público por sobrecostos en una contratación administrativa, recogiendo en esta sentencia su línea doctrinaria, según la cual podría ser lesivo de la moralidad administrativa la existencia de sobrecostos en la contratación administrativa. Al respecto, expresó que,

De acuerdo con lo anterior, la Sala evidencia la necesidad de fijar una posición clara y consolidada frente a la doctrina judicial de esta Corporación sobre la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa derivada de los sobrecostos en que se incurre en la ejecución de los contratos estatales. Es evidente para la Sala que la posición que ha sido asumida hasta el momento frente al tema de sobrecostos no es clara, y puede dar lugar a un sinnúmero de interpretaciones ante los vacíos que se puedan presentar en las diferentes situaciones, como la que es objeto de estudio en esta oportunidad.

Con lo cual, la doctrina judicial, en este punto, se ha ido moldeando en términos del alcance de la moralidad administrativa a cada caso concreto, así bajo las reglas de la sana crítica podrá determinar en qué casos los sobrecostos comportan o no una inmoralidad administrativa, no pudiéndose dejar de lado tampoco la configuración del elemento subjetivo perseguido por el agente, que, en este caso, tendría que estar atado a la persecución de un indebido provecho para el contratista, un tercero o el propio funcionario, de lo contrario el asunto resultaría en una controversia contractual que debe ser resuelta por las vías del juez natural del contrato o a través del medio de contradicción de controversias contractuales (art. 141 CPACA); porque, de lo contrario, cualquier disvalor o desequilibrio en el uso de los recursos atados al contrato estatal terminaría siendo una vulneración de la moralidad administrativa, situación que resultaría más, en relación con los sobrecostos, de la órbita del amparo o protección de otro derecho colectivo, como lo es la defensa del patrimonio público.

En sentencia del 8 de junio del 2011, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado 41001-23-31-000-2004-00540-01, consideró que se vulneraba la moralidad administrativa cuando un ente territorial celebraba un contrato de prestación de servicios con un particular para el ejercicio de las funciones y prerrogativas en cabeza de la autoridad pública, que tienen características de irrenunciables e indelegables, como se calificaron las relacionadas con el cobro coactivo de las multas y los comparendos de tránsito que le adeudaban a la entidad territorial, por vaciar la competencia de la autoridad administrativa y por emplear un vehículo jurídico inidóneo. En esta oportunidad, la corporación aprovechó la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa para

hacer procedente su pronunciamiento de una manera preventiva, a fin de evitar otros casos similares.

En sentencia del 17 de junio del 2011, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado AP-166, conoció de una acción popular frente a la contratación de una obra pública por parte de una entidad territorial que tuvo observaciones respecto de su costo y beneficio como infraestructura deportiva. La Sala encontró que “la administración lesionó la moralidad administrativa al tomar la decisión de construir un estadio en zona de riesgo volcánico bajo y medio y que, como consecuencia de ello, se puso en peligro, arbitrariamente, el derecho colectivo a la seguridad pública...”.

Es decir que vulneran la moralidad administrativa aquellas decisiones públicas de adelantar obras o infraestructuras deportivas en zonas de alto riesgo no mitigable, y frente al concepto de la moralidad administrativa lo encontró lesionado a partir de la vulneración de la planeación contractual, pero no entró a analizar el fin correcto o no del servidor público, y la inmoralidad la concluye a partir del objeto y la naturaleza en que recayeron las decisiones públicas. En esta sentencia, adicionalmente, el Consejo de Estado reconoce que no es posible concluir que cuando se afecta la moralidad administrativa no se afecten de paso otros derechos colectivos como la defensa del patrimonio público, como en casos de sobrecostos o de corrupción administrativa, con lo cual limita la autonomía que como derecho colectivo tiene; lo mismo podría decirse respecto de su carácter de principio, dado que siempre estará la acción pública, allende su probidad, en conexión con otros recursos o servicios que se emplean para la adopción de decisiones públicas.

En sentencia del 8 de junio del 2011, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado 250000232600020050133001, conoció de la segunda instancia de una acción popular por la omisión de una autoridad ambiental de requerir a las empresas de hidrocarburos la destinación del 1 % de los proyectos licenciados para la recuperación, preservación y vigilancia de las cuencas hidrográficas utilizadas. En esta oportunidad, el Consejo de Estado precisó que, como principio, la moralidad administrativa orienta la producción normativa por parte de las autoridades administrativas y es un precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico.

Ahora bien, si las autoridades administrativas están sujetas al principio de legalidad (art. 4.º CN; arts. 1.º y 3º, num. 1, CPACA), y este implica la persecución del interés general, siguiendo para esto el camino trazado por el legislador, ¿la observancia de la moralidad administrativa entraña un principio adicional o ajeno al de legalidad? La respuesta, desde el punto de vista procesal, la arroja el mismo artículo 137 del CPACA, que consagra como una causal de nulidad de los actos



administrativos el desvío de las atribuciones propias de quien los profirió, es decir que legalidad es también adecuación objetiva de la conducta al fin perseguido por el legislador con una determinada regulación.

Sin embargo, al desarrollarlo como derecho colectivo expone, de cara a la moralidad administrativa, lo que considera sus matices, en torno a los cuales deben gravitar los móviles del servicio público, y señala que requiere para su amparo, por vía de la acción popular, la existencia de unos bienes jurídicos afectados (la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción) y el acaecimiento de una acción u omisión por parte de la autoridad administrativa capaz de producir la vulneración o amenaza; el quebrantamiento de la legalidad; y el desvío de la finalidad del acto para el favorecimiento de la autoridad o de un tercero, lo que se acerca al concepto de desviación de poder. Este es un aparte de la sentencia en comento:

[...] y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular, y así lo ha reconocido esta corporación en fallos anteriores. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos. En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la moralidad administrativa no se predica únicamente del “fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”. En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad. [...] Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con “el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero”, noción que sin duda se acerca a la desviación de poder.

Para comprender el concepto de desviación de poder como inmoralidad administrativa a partir del fin del servidor público para beneficiar a un tercero o al propio servidor público puede resultar problemático, porque también puede ser simplemente un fin diferente al autorizado o perseguido por la norma jurídica, el cual no necesariamente busca un beneficio particular, altruista o noble, inclusive afín con el interés general.

Así lo ha establecido el mismo Consejo de Estado cuando en fallo del 18 de julio del 2012, en acción de nulidad, Radicado 05001233100020000279701, la Sección Primera de esta corporación declaró la nulidad de una decisión de una autoridad de policía que buscó aplicar un procedimiento de policía para recuperar prontamente el espacio público, pero al amparo de unas facultades legales que tenían por finalidad la inspección del comercio. La finalidad de la autoridad era loable, recuperar el espacio público para destinarlo al uso común, pero la finalidad perseguida por el legislador no era esta, con lo cual se reduciría aún más el espectro de procedencia de la moralidad administrativa como objeto de protección por vía de la acción popular, porque cabría, en consecuencia, cuando el fin del agente estatal es torcido porque busca para sí o un tercero un beneficio indebido.

Con esto, además, se reitera la tesis sobre la desviación de poder que ha manejado la corporación según la cual el fin puede ser innoble o dañino o también altruista, pero alejado de la finalidad fijada por el orden jurídico. Pero también, las dificultades probatorias que reviste desentrañar el fin torcido de la autoridad, lo cual, reconoce, puede conllevar problemas éticos, y es allí donde esta doctrina de la nulidad del acto administrativo encontraría consonancia con el contenido de la moralidad administrativa bajo una mirada constitucional, conforme al artículo 88 superior, sin necesidad de apelar a una categoría o institución diferente para validar la necesaria rectitud que debe predicarse de las autoridades administrativas<sup>13</sup>.

13 Al respecto, en fallo del 7 de junio del 2022, la Sección Primera del Consejo de Estado, Rad. 66001233100019980064501, señaló frente a la desviación de poder lo siguiente: "Se tiene reconocido que la desviación de poder tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. Esta causal de nulidad se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente. Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa (satisfacción del interés general, búsqueda del bien común, mejoramiento del servicio público, etc.), como el específico para cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce. Usualmente la desviación del fin es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, y resulta velada por la indicación expresa del fin que jurídicamente corresponde al acto, o por la presunción de éste cuando no se exterioriza, de allí que para establecerla deba auscultarse en las intimidades del acto, lo cual dificulta su verificación, sobre

De estas reglas tendríamos que, conforme a la doctrina, un juicio de moralidad administrativa entrañaría necesariamente encuadrar la conducta del agente público no solo en razones de contradicción objetiva con el marco jurídico, sino un desvío de la finalidad perseguida por el agente, que, además, debe buscar un beneficio propio o de un tercero independientemente de si el fin es loable o corrupto. Lo cual deja de lado la hipótesis de la doctrina constitucional, antes expuesta, que también habilita acreditar en el juicio de legalidad que antecede a la conclusión de inmoralidad de un acto, el comprender como tal la transgresión de principios y valores superiores. Sin embargo, siguiendo la doctrina judicial, la regla de cada caso, los valores superiores afectados y la aplicación de las reglas de la sana crítica pueden llevar al juez del caso a amparar la moralidad administrativa, inclusive prescindiendo del elemento objetivo o subjetivo, como vimos en los casos precedentes.

En sentencia del 27 de marzo del 2014, la Sección Tercera analizó en la acción popular 25000231500020100240401 unas decisiones contractuales en relación con el proceso de selección de una concesión pública de un canal de televisión. En esta oportunidad describió la tarea del juez de la acción popular en la moralización de procesos de contratación en defensa de la transparencia, expresando que “el juicio de moralidad a cargo del juez popular, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales”.

Aspecto que resulta paradójico porque hasta ahora el denominado juicio de legalidad resultaba en una especie de doble enjuiciamiento de la legalidad: concordancia de la decisión con el marco jurídico que le sirve de fundamento, más la que debe corresponder entre la decisión y la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico y la que perseguía el agente público. Empero expresa la falta de autonomía que tiene la acción popular cuando el ejercicio de la misma entraña un juicio de ilegalidad del proceder público, en razón de la prohibición legal que por vía de las acciones populares se anulen actos o contratos. Sin embargo, aun a pesar de esta limitación, se acota por la corporación que

---

todo cuando la desviación es hacia intereses espurios, innobles, o mezquinos, caso en el cual, solo los autores del acto son los que saben de sus propias intenciones, lo que además de un problema de legalidad, entraña también un problema ético y puede llegar incluso al campo penal o disciplinario”.

el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de la legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares para enjuiciar la moralidad de la actividad de la Administración. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad.

Del mismo modo, el Consejo de Estado reconoce en esta sentencia que el enjuiciamiento de la actividad contractual pública a través de la acción popular puede recaer en cualquier etapa de la contratación precontractual, contractual o poscontractual. Lo que le permite inclusive fallar *extra petita* dado el interés difuso que conlleva la atribución del juez de adoptar las medidas que demanda la protección del derecho colectivo, que, salvo la declaratoria de nulidad, tendría facultad para adoptar todo tipo de decisiones tendientes a superar la amenaza o evitar la vulneración.

En fallo del 5 de junio del 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, previa selección del caso, decidió unificar la jurisprudencia en torno al concepto de moralidad administrativa, Radicado 15001333100120040164701(SU) (REV-AP), y cómo se daba su protección por vía de la acción popular, recogiendo en su línea decisional los elementos objetivo y subjetivo que debe reunir el denominado juicio de moralidad.

Como derecho colectivo, susceptible de protección mediante la acción popular, está ligado o conectado con el ejercicio de la función administrativa determinada por la satisfacción del interés general y debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con la finalidad propia de la función administrativa. Aspecto que, además, aparece recogido en las sentencias del 5 de junio del 2018, Radicado 15001333100120040164701, y del 4 de marzo del 2019, Radicado 05001333120100003201.

En fallo del 4 de octubre del 2018, la Sección Primera del Consejo de Estado conoció de la apelación de una acción popular contra un acto administrativo de una autoridad ambiental que permitió la construcción de un condominio residencial en una zona de protección ambiental, y se pretendía la protección de la moralidad administrativa y del medio ambiente sano. En primer lugar, el Consejo de Estado reiteró su línea jurisprudencial según la cual el concepto de inmoralidad administrativa está conectado con el concepto de desviación de poder, que, como vimos, es propio de las acciones ordinarias, como el medio de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho (arts. 137 y 139 CPACA). Empero

destaca el actuar doloso bajo la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige la función administrativa.

Del mismo modo, en esta sentencia, el Consejo de Estado expone nuevamente los requisitos procesales que debe analizar el juez popular a la hora de juzgar la inmoralidad de un proceder público. Por un lado, considera que debe concurrir un elemento objetivo que puede darse a partir de dos manifestaciones: la conexión con el principio de legalidad y la violación de principios generales del derecho, lo que considera es una conexión moralidad-legalidad, al punto que reitera la restricción, en sede de la acción popular, de “no se puede colectivizar toda transgresión a la ley”, por lo que se exige la concurrencia con el elemento subjetivo de la conducta del agente público. Adicionalmente, cuando se trata de la vulneración de un principio, “la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de la función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa”.

Con lo cual, dado el carácter difuso de los principios jurídicos, además de la infracción objetiva de la legalidad, el juez popular tendría un amplio margen interpretativo y argumentativo para encuadrar el juicio de legalidad denominado de “moralidad” a partir del quebrantamiento de principios jurídicos, con lo cual, en cada caso, siguiendo la regla de la doctrina constitucional, tendría que aplicarse un ejercicio hermenéutico amplio seguido por la aplicación de las reglas de la sana crítica al caso concreto, en particular cuando la actuación del servidor público no está enmarcada dentro de una regulación particular o específica sobre la materia desviada o deshonestas, es decir que existe un vacío normativo, que es aprovechado de mala manera o de manera torcida por parte del agente público, ajeno a la finalidad del ordenamiento jurídico y con una finalidad torcida en beneficio del propio agente o de un tercero. Elemento con el cual se configura el otro elemento del juicio, es decir, el subjetivo:

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.

Por otra parte, el Consejo de Estado, por tanto, eleva la vara o exigencia procesal al actor popular si pretende la protección de la moralidad administrativa, en sede de la acción popular, dado que se le exige una carga argumentativa que debe efectuar una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.

En fallo del 4 de junio del 2021, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo conoció de la apelación de una acción popular y aprovechó la oportunidad para reiterar el carácter indeterminado o de norma en blanco del concepto de moralidad administrativa, el cual debe ser llenado de contenido en cada caso concreto de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la vulneración o amenaza endilgada.

Del mismo modo, aborda su doble matiz de principio y de derecho. Como principio que orienta la función administrativa según el cual los agentes públicos tienen la obligación de un comportamiento funcional según los postulados de la honradez, la pulcritud, la rectitud y la buena fe, primacía del interés general y honestidad, como afirmaría Fernández<sup>14</sup>. A su vez, como derecho colectivo lo concibe como un logro obtenido con la transformación del Estado liberal y del Estado social de derecho en el siglo XIX, con la fórmula político-jurídica, social y democrática de derecho, en la medida que la misma implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público, que permite la exigencia por parte de los asociados de un comportamiento, además de jurídico, probo y honesto de quien tiene a su cargo los intereses o actividad pública, en tal sentido, moralidad administrativa se acerca al concepto de legitimidad que debe reunir o cobijar en el Estado social de derecho las decisiones públicas, y la posibilidad de imponer la obediencia de la ley.

Adicionalmente, en esta decisión reitera la unificación jurisprudencial que hizo sobre el denominado juicio de moralidad en diciembre del 2015, recordando los elementos subjetivo y objetivo que deben reunirse para la prosperidad de

14 Tomás Ramón Fernández y Eduardo García de Enterría, *Curso de derecho administrativo*, t. I (España: Civitas, 2022), 67.

la acción popular cuando se pretende el amparo o la protección de la moralidad administrativa. Empero añade, desprendiéndose de la tesis de la desviación de poder o fin torcido del uso de las atribuciones o la competencia, la posibilidad de enjuiciar el disvalor de la decisión o la omisión a la luz de principios y valores constitucionales que fijen o determinen postulados de la ética pública, que permiten calificar el proceder de deshonesto o corrupto, pero que este enjuiciamiento no gravita en torno a la culpabilidad del agente estatal, dado que la naturaleza de la acción popular no es sancionatoria o punitiva, sino a la disconformidad de la decisión con otros valores y principios constitucionales que orientan la gestión administrativa.

En ese orden de ideas, es importante precisar que el elemento objetivo de la moralidad administrativa no puede quedar reducido a la simple constatación o verificación de un desconocimiento a una norma de derecho positivo (regla), sino que resulta perfectamente posible que se establezca con base en principios y valores constitucionales que determinan o fijan postulados de ética pública. [...]

De otra parte, en relación con el elemento subjetivo, la Sala advierte que no es posible equiparar este con un análisis culpabilístico del servidor público, como si las acciones populares fueran de contenido sancionatorio o punitivo. Por el contrario, el elemento subjetivo de la moralidad tiene que ir encaminado a que el juez pueda establecer lo que se conoce como una “culpa institucional”, es decir, que se acredite en el proceso que el comportamiento de las autoridades o de los particulares en ejercicio de función administrativa ha desconocido el interés general.

En fallo de 16 de febrero del 2023, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo conoció de la apelación en sede de una acción ordinaria instaurada contra la autoridad tributaria y que terminó con la nulidad de un oficio de cobro a un contribuyente que no presentó a tiempo unas declaraciones de retenciones de un tributo nacional. En desarrollo de sus razonamientos, la alta corporación analizó la vulneración del principio de buena fe y de la confianza legítima y su aplicación en materia tributaria cuando la Administración informa el saldo de los tributos a cargo del contribuyente, pero luego lo fiscaliza porque hay un error en estos. En esta dimensión de la relación del contribuyente con el fisco, el Consejo de Estado analizó cómo la moralidad administrativa a partir del cumplimiento o no de los deberes de información y lealtad de la autoridad tributaria con los contribuyentes, empero nótese que, en este caso, el fin perseguido por la autoridad no es innoble o torcido, pretender el recaudo correcto de los tributos, pero el quebrantamiento de la buena fe y del acto propio, lesionando la

confianza legítima del contribuyente, quebranta la moralidad administrativa, en la medida que añade al rasero de legalidad el comportamiento debido o esperado de la autoridad por vía de otro principio, el de la buena administración del Estado, el que, de quebrantarse, podría conllevar a su vez la inmoralidad del proceder público. Partiendo de nuevo del carácter abierto o en blanco del concepto de moralidad administrativa.

Obsérvese que en esta decisión se termina de contera amparando la moralidad administrativa como parte de la regla que debe orientar la relación contribuyente-administración, empero en sede de una acción ordinaria de nulidad, lo que permitiría o habilitaría en desarrollo de la nulidad simple o de la nulidad y restablecimiento del derecho (arts. 137 y 138 CPACA) la protección de la moralidad administrativa, cuando se falta a los deberes de orientación y respeto por el acto propio por parte de la autoridad tributaria, prescindiendo del juicio subjetivo de reproche o conclusión torcida o ajena al servicio por parte de la autoridad administrativa.

## CONCLUSIONES

La moralidad administrativa en el ordenamiento jurídico colombiano encuentra su elemento conceptual determinante en la conjunción del principio de legalidad, consecuencia de la cláusula de Estado social de derecho, que debe orientar todo el quehacer público, es decir, el imperio del derecho como regla de conducta en el actuar administrativo, y del principio de la buena fe, que desde una dimensión activa reclamará de las autoridades administrativas un actuar probo, leal y honesto en todas sus actuaciones, lo que también irradiaría la forma como las personas se relacionan y actúan con aquellas, esperándose igual rasero ético en su conducta.

La moralidad administrativa reclama de la autoridad administrativa que su actuar sea recto, leal y honesto en las actuaciones administrativas.

Por tanto, resulta contrario a la moralidad administrativa, y por tanto inmoral, la infracción directa del orden jurídico, al punto que, de causarse un daño antijurídico, y este se repare, se presumirá la culpa grave del agente estatal, consecuencia, además, de la estricta sujeción del servidor público a la ley. Al paso que las conductas asociadas a la infidelidad, deslealtad o no probidad en el ejercicio de las funciones públicas, como en la hipótesis de obrar con desviación de poder, la conducta del agente estatal se presumirá dolosa, consecuencia del quebrantamiento de la buena fe y la moralidad administrativa.

Desde su dimensión procesal, para ser amparada la moralidad administrativa como principio rector del actuar público requiere de un juicio de legalidad de la



decisión administrativa que se reputa inmoral, que debe ser extenso o amplio, no limitado únicamente a las normas señaladas por el actor popular, acompañado de la prueba de que la autoridad administrativa obró con desviación de poder o que con el acto administrativo o contrato se transgredieron principios y/o valores constitucionales.

Así las cosas, el enjuiciamiento de la moralidad administrativa implica un juicio reforzado de la legalidad de la actividad pública, dado que el fin perseguido por la autoridad y la forma como administrativamente lo materialice deben ser jurídicos, encuadrarse en reglas, pero también en principios y valores, y la forma como las altas corporaciones judiciales los han interpretado, con lo cual, la afectación de uno u otro elemento podría ser objeto del medio de control de nulidad o de protección de los derechos e intereses colectivos, en los que se puede requerir judicialmente el amparo y la protección de la moralidad administrativa.

Los particulares son claramente destinatarios de la moralidad administrativa, por una parte, cuando ejercen funciones administrativas o administran recursos públicos, siendo para efectos legales autoridades, por lo cual se exige de ellos rectitud, lealtad y honestidad en el desarrollo de tales actividades. Lo anterior también cuando actúan como particulares ante las autoridades, de quienes se espera igual rectitud, probidad y honestidad, o ya en la órbita privada en las relaciones con otros particulares, y desde la perspectiva de la buena fe deben darse tales requerimientos éticos.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1993.
- Castillo Castillo, María Liliana. “Principio de moralidad administrativa, propuesta jurisprudencial para la protección contra la corrupción”. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública* 11, n.º 19 (2013): 95.
- Fernández, Tomás Ramón y Eduardo García de Enterría. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. España: Civitas, 2022.
- García de Enterría, Eduardo. “Principio de legalidad: Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional* 4, n.º 10 (1984).
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis, 2006.

- Lösing, Norberto. “Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Estudios Doctrinales*, n.º 6 (2002).
- Orrego Morales, Camilo José. *El principio de la buena administración del Estado: Principios e instituciones que permiten su comprensión en el ordenamiento jurídico colombiano*. España: Editorial Cólex, 2023.
- Santamaría Pastor, Juan Alonso. *Principios de derecho administrativo general*. Tomo I. Madrid: Editorial Iustel, 2009.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998.

### Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de mayo del 2006. Rad. 25000232500020020108901. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 7 de junio del 2006. Rad. 76001233100020040308301. C.P. María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de junio del 2011. Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de junio del 2011. Rad. 250000232600020050133001. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 17 de junio del 2011. Rad. AP-166. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 18 de julio del 2012. Rad. 05001233100020000279701. C.P. María Elizabeth García González.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo del 2014. Rad. 25000231500020100240401. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de junio del 2018. Rad. 15001333100120040164701(SU)(REV-AP). C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 7 de junio del 2022. Rad. 66001233100019980064501. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.  
Corte Constitucional. Sentencia SU-913 del 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia C- 634 del 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.  
Corte Constitucional. Sentencia C 414 del 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia SU-585 del 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Sentencia del 1.º de diciembre del 2005. Rad. AP-2005-0828. M.P. Juan Carlos Garzón Martínez.

## CAPÍTULO 15

### DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA\*

Jessica Murillo Mena

#### INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico colombiano, la discrecionalidad es un concepto implícito en el funcionamiento de la Administración pública. Se trata de una facultad revestida de poder<sup>1</sup> que a la luz de los principios del derecho administrativo debe colaborar en la consecución eficaz de los fines del Estado. Como todo poder envuelve también una gran responsabilidad, que comporta, además de la obligada sujeción a la ley, un constante y prudente ejercicio de reflexión, así como la adopción de fórmulas de acción debidamente justificadas de cara a la satisfacción del interés general bajo la estricta observancia de los postulados normativos.

La discrecionalidad es en esencia una potestad administrativa de elección. A través de ella, la Administración pública queda habilitada para adoptar, de forma razonada, la decisión que dé mejor manera de solución a las necesidades de los administrados, en aquellos casos de ausencia o vacío legal, previo ejercicio de selección entre diversas opciones, todas jurídicamente válidas.

Son precisamente las normas de derecho administrativo las que otorgan a la Administración pública los poderes, las prerrogativas y las facultades para tomar decisiones unilaterales con fuerza vinculante en procura de la satisfacción del interés general. Ciertamente, estas potestades sitúan a la Administración en la que podríamos denominar *posición de supremacía* frente a los particulares. Es necesario tener presente que nos encontramos en el ámbito del derecho público que constituye la esencia del derecho administrativo. En este tipo de relaciones, los ciudadanos no están respecto de la Administración en la situación de igualdad jurídica propia del derecho privado, por tanto, esta no requiere del consentimiento de

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.15>.

1 A diferencia de los particulares (administrados), la Administración pública carece de intereses propios. Su razón de ser y fuente de legitimidad consiste en satisfacer los intereses generales o públicos, para esto, la ley, y más específicamente las normas de derecho administrativo, le atribuyen facultades en virtud de las cuales puede adoptar decisiones unilaterales con fuerza jurídica vinculante, es decir, de obligatorio cumplimiento para quienes van dirigidas.

aquellos para decidir y actuar, puesto que la materialización del interés general no puede quedar supeditada a intereses particulares.

Se apela a la potestad discrecional cuando el resultado buscado o el procedimiento para adoptarlo no se encuentran descritos expresamente en la ley, entonces la Administración podrá elegir una entre dos o más soluciones posibles. La decisión deberá estar motivada de manera suficiente como garantía de la inexistencia de capricho o arbitrariedad; el rasgo distintivo de un acto administrativo discrecional, en contraposición a la arbitrariedad, será precisamente la motivación o expresión de las razones por las cuales la autoridad puede justificar su decisión.

La actuación administrativa estará justificada por los fines que persigue y que la fundamentan, en tal virtud, la motivación del acto administrativo dará cuenta del análisis detallado del caso concreto y de las razones que animaron la toma de la decisión, que, en todo caso, habrá de estar ajustada al ordenamiento jurídico vigente, es decir, habrá de observar estricta sujeción al principio de legalidad como principio rector del quehacer de la Administración pública.

Toda actuación llevada a cabo por las autoridades administrativas obedece a una suerte de principios que la inspiran, como los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad (art. 209 CN). Dependiendo de la naturaleza y tipo de cada actuación habrá una mayor o menor presencia de ciertos principios, que no necesariamente tendrán consagración normativa explícita, puesto que también se pueden hallar integrados al ordenamiento jurídico de manera implícita. Valga precisar que el principio de legalidad en particular sí está consagrado explícitamente, orientando el quehacer administrativo<sup>2</sup>.

Actualmente, en la doctrina especializada existe unidad de criterio en el entendido de que los principios en general desempeñan un importante rol como factor moderador del ejercicio de la discrecionalidad administrativa, desplazando la subjetividad absoluta o libérrima apreciación del intérprete en casos de antinomias o lagunas normativas. Si bien los principios no eliminan *per se* la posibilidad de arbitrariedad discrecional, constituyen una barrera al arbitrio interpretativo y son los encargados de orientar el funcionamiento de la Administración pública en el Estado de derecho; de encausar la relación entre autoridades y particulares, logrando que exista equilibrio en esta. De tal suerte, los principios son elementos rectores y controladores, y configuran la columna vertebral de todo tipo de actuación o procedimiento administrativo, razón por la cual su observancia resulta obligatoria para alcanzar los cometidos de justicia social y bienestar general.

2 "La discrecionalidad no puede entenderse independientemente del principio de legalidad; y cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es en la potestad discrecional donde la ley se expresa." María G. Navarro, "Discrecionalidad administrativa", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (sep., 2012-feb., 2013): 202.

El principio de legalidad en específico demanda que la actuación de la autoridad pública cuente con una cobertura normativa suficiente, es decir, esté basada en una norma habilitante de competencia que confiera el poder necesario para tomar una determinada decisión. “Como señala García de Enterría, en virtud del principio de legalidad el ordenamiento jurídico ‘otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites’, de modo que ‘habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos’”<sup>3</sup>.

Todas las actuaciones de la Administración pública se encuentran (en mayor o menor medida) reguladas en virtud del principio de legalidad<sup>4</sup>. En algunos casos, la ley define completa y detalladamente el ámbito de acción de la Administración, como cuando determina aspectos relacionados con jurisdicción, competencia, oportunidad, función, finalidad y sentido de la decisión; mientras que en otros casos le permite ejercer su actividad dentro de una órbita de libertad, facultándola para ponderar las circunstancias relevantes y, bajo esos supuestos, obrar, abstenerse de hacerlo u optar por diferentes alternativas de decisión, lo que se denomina *facultad administrativa discrecional*.

Resulta claro que para cualquier ordenamiento jurídico sería imposible mantener una concepción absoluta de rigidez dogmática, porque la realidad del mundo normativo es frecuentemente indeterminada y con innumerables vacíos o lagunas, por esto, el orden positivo no puede ser hermético y se hace necesario acudir a los principios orientadores. En tal virtud, la potestad de elección que comporta la facultad discrecional debe operar dentro de la órbita de los principios administrativos, atendiendo a criterios objetivos fijados en sede administrativa en cuanto no previstos por la norma habilitante o disposición legal, que de manera explícita o implícita reconoce la existencia de márgenes para tomar las decisiones que de mejor manera satisfagan el interés de la colectividad.

A manera de corolario podemos afirmar que, en el Estado de derecho, las decisiones de la Administración no pueden adoptarse por capricho o al arbitrio del decisor de turno porque la salvaguarda del interés general impone decidir acatando los principios de legalidad, objetividad e interdicción de la arbitrariedad.

## EL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La discrecionalidad administrativa como concepto abarca diversos sectores de la actividad de la Administración pública, en los que la naturaleza y los límites de

3 Consejo de Estado, Sentencia 00128 del 2016, 19 de agosto del 2016, C.P. Germán Alberto Bula Escobar.

4 Hugo Andrés Arenas Mendoza, *Derecho administrativo*, 1.ª ed. (Bogotá: Legis, 2020), 96 y ss.

la decisión varían considerablemente de un caso al otro. En líneas generales puede ser definida como la amplia facultad de elección otorgada a la Administración con el propósito de posibilitar una respuesta legal, oportuna y eficaz a los retos que plantean las circunstancias en las diversas áreas de su actividad.

Como ocurre con los demás conceptos que conforman la teoría general del derecho, el concepto de discrecionalidad tampoco es unívoco, sin embargo, y como lo plantea Eva Desdentado Daroca, citada por Juan Carlos Cassagne, existe un “denominador común” que se encuentra presente en todas las formas de discrecionalidad y constituye un “supraconcepto” que hace referencia “a un determinado modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones [...] mediante una elección entre diferentes alternativas”. Para Cassagne, la discrecionalidad en algunas ocasiones alude a la libertad que le permite a la Administración elegir entre “actuar y no actuar” (discrecionalidad de actuación), mientras que en otras supone una libertad de opción entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección). Respecto de esta última es necesario precisar que dicha facultad de elección no siempre se otorga a la Administración dentro de un margen de apreciación, puesto que en ocasiones es limitada a la escogencia de una solución entre dos o más que se encuentran regladas, configurándose en estos casos una libertad de elección sin margen de apreciación porque el legislador ya lo habría acotado con una decisión predeterminada<sup>5</sup>.

Según señala Marín Hernández, el concepto de discrecionalidad administrativa que de mejor forma se ajusta a los principios que informan el Estado constitucional es el siguiente:

[...] margen de libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, señalando los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico<sup>6</sup>.

5 Juan Carlos Cassagne, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa: VII Jornadas Hispano Argentinas de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007), 19 y ss.

6 Hugo Alberto Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007), 1002.

En suma, en ciertos casos resulta imperioso dejar algunos aspectos o problemas a la apreciación del funcionario u órgano administrativo. Este tendrá, unas veces, la capacidad para decidir, facultado para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras veces, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión; y, en algunas ocasiones, la ley solo fijará los presupuestos de hecho que lo autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata dándole potestad para tomar la decisión más conveniente. Así las cosas, existen facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad, otorgándole al funcionario u órgano la posibilidad de apreciar, de valorar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya sea para actuar, o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios<sup>7</sup>.

### TIPOS DE DISCRECIONALIDAD

La doctrina ha establecido una suerte de categorías o tipos de discrecionalidad. Dworkin se refiere a una discrecionalidad *débil* y a una discrecionalidad *fuerte*<sup>8</sup>.

Desdentado Daroca alude, siguiendo a Dworkin, a una discrecionalidad *instrumental* para aquellos casos en los que las normas no permiten una aplicación mecánica, sino exigen una elaboración más concienzuda de discernimiento, y a una discrecionalidad *fuerte* cuando la Administración dispone de un poder de decisión que le ha sido otorgado por el ordenamiento jurídico sin acotar su margen de maniobra<sup>9</sup>.

Gustavo Penagos, en línea con la obra de Sánchez Morón, plantea siete tipos de discrecionalidad:

1. *Reglamentaria*, que a la luz del artículo 189 numeral 11 de la Constitución está determinada por la valoración de circunstancias económicas, sociales y políticas. No es necesario expedir reglamentos de la ley si las circunstancias no lo ameritan.
2. *De planificación*, según la cual, conforme a los artículos 339 y siguientes, los planes y programas del Gobierno y la Administración no obedecen a criterios arbitrarios, sino a los propósitos generales fijados en la

<sup>7</sup> *Ibid.*, 141-177.

<sup>8</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984), 84-86.

<sup>9</sup> Eva Desdentado Daroca, *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico: Construcción teórica y análisis jurisprudencial* (Pamplona: Aranzadi, 1997), 52.



Constitución y la ley, que apuntan al logro de objetivos económicos, sociales y ambientales que se han trazado para el país.

3. *De iniciativa*, porque en la Administración moderna se estima recomendable transferir al Gobierno la iniciativa en determinadas materias, por tener este mejores elementos para valorar la oportunidad del servicio a cargo.
4. *Política stricto sensu*, alusiva a los actos políticos y de gobierno, es decir, cierto tipo de decisiones con carácter eminentemente político y que la doctrina estima que trascienden la vida misma de la Administración.
5. *Técnica*, para lograr los objetivos y metas del Estado social en un momento histórico en que la Administración se ve en la necesidad de tomar decisiones especializadas y tecnificadas.
6. *Táctica*, se refiere al margen de libertad requerido por la Administración para decidir de forma rápida y eficaz ante situaciones de hecho que así lo requieran.
7. *De gestión*, para tramitar los servicios a cargo de las entidades descentralizadas por servicios<sup>10</sup>.

Respecto de la discrecionalidad *técnica*, viene al caso mencionar que la jurisprudencia colombiana ha proferido pronunciamientos en los que se pueden advertir las líneas doctrinales imperantes sobre la materia: se ha afirmado en ciertas ocasiones que no es dable al juez fiscalizar los fundamentos técnicos de las decisiones de la Administración; otras veces se ha negado la existencia de margen alguno de apreciación técnica en beneficio de la Administración; y en otras oportunidades se ha estimado la necesidad de que el juez controle el contenido de los criterios técnicos acogidos por la Administración al momento de tomar determinadas decisiones<sup>11</sup>. En suma, en materia de discrecionalidad técnica en el ámbito de la jurisprudencia colombiana se ha estimado que, debido a que no siempre la técnica o la ciencia ofrecen alternativas únicas para la resolución de un supuesto específico para la determinación del sentido de una política pública, la adopción de decisiones con base en criterios técnicos puede dar lugar a márgenes de apreciación que podrían configurarse como facultad discrecional. Así las cosas, para la jurisprudencia, tanto contencioso administrativa como constitucional, los márgenes de valoración técnica pueden dar lugar a facultades administrativas discrecionales (discrecionalidad técnica), situación que de manera alguna supone

10 Gustavo Penagos, *El acto administrativo*, t. II, 6.ª ed. (Bogotá: Doctrina y Ley, 1997), 22-23.

11 Eva Desdentado Daroca, *Los problemas del control judicial* (España: Civitas, 1997), 64-66, citada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 11001-03-26-0001997-13503-00(13503), 31 de octubre del 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

que el juez quede impedido para ejercer control sobre los actos administrativos contentivos de este tipo de decisiones.

Cassagne, en una propuesta que guarda semejanza con la de Dworkin, plantea tres tipos de discrecionalidad:

1. *Fuerte o típica*, cuando el margen de arbitrio no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados.
2. *Débil o atípica*, en aquellos casos en los que la discrecionalidad está limitada por un concepto indeterminado que, si bien en principio solo admite una solución justa, puede aparejar un cierto margen de valoración en algunos supuestos para optar entre varias soluciones igualmente justas (*v.g.*, la justicia y razonabilidad de las tarifas de servicios públicos).
3. *Atenuada*, siempre que el margen de actuación está limitado a supuestos indeterminados por el ordenamiento. Esta puede considerarse como un segundo sentido de la discrecionalidad débil<sup>12</sup>.

Ahora bien, la discrecionalidad de la Administración, con independencia de su tipología, se materializa a través de un acto administrativo, entendiendo por tal el instrumento mediante el cual se expresa la voluntad de la Administración pública que se presume legal y, por tanto, produce efectos jurídicos de obligatorio acatamiento para los administrados.

La doctrina no cuenta con un concepto unitario de acto administrativo. Se han enunciado diferentes definiciones dependiendo del origen del acto, la forma, el contenido o su finalidad. En general, se trata de una declaración de voluntad de carácter unilateral en ejercicio de una atribución que deviene del poder público con efectos jurídicos de obligatorio cumplimiento, o, como dijera Zanobini Guido, “[...] cualquier manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicios realizados por un sujeto de la Administración Pública, en ejercicio de una potestad administrativa”<sup>13</sup>.

## POTESTAD REGLADA Y FACULTAD DISCRECIONAL

Las actuaciones administrativas deben encontrarse reguladas de forma más o menos detallada en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la

12 Juan Carlos Cassagne, “La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 67 (Madrid: Civitas, 1990), 354 y ss.

13 Guido Zanobini, *Corso di Diritto Administrativo*, 6.ª ed. (Milán: Giuffrè, 1950), 45.

jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad, la forma externa en que debe verse la decisión, la finalidad que debe perseguir, el sentido en que debe ejercerse y los hechos cuya ocurrencia condicionan ese ejercicio, es decir, todos los pasos, la forma, el contenido, la oportunidad, el objetivo y los efectos de la actuación administrativa cuya potestad de aplicación se está regulando. Esta manera detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, pero tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable, ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule *in extenso* las formas de relaciones y sus consecuencias jurídicas<sup>14</sup>.

Así las cosas, si bien hemos reiterado que la Administración pública se encuentra sometida al imperio del principio de legalidad, y por ende obligada a desarrollar sus actividades con sujeción a la ley, el grado de intensidad de esa sujeción varía en la medida en que la misma ley encauce o limite la respectiva actividad. En algunos casos, la ley establecerá con precisión cómo debe obrar la Administración, ordenándole proferir tal o cual acto administrativo con tal o cual contenido y efecto. En otros casos, la Administración contará con mayor libertad de acción porque la ley no le indicará con exactitud cómo proceder frente a un caso concreto, limitándose a fijar unos lineamientos generales de actuación y otorgándole una serie de poderes jurídicos para que materialice su cometido. Los actos administrativos expedidos en el primer supuesto se denominan *actos reglados*; en el segundo, *actos discrecionales*<sup>15</sup>.

Cuando la potestad es reglada, la actividad de la Administración se encuentra regulada de forma detallada y completa, de manera que ante un supuesto de hecho solo hay una decisión jurídicamente aplicable y una forma de actuación preestablecida. Cuando la facultad es discrecional, el ordenamiento jurídico no regula con tanta precisión la actividad de la Administración otorgándole un amplio margen de decisión, estimando, por supuesto, la conveniencia para el interés público.

Puede afirmarse, entonces, que existe facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa es libre, ante circunstancias de hecho determinadas, dentro de los límites que fije la ley, para tomar una u otra decisión, es decir, su conducta no está previamente determinada por la norma. En tanto que estamos frente a una competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones la autoridad administrativa debe observar las medidas previamente asignadas de forma expresa y ajustarse a estas. En la facultad

14 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 22 de octubre de 1975.

15 Enrique Sayagués Lasso, *Tratado de derecho administrativo*, vol. 2 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1974), 396.

discrecional, el poder o la competencia no tienen prefijada su decisión de manera rígida, y en atención a la complejidad y variación de los factores que envuelven los asuntos sometidos a su competencia la Administración debe aplicar el precepto más adecuado y justo, obviamente ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho.

Además de lo anterior, es necesario mencionar que en los actos reglados, debido a que su contenido se encuentra totalmente tipificado en la ley, por regla general, tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa, mientras que, tratándose de actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida libertad de apreciación o valoración, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a tomar la decisión respectiva, de forma tal que la Administración está obligada a adjuntar al expediente todo el material probatorio necesario para demostrar que su decisión tiene asidero en una realidad fáctica que garantiza la legalidad, necesidad y oportunidad de esta, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican<sup>16</sup>.

La fundamentación de la decisión respectiva habrá de ser presentada de manera que, además de ser asequible a la revisión contencioso administrativa, posibilite a los administrados ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva en defensa de sus intereses legítimos.

Con todo, aunque en principio parezcan contrarias, la potestad reglada y la facultad discrecional se complementan. Toda facultad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que pueda ser considerada legal: deben ser expresas la potestad, extensión y competencia del órgano que la ejerce, así como la finalidad a la que obedece, que, en todo caso, deberá propender por la satisfacción del interés general. El margen de libertad que tiene la Administración amén de la discrecionalidad de ninguna manera podrá ser extralegal. No puede haber discrecionalidad por fuera de la ley, sino justamente solo en virtud de esta y en la medida en que esta lo haya dispuesto<sup>17</sup>.

La diferencia entre los actos reglados y los discrecionales se reduce en esencia a una cuestión de grado, en los primeros se impone la aplicación de normas de jerarquía superior al caso concreto, en los segundos prevalece la creación de soluciones para problemas concretos a la luz de esas mismas normas. Como ha indicado la Corte Constitucional, el acto es reglado cuando la ley ha señalado a la Administración de forma expresa cómo actuar, de tal suerte que producido un

16 Tomás Ramón Fernández Rodríguez, "Arbitrariedad y discrecionalidad", en *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Madrid: Civitas, 1991), 83-89.

17 Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, 5.ª ed. (Madrid: Civitas, 1999), 113.

hecho o el supuesto o antecedente previsto en la norma, la decisión de la Administración no puede ser sino una. El poder discrecional, por el contrario, permite escoger la solución dentro de distintas opciones, pero esto no quiere decir que la Administración pueda actuar al margen de la ley, pues la posibilidad de selección de una de esas alternativas posibles la consagra precisamente el ordenamiento jurídico<sup>18</sup>.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA POTESTAD DISCRECIONAL

Como bien explica Santofimio Gamboa, en la historia de la humanidad no se había predicado con tanto empeño la necesaria y obligante sumisión de los poderes públicos al orden jurídico; fue con la institucionalización del Estado que comenzó a identificarse el principio de legalidad como una limitante al poder absoluto que caracterizaba su ejercicio, y como una garantía de convivencia y de seguridad para los asociados. El principio de legalidad de los actos administrativos surge de manera simultánea con la institucionalización del poder<sup>19</sup>. Durante el régimen absolutista se concebía la persona del rey como fuente de todo derecho y depositario absoluto de los poderes públicos, lo que se traducía para los asociados en inestabilidad, incerteza e imposibilidad de ejercer cualquier tipo de control<sup>20</sup>. Esa concepción de Estado individualizado fue objeto de la reacción de las teorías de los revolucionarios franceses, para quienes el derecho solo podía tener como fuente la voluntad general, y como suprema manifestación, la ley. Por tanto, debía corresponder al legislador la determinación general del poder político, como forma de evitar la inestabilidad y arbitrariedad típica del manejo personalizado del poder.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 44 de la Ley 1437 del 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

18 Corte Constitucional, Sentencia 435 del 2013, 10 de julio del 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

19 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1 (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003), 38-40.

20 "[...] el absolutismo fue el sistema político y social que, con una variable combinación de esfuerzo y tiempo, consiguieron implantar las monarquías feudo-estamentales a partir del siglo XVI, tras un largo proceso de concentración de facultades administrativas, militares, judiciales y fiscales en manos del monarca y sus agentes. [...] Algo similar cabría decir de los monarcas españoles, franceses, suecos o daneses en el tiempo que media entre principios del siglo XVII y finales del siglo XVIII, período durante el cual se fueron asentando en toda Europa las monarquías absolutas: las de Carlos XI (1655-1697), en Suecia, que reinó entre 1660 y 1697; Federico III (1609-1670), en Dinamarca, que lo hizo entre 1648 y 1670; Luis XIV (1638-1715), en Francia, que ocupó la Corona entre 1643 y 1715; o Felipe V (1683-1746), en España, rey entre 1700 y 1746. Esa consolidación se hizo posible, en gran medida, gracias a la progresiva ampliación de las administraciones al servicio de los reyes." Roberto L. Blanco Valdés, *La construcción de la libertad*, 2.ª ed. (Madrid: Alianza Editorial, 2021), 38 y ss.

[CPACA]) consagra en materia de discrecionalidad administrativa: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, esta debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. En la jurisprudencia constitucional y administrativa al igual que en la doctrina existe consenso respecto del carácter limitado del ejercicio de la facultad discrecional a la luz del principio de legalidad que la orienta y la diferencia de la arbitrariedad. De tal forma, cuando la Administración pública expide un acto administrativo, este debe dar cuenta de la identificación entre la decisión y los fines de la norma que le sirven de sustento, así como de la proporcionalidad o razonabilidad entre la decisión y los hechos que le sirven de causa, es decir, la expresión de los motivos que llevan a la Administración a tomar una decisión partiendo del contenido de la norma discrecional y llegando a la realidad fáctica.

La Administración está obligada, entonces, a expresar las razones que la llevan a tomar una determinada decisión dentro del amplio esquema de posibilidades que el ordenamiento le otorga. Esta relación entre lo decidido, lo permitido y la realidad de los hechos, que debe quedar expresada en el respectivo acto administrativo, constituye una garantía de seguridad jurídica<sup>21</sup>.

Cabe precisar que la exigencia de sometimiento al principio de legalidad o sujeción al ordenamiento jurídico no es contraria a la potestad discrecional o facultad que tiene la Administración para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin de facilitar el cumplimiento de los fines del Estado. La potestad discrecional por su naturaleza pertenece a la misma estirpe del principio de legalidad, en la medida que se presenta tan solo en aquellas oportunidades en las que la misma ley o los reglamentos permiten cierto grado de amplitud o margen de apreciación de los hechos que motivan su aplicación.

La Administración pública moderna está llamada a desarrollar múltiples funciones en el ejercicio de sus relaciones con los administrados, y para que el desarrollo de estas funciones no sea arbitrario debe existir un total respeto por el ordenamiento jurídico. Ese respeto es lo que se ha tenido a bien denominar principio de legalidad, que es inherente al Estado de derecho y está instituido para regular el ejercicio del poder público en general<sup>22</sup>.

21 Mediante la Sentencia C-539 del 2011, 6 de julio del 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional puntualizó que “el imperio de la Ley, al que están sujetas las autoridades administrativas, debe entenderse como la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales. [...] Las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable”.

22 “En contra de la idea inicial con que se planteó la teoría de la discrecionalidad de la administración —libertad absoluta de la administración para disponer—, el concepto contemporáneo sostiene en

La facultad discrecional obedece, sin duda, a necesarias políticas legislativas que otorgan poder a las autoridades para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin de facilitar el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general. En atención a la realidad fáctica y las distintas circunstancias de modo, tiempo y lugar, es imperioso que la ley no realice su acostumbrada regulación concreta, atribuyéndola al órgano administrativo.

## CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Se reputan indeterminados aquellos conceptos propios del derecho que se refieren a realidades cuyos límites no son fácilmente delimitables a través de su solo enunciado, como ocurre con nociones como “buena fe”, “falta de probidad”, “precio justo o justiprecio”, “urgencia”, “buen padre de familia”, “buena conducta”, “confianza legítima”, “alevosía”, e incluso las nociones de “interés público” e “interés social”. Son herramientas que pese a no contar con una descripción expresa actúan como amplificadoras del supuesto de hecho contenido en la norma permitiendo la resolución de situaciones concretas.

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados nace en Alemania. Según expone Muñoz Machado, “esta es la doctrina de la *Rechtsfolgeermessen*, de las consecuencias jurídicas. Contribuirá a una reducción notable del ámbito de la discrecionalidad”. Luego, esta doctrina se traslada a España a través del estudio de García de Enterría titulado *La lucha contra las inmunidades del poder*, publicado en 1962, y con posterioridad es desarrollada por distintos autores entre ellos Fernando Sáinz Moreno y Mariano Bacigalupo Saggese.

La expresión concepto jurídico indeterminado fue importada al ordenamiento jurídico colombiano de la dogmática alemana para referirse a aquellos casos en los que la ley describe el supuesto de hecho que permite a la Administración tomar una decisión mediante conceptos abstractos que solo pueden ser concretados en su aplicación práctica<sup>23</sup>.

Acerca del nacimiento y evolución de esta doctrina, Muñoz Machado plantea lo siguiente:

---

sentido lógico que la atribución y el ejercicio de cualquier potestad sólo es posible ante la existencia previa de un precepto legal superior que habilite a la administración. Es decir, sin negar el ejercicio discrecional de algunas atribuciones por parte de la misma, somete irrestrictamente cualquier competencia de esta naturaleza al principio de legalidad. Como lo señala con insistencia la doctrina, la potestad discrecional no nace ante la ausencia de la ley o del derecho; todo lo contrario, para que la administración detente cualquier potestad, sea o no discrecional, es necesario que exista norma atributiva...” Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, 45-52.

23 Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa*, 200.

Para toda la doctrina, al menos hasta mediados del siglo xx, la discrecionalidad era una categoría unitaria que se aplicaba a todos los casos en que existía indeterminación en las regulaciones legales, o insuficiencia, o simplemente omisión de cualquier regulación. Existía discrecionalidad tanto en los casos en que el proceso intelectual para comprender lo establecido en el precepto legal era más o menos complejo, como cuando la decisión no estaba en la norma sino que dependía de la voluntad del aplicador. Había discrecionalidad, por tanto, según esta doctrina histórica, si la aplicación del Derecho requería de la Administración una actividad cognitiva o de constatación, o si reclamaba de su parte una actividad volitiva, en la que le restaran márgenes para expresar su voluntad y opinión.

Es la doctrina alemana la que, principalmente en los años cincuenta, lleva a cabo una reducción de ese concepto amplio de discrecionalidad (*H. Preuss, O. Bachof, D. Jesch, K. Obermayer, K. Stern*), para limitarlo a los supuestos en los que las normas permiten a la Administración decidir en el plano de las consecuencias jurídicas de la aplicación. Si se reconoce a la Administración, en dicho ámbito, libertad de opción, existirá discrecionalidad. Las decisiones que, en tal caso, puede adoptar la Administración, consistirán en actuar o no hacerlo, y, en caso positivo, dar a su decisión cualquier contenido admisible en Derecho, eligiendo entre diversas opciones posibles. [...] *no existe una potestad de tal género cuando lo que se trata es de aplicar por la Administración conceptos vagos, imprecisos, inconcretos, que no delimitan, en fin, exactamente, el ámbito de la realidad a que se refieren, porque, en tal caso, la operación aplicativa no será volitiva sino puramente cognitiva, plano intelectual este en el que no existe discrecionalidad. Tales conceptos empezarán a denominarse conceptos normativos, o conceptos jurídicos, indeterminados, y la distinción de los mismos con la discrecionalidad será unánimemente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia a partir de los años sesenta*<sup>24</sup>. (énfasis añadido)

De tal suerte, mientras la potestad discrecional supone elegir entre varias opciones todas jurídicamente válidas, los conceptos jurídicos indeterminados remiten a una sola solución posible y *justa* sin alternativas. A diferencia de la facultad discrecional, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados obedece a un proceso reglado en el que no interfiere ninguna expresión de voluntad de la Administración; se busca subsumir una conducta en una categoría legal, pero sin que la ley determine con exactitud los límites del respectivo concepto.

La jurisprudencia en materia de conceptos jurídicos indeterminados ha precisado que estos se refieren a aquellos utilizados por el legislador que limitan o

24 Santiago Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. III, *Los principios de constitucionalidad y legalidad* (España: Boletín Oficial del Estado, 2015), 242.



restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas. Lejos de permitir al operador jurídico interpretar y decidir libremente en su aplicación, imponen una única solución para el asunto en concreto. Pese a su indeterminación, estos conceptos jurídicos deben ser precisados al momento de su aplicación de manera armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico. En materia disciplinaria, la jurisprudencia constitucional ha admitido expresamente el uso y validez de estos conceptos, siempre y cuando la forma típica tenga un carácter determinable al momento de su aplicación, para lo cual es necesario que en el ordenamiento jurídico se encuentren consagrados de forma expresa los criterios objetivos que permitan complementar o concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada, de lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad al permitir la aplicación discrecional de estos conceptos.

Nótese que los conceptos jurídicos indeterminados no limitan el ejercicio de la potestad discrecional. La Administración deberá adaptar el concepto a la realidad vigente a partir de la norma atributiva de competencia justificando bajo qué circunstancias y mediante cuáles técnicas jurídicas se toma la decisión. “No obstante, la precisión exigible al intérprete para que concrete el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados, no puede llegar al extremo de excluir un cierto margen de tolerancia, dentro del cual todas las variantes posibles de la ‘única solución justa’ se estiman legítimas y jurídicamente admisibles. Ese es el margen de apreciación o *Beurteilungsspielraum*”<sup>25</sup>.

Es preciso mencionar que existen conceptos jurídicos denominados *determinados* porque a diferencia de los *indeterminados* aluden a casos en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado de forma exacta. Tal como ocurre con conceptos como “mayoría de edad”, “edad de jubilación”, “semanas de cotización” o “los términos de ley” y, en general, con todos los conceptos numéricos o que expresan cantidades. Tratándose de los conceptos indeterminados la ley no indica con exactitud los límites del concepto, no obstante, queda claro que se está aludiendo a un supuesto de la realidad que, pese a su indeterminación conceptual, admite (debe) ser precisado al momento de su aplicación al caso concreto.

Marín Hernández sostiene que la indeterminación o vaguedad de los conceptos constituye una característica común a todo lenguaje, incluido el lenguaje jurídico, que cumple una función positiva que no consiste en crear un vacío normativo dentro de cuyos límites cualquier decisión aplicativa del concepto sea válida, sino, por el contrario, en dotar a la norma que lo contiene de la amplitud

25 *Ibidem*.

necesaria para que se adapte mejor a las modificaciones que envuelve la realidad que regula y sea posible ajustar con mayor exactitud su aplicación en el caso concreto a la finalidad de la norma misma: “[...] la función que la llamada indeterminación de los conceptos cumple es la de crear una holgura en torno a las ideas nucleares de los conceptos para que éstos puedan servir de medios calificadores de la realidad. Pero tal indeterminación sólo es potencial, desapareciendo en cada caso de aplicación concreta”<sup>26</sup>.

La Corte Constitucional, por su parte, ha señalado que una constitución es un sistema de reglas y principios y no un conjunto de conceptos y palabras, por tanto, si bien el uso de conceptos jurídicos indeterminados no está proscrito, existen casos en los que el legislador debe abstenerse de emplear palabras y conceptos que, por su alto grado de indeterminación, pueden comprometer el ejercicio o el goce de derechos constitucionales. Se trata, pues, de una defensa del principio de legalidad, que pretende dar seguridad jurídica a las personas. Bajo este supuesto, la Corte ha declarado inconstitucionales normas con un alto grado de indeterminación que afectan irrazonablemente las libertades de expresión, sindicales o de ejercicio de profesión u oficio, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad. Así, por ejemplo, declaró en su oportunidad la inexequibilidad del numeral 9 del artículo 35 de la Ley 734 del 2002 debido a su alto grado de indeterminación, pues la norma estipulaba una prohibición disciplinaria consistente en *cometer actos contra “la moral” o contra “las buenas costumbres”*. Ha dicho la Corte que la penumbra que deben soportar los ciudadanos en estos casos es constitucionalmente inadmisibile, y representa un desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionatoria, suscitando una inseguridad jurídica tal que los ciudadanos carecen de referentes para saber a ciencia cierta cuál es la conducta que de ellos se demanda, o cuál la que les está permitida<sup>27</sup>.

En todo caso, aplicar un concepto jurídico indeterminado a un supuesto concreto exige de parte de la Administración un prudente ejercicio de valoración basado en criterios técnicos y razonamientos lógicos, siempre con estricta observancia del principio de legalidad y dentro de los límites que impone la norma habilitante<sup>28</sup>.

Valga precisar que la Administración pública carece de discrecionalidad al momento de aplicar un concepto jurídico indeterminado, esta aplicación se trata

26 Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa*, 203-205.

27 Corte Constitucional, Sentencia C-350 del 2009, 20 de mayo del 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

28 “Sin la libertad de apreciación, tal y como indican García de Enterría y Ramón Fernández (2006), no hay discrecionalidad; como tampoco la hay al margen de la ley, sino en virtud de ella y/o tal y como ella hubiera dispuesto, esto es, que la norma legal debe disponerla de esa manera”. Navarro, “Discrecionalidad administrativa”, 202.

de una operación jurídica reglada. Así las cosas, la Administración decide, pero el juez contencioso administrativo siempre puede anular esa decisión y sustituirla cuando, habida cuenta de las alegaciones y pruebas aportadas por las partes, estime que la decisión tomada no fue la correcta. De esta manera, resulta innegable que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, más que la discrecionalidad, facilita el control jurisdiccional de la actividad de la Administración.

Para la doctrina especializada, la principal diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados tiene que ver con la unidad de solución justa o correcta a los problemas jurídicos. Tratándose de discrecionalidad, existe una pluralidad de soluciones justas, mientras que en la aplicación de los conceptos indeterminados existe solamente una solución justa o correcta. Así, el uso de conceptos indeterminados en una norma no significa la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles aquella que se considera más conveniente u oportuna; por el contrario, la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite más que una sola solución correcta, por esto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa.

En este punto viene al caso traer a colación la afirmación de Dworkin según la cual, desde que se ha reconocido la existencia de principios y valores en el ordenamiento, la discrecionalidad ha desaparecido “puesto que, utilizándolos, los jueces deben poder encontrar la solución justa. Tendrán que manejar, en los casos complejos, muchos principios e información del ordenamiento. Pero este es el trabajo que se espera del juez Hércules que actúa en los complejos ordenamientos de nuestro tiempo”<sup>29</sup>. Por su parte, Hart, a diferencia de Dworkin, defiende la inexistencia de la única solución justa porque, “aunque se aceptara que, conjugando valores y principios, se puede acertar a rellenar de respuestas la norma imprecisa, no existen criterios en el ordenamiento para jerarquizar aquellos principios y valores, de manera que no habría razón para dar primacía a la respuesta basada en uno o un grupo de ellos”<sup>30</sup>.

Más allá de las valiosas concepciones e interesantes polémicas que el tema suscita entre los grandes teóricos del derecho, la discrecionalidad es indudablemente un concepto implícito en el funcionamiento de la Administración pública moderna que otorga un importante margen de decisión a un poder distinto del legislativo, motivo por el cual debe ser controlada y verificada por los tribunales

29 Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, 251.

30 *Ibidem*.

(obviamente sin que ello signifique un obstáculo para la ejecución del *substratum* de la actividad administrativa), y el uso de conceptos jurídicos indeterminados debido a su naturaleza reglada constituye una herramienta que coadyuva en esa tarea de control.

## EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD

Schwartz afirma que el derecho administrativo trata primordialmente del control de la discrecionalidad<sup>31</sup>. Las continuas transformaciones de la vida moderna se traducen en procesos de mayor complejidad en la actividad estatal que significan un incremento considerable en el uso de facultades discrecionales, las que deben ser cada vez más y mejor controladas, de manera que se perfeccionen no solo la eficacia y la celeridad necesarias en la adopción y ejecución de las decisiones, sino también que se garanticen los derechos de los administrados.

Respecto de la posibilidad y pertinencia del control judicial de los actos discrecionales se han mantenido divididas las opiniones. Un sector de la doctrina especializada afirma que este control debe ser limitado, en tanto su ejercicio constituiría un juicio de oportunidad que debe reservarse exclusivamente a la Administración; mientras que otro sector estima necesaria la fiscalización judicial para prevenir supuestos de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas<sup>32</sup>.

En materia de control, la discrecionalidad ha experimentado cambios importantes en el tiempo, desde ser concebida inicialmente por el contencioso administrativo francés como una actividad de la Administración que no está sujeta a control, hasta ser asumida como la actividad de la Administración sujeta tanto a control de legalidad como de constitucionalidad, siendo esta última la corriente predominante en la actualidad. A este respecto se ha dicho, por ejemplo,

31 “En el siglo xx la *judicial review* no dejó de expandirse, sobre todo para controlar la actividad de las Agencias. En Francia y en España desde que se creó la jurisdicción contencioso-administrativa, no se ha parado nunca el progreso del control judicial de la discrecionalidad administrativa. El instrumental inicial, bastante modesto, circunscrito a los análisis de la competencia del órgano, la observancia del procedimiento, o los vicios de forma, concluyó en Francia con la magna construcción de la doctrina de la desviación de poder que supone, verdaderamente, un extraordinario avance del contencioso-administrativo (*arrêt Lesbats*, de 1864: las potestades tienen que emplearse para el fin previsto en la norma habilitante, y no para otros fines distintos, sean públicos o privados). Todo lo que ha seguido, como decimos, ha sido siempre el afinamiento de aquellas mismas técnicas o la articulación de otras que sitúen los privilegios jurídicos de la Administración en la posición que los intereses públicos, a que aquella sirve, reclamen, pero que ofrezcan una garantía completa de los derechos y libertades de los ciudadanos.” Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, 252-253.

32 Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa*, 956 y ss.

La aplicación del Derecho, que es de lo que se trata, no permite que se pongan límites fijos al control jurídico de las decisiones de la Administración. La intervención judicial habrá de ser tan extensa como el Derecho permita, porque eso, justamente, es lo que manda la Constitución. Y si el Derecho postula no solo la anulación sino también la sustitución de la decisión impugnada por otra encontrada, y valorada como más justa, en el marco del proceso judicial, es perfectamente legítima su imposición, sin que se conmueva ni uno solo de los pilares sobre los que se asienta, en nuestra Constitución, el equilibrio de poder<sup>33</sup>.

Existe consenso en que las decisiones discrecionales no pueden ser arbitrarias y es predominante la posición doctrinal según la cual estas deben estar debidamente motivadas y sometidas al respectivo control jurisdiccional; control que versa sobre los elementos del acto administrativo según sus fines (desviación de poder), la motivación, proporcionalidad, razonabilidad y sujeción a los principios de legalidad, igualdad, buena fe, confianza legítima y no arbitrariedad.

Otorgar una facultad discrecional a la Administración pública despierta con frecuencia entre los administrados fundados temores relacionados con la posibilidad de un ejercicio equivocado, caprichoso o arbitrario de dicha potestad. No obstante, resulta innegable que la Administración no podría materializar en debida forma su servicio al interés general si toda su actuación estuviera predeterminada por la ley de manera rígida; el quehacer administrativo demanda enfrentarse a diario a problemas que el legislador no pudo prever o que solo reguló de manera general sin considerar las condiciones cambiantes. Dichos problemas requieren una respuesta que puede ser diferente en cada caso concreto y en cada momento histórico. Corresponde entonces a la Administración valorar las circunstancias de oportunidad y conveniencia, y para esto es imperioso contar con un margen de acción suficiente. Ahora bien, el que la actuación de la Administración se sujete de manera estricta al cumplimiento de la ley será materia obligada del control que debe realizar la jurisdicción contencioso administrativa.

Plantea Marín Hernández que otrora la discrecionalidad era entendida como la libertad plena para decidir y se materializaba a través de actos injustificables por naturaleza, es decir, no sujetos a control judicial. Con la evolución del derecho administrativo, en el Estado de derecho, el poder discrecional ya no es ilimitado ni puede ser ejercido según el capricho o arbitrio de gobernantes y administradores sin que existan consecuencias jurídicas<sup>34</sup>.

33 Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, 256.

34 *Ibidem*.

El paso del tiempo trae consigo procesos más complejos en la actividad estatal, esto se traduce en incremento del uso de facultades administrativas discrecionales, las que deben ser cada vez más y mejor controladas de manera que se perfeccione no únicamente la eficacia y la celeridad necesarias en la adopción y ejecución de decisiones, sino también que se garanticen los derechos de los administrados. En la actualidad, el control de la potestad discrecional constituye uno de los mayores retos y desafíos que operan al interior del Estado de derecho, por cuanto, por un lado, la Administración requiere mayor libertad de acción ante una realidad compleja y cambiante, pero, por el otro, los administrados demandan un control que restrinja el actuar administrativo y lo torne jurídica y políticamente responsable. El control judicial de las potestades discrecionales debe encontrar un sano equilibrio entre facultades administrativas y derechos individuales, evitando el riesgo de que el juez termine asumiendo el lugar que constitucionalmente corresponde a la Administración en la garantía del interés público y el bienestar general.

En resumen, el ejercicio de toda potestad discrecional, indubitadamente, debe enmarcarse en unos límites fijados por la ley y someterse a una serie de controles preestablecidos en el ordenamiento a fin de evitar y/o combatir la arbitrariedad. Al mismo tiempo que se concede a la Administración pública el privilegio de la presunción de legalidad de sus actos por la necesidad de seguridad jurídica y eficacia en su actuación, el Estado debe proporcionar a los administrados instrumentos jurídicos que les posibiliten la tarea de desvirtuar dicha presunción<sup>35</sup>.

Constituyen límites o mecanismos de control jurisdiccional al ejercicio de la discrecionalidad los siguientes: el que refiere a los *elementos reglados del acto discrecional*, según el cual no es posible que exista un acto sin una potestad previa, ni que exista esta si no ha sido consagrada previa y expresamente en la ley; la *desviación de poder*, a la luz de este mecanismo el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado por encontrarse previsto en la ley o condicionado por los conceptos de utilidad pública o interés general; el *control por los hechos determinantes*, consistente en verificar la existencia, veracidad y exactitud de los hechos que determinan la decisión; el mecanismo de *control basado en los principios generales del derecho*, que tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la ley y al derecho, incluyendo dentro de este la “condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica”<sup>36</sup>, así, el

35 Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa*, 47.

36 Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, vol. I (Madrid: Civitas, 1999), 476.

ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios tales como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales; y el mecanismo denominado *conceptos jurídicos indeterminados*, que constituye una reducción de la discrecionalidad en la medida que, a diferencia de esta, no hay pluralidad de soluciones válidas, sino solo es correcta una solución dentro de varias posibles<sup>37</sup>.

Sobre la configuración de la teoría originada en el contencioso administrativo de Francia, en 1864, denominada *desviación de poder*, el Consejo de Estado colombiano ha señalado que “en un Estado democrático de Derecho la determinación de los fines de interés público y de las necesidades colectivas que orientarán la gestión de las Instituciones de dicho Estado, en general, y de las autoridades administrativas, en particular, concierne al Legislador en su calidad de depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral”. Precisa la corporación que la Administración, subordinada y servidora de tales fines, en ocasiones es llamada a completar esa tarea, bien de manera expresa cuando el legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, o bien de modo implícito en aquellos casos en que utiliza conceptos vagos o indeterminados en las disposiciones que produce, o en los que opta por una baja densidad normativa en la regulación del sector de actividad administrativa de que se trate.

Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Estado aclaró que aunque el órgano administrativo vea la necesidad de precisar o integrar esos fines de interés público en algunos ámbitos de su actuar o a nivel de los casos concretos, esto de ningún modo significa que pueda modificarlos, reemplazarlos por su propia alternativa teleológica, o mucho menos desconocerlos, “pues al hacerlo se ubicaría en la posición constitucionalmente atribuida al Parlamento (sic), quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que éste determina como de interés público son, por tanto, la justificación de la actividad de la Administración y, en ese orden de ideas, indisponibles para ella, de modo que si se aparta de los mismos en el desempeño de sus funciones incurre en: *desviación de poder*”<sup>38</sup>.

De manera que existirá desviación de poder siempre que la Administración o el órgano competente actúe con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. El acto estará viciado aun cuando su objeto no sea contrario al orden jurídico. Dicho de otra manera, se configura la desviación de poder en la facultad discrecional

37 Cassagne, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 352.

38 Consejo de Estado, sentencia con Rad. 11001-03-26-000-1995-3074-01(13074), 30 de noviembre del 2006, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

cuando el funcionario público o agente administrativo realiza un acto que, aunque cabe dentro de sus atribuciones, observa todas las formalidades establecidas en la ley y los términos del acto se ajustan a las normas superiores, al proferirlo tiene en mira motivos distintos de aquellos para los cuales le fue conferido el poder. Sobre este particular precisó la jurisprudencia del Consejo de Estado que las atribuciones o los poderes otorgados por la ley a los funcionarios deben ejercerse siempre en busca del bien común y el interés general; el poder ejercido con fines diferentes es un poder torcido o desviado de sus propios fines.

Atendiendo a la naturaleza de los móviles que hubieren llevado al funcionario a apartarse de los fines fijados en la norma, la desviación de poder puede configurarse por cualquiera de sus dos modalidades, es decir, por desviación de poder en interés personal, o por desviación de poder en interés público, pero, en todo caso, un interés diverso del que ordena la norma habilitante como ocurre cuando la decisión se halla inspirada en motivos político-partidistas.

El Consejo de Estado definió la desviación de poder como la función administrativa que ejerce el servidor público con un propósito distinto, diferente al fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia. Dicha finalidad no es otra que la búsqueda del beneficio común, la satisfacción del interés general, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan. Explica también el alto tribunal que se ha tratado de llenar de contenido la noción de desviación de poder fundamentalmente cuando se estudia la discrecionalidad administrativa en las decisiones de libre remoción de empleados. En tal sentido, dicha facultad debe tener límites, y aunque hay momentos en que las normas le otorgan al funcionario cierta libertad para tomar decisiones, estas deben estar dirigidas al cumplimiento de los cometidos estatales, porque de lo contrario se exceden las facultades que las disposiciones otorgan, incurriendo en el ámbito de la arbitrariedad, actitud que atenta contra el Estado social de derecho<sup>39</sup>.

Así pues, si se demuestra la existencia de móviles que llevaron al administrador a apartarse del orden teleológico fijado en la norma, se configura la causal de anulación de los actos administrativos denominada *desviación de poder*, y el acto administrativo devendrá nulo como resultado del control jurisdiccional.

39 Consejo de Estado, sentencia con Rad. 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023), 27 de junio del 2012, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



## CONCLUSIÓN

La discrecionalidad administrativa resulta imprescindible, constituye una herramienta legítima y necesaria para la Administración pública moderna si no perdemos de vista que el derecho administrativo debe operar acompasado a las complejas realidades en que se desarrolla la idea de Estado de derecho, lo que convierte en imperativo el otorgamiento de facultades discrecionales en aras de facilitar el ejercicio eficaz del poder público.

Sin embargo, la discrecionalidad de ninguna manera puede significar arbitrariedad, tanto por la conducta ética que de por sí exige el ejercicio de las funciones administrativas, como por el hecho de que el ordenamiento jurídico ha aceptado como elementos esenciales del acto administrativo la causa y el fin de estos, los que necesariamente deben ser legales, “de suerte que si se demuestra la ilegalidad de estos elementos, el acto administrativo correspondiente también deviene nulo. La causa de anulación de los actos administrativos denominada desvío de poder, implica el control sobre estos elementos de la decisión”<sup>40</sup>.

La referida desviación de poder es una técnica de control jurisdiccional del ejercicio de facultades discrecionales originada en el contencioso francés. Se trata de un vicio que se predica de la finalidad del acto administrativo discrecional: el funcionario o agente actúa con un propósito distinto de aquel para el cual la norma atributiva de competencia le otorgó el poder jurídico correspondiente. Así pues, el contenido del acto está aparentemente ajustado a derecho, pero la finalidad perseguida se aparta de lo establecido en la norma.

Cuando la potestad no es discrecional sino reglada es menos probable que se configure la desviación de poder, porque no está contemplada la posibilidad jurídica de una decisión diferente; el legislador, de antemano, ha determinado el único fin que podrá perseguir el acto administrativo. Por el contrario, cuando la potestad es discrecional adquiere relevancia la determinación del fin perseguido por el agente público al ejercerla.

La potestad discrecional se diferencia entonces de la reglada en tanto esta última hace alusión a la simple ejecución de la ley, mientras que aquella se refiere a los supuestos en que existe cierto margen de libertad de apreciación y aplicación de la norma. Como se apuntó en precedencia, la discrecionalidad es necesaria y cuando no está disociada del ejercicio legítimo de la autoridad se convierte precisamente en lo contrario a la arbitrariedad. De tal suerte, el fundamento de

40 Enrique José Arboleda Perdomo, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed. (Bogotá: Legis, 2012).

la discrecionalidad radica en la ley y su principal rasgo diferenciador será la debida justificación de los motivos de la decisión contenida en el respectivo acto administrativo.

De acuerdo con lo anterior, en el Estado de derecho, la potestad administrativa de elección o facultad discrecional de la Administración pública se funda en el principio de legalidad entendido como la obligada sujeción y obediencia a la ley. Al igual que la potestad reglada, la discrecionalidad emana de la ley y se debe ejercitar conforme a ella. Cada decisión administrativa es una decisión jurídica, es decir, una decisión cuya validez dependerá de su concordancia con el ordenamiento jurídico. Por esta razón, tal decisión, incluso siendo discrecional, no puede ser arbitraria si pretende ser legal. La legitimidad de todas las actuaciones dependerá, entonces, del respeto a la ley, que se podrá verificar a través de la motivación del acto.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Arboleda Perdomo, Enrique José. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Legis, 2012.
- Arenas Mendoza, Hugo Andrés. *Derecho administrativo*, 96 y ss. 1.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Legis, 2020.
- Blanco Valdés, Roberto L. *La construcción de la libertad*. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Alianza Editorial, 2021.
- Cassagne, Juan Carlos. *El control judicial de la discrecionalidad administrativa - VII Jornadas Hispano Argentinas de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- Cassagne, Juan Carlos. "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 67. Madrid: Civitas, 1990.
- Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico: Construcción teórica y análisis jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del control judicial*, 64-66. España: Civitas, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. "Arbitrariedad y discrecionalidad". En *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, de VV. AA. Madrid: Civitas, 1991.

- Fernández Rodríguez, Tomás Román. *Curso de derecho administrativo*. Vol. I. Madrid: Civitas, 1999.
- García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 5.<sup>a</sup> ed. Madrid: Civitas, 1999.
- Marín Hernández, Hugo Alberto. *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo III. *Los principios de constitucionalidad y legalidad*. España: Boletín Oficial del Estado, 2015.
- Murillo Mena, Jessica. *Facultades administrativas discrecionales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016.
- Navarro, María G. “Discrecionalidad administrativa”. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (sep., 2012-feb., 2013): 202.
- Penagos, Gustavo. *El acto administrativo*. Tomo II. 6.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Doctrina y Ley, 1997.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Sayagués Lasso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1974.
- Suárez Tamayo, David. “Derecho administrativo y los veinte años de la Constitución: Ley 1437 del 2011”. En *El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991*, coordinado por Miguel Malagón Pinzón. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013.
- Younes Moreno, Diego. *Curso de derecho administrativo*. 9.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis, 2014.
- Zanobini, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 6.<sup>a</sup> ed. Milán: Giuffrè, 1950.

## Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 22 de octubre de 1975.
- Consejo de Estado. Sentencia con Rad. 11001-03-26-000-1995-3074-01(13074). 30 de noviembre del 2006. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado. Sentencia con Rad. 54001-23-31-000-1999-01305-01(9460-05). 19 de julio del 2007. C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Consejo de Estado. Sentencia con Rad. 11001-03-26-0001997-13503-00(13503). 31 de octubre del 2007. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

- Consejo de Estado. Sentencia con Rad. 250002325000199902672 01(4249-2004). 1.º de noviembre del 2007. C.P. Jesús María Lemos Bustamante.
- Consejo de Estado. Sentencia 540 del 2011. 8 de junio del 2011. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado. Sentencia con Rad. 52001-23-31-000-1997-08715-01(21023). 27 de junio del 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Sentencia con Rad. 25000-23-25-000-2006-055536-02(2256-11). 2 de mayo del 2013. C.P. Alfonso Vargas Rincón.
- Consejo de Estado. Sentencia 00128 del 2016. 19 de agosto del 2016. C.P. Germán Alberto Bula Escobar.
- Corte Constitucional. Sentencia C-350 del 2009. 20 de mayo del 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-539 del 2011. 6 de julio del 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia T-265 del 2013. 13 de mayo del 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia C-435 del 2013. 10 de julio del 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.



## CAPÍTULO 16

# EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES: REFLEXIONES SOBRE SU CONTENIDO, ALCANCE Y FUNCIONES EN COLOMBIA\*

Edier Alberto Alzate Sanabria

### INTRODUCCIÓN

A partir de la Constitución Política de 1991, Colombia adoptó la concepción de un Estado social de derecho para reflejar un cambio de paradigma en su configuración y en sus fundamentos, al entender que la razón de ser del Estado es la efectiva garantía de los derechos humanos, además del cumplimiento y la protección de los fines sociales, a través de mecanismos concretos que tienen como pretensión la efectividad de las prerrogativas fundamentales<sup>1</sup>. En este contexto se consagraron y adoptaron un conjunto de principios orientadores para el funcionamiento de las ramas del poder, dentro de los que puede destacarse el principio de progresividad de los derechos constitucionales. Este principio busca el mejoramiento permanente y constante de las condiciones de vida de los seres humanos<sup>2</sup>, mediante acciones que conlleven al progreso gradual de los amparos consagrados, en términos de reconocimiento, garantía, protección y efectividad.

Dicho lo anterior, el presente escrito tiene como propósito principal analizar el contenido que el principio de progresividad ha tenido a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, para indagar sobre sus funciones y su alcance en el ordenamiento jurídico colombiano. Para alcanzar esta finalidad, el texto se estructurará en cuatro partes: en la primera se describirá en qué consiste y cuáles son los fundamentos jurídicos del principio de progresividad de los derechos constitucionales; en la segunda se explicarán cuáles son los elementos estructurales del principio de progresividad; en la tercera se abordarán las

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.16>.

1 Edier Alzate, *Responsabilidad del Estado por actos terroristas: Estudio de derecho comparado entre Colombia y España* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020), 182.

2 Samir Díaz, "El principio de progresividad en el derecho colombiano: Revisión teórico-jurídica", en *Criterio Libre Jurídico* 16, n.º 2 (jul.-dic., 2019): 3.

funciones y los aportes que genera la aplicación del principio de progresividad de los derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano; y, por último, se hará el cierre y se enunciarán las conclusiones.

Cabe anotar que para desarrollar la investigación se implementó una metodología cualitativa, con la finalidad, desde el ámbito jurídico, de efectuar una caracterización sobre cuál ha sido la forma en que se ha aplicado el principio de progresividad y analizar las funciones que este ha desempeñado en el sistema jurídico.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Como se indicó al inicio, la Constitución Política vigente introdujo un cambio en la concepción de Estado en Colombia<sup>3</sup>, y, como consecuencia de esto, se amplió el catálogo de derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales y colectivos reconocidos en favor de las personas y se establecieron diferentes mecanismos jurídicos para lograr su protección<sup>4</sup>.

Para alcanzar este cometido, la Asamblea Nacional Constituyente consagró un conjunto de principios, valores, derechos, deberes y disposiciones que integran un cuerpo normativo garantista y amplio, y, a su vez, otorgó la posibilidad para que el ordenamiento interno se nutra continuamente de los tratados internacionales ratificados por Colombia vía bloque de constitucionalidad<sup>5</sup>, así como de los parámetros y principios surgidos en el derecho internacional. Esto ha permitido que se tengan más y mejores herramientas jurídicas para avanzar en el cometido de la realización paulatina de los derechos constitucionales.

En este esquema ha tomado relevancia el principio de progresividad de los derechos constitucionales, al convertirse en un referente para la realización del Estado social de derecho<sup>6</sup>. Así las cosas, para tener un mejor entendimiento del principio de progresividad, a continuación se describirá en qué consiste y cuáles son sus fundamentos jurídicos.

3 Constitución Política de 1991, artículo 1.º: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

4 Néstor Calvo, “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, *Revista VIS IURIS* 1, n.º 1 (ene.-jun., 2014): 142.

5 Constitución Política de 1991, artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia...”.

6 Calvo, “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, 149.

El principio de progresividad de los derechos es un mandato de optimización<sup>7</sup>, es decir, una norma que establece que, en la mayor medida de las posibilidades y recursos del Estado<sup>8</sup>, se debe ampliar el nivel de protección de los derechos a través de su mejoramiento permanente y constante. La progresividad también implica el gradual progreso para lograr el pleno cumplimiento de las prerrogativas constitucionales, y la restricción de retroceder o disminuir en el nivel de protección que se había alcanzado en la efectividad de un determinado derecho<sup>9</sup>.

El fundamento del principio de progresividad consiste en que los Estados tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con sus recursos materiales y jurídicos, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de los derechos humanos<sup>10</sup>. En esta línea, algunos autores han señalado que “La progresividad es una de las principales características de los Derechos Humanos, y es concebido como la obligación del Estado de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr la plena efectividad de la faceta prestacional de los derechos constitucionales, lo cual es un elemento definitorio y estructural de los modelos del Estado garantista”<sup>11</sup>.

Sumado a esto, es menester mencionar que, en virtud del principio de progresividad, se ha intensificado la tendencia de extender los ámbitos de protección de los derechos de manera continua e irreversible, a través de medidas que pretenden incrementar el número, el contenido y el alcance de los amparos para su efectividad<sup>12</sup>. Esto se traduce en que la protección tiene una dirección hacia la ampliación, en lugar de que se apueste por una estructura restrictiva, además de una fuerte inclinación hacia la integración del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho nacional<sup>13</sup>.

En lo referente a los fundamentos jurídicos del principio, hay que mencionar que, si bien el principio de progresividad no es de origen nacional<sup>14</sup>, sí fue

7 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993), 86.

8 Díaz, “El principio de progresividad en el derecho colombiano: Revisión teórico-jurídica”, 2.

9 Rodrigo Uprimmy y Diana Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?: Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Dejusticia* (2006): 1.

10 Calvo, “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, 158.

11 Marina Méndez, Carlos Gilberto Rosero y Carlos Santiago Rosero, “Análisis jurídico del principio de progresividad y su vulneración en el régimen semiabierto”, *Revista Iustitia Socialis* 6, n.º 1 (2021): 667.

12 Pedro Nikken, “La protección de los derechos humanos: Haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH* 52 (2010): 86.

13 Nikken, “La protección de los derechos humanos: Haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, 42.

14 Roberto Mancilla, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 33 (jul.-dic., 2015): 83. “El principio de progresividad surge



incorporado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, la cual aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concertado en la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966. Este instrumento internacional estableció en su artículo 2.1 que

2.1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Y en el artículo 4.º consagró que “4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

Así mismo, a través de la Ley 16 de 1972 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como “Pacto de San Juan de Costa Rica”, firmado en 1969. Esta convención consagró en su artículo 26 la prerrogativa de desarrollo progresivo, a partir de la cual

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformados por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Ahora bien, algunos artículos de la Constitución Política de 1991 que se han vinculado<sup>15</sup> con la consolidación del principio de progresividad son los relacionados con el principio a la dignidad humana y la solidaridad<sup>16</sup>, los fines

---

en el derecho internacional, y tiene entre sus primeros antecedentes al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969”).

15 Díaz, “El principio de progresividad en el derecho colombiano: Revisión teórico-jurídica”, 7.

16 Constitución Política de 1991, artículo 1.º.

esenciales del Estado<sup>17</sup>, el derecho a la igualdad efectiva y real<sup>18</sup>, el mandato de progresividad de la seguridad social<sup>19</sup> y la intervención del Estado en la economía junto al principio de sostenibilidad fiscal<sup>20</sup>. Estas disposiciones constitucionales han contribuido en el proceso de consolidación de la progresividad como un referente en Colombia para la materialización de los postulados del Estado social de derecho, en la medida que han brindado herramientas de interpretación y elementos de juicio vitales en la toma de decisiones de las autoridades públicas, quienes, a través de sus estrategias, políticas y acciones, han contribuido para que se amplíen las condiciones de garantía y cobertura de los derechos humanos.

También se debe expresar que los mayores desarrollos del principio de progresividad en Colombia los ha realizado la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia. Así, por ejemplo, mediante la Sentencia C-046 del 2018, esta alta corte indicó que “El principio de progresividad se refiere a la forma en la que el Estado debe hacer efectiva la faceta prestacional de los derechos, lo cual implica que su eficacia y cobertura debe ampliarse gradualmente y de conformidad con la capacidad económica e institucional del Estado”<sup>21</sup>.

En este sentido, adoptando algunos lineamientos internacionales, la Corte ha indicado que en virtud del principio de progresividad se establecen dos obligaciones principales para el Estado. Por un lado, es indispensable avanzar mediante acciones positivas en la ampliación del ámbito de materialización del derecho y en la consolidación de instrumentos para su efectividad; y, por el otro, se debe limitar la posibilidad de disminuir el nivel de satisfacción alcanzado con anterioridad<sup>22</sup>.

17 Constitución Política de 1991, artículo 2.º: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”.

18 Constitución Política de 1991, artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados...”.

19 Constitución Política de 1991, artículo 48: “[...] El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley...”.

20 Constitución Política de 1991, artículo 334: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario...”.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-046 del 2018, 23 de mayo del 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

22 *Ibidem*.

Para cumplir con estos propósitos, la Corte Constitucional ha avanzado en la consolidación de un contenido orientador para el principio de progresividad, que incluye los siguientes parámetros:

(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos<sup>23</sup>.

Una vez esbozados los fundamentos básicos del principio de progresividad, se procederá con el estudio de sus elementos estructurales y el alcance que se les ha otorgado, con el fin de profundizar en algunos postulados que develarán el contenido del mandato de optimización, para así poder entender la forma en que este ha sido aplicado en el ordenamiento interno, esto en la parte final de este escrito.

## ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Con el propósito de orientar el estudio de los elementos estructurales que integran el principio de progresividad, de una forma ordenada y concreta, se abordarán los aspectos (1) progreso, (2) gradualidad, (3) base mínima, (4) aprovechamiento máximo de los recursos, y (5) prohibición de regresividad.

### Progreso

El primer elemento inherente al principio bajo análisis es el progreso, definido como la determinación de mejorar de forma continua el amparo y la garantía de los derechos constitucionales. Esta pretensión se ha establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, y tiene una influencia permanente en los ordenamientos internos que se orientan por sus preceptos, lo cual ha llevado a que en los sistemas jurídicos se adopten e implementen medidas encaminadas hacia la igualdad material y de oportunidades para los seres humanos.

23 Corte Constitucional, Sentencia C-486 del 2016, 7 de septiembre del 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

En esta línea, el mandato de progreso trae como consecuencia que el Estado tenga la obligación de avanzar en el proceso de la realización completa de los derechos constitucionales<sup>24</sup>. Igualmente, bajo este precepto se institucionaliza una visión en la que los derechos no son postulados estáticos ni péticos, sino que están en constante construcción, evolución y son prerrogativas del derecho en acción<sup>25</sup>.

Un aspecto para destacar en la pretensión de progreso, o también denominada mejora, es que por mucho tiempo se relacionó principalmente con los derechos económicos, sociales y culturales, sin embargo, es extensible y aplicable tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos colectivos, porque es necesario que las medidas de protección de los derechos sean integrales para todas las personas, como derivación de la interdependencia e indivisibilidad que son características inherentes en los derechos humanos<sup>26</sup>.

## Gradualidad

El segundo elemento es la gradualidad, que hace comprender que la efectividad de los derechos no se logra de manera inmediata o en un momento específico, sino que es necesario que se diseñen, implementen y evalúen planes, programas y políticas para que, en el corto, mediano y largo plazos, se mejoren las condiciones para la materialización de los derechos constitucionales<sup>27</sup>.

Para ilustrar este componente y dilucidar su importancia, vale la pena recordar concisamente el proceso paulatino de consagración de las conocidas generaciones de derechos, en el que se puede observar que la consistencia en los procesos de transformación social tiene una incidencia directa sobre el ámbito jurídico y se ha traducido en la creación de otros mecanismos de protección de derechos.

Es así como, en una primera instancia, en la etapa de transición de los Estados absolutistas hacia los Estados liberales entre los siglos XVII y XVIII, la primera consagración se centró en los derechos civiles y políticos. Posteriormente, tras conquistas de las revoluciones en el siglo XIX se instauraron los Estados sociales y hubo un amplio reconocimiento a los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, tras la evolución de los Estados sociales y la internacionalización del

24 Néstor Calvo, "Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana", *Memorando de Derecho* (2011): 69-70.

25 Luis Vásquez y Sandra Serrano, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad: Apuntes para su aplicación práctica* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011), 135.

26 Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos* (2016), 11.

27 *Ibidem*.

derecho constitucional, hubo una fuerte inclinación hacia el reconocimiento de los derechos colectivos, como son los derechos al medio ambiente sano, al desarrollo y a la paz<sup>28</sup>.

El ejemplo mencionado demuestra que, para alcanzar las pretensiones de la progresividad, es necesario que las autoridades públicas en ejercicio de sus funciones realicen ejercicios prospectivos, en los que se planteen estrategias en plazos razonables a partir de las necesidades sociales, con el fin de que las acciones concretas a implementar tengan resultados con el paso del tiempo y contribuyan a la realización, el mantenimiento y el avance de los derechos humanos.

### Base mínima

El tercer elemento es la garantía de protección de una base mínima para los derechos constitucionalmente protegidos, porque se entiende que estos son prerrogativas soportadas en la dignidad humana, cuya efectividad es indispensable para el desarrollo integral de los seres humanos<sup>29</sup>. En este sentido, la consagración de los derechos constitucionales es el punto de partida para que se determine el núcleo esencial de los amparos y se establezca el nivel de protección mínimo que se debe garantizar, y de allí pueda procederse con la formulación de las medidas y los mecanismos que contribuirán con su mejora y materialización.

Cabe mencionar que para la determinación de esta base mínima es posible recurrir a distintos instrumentos, ya que, desde la misma Constitución Nacional, así como en los tratados internacionales, las leyes, los decretos y la jurisprudencia de las altas cortes, pueden establecerse parámetros de obligatorio cumplimiento que señalen las condiciones básicas sobre las que toda persona tiene protección jurídica<sup>30</sup>, que, a la vez, son los lineamientos en torno a los cuales se crean socialmente unas bases para la seguridad jurídica y la confianza legítima.

David Landau ha explicado que la necesidad de establecer una base mínima se relaciona con una regla de priorización, dado que el Estado cuenta con una

28 Rafael Aguilera y Rogelio López, *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011), 51.

29 Méndez, Rosero y Rosero, "Análisis jurídico del principio de progresividad y su vulneración en el régimen semiabierto", 665.

30 Vázquez y Serrano, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*, 160: "El elemento a resaltar cuando pensamos en el principio de progresividad es que en materia de implementación este principio aplica por igual a derechos civiles y políticos y a derechos económicos, sociales y culturales, porque siempre habrá una base mínima que deba atenderse, pero sobre ella los Estados deberán avanzar en su fortalecimiento. Los Derechos Humanos codificados en tratados internacionales no son más que un mínimo; su progresión está en manos de los Estados, por lo que las medidas que adopte deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones".

cantidad de recursos limitados y se requiere que estos se inviertan de forma óptima para asegurar la atención de las necesidades básicas y que los ciudadanos disfruten de un nivel mínimo de satisfacción de sus derechos fundamentales, con el fin de garantizar unas condiciones esenciales que atiendan los postulados de la dignidad humana<sup>31</sup>.

Desde esta perspectiva, se ha afianzado una postura en el ordenamiento jurídico colombiano en la que se restringe el desconocimiento de los “mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población”<sup>32</sup>.

Expresado lo previo, se puede decir que al entender que los derechos humanos son prerrogativas inherentes a las personas, hay una apuesta por hacerlos realidad y cumplir con la vocación de progreso, por lo que en cada Estado se fijan unos estándares básicos de protección, que deben ser extendidos en favor de los individuos. Este ha sido el camino por el que se han ampliado sucesivamente los mecanismos para la defensa de los derechos humanos, tanto en el ámbito interno como a nivel internacional<sup>33</sup>.

### Aprovechamiento máximo de los recursos

El cuarto elemento es el aprovechamiento máximo de los recursos, que funciona en la lógica del principio de eficiencia, al considerar que no se cuentan con fuentes ilimitadas por parte de las autoridades públicas para cumplir con los cometidos constitucionales. Así las cosas, el funcionamiento del Estado debe estar orientado hacia la optimización de los recursos que tiene a su disposición y a la maximización de los resultados, en un marco de gradualidad y progreso en el proceso de construcción de bases adecuadas para la materialización de los postulados constitucionales y la efectividad de los derechos reconocidos.

31 David Landau, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015), 419.

32 Corte Constitucional, Sentencia T-025 del 2004, 22 de enero del 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

33 Nikken, “La protección de los derechos humanos: Haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, 71.

La Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia C-507 del 2008 que

La Constitución Colombiana consagra un catálogo amplio de derechos sociales, pero somete la actuación del Estado en esta materia, al llamado principio de progresividad. En este sentido, la Constitución admite que la satisfacción plena de los derechos sociales exige una inversión considerable de recursos públicos con los cuales el Estado no cuenta de manera inmediata. Por ello, dada la escasez de recursos, la satisfacción de los derechos sociales está sometida a una cierta gradualidad progresiva, lo que la Corte Constitucional, ha entendido que, en general, la obligación del Estado en materia de derechos sociales, es la de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos posibles, para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos<sup>34</sup>.

En este orden de ideas, un determinante para el cumplimiento del principio de progresividad está centrado en que efectivamente se haga uso del máximo de los recursos disponibles, para atender las necesidades de la población con un enfoque de priorización para la concreción de las bases mínimas de protección de los derechos consagrados, haciendo que las autoridades públicas no solo deban recurrir a los recursos económicos, sino también optimizar los recursos tecnológicos, institucionales y humanos<sup>35</sup>.

### Prohibición de regresividad

El quinto elemento que está directamente relacionado con las finalidades de la progresividad es la llamada prohibición de regresividad. Esta regla<sup>36</sup> sostiene que no se deben desmejorar las condiciones de protección y efectividad de los derechos humanos, razón por la que, una vez logrado el avance en el disfrute de los amparos, el Estado no podrá disminuir el nivel alcanzado, salvo en ciertas circunstancias debidamente justificadas.

Al interior de la doctrina, Christian Courtis introdujo dos nociones de regresividad. Por un lado, se refirió a la noción de regresividad de resultados, a partir

34 Corte Constitucional, Sentencia C-507 del 2008, 21 de mayo del 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

35 Vásquez y Serrano, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*, 163.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-046 del 2018, 23 de mayo del 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: “La jurisprudencia más reciente ha determinado que el principio de progresividad es separable de la regla de no regresividad y que son categorías jurídicas diferenciables aunque interrelacionadas. Así, ha dicho que entre las mismas existe una relación de género y especie, en la que la regla, es decir, la no regresividad es una manifestación del principio e implica una obligación de no hacer para el Estado, pero sobre todo se desprende del principio de interdicción de la arbitrariedad. Por otro lado, el principio de progresividad supone obligaciones de hacer con miras a garantizar, gradual y sucesivamente la plena efectividad de los derechos, en el contexto de las capacidades económicas e institucionales del Estado”.

de la cual una política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados son valorados a partir de indicadores y referencias empíricas, y estos exhiben una desmejora en comparación con un punto de partida elegido con una temporalidad anterior como parámetro; y, por otro lado, postuló la noción de regresividad normativa, que señala que una norma es regresiva cuando al compararla con la norma que ha modificado o sustituido se determina que la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior<sup>37</sup>.

Es importante destacar que la prohibición de regresividad se fundamenta en tres postulados jurídicos, como son la confianza legítima, la seguridad jurídica y el deber del Estado de realizar progresivamente los derechos. Es decir, se pretende que con la atención de este lineamiento se restrinja la arbitrariedad, se reduzcan los cambios abruptos en la legislación que desfavorezcan a las personas y se consolide un sistema jurídico garantista y coherente<sup>38</sup>.

Con base en la prohibición de regresividad se entiende que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, se ve menguada la libertad de configuración que tiene el legislador en materia de derechos, ya que en principio todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse como inconstitucional, motivo por el cual deberá ser sometido a un control judicial estricto. En este sentido, para que la medida pueda ser considerada como constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen justificaciones suficientes que constatan su necesidad en el desarrollo de un derecho<sup>39</sup>.

Como han expresado Luis Daniel Vásquez y Sandra Serrano, la prohibición de regresividad

indica que una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá, salvo en ciertas circunstancias, disminuir el nivel alcanzado. Este principio debe observarse en las leyes, políticas públicas, decisiones judiciales y, en general, en toda conducta estatal que afecte derechos. Se trata de un análisis sustantivo sobre las decisiones estatales; es decir, que los contenidos asignados a su actividad no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho. Se trata de evaluar a quién beneficia la medida, a quién perjudica, en qué medida cumple el derecho y, en su caso, cómo lo amplía. De disminuir su alcance en alguna forma estaremos frente a una regresión prohibida<sup>40</sup>.

37 Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006), 3-4.

38 Uprimmy y Guarnizo, "¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?", 17.

39 Corte Constitucional, Sentencia C-671 del 2002, 20 de agosto del 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

40 Vásquez y Serrano, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*, 163.



Cabe anotar que la prohibición de regresividad no es absoluta, como tampoco lo son los derechos humanos, porque deben valorarse las situaciones específicas en las que el Estado no puede mantener los niveles de garantía alcanzados, principalmente por razones de índole económica que atentan contra la sostenibilidad fiscal, por lo que se han permitido medidas que reducen el nivel logrado luego de aplicar juicios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>41</sup>.

Respecto a la aplicación del juicio de proporcionalidad, hay que tener en consideración lo expresado por la Corte Constitucional:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes<sup>42</sup>.

Bajo esta lógica, para que una medida regresiva supere el juicio de proporcionalidad debe demostrar de forma suficiente y pertinente los siguientes supuestos:

- (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afecta el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparea<sup>43</sup>.

41 Carlos Bernal, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005), 82: "El principio de proporcionalidad es la más significativa de estas restricciones. Según este principio, en el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción de los derechos fundamentales sino sólo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de un fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites de los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales".

42 Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 1996, 23 de enero de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

43 Corte Constitucional, Sentencia C-228 del 2011, 30 de marzo del 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Con este panorama puede afirmarse que el principio de progresividad y la regla de prohibición de regresividad tienen un vínculo estrecho y son complementarios, puesto que ambos buscan que las autoridades públicas hagan su mayor esfuerzo para la realización de los derechos constitucionales a través de acciones que maximicen los beneficios de las personas, en una lógica de mejora continua y con los recursos disponibles. Y que en el evento que se deba tomar una decisión hacia la regresión, la misma obedece a una necesidad suficientemente soportada, ya que se agotaron todos los recursos previos para evitarla, se evaluaron estrictamente las alternativas posibles, se eligió la menos lesiva y se tiene como finalidad el avance del conjunto de derechos reconocidos<sup>44</sup>.

## FUNCIONES DEL PRINCIPIO Y APORTES AL SISTEMA JURÍDICO

Para abordar el análisis final propuesto en el presente escrito se procederá con la enunciación y explicación de las principales funciones que ha ejercido el principio de progresividad de los derechos constitucionales en el ordenamiento colombiano, incluyendo los aportes que ha hecho al sistema jurídico.

### Estándar jurídico

La primera aplicación que se destaca del principio de progresividad es que se ubica como un estándar jurídico que vincula a las diversas autoridades públicas instituidas en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. De acuerdo con esto, la progresividad se ha constituido en un mandato aplicable a todas las ramas del poder público, y en un límite a las normas y medidas públicas tomadas por estas, porque, *a priori*, deben mejorar las condiciones para lograr los cometidos del Estado constitucional y no pueden disminuir el nivel de protección alcanzado ni crear obstáculos<sup>45</sup>.

La Corte Constitucional expuso en la Sentencia T-025 del 2004 esta doble connotación del estándar, de la siguiente manera:

De lo anterior se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una

44 Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios”, 40-41.

45 Calvo, “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”, 158.

igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”. Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos<sup>46</sup>.

Como complemento a lo referido, se enuncia que la progresividad, “al ser una garantía de carácter sustantivo, veda al legislador —negativo y positivo—, y al particular del poder reglamentario, de la potestad de acoger reglamentaciones o resoluciones que deroguen, reduzcan, o hagan resurgir obstáculos que limitan el nivel de protección alcanzado en los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>47</sup>. En breves palabras, en materia constitucional, el mandato de progresividad es un límite competencial de las autoridades públicas, puesto que las interpretaciones y mutaciones constitucionales deben estar sujetas a este principio<sup>48</sup>.

Ante este panorama, hay que anotar que un aporte de la progresividad se relaciona con que se ha consolidado como un instrumento para la protección de los derechos humanos, que fija unas bases mínimas para su amparo y efectividad, y que no permite limitar los derechos sin fundamentos suficientes<sup>49</sup>. Cabe hacer énfasis en que “no solo se trata de un principio aplicable a medidas progresivas desde el punto de vista de los cambios en las leyes, sino que también se extiende al plano jurisprudencial en el que las altas cortes en su función de unificar, no deben desatender los mandatos de progresividad y no regresividad”<sup>50</sup>.

46 Corte Constitucional, Sentencia T-025 del 2004, 22 de enero del 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

47 José Guillermo Espinosa, “El principio de progresividad y no regresividad laboral en el cambio jurisprudencial: Examen del beneficio de incremento pensional por persona a cargo”, *Opinión Jurídica* 20, n.º 42 (jul.-dic., 2021): 191.

48 Mancilla, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, 83.

49 Como se señaló previamente, para que se apruebe una medida regresiva es necesaria la aplicación del juicio de proporcionalidad, que indica que la decisión debe demostrar que es idónea y necesaria para contribuir con la obtención del resultado esperado, además de ser proporcional, al pretender un equilibrio entre los beneficios de su implementación y los perjuicios que produce. Bernal, *El derecho de los derechos*, 82.

50 Espinosa, “El principio de progresividad y no regresividad laboral en el cambio jurisprudencial”, 181.

## Criterio de interpretación judicial y parámetro de control constitucional

La segunda función del principio de progresividad es ser un criterio de interpretación judicial, y, muy especialmente, hay que destacar que es un parámetro del control constitucional aplicado por la Corte Constitucional en el ejercicio de sus competencias. Es decir, el principio de progresividad ha contribuido a la labor de los jueces en todas sus instancias, para que estos puedan tomar decisiones acordes a las necesidades fácticas y jurídicas de los procesos que llegan a su conocimiento, y se apliquen con un enfoque garantista las prerrogativas establecidas en los órdenes constitucional, legal y jurisprudencial para la protección de los derechos humanos.

Es importante resaltar que, en las últimas décadas, la labor de las altas cortes en Colombia ha tomado especial preponderancia debido a que, con las pretensiones de contribuir en la resolución de problemas públicos complejos y de amparar los derechos constitucionalmente consagrados, han intervenido en las etapas de las políticas públicas y han establecido lineamientos para orientar el accionar de los poderes ejecutivo y legislativo<sup>51</sup>. En específico, las altas cortes se han convertido en actores en el ámbito de las políticas públicas, al punto en que han influido en su formulación, implementación, seguimiento y modificación, en contextos en que se exhibe la necesidad de promover cambios sociales desde la institucionalidad del Estado<sup>52</sup>.

En este escenario, el principio de progresividad, al ser un criterio de interpretación judicial y un parámetro para el control constitucional, se ha exhibido como un depurador del ordenamiento constitucional y ha funcionado como un principio de autopreservación<sup>53</sup>. Igualmente, ha contribuido para que las cortes, a través de sus sentencias, restrinjan las medidas regresivas que no tienen la suficiente justificación y fijen parámetros para la realización de los derechos por parte de las autoridades públicas, teniendo una inclinación importante hacia los amparos con contenido prestacional y a la mejora de sus niveles de efectividad. Sobre este aspecto, Néstor Calvo ha indicado que

El principio de progresividad ha sido aplicado por la jurisprudencia colombiana, como parámetro de control de constitucionalidad en abstracto y en concreto, en la efectividad de los derechos al trabajo, a la salud, a la seguridad social en pensiones, a

51 Juan Carlos Henao, “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional* 15, n.º 29 (2013): 71.

52 Diego Alejandro Celis, *Corte Constitucional y políticas públicas: Una aproximación teórica* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019), 39.

53 Mancilla, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, 83.

la educación, al acceso a la propiedad, a la vivienda, al goce del medioambiente, de las personas con discapacidad y de los desplazados, y a la reparación integral a cargo del Estado en casos de responsabilidad extracontractual; así como también en la previsión de garantías judiciales para la exigibilidad de los derechos<sup>54</sup>.

En pocas palabras, el mandato de progresividad ha coadyuvado para que las altas cortes, a través de sus sentencias, formulen remedios en situaciones complejas, participen de forma activa en la resolución de problemas sociales y políticos de alto impacto, y, además, limiten las acciones que pueden vulnerar los niveles de protección logrados. Por esta razón, el principio se ha consolidado como una base en el ordenamiento jurídico para que los operadores judiciales sean garantes del orden constitucional, promuevan la seguridad jurídica y la coherencia del sistema, impulsen acciones públicas con implicaciones sobre las demás ramas del poder para avanzar en la protección de los sectores vulnerables, y ejerzan un rol de control respecto a decisiones que puedan ser regresivas.

A manera de ilustración puede decirse que el principio ha colaborado para que la Corte Constitucional intervenga en problemas públicos, como es el caso del desplazamiento forzado, es así que mediante la Sentencia T-025 del 2004 declaró el estado de cosas inconstitucional y ordenó a las entidades competentes la formulación de programas para la atención integral de la población afectada, además de otorgar una serie de lineamientos específicos para la formulación de la batería de indicadores de seguimiento sobre las intervenciones públicas efectuadas<sup>55</sup>.

### Dinamizador del sistema jurídico

La tercera connotación del principio es haberse configurado como un instrumento dinamizador del ordenamiento jurídico colombiano, en tanto que impulsa continuamente la evolución y mejora de los mecanismos para el amparo de los derechos constitucionales. Debe anotarse que la finalidad de la progresividad implica la materialización de la dignidad humana, haciendo que las normas y políticas públicas deban encaminarse hacia la construcción, el desarrollo y la consolidación de mejores condiciones de vida para la población.

En este sentido, la Corte Constitucional fijó en la Sentencia C-038 del 2004 uno de los referentes más importantes para el entendimiento del principio de progresividad, al decir

54 Calvo, "Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales", 150.

55 Landau, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*, 248.

[...] que el Estado tiene la obligación de iniciar el proceso de realización completa de los derechos sociales. Ha establecido la jurisprudencia constitucional que el mandato de progresividad en materia de derechos sociales no tiene un contenido puramente retórico ni es una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos, ya que tiene implicaciones jurídicas específicas destinadas a lograr una sociedad más justa, por lo que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos. Lo anterior implica por un lado, el reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales y, por otro lado, el deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos. Y una vez alcanzado un determinado nivel de protección, el legislador está restringido a establecer retrocesos frente al nivel de protección alcanzado en materia de derechos sociales<sup>56</sup>.

En esta decisión judicial, la Corte Constitucional precisó que, en virtud del principio de progresividad, el Estado tiene la obligación de avanzar en el proceso para la completa realización de los derechos constitucionales reconocidos, haciendo énfasis en que se deben reconocer prestaciones y protecciones para su efectividad, con el propósito de que se fijen unos contenidos mínimos de esos derechos que deben cumplirse sin excepción y mejorarse dentro de los recursos disponibles<sup>57</sup>.

A su vez, hay que señalar que la Corte Constitucional ha reiterado que las autoridades públicas tienen la obligación de corregir las visibles desigualdades sociales, facilitando la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, además de estimular la mejora progresiva de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad<sup>58</sup>.

En este marco, se puede afirmar que el principio de progresividad como dinamizador ha aportado en los procesos de cambio y mejoramiento del ordenamiento jurídico, al orientar el desempeño de las funciones encomendadas a las autoridades públicas hacia la evolución y la adaptación de las acciones del Estado, para que los derechos humanos sean postulados cada vez más tangibles y reales que puedan responder a las necesidades de la población y reduzcan las brechas sociales.

56 Corte Constitucional, Sentencia C-038 del 2004, 27 de enero del 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

57 *Ibidem*.

58 Corte Constitucional, Sentencia T-025 del 2004, 22 de enero del 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

## Herramienta para la integración del derecho internacional de los derechos humanos

La cuarta función para resaltar es que el principio de progresividad ha servido como una herramienta para la integración entre el ordenamiento interno y el derecho internacional de los derechos humanos, que ha propiciado una relación permanente y estrecha, en la que los actores de ambos ámbitos se nutren de forma recíproca para la creación de las normas y en los ejercicios de interpretación jurídica en los que se les brinda contenido a estas<sup>59</sup>. Al respecto, se puede decir que, a nivel interno, “la adopción de parámetros del derecho internacional de los Derechos Humanos conlleva al establecimiento de obligaciones a cargo del Estado, para que este desarrolle las condiciones estructurales necesarias para la realización, mantenimiento y avance de los Derechos Humanos”<sup>60</sup>.

Hay que iterar que uno de los principales mecanismos que ha permitido la interacción entre el ordenamiento colombiano y el derecho internacional con la aplicación del principio de progresividad es el bloque de constitucionalidad, que ha sido definido como el conjunto de normas y principios que, sin estar escritos formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de esta<sup>61</sup>, al tener como referencia los artículos 93, 94<sup>[62]</sup>, 53<sup>[63]</sup>, 101<sup>[64]</sup> y 214<sup>[65]</sup>.

59 César Rodríguez y Diana Rodríguez, *Cortes y cambio social* (Bogotá: Colección de Justicia, 2010), 15: “En un giro paradójico de la historia social y jurídica, precisamente uno de los países con violaciones más graves de los Derechos Humanos ha pasado a ser exportador neto de jurisprudencia constitucional y de innovaciones institucionales para asegurar el cumplimiento de las decisiones ambiciosas sobre derechos. Hoy en día, en efecto, la jurisprudencia de la Corte es citada con entusiasmo por tribunales latinoamericanos y de otras partes del mundo, y suele ser incluida en los estudios comparados sobre jurisprudencia constitucional”.

60 Vásquez y Serrano, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad: Apuntes para su aplicación práctica*, 135.

61 Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998, 6 de noviembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

62 Constitución Política de 1991, artículo 94: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

63 Constitución Política de 1991, artículo 53: “[...] Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna...”.

64 Constitución Política de 1991, artículo 101: “[...] 2. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación...”.

65 Constitución Política de 1991, artículo 214: “[...] 2. No podrán suspenderse los Derechos Humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos...”.

De forma específica, teniendo como base el mandato de progresividad, los operadores jurídicos nacionales han tomado como referencia desarrollos normativos de origen internacional, a partir de los postulados del bloque de constitucionalidad, para sustentar sus decisiones e incorporar lineamientos a nivel local que ayuden a resolver los problemas sociales. Así las cosas, gracias a los mandatos de mejora y progreso gradual en el marco de la tendencia hacia la internacionalización del derecho, el ordenamiento jurídico colombiano se ha visto permeado e influenciado por las disposiciones en materia de protección y efectividad de los derechos humanos creadas a nivel internacional.

Adicionalmente, se ha producido un diálogo continuo entre los jueces nacionales y los jueces del Sistema Interamericano para la Protección de Derechos Humanos, que ha permitido que se incorporen instrumentos a nivel nacional creados en la jurisprudencia internacional, como son los desarrollos respecto a los derechos reconocidos en la CADH y los mecanismos de reparación integral adoptados por la Corte Interamericana, para proteger con mayor eficacia los derechos de los ciudadanos que acuden a la administración de justicia<sup>66</sup>.

Jaime Eduardo Araque ha dicho sobre este aspecto que

la aplicación de justicia ha variado profundamente en las últimas décadas a escala mundial, con la aparición de sistemas jurídicos supranacionales, que generan nuevas fuentes de derecho para los Estados y desarrollan instituciones con la facultad de interferir en asuntos de carácter interno, y así repercutir directamente en la soberanía nacional. De esa forma un pilar del Estado de derecho, como lo es la administración de justicia y la potestad de aplicarla por un juez local, ha sufrido un cambio notable, ya que los operadores judiciales están sujetos a la normativa interna y a instrumentos jurídicos internacionales, así como también jueces supranacionales pueden proferir decisiones que inciden en los intereses de un Estado<sup>67</sup>.

En suma, el principio de progresividad ha facilitado la adopción de medidas y recomendaciones provenientes del sistema internacional, para que los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos incrementen los estándares de garantía y se atiendan las medidas internacionales que amplían las prerrogativas que reconocen unas condiciones de vida digna en torno a la libertad, la igualdad material, la vivienda, la educación, la salud, las condiciones laborales y el ambiente sano.

66 Alzate, *Responsabilidad del Estado por actos terroristas*, 77.

67 Jaime Eduardo Araque, *El daño a bienes y derechos convencional o constitucionalmente protegidos* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2022), 7.



## Instrumento que estimula la deliberación democrática

La quinta y última connotación del principio lo presenta como un instrumento que estimula la deliberación democrática, porque en el proceso de mejora y adaptación del sistema jurídico, este facilita la interacción entre actores de la sociedad para la resolución de problemas públicos. Así, pues, al entender que la progresividad aplica por igual a derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos, es necesario que la sociedad misma avance en su fortalecimiento conjunto, garantizando la participación de los distintos sectores sociales y atendiendo las bases mínimas fijadas en la Constitución y en los tratados internacionales para la protección de derechos humanos<sup>68</sup>.

Si bien el Estado tiene un alto grado de responsabilidad y está en la obligación de liderar el proceso de progresión de los derechos constitucionales, es importante que las medidas a adoptar sean debatidas y tengan en cuenta las posturas de diversos actores, en busca de lograr una concertación en la que el interés general y la materialización de los fines del Estado conlleven a tomar decisiones favorables, idóneas, necesarias y proporcionales para la población.

Se debe mencionar que en el marco de un Estado social de derecho, las decisiones deben atender los principios de participación ciudadana y democracia deliberativa, para que los derechos se adapten a las necesidades sociales y se implementen programas que contribuyan con la formulación de alternativas de solución para problemas públicos. En esta línea, al reconocer la fuerza normativa del principio de progresividad, se controvierte la petrificación del sistema jurídico, y se incrementan las opciones para reevaluar y mejorar las políticas sociales mediante la deliberación democrática.

En términos prácticos, se pueden esbozar dos consecuencias naturales de lo expuesto. En primera medida, en busca de hacer realidad los postulados del principio de progresividad, las autoridades públicas están en la facultad de convocar a representantes de los distintos sectores de la sociedad para que participen en la estructuración de nuevos cuerpos normativos y en el diseño de políticas públicas, que mejoren las condiciones de amparo y efectividad de los derechos constitucionales. Esta práctica ha sido frecuente en el Congreso de la República y la Corte Constitucional, los cuales citan a actores de la academia, de las organizaciones no gubernamentales, de las instituciones públicas y a la ciudadanía en general a audiencias públicas, para que presenten sus consideraciones respecto a las decisiones a tomar sobre algún asunto<sup>69</sup>.

68 Vázquez y Serrano, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad: Apuntes para su aplicación práctica*, 160.

69 Celis, *Corte Constitucional y políticas públicas: Una aproximación teórica*, 44.

En segunda medida, a partir del vínculo estrecho y directo del principio de progresividad con la prohibición de regresividad, surge la obligación para que las autoridades justifiquen, en forma pública y convincente, los eventuales retrocesos en la garantía de los derechos cuando se requiera la implementación de medidas regresivas<sup>70</sup>.

Para finalizar, se destaca que el principio de progresividad se integra con los fines del Estado social de derecho, demostrando que existe un vínculo de interdependencia con sus componentes democrático, participativo y pluralista. Esto genera que en la aplicación de este mandato de optimización se propicien escenarios de debate público, deliberación, negociación y formalización de acuerdos para aumentar el nivel de protección de las prerrogativas constitucionales.

## CONCLUSIONES

El principio de progresividad es un instrumento que se ha consolidado como un dinamizador del ordenamiento jurídico colombiano en las últimas décadas, al ser un estándar jurídico aplicable a todas las ramas del poder público, un criterio de interpretación judicial, un parámetro para el control constitucional, una herramienta integradora del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema interno y un estamento que propicia la deliberación democrática.

Sus aportes han tomado relevancia a partir del cambio cuantitativo y cualitativo que propuso la Constitución Política de 1991, porque ha contribuido en las siguientes décadas para que en el Estado social de derecho existan más y mejores herramientas para garantizar la justicia material y se avance en el logro de soluciones específicas que respondan a los problemas sociales. Por este motivo, el mandato de optimización ha sido aplicado a los derechos sociales, económicos y culturales que tienen un carácter programático; a los derechos civiles y políticos que son reconocidos como condiciones indispensables para la concreción de los fines del Estado; y también a los derechos colectivos con distintos desarrollos en la actualidad<sup>71</sup>.

Hay que recordar que la finalidad del principio es buscar la materialización de la dignidad humana y preservar las garantías del orden constitucional, haciendo que se centre en impulsar la mejora paulatina de los derechos humanos a

70 Uprimmy y Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?”, 18.

71 Ana María Muñoz Segura, “El principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana: Un propósito con carácter de justiciabilidad”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 11 (jul.-dic., 2010): 95-96.

través de políticas, programas y disposiciones normativas, y en establecer límites a las actuaciones del Estado y sus poderes constituidos, para que estos no restrinjan injustificadamente las condiciones de garantía alcanzadas<sup>72</sup>. Bajo esta perspectiva, la doble connotación del mandato de progresividad lleva implícita la conjugación de cinco componentes esenciales: (1) el progreso, (2) la gradualidad, (3) el establecimiento de una base mínima de protección, (4) el aprovechamiento máximo de los recursos, y (5) la prohibición de regresividad.

En últimas, el principio de progresividad va más allá de un elemento discursivo, en la medida que tiene implicaciones jurídicas y políticas que exigen medidas concretas de satisfacción aplicables a corto, mediano y largo plazo, al entender que no es posible lograr una cobertura inmediata y total de todos los amparos para todos los sectores de la sociedad. Así las cosas, partiendo del postulado que la mera consagración de derechos no produce un cambio por sí sola, es necesario que se promueva su desarrollo progresivo en el tiempo y en el espacio, y, además, que el ordenamiento jurídico se adapte a las nuevas realidades<sup>73</sup>.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Aguilera, Rafael y Rogelio López. *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli*, 49-82. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- Alzate, Edier. *Responsabilidad del Estado por actos terroristas: Estudio de derecho comparado entre Colombia y España*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020.
- Araque, Jaime Eduardo. *El daño a bienes y derechos convencional o constitucionalmente protegidos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2022.
- Bernal, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Calvo, Néstor. “Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana”. *Memorando de Derecho* (2011): 63-81.

72 Mancilla, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, 84.

73 Muñoz Segura, “El principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana: Un propósito con carácter de justiciabilidad”, 95-96.

- Calvo, Néstor. “Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales”. *Revista VIS IURIS* 1, n.º 1 (ene.-jun., 2014): 141-161.
- Celis, Diego Alejandro. *Corte Constitucional y políticas públicas: Una aproximación teórica*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*, 1-12. 2016. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/34-Principios-universalidad.pdf>.
- Courtis, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios”. En *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- Díaz, Samir. “El principio de progresividad en el derecho colombiano: Revisión teórico-jurídica”. *Criterio Libre Jurídico* 16, n.º 2 (jul.-dic., 2019): 1-13. <http://dx.doi.org/10.18041/1794-7200/clj.2019.v16n2.6405>.
- Espinosa, José Guillermo. “El principio de progresividad y no regresividad laboral en el cambio jurisprudencial: Examen del beneficio de incremento pensional por persona a cargo”. *Opinión Jurídica* 20, n.º 42 (jul.-dic., 2021): 181-208. <http://dx.doi.org/10.22395/ojum.v20n42a7>.
- Henao, Juan Carlos. “El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas”. *Revista de Economía Institucional* 15, n.º 29 (2013): 67-102.
- Landau, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Mancilla, Roberto. “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”. *Revista Cuestiones Constitucionales*, n.º 33 (jul.-dic., 2015): 81-103.
- Méndez, Marina, Carlos Gilberto Rosero y Carlos Santiago Rosero. “Análisis jurídico del principio de progresividad y su vulneración en el régimen semiabierto”. *Revista Institia Socialis* 6, n.º 1 (2021): 664-670. <http://dx.doi.org/10.35381/racj.v6i1.1520>.
- Muñoz Segura, Ana María. “El principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana: Un propósito con carácter de justiciabilidad”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 11 (jul.-dic., 2010): 93-109.
- Nikken, Pedro. “La protección de los derechos humanos: Haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Revista IIDH* 52 (2010): 55-140. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>.

Rodríguez, César y Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*. Bogotá: Colección de Justicia, 2010.

Uprimmy, Rodrigo y Diana Guarnizo. “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?: Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”. *Dejusticia* (2006): 1-25. [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_107.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_107.pdf).

Vásquez, Luis y Sandra Serrano. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad: Apuntes para su aplicación práctica*, 135-165. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

## Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996. 23 de enero de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. 6 de noviembre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-671 del 2002. 20 de agosto del 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T-025 del 2004. 22 de enero del 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-038 del 2004. 27 de enero del 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

Corte Constitucional. Sentencia C-507 del 2008. 21 de mayo del 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-228 del 2011. 30 de marzo del 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia C-486 del 2016. 7 de septiembre del 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-046 del 2018. 23 de mayo del 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

## CAPÍTULO 17

### EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA\*, \*\*

Diana Carolina Valencia-Tello

#### INTRODUCCIÓN

La búsqueda por la buena administración ha sido un propósito del derecho administrativo en todas las épocas, ya que para el adecuado funcionamiento del Estado es necesaria la formación de cuerpos administrativos que deben hacer cumplir la ley, recaudar impuestos, dirimir controversias, entre otras funciones asignadas en los ordenamientos jurídicos. Por esto, el derecho administrativo, como rama del derecho positivo, tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la administración pública frente a los administrados y a la comunidad<sup>1</sup>, para cumplir con el interés general y la protección de todos los individuos y las comunidades, mediante la limitación y racionalización del poder.

Desde la Revolución francesa, los ideales de libertad, igualdad y fraternidad entre los seres humanos han direccionado la formación del Estado moderno, siendo una de las técnicas principales para evitar la centralización y el abuso del poder la racionalización de su ejercicio en el Estado, para evitar privilegios y prerrogativas injustificadas, mediante el reparto de competencias bien delimitadas entre autoridades. Para esto, la doctrina dominante de la división de poderes de Montesquieu en el siglo XIX repartió el poder del Estado en el Legislativo,

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.17>.

\*\* Apartes de Diana Carolina Valencia-Tello y Daniel Wunder Hachem, “La buena administración pública en el siglo XXI: Análisis del caso colombiano”, *Veredas do Direito* 15, n.º 33 (2018): 101-130; Daniel Wunder Hachem y Diana Carolina Valencia-Tello, “Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasileiro”, *Revista digital de derecho administrativo*, n.º 21 (2019): 47-75, Universidad Externado; Diana Carolina Valencia-Tello, “Los desafíos de la buena administración en el control a la gestión de las entidades públicas colombianas”, en *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023).

1 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo*, 2.ª ed. (Bogotá: Editorial Universidad Externado-Tirant lo Blanch, 2023), 259.

encargado de formular normas inequívocas, el Ejecutivo, encargado de aplicar dichas normas, y el Judicial, encargado de dirimir las controversias conforme al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a medida que las sociedades se vuelven más complejas y las actividades reguladas por el Estado aumentan, se torna evidente que el legislador no puede prever todos los casos posibles, ni los nuevos desarrollos de la sociedad, por esto, el legislador debe limitarse a una formulación general de reglas, que cada operador jurídico debe interpretar, y en muchos casos regular, para permitir la aplicación de las normas<sup>2</sup>.

En este contexto, el derecho administrativo ha sido una herramienta fundamental para permitir la aplicación del derecho en nuestras sociedades, pero en algunas oportunidades ha permitido la creación de estructuras arbitrarias y en algunos casos autoritarias, en las que la interpretación de las normas no era acorde a las constituciones, ni a la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

Especialmente, a lo largo del siglo XIX, la necesidad de orden y seguridad jurídica ayudó a consolidar estructuras administrativas bajo la clave de unicidad de comando<sup>3</sup>, con funcionarios capaces de establecer la última decisión de forma unidireccional, esto es, sin permitir mayor crítica o participación de la ciudadanía.

Para Costa, la construcción del Estado como un aparato de comando durante la época de policía permitió mantener al Estado alejado de la sociedad, aunque aparentemente se buscaba informar y fomentar el desarrollo. Por esto, el Estado y la sociedad son dimensiones opuestas, puesto que la máquina del príncipe persigue la realización de valores propios que no coinciden con los de la sociedad que comanda<sup>4</sup>.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el principio de la buena administración pública en el siglo XXI representa una gran transformación del derecho administrativo, puesto que busca mejorar la relación del Estado con la ciudadanía mediante el diálogo y la comprensión de las necesidades y demandas de las comunidades y los ciudadanos para la materialización de los derechos fundamentales. Con esto, también se pretende fortalecer la democracia mediante la participación ciudadana y la rendición de cuentas efectiva.

2 Eveline Feteris, *Fundamentos de la argumentación jurídica: Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales* (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2007), 41-42.

3 Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política*, 13.ª ed. (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010), 430.

4 Pietro Costa, "Estado de Direito e direitos do sujeito: O problema dessa relação na Europa Moderna", en *História do Direito em Perspectiva: Do Antigo Regime à Modernidade*, organizado por Ricardo Marcelo Fonseca y Airton Cerqueira Leite Seelaender (Curitiba: Editora Juruá, 2008), 66.

Los principios como punto de partida para la interpretación del ordenamiento jurídico determinan valores y criterios que deben tenerse en cuenta para estructurar argumentos jurídicos y, por esto, cuando el principio de la buena administración pública determina la centralidad del ser humano como principio y fin del Estado, obliga a repensar muchas instituciones y procedimientos administrativos que en muchas oportunidades no han tenido en cuenta a las personas.

Aunque existen diversas formas de interpretar las normas jurídicas, en todos los sistemas jurídicos se suele exigir que las decisiones jurídicas estén justificadas adecuadamente, para lo cual la aplicación de los principios en el derecho administrativo pueden ser una gran herramienta para decidir en un caso concreto<sup>5</sup>.

La correcta aplicación del ordenamiento jurídico implica un actuar coordinado y articulado de todos los elementos que lo componen, es decir, de principios, valores y reglas, con el objetivo de garantizar que toda decisión de la Administración pública se soporte en la legalidad y en la adecuada interpretación y aplicación del derecho<sup>6</sup>. En este contexto, el presente capítulo busca primero realizar algunas precisiones sobre los orígenes del derecho administrativo en el Estado liberal, para luego contrastar estas características con el derecho administrativo y la buena administración pública en el Estado constitucional y democrático de derecho. En la siguiente sección serán presentadas algunas precisiones sobre las nociones generales de buena administración pública en el siglo XXI.

## ORÍGENES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO LIBERAL

La consolidación del Estado moderno fue un largo proceso que requirió de varios siglos de luchas y de alianzas entre nobles y burgueses para centralizar el poder, declarando también la autonomía del monarca frente a la iglesia. Esto porque la Edad Media se caracterizó por la dispersión del poder en diversas autoridades, causando la existencia de diversos cuerpos normativos, jurisdicciones y cortes con diversos grados de legitimidad en las comunidades<sup>7</sup>. Para centralizar todo el poder en cabeza del Estado se deben resaltar dos aspectos fundamentales: el primero es la centralización de la facultad de hacer las leyes en el Estado, y el segundo, no menos importante, es la consolidación de un aparato administrativo

5 Feteris, *Fundamentos de la argumentación jurídica*, 28.

6 Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo*, 259.

7 Brian Z. Tamanaha, "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", *Sydney Law Review* 30 (2008): 375-411.



que representa al Estado y que tiene por objetivo hacer cumplir la ley, recaudar impuestos, juzgar, entre otros.

Para Weber, una de las principales características del Estado moderno es que institucionaliza un nuevo tipo de dominación legal que descansa en la validez de un derecho, establecido racionalmente, de forma tal que los miembros de la organización, cuando obedecen al jefe, “no obedecen a su persona sino al ordenamiento impersonal, y por lo tanto sólo están obligados a prestar obediencia dentro del ámbito de las competencias objetivas delimitadas racionalmente por el ordenamiento”<sup>8</sup>.

En este sentido, el inicio del Estado moderno se caracteriza por la racionalización del poder, el cual facilitó la ampliación de las estructuras administrativas según el modelo jerárquico y centralizado (que es una herencia del antiguo régimen monárquico), reforzando poco a poco las técnicas administrativas y ampliando el poder de las burocracias, conforme a las necesidades del momento<sup>9</sup>. En esta época, la imperiosa necesidad de orden y seguridad jurídica ayudó a consolidar las estructuras administrativas bajo la clave de unicidad de comando<sup>10</sup>, con funcionarios capaces de establecer la última decisión de forma unidireccional, esto es, sin permitir mayor participación de la ciudadanía. Al respecto, Alexis de Tocqueville afirma en su libro sobre el Antiguo Régimen y la Revolución: [...] “admito que la centralización es una gran conquista y estoy de acuerdo en que Europa nos envidia, pero sostengo que no es en absoluto una conquista de la Revolución. Es, por el contrario, un producto del Antiguo Régimen, y añadiré también que es lo único de la Constitución Política del Antiguo Régimen que ha sobrevivido a la Revolución, porque era lo único que podía acomodarse al nuevo Estado social que esta Revolución creó”<sup>11</sup>.

En consecuencia, en esta etapa inicial del Estado, la buena administración está relacionada con la centralización del poder, mediante la existencia de un cuerpo administrativo con capacidad de cumplir y hacer cumplir la ley para garantizar el orden y la seguridad jurídica que requerían las comunidades; siendo una de las prioridades evitar a toda costa el irrespeto a los principios de libertad e igualdad de todos los ciudadanos, proclamados por la Revolución, en aras de terminar con los antiguos privilegios de los nobles bajo el Antiguo Régimen.

8 Max Weber, *Sociología del poder: Los tipos de dominación* (Madrid: Alianza Editora, 2012), 78-79.

9 Jaime Rodríguez-Arana, *Aproximación al derecho administrativo constitucional* (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2009), 33.

10 Bobbio, Matteucci y Pasquino, *Diccionario de Política*, 430.

11 Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución* (Madrid: Minerva, 2010).

Por esto, Giannini afirma que, desde un punto de vista político, el derecho administrativo nace vinculado al autoritarismo, porque el carácter autoritario de la acción administrativa en relación con los ciudadanos es una técnica jurídica que nació por razones políticas en el Estado burgués<sup>12</sup>. Es importante, sin embargo, percibir que si la realidad política antes y después de la Revolución francesa era igualmente autoritaria, esto no significa que siguió siendo autoritaria de la misma manera<sup>13</sup>.

El carácter autoritario del derecho administrativo va a manifestarse de forma más clara en la Europa continental del siglo XIX, pues los discursos sobre los derechos y las libertades se basan más sobre el Estado y su derecho que sobre la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>14</sup>, llevando a que la limitación del Estado por el derecho se confunda con el imperio de la ley creado por el Parlamento. En este contexto, hablar de la centralidad de la dignidad del ser humano para justificar las decisiones de la Administración pública es toda una utopía.

Así, una buena administración pública es aquella que garantiza una dominación racional mediante una organización continua y reglada por cargos oficiales, la cual no solo debe garantizar la formación especializada del funcionario público para desempeñar el cargo, sino que, de manera adicional, debe delimitar objetivamente las esferas de competencia, determinando la distribución de obligaciones y la jerarquía de los cargos para efectos de ejercer controles y supervisión efectiva sobre las actividades realizadas por todo el aparato burocrático<sup>15</sup>.

Bajo la perspectiva racional, el derecho que rige el Estado se construye con base en la gran dicotomía entre lo público y lo privado; entre iguales y desiguales. Así, el Estado, representado por su Administración pública, se caracteriza por mantener relaciones desiguales, esto es, relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, entre quien tiene el poder de mandar y quien tiene el deber de obedecer<sup>16</sup>.

12 Massimo Severo Giannini, *Derecho administrativo*, vol. 1 (Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991), 67.

13 Sobre el tema véase Emerson Gabardo y Daniel Wunder Hachem, "O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: Uma crítica da crítica", en *Direito administrativo e interesse público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, coordinado por Romeu Felipe Bacellar Filho y Daniel Wunder Hachem (Belo Horizonte: Fórum, 2010).

14 Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*, 5.ª ed. (Madrid: Trotta, 2007), 108.

15 Weber, *Sociología del poder*, 79-81.

16 Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política* (México: FCE, 1989), 15.

En este orden de ideas, el derecho administrativo visto como derecho de Estado es creado con base en la idea de superioridad del Estado y su poder soberano sobre la sociedad. En contraposición al Estado se presentan las relaciones en la sociedad (sociedad natural conforme es descrita por los *ius naturalistas*, o sociedad de mercado en la idealización de los economistas clásicos), las cuales se caracterizan por pertenecer a la esfera privada y, por lo tanto, son relaciones entre iguales o de coordinación; son relaciones reguladas por el Código Civil, como derecho fundamentado en la igualdad de los individuos pertenecientes a la sociedad<sup>17</sup>.

El derecho administrativo como derecho positivo del Estado, basado en la ideología del estatismo liberal, aunque no sea un derecho codificado (como el derecho civil), es un derecho creado como un sistema cerrado y autosuficiente, dotado de propias y específicas instituciones y principios generales elaborados por la ciencia jurídica. El derecho administrativo existe porque la Administración pública<sup>18</sup> necesita de un derecho propio y específico basado en la potestad soberana del Estado del nivel más alto que el derecho de la sociedad civil. Por esto, no se puede admitir que el Estado como Administración se someta con su autoridad a un régimen jurídico civil ordinario<sup>19</sup>.

Adicionalmente, la creación de un sistema cerrado y autosuficiente, especial para la Administración pública, aseguraba que la Administración estaría siempre subordinada a la ley y, por lo tanto, todos los actos cumplirían con el principio de legalidad, fundamental para tutelar los derechos de los ciudadanos sin necesidad de apelar a los jueces. De esta manera, se consideraba que la aplicación de la norma a la realidad era un procedimiento automático, es decir, libre de toda valoración subjetiva o política por parte del funcionario público competente.

Para Weil, al establecer el principio de separación de poderes entre las autoridades administrativas y judiciales se buscaba impedir a los tribunales que perturbaran la Administración y, para esto, en esta primera etapa del Estado liberal, se prohibió el conocimiento de litigios en los que la Administración pública era parte. El Poder Judicial, cuya misión natural era dirimir los litigios declarando el derecho, salía debilitado y disminuido, ya que el recelo de perturbar las operaciones de los cuerpos administrativos era tal que el propio juez administrativo

17 Jaime Rodríguez-Arana, *Aproximación al derecho administrativo constitucional* (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2009), 16.

18 Aquí la Administración pública es comprendida en su sentido más amplio, esto es, como el cuerpo encargado de desarrollar el conjunto de actividades directamente designadas a la ejecución concreta de tareas consideradas de interés público o común, en una colectividad u organización estatal. Bobbio, Matteucci, Pasquino, *Diccionario de Política*, 10.

19 Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, 111.

evitaba contrariar a la Administración<sup>20</sup>. Así, un Poder Judicial incapaz de juzgar a la Administración es uno que no cuenta con autonomía e independencia para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De esta manera, el derecho administrativo se convierte en derecho positivo del Estado, el cual representa la autoridad misma del Estado, lo que se realiza colocando el núcleo del poder público soberano en este, esto es, más allá de la Constitución, en una zona que no puede ni debe ser alcanzada por los individuos. Aun así este poder del Estado se entiende como no arbitrario, en razón a que es un poder normalizado que pretende generar normas aplicables a todos, buscando seguridad jurídica tanto dentro de la sociedad como dentro de las estructuras administrativas, mediante la certeza del derecho<sup>21</sup>. En el Estado de derecho, la Administración pública tiene una función marginal y subsidiaria, aunque para muchos teóricos esta ejerce un papel insustituible de puente entre la sociedad y el Estado<sup>22</sup>.

La doctrina más madura del Estado de derecho afirmará que los derechos de los individuos se fundan sobre un acto soberano de autolimitación del Estado, ya que, si las libertades se fundamentan en las normas del Estado, se debe admitir que existe un derecho fundamental de ser tratado conforme a las leyes del Estado<sup>23</sup>.

La justicia administrativa es un remedio poco efectivo contra los actos arbitrarios de la Administración pública, pues esta fue proyectada y estructurada para no comprometer el principio básico de la soberanía del Estado, ya que la Administración no podía ser implicada en un juicio entre pares como cualquier particular. Así, en un sistema político fundado sobre principios de carácter estatista, es difícil que el juez sea completamente libre para tutelar los derechos individuales en momentos en que chocan con las razones de la autoridad. El juez no se fundamenta en la Constitución al momento de juzgar, sino en la expresión de soberanía del Estado, de forma tal que no puede ser un tercero neutral<sup>24</sup>. Como bien lo puntualiza Rodríguez-Arana, “el derecho administrativo se concebía en función de la propia Administración Pública y al amparo de la necesaria estabilidad de buenas leyes”<sup>25</sup>.

20 Prosper Weil, *O Direito Administrativo* (Coimbra: Editora Almedina, 1977), 12-13.

21 Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, 111-112.

22 Bobbio, Matteucci, Pasquino, *Dicionário de Política*, 431.

23 Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, 118-120.

24 *Ibid.*, 120.

25 Rodríguez-Arana, *Aproximación al derecho administrativo constitucional*, 23.

## EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Para Giannini, el Estado liberal entra en crisis hacia finales del siglo XIX, debido principalmente a que los derechos políticos debieron ser reconocidos a estratos más amplios de ciudadanos, tanto que cuando se impone el sufragio universal cambia el tipo sociológico del Estado. Así, de un Estado de clase única se pasó a un Estado de pluralidad de clases, pero este cambio no fue percibido por la ciencia jurídica de la época, lo que se demuestra al verificar que las constituciones en casi todas partes continuaron inmutables. Esta falta de comprensión sobre los cambios sociales fue contestada por el Estado con políticas nacionalistas, que se caracterizaron por el incumplimiento administrativo de los preceptos constitucionales<sup>26</sup>.

Sin embargo, un cambio muy relevante a finales del siglo XIX, en Francia, fue el establecimiento de funciones jurisdiccionales al Consejo de Estado (que antes solo tenía funciones consultivas). También, el poder normativo de la Administración pública, que hasta entonces escapaba de todo recurso, comenzó a ser revisado por el Consejo de Estado, especialmente en materia de servicios y policía administrativa<sup>27</sup>. Sobre la discrecionalidad de la Administración y el control de los jueces en el Estado liberal, Ponce Solé señala:

El comportamiento administrativo, en la tradición liberal, debía ser cierto y predecible, consistiendo en la mera aplicación automática de normas preexistente. Pero ante la imposibilidad de eliminar la discrecionalidad, la doctrina reconoció, como mal inevitable ésta y procedió de forma brillante a ir limitándola, mediante la identificación y el posible control judicial de los elementos reglados y de la vulneración de los principios generales del Derecho<sup>28</sup>.

A principios del siglo XX, con la llegada del Estado de la pluralidad de clases en las sociedades industrializadas, la Administración pública comienza a prestar diversos servicios públicos, como los ferrocarriles, los telégrafos, la educación, la sanidad pública, entre otros. Según Duguit, a medida que la Administración

26 Giannini, *Derecho administrativo*, 76-77.

27 Jacques Chevallier, *El Estado de derecho* (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2015), 36.

28 Juli Ponce Solé, “Una mirada europea y española a los principios jurídicos de buen gobierno y el derecho subjetivo a una buena administración: El establecimiento de una fórmula precisa para definir la buena administración”, en *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023), 60.

pública se amplía e interviene en más servicios públicos, la ciudadanía exige mejoras en la prestación de estos, debido, en parte, a los acelerados procesos de industrialización de las sociedades. Así, para Duguit, la principal justificación para el ejercicio del poder estatal se encuentra en la prestación eficiente y continua de los servicios públicos, no en las nociones gaseosas de soberanía o de derechos naturales<sup>29</sup>.

De esta forma, en la medida en que la Administración pública cumpla con la prestación de los servicios públicos, cumple con su misión, sin que sea necesario mejorar la participación ciudadana en los asuntos públicos; pues se entiende que la Administración tiene toda la competencia para intervenir y decidir “objetivamente” en razón a su experiencia y al manejo centralizado de los recursos que tiene por el momento. Al respecto, el profesor Jaime Rodríguez-Arana manifiesta:

Sencillamente, la Administración fue tomada, durante el apogeo del Estado de bienestar que denomino estático, por grupos políticos y a ella han servido casi en exclusiva. En lugar de explicar y justificar sus decisiones, se encerró en una torre de marfil, y decidió cerrarse a la sociedad consciente de que los partidos controlaban el resto de los poderes para acampar, más o menos, en la impunidad. En este contexto, la Administración Pública creció y creció, a su amparo surgieron todo tipo de estructuras públicas, las más de las veces sometidas al derecho privado, para dar cobijo a la legión de personal de procedencia política que había que colocar para retribuir servicios prestados. Las manifestaciones de la mala Administración Pública no se hicieron esperar<sup>30</sup>.

En el siglo xx, la legislación administrativa debe revisarse conforme a los parámetros constitucionales buscando la efectividad de los derechos. Al respecto, Giannini considera que esta debe revisarse en, por lo menos, tres sentidos. El primero y más obvio, las administraciones debieron ejecutar los preceptos constitucionales que habían sido inaplicados de modo fraudulento o simplemente inaplicados; el segundo, se debió desarrollar una legislación de justicia social; y el tercero, el Estado debió intervenir en los sectores en los que el poder político económico de las clases privilegiadas llegara a abusar de su posición dominante frente a la sociedad<sup>31</sup>. En concreto, los preceptos constitucionales que debieron comenzarse a aplicar de forma más efectiva en el derecho administrativo fueron los derechos fundamentales, pues, evidentemente, el régimen exorbitante de la

29 Leon Duguit, *Les transformations du droit public* (París: Librairie Armand Colin, 1913).

30 Rodríguez-Arana, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, 23-56.

31 Giannini, *Derecho administrativo*, 76-77.

Administración permitió, en muchas oportunidades, la transgresión de los derechos de los administrados.

En todos los Estados fueron numerosas las reformas a la Administración pública, pero la pesada tradición autoritaria que acompaña el poder en los Estados dificulta en gran medida la efectividad de las reformas. En consecuencia, el énfasis colocado sobre el principio de la buena Administración pública, que, además, es un derecho-garantía para los ciudadanos, busca aportar en la construcción de un marco teórico sólido que ayude al cambio cultural requerido dentro de los Estados, para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en todos los niveles de gobierno. En este sentido, es importante resaltar la aclaración realizada por Jaime Rodríguez-Arana así:

lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, [el principio de la buena administración pública] plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento. No es un trabajo sencillo porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria objetividad de la Administración en general y de los funcionarios en particular<sup>32</sup>.

En este contexto, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en el año 2000, innovó al convertir el *principio* —hasta entonces tratado solamente bajo una perspectiva objetiva— en *derecho fundamental*<sup>33</sup>, otorgándole también una dimensión subjetiva susceptible de ser exigida<sup>34</sup>. Es en este punto en el que los autores evidencian su pionerismo, identificándolo como el primer documento jurídico que alza la buena administración al *status* de genuino derecho fundamental del ciudadano<sup>35</sup>.

32 Jaime Rodríguez-Arana, “El derecho fundamental a la buena administración y la centralidad del ciudadano en el derecho administrativo”, en *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023), 34.

33 Daniel Wunder Hachemm, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária” (tesis de Doctorado en Derecho, Universidade Federal do Paraná, 2014), 614 f.

34 Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, “El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 15 (jun.-dic., 2008): 137-153, 137.

35 Jacob Söderman, “El derecho fundamental a la buena administración”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 214 (jul.-ago., 2001): 8-14, 11; Antonio Fernández Tomás, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 103.

La proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales fue fruto de la necesidad que se observó de acompañar, en el ámbito del derecho comunitario, la fuerte tendencia de los Estados miembros de asegurar la tutela de los derechos del ser humano en sus constituciones internas y en tratados internacionales<sup>36</sup>. Esto porque el respeto a los derechos y las libertades fundamentales es uno de los cimientos sobre los que se apoya la entidad supranacional<sup>37</sup>. En América Latina, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública también determina, en el capítulo primero, “el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena administración pública y de sus derechos y deberes componentes”<sup>38</sup>.

Aunque la Carta Iberoamericana no es vinculante para los Estados signatarios, es importante porque otorga valiosos elementos para interpretar este nuevo derecho. Para comprender mejor en qué consiste el derecho fundamental a la buena administración pública, en el siguiente aparte se analizará el contenido jurídico y alcance de este concepto en el siglo XXI.

## CONTENIDO JURÍDICO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SIGLO XXI

Para el profesor Jaime Rodríguez-Arana, la buena administración es un derecho fundamental que “trae consigo un replanteamiento del derecho administrativo”<sup>39</sup>, puesto que la centralidad del ciudadano y su participación activa en la conformación de los intereses generales que persigue el Estado, sugiere nuevos modelos de gestión de lo público que impactan de forma importante el derecho administrativo. Esto porque en la actualidad “los ciudadanos tienen el derecho de exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la administración”<sup>40</sup>.

36 El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre del 2007, cuya vigencia inició en diciembre del 2009, incorporó por medio de su artículo 6.º, 1, la Carta de Derechos Fundamentales de Niza al conjunto normativo que rige la Unión Europea, confiriéndole explícitamente el mismo valor jurídico de los tratados estructurantes del ente comunitario.

37 Álvaro Rodríguez Bereijo, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos”, en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, coordinado por Natividad Fernández Sola (Madrid: Dykinson, 2001), 11.

38 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública*, Caracas, 2013, <http://www.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>.

39 Rodríguez-Arana, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, 23-56.

40 *Ibidem*.



En Europa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de diciembre del 2000, estableció de forma explícita en el artículo 41 el derecho a la buena administración<sup>41</sup>, y en consecuencia existe, en la actualidad, abundante doctrina y jurisprudencia<sup>42</sup> sobre cómo este principio fundamenta el derecho comunitario en diversos ámbitos de la Administración pública. Una Sentencia del Tribunal Supremo español afirma lo siguiente:

Es sabido que el principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución (artículos 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 41 y 42), constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y —como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones— no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las administraciones públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene —debe tener— plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos<sup>43</sup>.

En concreto, el artículo 41 estipula que “Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”. Conforme al numeral segundo, este derecho incluye en “particular” (1) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; (2) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; (3) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. Adicionalmente, el numeral tercero determina el derecho de reparación que tiene toda persona por los daños causados por las instituciones de la Comunidad, y el numeral cuarto señala que toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua. En concepto de Natalia Aprile, el artículo 41 de esta carta es “una *disposición paraguas* que comprende varios subderechos

41 Unión Europea Parlamento Europeo, Consejo de Ministros y Comisión Europea, *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2000, [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf).

42 Sobre la jurisprudencia respecto del tema véase Irena Cuculoska, “The Scope of Application of the Charter’s Right to Good Administration of the European Union”, *Journal of Liberty and International Affairs* 3, n.º 3 (2018): 20-28.

43 Ponce Solé, “Una mirada europea y española a los principios jurídicos de buen gobierno y el derecho subjetivo a una buena administración”, 73.

y, como ha quedado esclarecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo, su enumeración no es taxativa, pues, al utilizar la expresión ‘en particular’, el legislador europeo dejó la puerta abierta a otros derechos no enumerados”<sup>44</sup>.

En este sentido, el derecho a la buena administración comprende un conjunto de derechos que tienen los ciudadanos en Estados de derecho democráticos, los cuales buscan garantizar el adecuado uso del poder por parte de la Administración pública y los debidos controles por parte de la ciudadanía. Así lo reconoce el profesor Jaime Rodríguez-Arana cuando afirma: “Una buena administración pública es aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia. Es decir, una Administración Pública que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general. Un interés general que en el Estado social y democrático de derecho reside en la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas”<sup>45</sup>.

De esta forma, el derecho a la buena administración busca consolidar una nueva manera de gobernar, en la que la participación de la ciudadanía es fundamental para motivar la razón de ser de la actividad de la Administración pública. Esto porque, en la actualidad, gobernar no puede ser un proceso unidireccional de los gobernantes a los gobernados, como en épocas pasadas, sino que debe ser un proceso bidireccional, en el que las interacciones amplias y sistémicas entre gobernantes y gobernados nutren continuamente las decisiones públicas dentro de las comunidades<sup>46</sup>. Por esto, Viviana Díaz Perilla llama la atención sobre el concepto de gobernanza que se ha impuesto en las últimas décadas a causa de la globalización así:

La gobernanza hace referencia a una nueva forma de gobernar que tiene por particularidad el oponerse a las técnicas clásicas de gobierno que se caracterizan por la unilateralidad de un Estado soberano todo poderoso y concebidas en una perspectiva monocéntrica —en la que el Estado funge como única fuente de derecho— y monista, en la que las normas se articulan en referencia a su conformidad con las normas estatales en atención a que solamente éstas cuentan el reconocimiento y la unificación vía el derecho estatal<sup>47</sup>.

44 Natalia Aprile, “El derecho a una buena administración: Un derecho fecundo en Latinoamérica”, en *Derecho administrativo: Reflexiones contemporáneas*, editado por Manuel Restrepo (Bogotá: Universidad del Rosario, 2017).

45 Rodríguez-Arana, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, 23-56.

46 Jan Kooiman, “Gobernar en gobernanza”, en *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, coordinado por Augusti Cerrillo i Martínez (Madrid: INAP, 2005); María Fernanda Ramírez Brouchoud, “Gobernanza y legitimidad democrática”, *Reflexión Política*, n.º 12 (2010): 96-107.

47 Viviana Díaz Perilla, “El *ombudsman* como garante del derecho a la buena administración pública, una manifestación de la gobernanza”, en *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para*

En este contexto, los gobiernos de Iberoamérica adoptaron la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública en la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Ciudad de Panamá, el 18 y 19 de octubre del 2013<sup>[48]</sup>. La redacción de la Carta Iberoamericana fue confiada por el Consejo Directivo de la entidad al profesor Jaime Rodríguez-Arana<sup>49</sup>. En su preámbulo, la buena administración pública se define como “una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia, equidad, y sean prestadas en plazo razonable”.

La Carta Iberoamericana enfatiza la centralidad del ser humano como principio y fin del Estado, determinando también que la buena administración pública tiene una triple funcionalidad: (1) es un *principio* de general aplicación del derecho administrativo; (2) es una *obligación* de toda Administración, en especial, al momento de promocionar condiciones de libertad e igualdad entre las personas y los grupos de forma real y efectiva; y (3) desde la perspectiva de la persona, también es un auténtico y genuino *derecho fundamental*, del cual se derivan derechos concretos a favor de los ciudadanos, con el fin de garantizar la protección a la dignidad humana en la práctica.

En este sentido, el derecho a la buena administración es un marco teórico que permite dirigirse a los problemas organizacionales (logísticos, culturales, económicos, etc.) que se presentan en todas las administraciones públicas, en razón a las dificultades operativas que pueden tener los equipos de trabajo al momento de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales, o al momento de permitir mayor participación a la ciudadanía, o garantizar una debida prestación de cuentas; estableciendo como norte de la Administración pública la centralidad del ser humano, como principio y fin del Estado.

La Carta Iberoamericana es importante porque otorga una explicación sobre el significado de este derecho, estableciendo en el numeral 25 del Capítulo Tercero que “Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena

---

*la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023), 423.

48 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública*, Caracas, 2013, <http://www.cladl.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>.

49 *La Administración al día*, “El catedrático Rodríguez-Arana redactará la Carta de Derechos Ciudadanos de Iberoamérica”, Instituto Nacional de Administración Pública, 2 de febrero del 2013, <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1500246>.

administración pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazos razonables al servicio de la dignidad humana”. El mismo dispositivo establece que su contenido, en concreto, “se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país”. El documento logró desintegrar la composición jurídica de este derecho general en los numerales subsecuentes del mismo capítulo.

En obra monográfica sobre el tema, anterior a la elaboración de la Carta Iberoamericana, el profesor Jaime Rodríguez-Arana —redactor del proyecto— ya arrojaba veinticuatro principios jurídicos que reputaba como centrales del derecho fundamental a la buena administración pública, cuya obediencia sería necesaria para que este último se considerara respetado<sup>50</sup>. Determina, además, 31 derechos específicos que provienen de este derecho-síntesis, sin perjuicio de otros, demostrando con esto la amplitud de la protección por él conferida al ciudadano en su trato con los poderes públicos<sup>51</sup>. La mayoría de los *princípios* y

50 El autor alude a los siguientes principios, explicando en seguida el contenido de cada uno de ellos: (1) principio de juridicidad; (2) principio de servicio objetivo a los ciudadanos; (3) principio promocional; (4) principio de racionalidad; (5) principio de igualdad de trato; (6) principio de eficacia; (7) principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso, en los procedimientos para el dictado de actos administrativos; (8) principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa; (9) principio de proporcionalidad; (10) principio de ejercicio normativo del poder; (11) principio de imparcialidad e independencia; (12) principio de relevancia; (13) principio de coherencia; (14) principio de buena fe; (15) principio de confianza legítima; (16) principio de asesoramiento; (17) principio de responsabilidad; (18) principio de facilitación; (19) principio de celeridad; (20) principio de transparencia y acceso a la información de interés general; (21) principio de protección de la intimidad; (22) principio de ética; (23) principio del debido proceso; (24) principio de cooperación. Jaime Rodríguez-Arana, *Direito fundamental à boa Administração Pública* (Belo Horizonte: Fórum, 2012), 169-172.

51 El derecho general fundamental de los ciudadanos a una buena administración pública finalmente se puede concretar, entre otros, en los siguientes derechos subjetivos de orden administrativo: (1) derecho a la motivación de las actuaciones administrativas; (2) derecho a la tutela administrativa efectiva; (3) derecho a una resolución administrativa en plazo razonable; (4) derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas; (5) derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las normas, en los registros físicos o informáticos; (6) derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas; (7) derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración pública; (8) derecho a ser oídos siempre antes de que se adopten medidas que los puedan afectar desfavorablemente; (9) derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas; (10) derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública; (11) derecho a servicios públicos y de interés general de calidad; (12) derecho a elegir los servicios de interés general de su preferencia; (13) derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios de responsabilidad administrativa; (14) derecho a conocer las obligaciones y los compromisos de los servicios de responsabilidad administrativa; (15) derecho a formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento administrativo; (16) derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración; (17) derecho a interponer recursos ante la autoridad judicial

*derechos* derivados del derecho fundamental a la buena administración pública propuestos en su libro fueron incorporados a la Carta Iberoamericana en el Capítulo Segundo (numerales 2 al 24) y en el Capítulo Tercero (numerales 26 al 46). Como se ve, el documento aporta grandes avances en lo que concierne al derecho en debate, progresando más allá de la tímida relación de derechos inicialmente propuesta por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>52</sup>.

El principio de la buena administración pública ha tenido impacto en todos los países de la región y, solo por dar un ejemplo, en el caso colombiano, Rivero y Arenas afirman que la Administración pública debe transformar su modelo de actuación estatal conforme a los postulados de la buena administración, buscando garantizar la calidad, la participación de la ciudadanía y la prevalencia del interés general, como parte de las garantías mínimas para el ejercicio del poder democrático<sup>53</sup>. Sobre el marco jurídico de la buena administración, los referidos autores afirman:

En Colombia, al igual que en el derecho español, a pesar de que no se incluyó una norma constitucional expresa que lo contenga, sí existen varios principios vinculantes encaminados a que la administración sea buena; concretamente, se puede derivar su existencia de la lectura tanto del preámbulo como de los artículos 1.º, 2.º, 83 y 209 [de la Constitución]. Así mismo, en lo concerniente al derecho administrativo colombiano, se puede desprender su existencia en diversas leyes; particularmente, en la Ley 489 de 1998 sobre la Organización de la Función Administrativa (artículos

---

sin necesidad de agotar la vía administrativa previa, de acuerdo con lo establecido en las leyes; (18) derecho a conocer las evaluaciones de los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente; (19) derecho de acceso a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que en todo caso habrán de concretar el interés general al caso concreto; (20) derecho a una ordenación racional y eficaz de los archivos públicos; (21) derecho de acceso a la información de interés general; (22) derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración pública; (23) derecho a ser informado y asesorado en asuntos de interés general; (24) derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad; (25) derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo; (26) derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten; (27) derecho a ser notificado por escrito o a través de las nuevas tecnologías de las resoluciones que les afecten en el más breve plazo de tiempo posible, que no excederá de los cinco días; (28) derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general; (29) derecho a actuar en los procedimientos administrativos a través de representante; (30) derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas; (31) derecho a recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y, en general, de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta. Rodríguez-Arana, *Direito fundamental à boa Administração Pública*, 172-174.

52 Hachem, *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*, 2014.

53 Ricardo Rivero Ortega y Hugo Andrés Arenas Mendoza, *Derecho administrativo general* (Bogotá: Ibáñez, 2018), 271-272.

3.º y 4.º) o en la Ley 1437 de 2011 que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículos 1.º, 3.º y 103)<sup>54</sup>.

También es importante resaltar que el Consejo de Estado, en sentencia de octubre del 2016, del magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, señaló que la cláusula de buena administración es un principio y un derecho incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano:

Existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. [...] el principio jurídico de la Buena Administración [...] postulado normativo que ordena, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, que la Administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella, ejecute de buena fe y bajo el estándar de la debida diligencia los deberes funcionales que el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal le ha confiado y adopte las decisiones que correspondan de manera razonable y ponderada conforme a los valores, principios y reglas que se desprenden del marco jurídico legal, constitucional y convencional.

Para Arenas, la cláusula de la buena administración ha estado presente en la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin embargo, su utilización ha sido muy esporádica, por lo que es conveniente que el principio tenga mayor aplicación, para lograr sentencias de calidad, razonables y justas, dada la visión garantista de la responsabilidad estatal conforme a la Constitución de 1991<sup>[55]</sup>.

De esta forma, el reconocimiento del derecho a la buena administración se justifica a causa de tres razones principales. La primera, de naturaleza simbólica, porque enfatiza el carácter del servicio del poder público para con la persona humana, con la intención de garantizar la plena y eficaz realización de los derechos fundamentales y del interés general. La segunda razón, de naturaleza jurídica,

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Hugo Andrés Arenas Mendoza, “La buena administración en la responsabilidad del Estado por daños causados por la administración de justicia: Privación de la libertad, error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento y por el sistema carcelario”, en *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023), 479-480.

porque eleva los postulados de la buena administración pública al nivel de derecho fundamental, aunque en algunos países dichos postulados no estén protegidos expresamente en las constituciones (como, por ejemplo, los deberes de buena fe y eficacia administrativa). La tercera razón, también de carácter jurídico, porque determina la posibilidad de hacer exigible el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la función administrativa<sup>56</sup>.

## CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El principio de la buena administración pública puede parecer a simple vista “más de lo mismo”, pues, conforme se explicó al inicio, en todas las épocas se ha buscado la buena administración de lo público para el buen funcionamiento del Estado. Sin embargo, las prácticas autoritarias, arbitrarias, negligentes y, en algunos casos, corruptas de la Administración han demandado repensar muchas de nuestras instituciones y prácticas para mejorar la protección de los intereses colectivos, así como la garantía de los derechos fundamentales de los individuos.

De esta manera, el principio de la buena administración en el siglo XXI busca construir una concepción más humana y justa del poder, buscando la protección del interés general. Para esto, es necesario volver a estudiar y resaltar los valores cívicos que cuidan de las instituciones democráticas, procurando la mayor rendición de cuentas por parte de los gobernantes, así como mecanismos de participación política de la ciudadanía en todas las decisiones que los afecten. Por esto, se afirma categóricamente que el principio de la buena administración “Incorpora una nueva visión del sentido de las instituciones, categorías e instituciones de nuestra disciplina”<sup>57</sup>, lo que obligatoriamente implica replantear dogmas y criterios establecidos en las administraciones públicas.

En este sentido, el derecho administrativo del siglo XXI es muy diferente al derecho administrativo de los anteriores siglos, pues las nuevas dinámicas sociales y políticas exigen nuevos modelos de gobernanza, que requieren instituciones más horizontales y abiertas al diálogo con los diferentes actores, para garantizar la gobernabilidad y legitimidad de los Estados. Así, la aplicación del principio de la buena administración pública en los diferentes procedimientos y escenarios administrativos ayudará a prevenir crisis de gobernabilidad o falta de legitimidad

56 Hachem, *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*.

57 Rodríguez-Arana, “El derecho fundamental a la buena administración y la centralidad del ciudadano en el derecho administrativo”, 27-28.

del Estado, pues la toma de decisiones de manera concertada con los principales actores, conforme a información adecuada y procedimientos bien ajustados, otorga a las administraciones las herramientas necesarias para justificar adecuadamente sus acciones, omisiones y decisiones ante la ciudadanía.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Aprile, Natalia. “El derecho a una buena administración: Un derecho fecundo en Latinoamérica”. En *Derecho administrativo: Reflexiones contemporáneas*, editado por Manuel Restrepo. Bogotá: Universidad del Rosario, 2017.
- Arenas Mendoza, Hugo Andrés. “La buena administración en la responsabilidad del Estado por daños causados por la administración de justicia: Privación de la libertad, error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento y por el sistema carcelario”. En *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023.
- Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*. Traducción: José F. Fernández Santillán. México: FCE, 1989.
- Bobbio, Norberto, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino. *Dicionário de Política*. 13.<sup>a</sup> ed. Traducción: Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública. Caracas, 2013. <http://www.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>.
- Chevallier, Jacques. *El Estado de derecho*. Traducción: Oswaldo Pérez. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2015.
- Costa, Pietro. “Estado de Direito e direitos do sujeito: O problema dessa relação na Europa Moderna”. En *História do Direito em Perspectiva: Do Antigo Regime à Modernidade*, organizado por Ricardo Marcelo Fonseca y Aírton Cerqueira Leite Seelaender. Curitiba: Editora Juruá, 2008.
- Cuculoska, Irena. “The Scope of Application of the Charter’s Right to Good Administration of the European Union”. *Journal of Liberty and International Affairs* 3, n.º 3 (2018).



- Díaz Perilla, Viviana. “El *ombudsman* como garante del derecho a la buena administración pública, una manifestación de la gobernanza”. En *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023.
- Duguit, Léon. *Les transformations du droit public*. París: Librairie Armand Colin, 1913.
- Fernández Tomás, Antonio. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- Feteris, Eveline. *Fundamentos de la argumentación jurídica: Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Traducción: Alberto Supelano. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2007.
- Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. 5.ª ed. Madrid: Trotta, 2007.
- Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel. “El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 15 (jun.-dic., 2008): 137-153.
- Gabardo, Emerson y Daniel Wunder Hachem. “O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: Uma crítica da crítica”. En *Direito administrativo e interesse público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, coordinado por Romeu Felipe Bacellar Filho y Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- Giannini, Massimo Severo. *Derecho administrativo*. Vol. 1. Traducción: Luis Ortega. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.
- Hachem, Daniel Wunder. “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária”. Tesis de Doctorado en Derecho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, 614 f.
- Hachem, Daniel Wunder y Diana Carolina Valencia-Tello. “Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasileiro”. *Revista digital de derecho administrativo*, n.º 21 (2019): 47-75.
- Kooiman, Jan. “Gobernar en gobernanza”. En *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, coordinado por Augusti Cerrillo i Martínez. Madrid: INAP, 2005.
- La Administración al día*. “El catedrático Rodríguez-Arana redactará la Carta de Derechos Ciudadanos de Iberoamérica”. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2013. <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1500246>.

- Ponce Solé, Juli. “Una mirada europea y española a los principios jurídicos de buen gobierno y el derecho subjetivo a una buena administración: El establecimiento de una fórmula precisa para definir la buena administración”. En *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023.
- Ramírez Bouchoud, María Fernanda. “Gobernanza y legitimidad democrática”. *Reflexión Política*, n.º 12 (2010).
- Rivero Ortega, Ricardo y Hugo Andrés Arenas Mendoza. *Derecho administrativo general*. Bogotá: Ibáñez, 2018.
- Rodríguez-Arana, Jaime. *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2009.
- Rodríguez-Arana, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*, 169-172. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- Rodríguez-Arana, Jaime. “El derecho fundamental a la buena administración y la centralidad del ciudadano en el derecho administrativo”. En *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023.
- Rodríguez-Arana, Jaime. “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 6 (2013): 23-56.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro. “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los derechos humanos”. En *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, coordinado por Natividad Fernández Sola. Madrid: Dykinson, 2001.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. 2.ª ed. Prólogo: Luciano Parejo Alfonso. Bogotá: Editorial Universidad Externado-Tirant lo Blanch, 2023.
- Söderman, Jacob. “El derecho fundamental a la buena administración”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 214 (jul.-ago., 2011): 8-14, 11.
- Tamanaha, Brian Z. “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”. *Sydney Law Review* 30 (2008): 375-411.
- Tocqueville, Alexis de. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Introducción: José Enrique Rodríguez Ibáñez. Traducción: Ángel Guillén. Madrid: Minerva, 2010.

- Unión Europea. Parlamento Europeo, Consejo de Ministros y Comisión Europea. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2000. [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf).
- Valencia-Tello, Diana Carolina. “Los desafíos de la buena administración en el control a la gestión de las entidades públicas colombianas”. En *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, editado por Viviana Díaz Perilla y Diana Carolina Valencia-Tello. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023.
- Valencia-Tello, Diana Carolina y Daniel Wunder Hachem. “La buena administración pública en el siglo XXI: Análisis del caso colombiano”. *Veredas do Direito* 15, n.º 33 (2018): 101-130.
- Weber, Max. *Sociología del poder: Los tipos de dominación*. Edición y traducción: Joaquín Abellán. Madrid: Alianza Editora, 2012.

## CAPÍTULO 18

# EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN: UN EJERCICIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y COLOMBIA\*

Jhoan Sebastián Torres Alfonso

## EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN: HISTORIA Y DEFINICIÓN

### Historia del principio de la buena administración

La historia de este principio suele estar vinculada a Italia, ya que en el artículo 97 de su Constitución, aprobada el 22 de diciembre de 1947, se desarrolló el llamado principio del “Buen Funcionamiento de la Administración”, el cual le exigía a esta que desempeñara la función administrativa de la forma más congruente, oportuna y adecuada posible en el cumplimiento de los fines, utilizando los medios y herramientas más idóneas<sup>1</sup>. Ahora, también se debe tener en cuenta que la American Society for Public Administration (ASPA), en Estados Unidos, en el mismo año, ya estudiaba las maneras de mejorar la administración y sostenía que en atención a la “buena administración no se podría permitir dar un trato especial a favor de un ciudadano o una organización”, pues el fin de la Administración es “soportar y contribuir a realizar una sociedad democrática” y, por tanto, exige mayor interdisciplinariedad en la resolución de los problemas de los ciudadanos, más participación y el objetivo de mejorar constantemente la Administración pública<sup>2</sup>, no obstante, no hay un desarrollo claro de la buena administración como un principio constitucional, sino como un postulado teórico-político que debería guiar el servicio público. En el mismo sentido, la Constitución uruguaya

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.18>.

1 Daniel Wunder Hachem y Diana Carolina Valencia-Tello, “Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasileiro”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21 (2019): 47-75.

2 Paul Appleby, “Toward Better Public Administration”, *Public Administration Review* 7 (1947): 93-99. Los textos entre comillas son traducción propia.

de 1952, artículo 311, establecía la nulidad de actos administrativos por la inobservancia del principio de la buena administración<sup>3</sup>.

Pese a los avances antes enunciados, el hito que el derecho continental suele destacar a este respecto es la aprobación, en el año 2000, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que convirtió el principio de la buena administración en un derecho humano. De dicha declaración se ha llevado al derecho interno de los Estados de la Unión tanto el principio como el derecho fundamental de la buena administración, y ha servido como referente para otros países, entre ellos Colombia.

### Una aproximación conceptual

Los conceptos dogmáticos en derecho son complejos. Primero, porque cuando nos referimos a estos, y no al concepto legislativo, hacemos alusión a una construcción doctrinaria, no legal, y eso sucede con “la buena administración”, pues, pese a que los doctrinantes y jueces en Colombia han buscado evidenciarlo en nuestro ordenamiento jurídico, este carece de una disposición legislativa que lo desarrolle con suficiencia. Segundo, porque los conceptos dogmáticos suelen cumplir funciones, como las descriptivas, normativas y de representación, lo cual desarrolló Alf Ross en su ensayo “Tû-tû, de 1951. Tercero, porque la continua evolución de la sociedad y del lenguaje hacen que el esfuerzo conceptualizador, complejo en sí mismo, siempre quede en una calificación de “aceptable pero no suficiente”. Por lo tanto, siempre será útil y necesario repensar los conceptos dogmáticos.

Ahora bien, en la definición jurídica que se plantea en este texto se ha de entender que “buena” es un adjetivo que califica a la “Administración” como sujeto. En ese sentido, y según la Real Academia de la Lengua Española, el adjetivo “bueno” o “buena” significa “de valor positivo, acorde con las cualidades que cabe atribuirle por su naturaleza o destino”<sup>4</sup>. Ahora, el sujeto, que es la Administración pública, no entendida desde el punto de vista formal, sino más bien material, como función administrativa, pues ese es el sentido de la aplicación de los principios de derecho administrativo según lo establecen los artículos 2.º y 3.º de la Ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo (CPACA). Por tanto, como primera aproximación, podemos decir que la buena administración es un concepto dogmático que hace referencia

3 Augusto Durán M., “La buena administración”, *Estudios de derecho administrativo*, n.º 1 (2010): 173-194.

4 Real Academia Española, *Diccionario de La Lengua Española*, 23.ª ed. [versión 23.6 en línea], <https://dle.rae.es>.

al valor positivo asignado a la función administrativa en el cumplimiento de los fines que constitucionalmente le son establecidos.

Ahora bien, el profesor Daniel Wunder Hachem<sup>5</sup> hace una pregunta que propone una discusión interesante: ¿por qué decir “buena” y no “óptima”? Lo anterior, por cuanto optimizar significa “buscar la mejor manera de realizar una actividad”<sup>6</sup>, y esto querría decir que una “óptima administración” es aquella que realiza de la mejor forma posible sus funciones. En respuesta, debo decir que “bueno” es un adjetivo que califica un sujeto, en tanto “óptimo” es un verbo transitivo, es decir, que requiere un sujeto que transita a otro objeto, por lo que, en sí mismo, “óptimo” no califica la actuación de la Administración como sujeto y su mejor uso sería, por ejemplo, “la Administración pública optimiza su procedimiento por medio de la digitalización”.

Ahora bien, la buena administración como concepto jurídico establece deberes distintos dependiendo de si se le concibe como principio, como obligación o como derecho. El principio de la buena administración hace parte del grupo de nociones jurídicas indeterminadas, pero que se suele asociar, con acierto, como “principio sombrilla”<sup>7</sup>, es decir, que es un principio general del derecho que reagrupa varios subprincipios.

Como principio, la buena administración es un mandato de optimización que le exige a la Administración un estándar que ha de ser observado, una norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas del Estado. Ahora, ¿qué ordena dicho principio? Que la Administración pública actúe conforme al interés general, realice su trabajo con racionalidad, justifique sus actuaciones y tenga como finalidad el servicio al ciudadano<sup>8</sup>, todo lo anterior, dentro del marco del Estado social y democrático de derecho.

## EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EUROPA

El objetivo central del presente capítulo es mostrar el desarrollo que se le ha dado al principio de la buena administración en Europa y su comparación jurídica

- 5 Daniel Wunder Hachem, “La buena administración pública” (ponencia, congreso virtual Universidad del Rosario, 19 de mayo del 2021), <https://www.youtube.com/watch?v=yCHdzUzO6rs>.
- 6 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23.<sup>a</sup> ed. [versión 23.6 en línea], <https://dle.rae.es/optimizar#BaFXQ4x>.
- 7 Rhita Boustá, “Para una definición restrictiva de ‘la buena administración’: Análisis crítico de su estatuto de ‘derecho subjetivo’”, en *El derecho a la buena administración pública: Reflexionar para la contribución de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023), 95-117.
- 8 Jaime Rodríguez-Arana, “Buena administración como principio y derecho fundamental en Europa”, *Revista Misión Jurídica* 6, n.º 6 (2013): 23-56.

con Colombia. La razón de dicha empresa es porque Europa ha abanderado en su ordenamiento jurídico y en la práctica la aplicación del mencionado principio. Pues, como se ha mencionado, fue la Constitución italiana en la que se enuncia normativamente por primera vez, luego fue recogido en el derecho de la Unión Europea y, hoy día, es aplicado en todos los países que la componen.

Como se evidenciará a continuación, el contenido del principio de la buena administración en la Unión Europea está basado en su entendimiento como derecho fundamental desarrollado en la Carta de Derechos, por lo cual nos ocuparemos de la disposición normativa, la interpretación jurisprudencial y su aplicación en dos países que suelen ser referencia para el desarrollo jurídico colombiano: Italia y España.

### La Carta de Derechos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Carta de Derechos de la Unión Europea fue proclamada en Niza el 7 de diciembre del 2000. En su Capítulo V, titulado “Ciudadanía”, se encuentra reconocido el derecho a la buena administración. Lo primero que se habrá de notar es que el instrumento jurídico lo ha reconocido como derecho fundamental y no como principio jurídico-administrativo, lo cual establece consecuencias jurídicas distintas. Además, se debe mencionar que pese a encontrarse en el apartado de derechos ciudadanos, el artículo inicia con “toda persona”, lo cual genera, al menos, dos consecuencias: (1) incluye a personas naturales y jurídicas<sup>9</sup>; y (2) no se requiere ser ciudadano de la Unión Europea para que los Estados miembros tengan la obligación de garantizarlo.

Ahora bien, pese a que este estudio se basa en la buena administración como principio de la actuación de la Administración, merece la pena entender el sentido en el que se desarrolló en la Carta de Derechos, toda vez que su fundamentación como principio se ha basado en esta disposición jurídica, pues, como han dicho importantes doctrinantes, esta disposición normativa se ha convertido en una regla-principio, porque se ha entendido como un valor a tener en cuenta, susceptible de ser sopesado a la luz de otros intereses y valores presentes en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y a nivel interno de los Estados miembros<sup>10</sup>. Entonces, así dicta el artículo 41 de la Carta de Derechos:

9 Respecto a la aplicabilidad del derecho a la buena administración a personas jurídicas, y lo que esto implica para la contratación estatal en Europa, se puede consultar Juan José Rastrollo Suárez, “La proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: Hacia la ‘buena contratación’”, en *Anuario de la Facultad de derecho* (España: Universidad de Alcalá VII, 2014).

10 Edoardo Fragale, “El derecho (europeo) a la buena administración y el problema de la autonomía de las pretensiones participativas en el ordenamiento italiano”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21 (2019).

### Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
  - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
  - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
  - la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus Instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Nos enfrentamos aquí con un derecho de carácter procedimental, que bien podría entenderse como tutela administrativa efectiva, el cual establece obligaciones exigibles a la Administración respecto de los procedimientos que los ciudadanos interponen ante esta. Debe entenderse que, entonces, la “resolución de los asuntos públicos debe ser de forma objetiva, justa y en tiempo razonable”, lo que implica que está prohibida la subjetividad, la inequidad y la dilación indebida para resolver los procedimientos adelantados por la Administración. Es de resaltar que este derecho sombrilla incluye los derechos a (1) ser oído antes de que se tome una decisión; (2) al acceso al expediente; (3) a la motivación de las decisiones administrativas; y (4) a comunicarse con la Administración en una lengua de la Unión Europea<sup>11</sup>.

Por otro lado, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hacen parte del bloque del acervo comunitario, por lo cual su jurisprudencia prima sobre la dictada por tribunales nacionales y, además, puede interpretar normas internas de los Estados, y, en ese sentido, ha servido para delimitar el principio de la buena administración a nivel europeo, indicando a los Estados miembros el baremo que han de tener en la aplicabilidad del principio en el orden interno.

En ese desarrollo, el Tribunal ha establecido que los Estados miembros, en la resolución de los procedimientos administrativos, han de “examinar con atención

11 Rodríguez-Arana, “Buena administración como principio y derecho fundamental en Europa”.



e imparcialidad todos los elementos pertinentes del asunto concreto que se les presenta y recabar todos los elementos de hecho y de derecho necesarios para el ejercicio de su facultad de apreciación, así como a garantizar el correcto desarrollo y eficacia de los procedimientos que desarrolla”<sup>12</sup>; de igual forma, el Tribunal ha dicho que se han de satisfacer en su totalidad el derecho a ser oído y de contradicción, la necesaria motivación de los actos administrativos, el deber de diligencia, la publicación de las decisiones, así como su notificación y el acceso a documentos en la lengua oficial del destinatario.

Es decir, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido el principio de la buena administración, dentro del escenario establecido en el artículo 41 de la Carta de Derechos. Es un principio del procedimiento administrativo que guía el debido cumplimiento de las normas ante cualquier procedimiento que el ciudadano curse ante la Administración.

Ahora bien, cabe mencionar que en la interpretación del Tribunal “la violación del derecho a una buena administración supone un daño evaluable económicamente”<sup>13</sup>, por lo que se exige la calidad administrativa y se castiga la mala administración.

## El desarrollo italiano

El principio de la buena administración, como se ha dicho, nació en Italia, por lo que resulta muy importante reconocer los aportes que este país le ha dado a su desarrollo. Por una lado, se reconoce en la perspectiva de la Unión Europea, es decir, con la inclusión del derecho a ser tratado imparcialmente, a ser oído, a la motivación de los actos y a que se resuelva en plazo razonable. No obstante, estas se entienden como características genéricas de una buena administración, por lo que resulta necesario extender su aplicación estableciendo que este principio exige que la Administración pública pueda garantizar el interés público que la inspira en todo momento, lo que permite que sea aplicable de manera general y no solo en el procedimiento administrativo en especial; además, establece la posibilidad de declarar la nulidad de los actos que no la aplican<sup>14</sup>.

12 José R. Chaves García, “El buen gobierno y la buena administración ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación: Lobbies, gobiernos locales y la buena administración* (Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022), 384-385.

13 Tribunal General de la Unión Europea, Sala Cuarta, del 29 de abril del 2015, Sentencia T-217/11, M.P. Claire Staelen.

14 Adriano Di Pietro, “El principio de la buena administración en Italia y en el derecho europeo”, *Studi Tributari Esuropei* 12 (2022): 59-70.

Cabe mencionar que Italia ha sido referente, en adición, porque en los casos de responsabilidad del Estado se ha establecido la aplicación del principio de la buena administración cuando hay debida diligencia, de manera que si no hay negligencia no se constituye daño antijurídico y debe ser soportado por el dañado. Entonces, la debida diligencia resulta ser parte del núcleo esencial del principio de la buena administración, acompañado de una ponderación cuidadosa y la toma de decisión racional y razonable por parte de la Administración<sup>15</sup>.

### El caso español

El caso español es el desarrollo más cercano al derecho colombiano por varias razones, principalmente, porque la labor doctrinaria de importantes juristas de la península ha sido fuente de consulta para los juristas nacionales. Adicionalmente, porque la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública ha sido escrita por uno de los más destacados juristas españoles, el profesor Jaime Rodríguez-Arana. En ese tenor, me permitiré destacar los avances doctrinarios y, seguidamente, expondré los avances legislativos y jurisprudenciales a ese respecto.

Los juristas españoles que más relevancia han tenido al hablar sobre el principio de la buena administración son, a mi juicio, Juli Ponce Solé y Jaime Rodríguez-Arana, aunque la lista puede quedarse muy corta.

Primero, he de nombrar el trabajo del profesor Juli Ponce Solé, de la Universitat de Barcelona, quien escribió su tesis de doctorado sobre este tema<sup>16</sup>, pero que más recientemente ha publicado numerosos artículos para poner de presente la aplicación del mencionado principio en la lucha contra la corrupción y la incorporación de avances administrativos relativos a la inteligencia artificial, los *sandboxes* regulatorios y los *nudges*. Me centraré en lo dicho respecto de la corrupción, mal común que aqueja a nuestros Estados. Para Ponce Solé la mala administración se puede dar de dos formas, por (1) negligencia o (2) dolo, este último es igual a corrupción, que tiene un control penal posterior. Por tanto, es menester de la buena administración prevenir la negligencia y el dolo, lo que se logra reduciendo los monopolios estatales y la discrecionalidad en la toma de decisiones

15 Juli Ponce Solé, "Introducción. El buen gobierno legislativo y judicial y la buena administración en los tribunales extranjeros y en el TEDH: Sobre el cambio climático y el debido cuidado del legislador y la buena administración judicial", en *Annuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación: Lobbies, gobiernos locales y la buena administración* (Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022), 359-381.

16 Juli Ponce Solé, "El principio de la buena administración: Discrecionalidad y procedimiento administrativo" (tesis de grado, Universidad de Barcelona, 1998).

públicas; aumentando el cumplimiento de deberes y obligaciones jurídicas de buen gobierno; y acrecentando la buena administración, la transparencia, el gobierno abierto y la participación ciudadana.

De tal manera, para el profesor catalán, “prevenir y controlar las ilegalidades administrativas y contribuir a orientar la actividad pública hacia la toma de las mejores decisiones posibles en su servicio al interés general” tiene que traer como consecuencia la concreción del principio de buen gobierno y la reducción de la negligencia y la corrupción en el actuar público<sup>17</sup>.

Por otro lado, el profesor de la Universidad de La Coruña, Jaime Rodríguez-Arana, ha hecho una contribución extensa, pero quiero resaltar que tanto la definición como las características del principio de la buena administración que manejan los diferentes doctrinantes ha sido gracias a su trabajo. Según el profesor, en un Estado de derecho que garantice la dignidad humana, la Administración tiene el deber de servir a la comunidad en atención al principio de la buena administración, lo que implica la censura de la inactividad, la necesidad de evaluaciones de gestión y la centralidad del ciudadano; constituyéndose, entonces, en un principio democrático que busca la “mejora permanente e integral de las condiciones de vida de los ciudadanos”<sup>18</sup>.

De igual manera, las características del principio desarrolladas por el profesor gallego se centran en la persona, la apertura a la realidad, la metodología del entendimiento, la promoción de la participación, la vinculación ética, la innovación en la sociedad del conocimiento y la sensibilidad social. Todo lo anterior implica, entonces, que el principio de la buena administración requiere el desarrollo del accionar público dirigido a aumentar el bienestar ciudadano por medio de, por ejemplo, prestaciones sociales apropiadas para fomentar la equidad o el debido ecosistema tecnológico, para que la Administración se comunique con el ciudadano de forma eficiente, con mejor calidad en los servicios y mayor cercanía, además de generar espacios innovadores de participación social que fortalezcan la democracia y la dignidad humana<sup>19</sup>.

17 Juli Ponce Solé, “Una mirada europea y española a los principios jurídicos de buen gobierno y el derecho subjetivo a una buena administración: El establecimiento de una fórmula precisa para definir la buena administración”, en *El derecho a la buena administración: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023), 57-94.

18 Rodríguez-Arana, “Buena administración como principio y derecho fundamental en Europa”.

19 Jaime Rodríguez-Arana, *El buen gobierno y la buena administración* (Madrid: Thomson-Aranzadi, 2006); Jaime Rodríguez-Arana, “El derecho fundamental a la buena administración y la centralidad del ciudadano en el derecho administrativo”, en *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano* (España: Tirant lo Blanch, 2023).

Se ha de tener en cuenta que el ordenamiento jurídico español ha reconocido el principio de la buena administración de forma implícita. En ese sentido, la Administración se encuentra con el mandato del artículo 103 constitucional de servir conforme a los intereses generales y bajo los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, igualmente, con la disposición jurídica respecto de la responsabilidad del Estado establecida en el artículo 32 de la Ley 40 del 2015, del 1.º de octubre, Régimen Jurídico del Sector Público. La transposición normativa del artículo 41 de la Carta de Derechos de la Unión Europea se encuentra en el artículo 13 de la Ley 39 del 2015, del 1.º de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no obstante, esta disposición no está titulada como “derecho a la buena administración” ni hace mención a ella, pero su texto, con algunos matices, establece los mismos derechos del artículo 41. Por lo que se puede entender como la transposición innominada del derecho de la buena administración.

Aunque el principio de la buena administración se encuentre implícito en el ordenamiento jurídico español, no ha sido una barrera para su reconocimiento jurídico por parte de los tribunales nacionales. Es así como el Tribunal Supremo español ha relacionado el principio de la buena administración, en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con temas como la actividad contractual, la transparencia en el acceso ciudadano al archivo y registro, la motivación de los actos administrativos, el control de las potestades administrativas en el ámbito de desarrollo urbano o las referidas a la actividad de fomento; de igual forma respecto a la potestad de autorización, la debida diligencia y la mejora de la calidad regulatoria. En tanto que la Sala Penal del mismo tribunal ha establecido que el no cumplimiento del derecho a la buena administración en los actos administrativos puede dar lugar al delito de prevaricación administrativa<sup>20</sup>.

Lo anterior, permite observar que el principio de la buena administración en España es mucho más que una serie de garantías del procedimiento administrativo, más bien tiene completa aplicabilidad en la totalidad de la actividad administrativa. Por un lado, los doctrinantes le han dado un amplio margen de acción, pues se le entiende aplicable en todo momento, toda vez que la plenitud del actuar de la Administración debe ser bueno y en la búsqueda de la satisfacción del interés general, la participación, el fortalecimiento de las instituciones democráticas y del Estado de derecho.

20 Juli Ponce Solé, “Los jueces, el derecho a la buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno”, *La Administración al día*, Instituto Nacional de Administración Pública, 19 de enero del 2017, <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021&titulo=los%20jueces,%20el%20derecho%20a%20la%20buena%20administración%20y%20las%20leyes%20de%20transparencia%20y%20buen%20gobierno&texto=>.

## EL PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN COLOMBIA

El principio de la buena administración en Colombia ha tenido un desarrollo jurisprudencial amparado en disposiciones normativas como lo son el artículo 209 constitucional, que establece la aplicabilidad de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el desarrollo de la función administrativa, por tanto, la jurisprudencia lo ha entendido como un principio constitucional implícito que rige la actuación de la Administración pública; en el mismo sentido se ha establecido su aplicabilidad a razón del artículo 3.º de la Ley 489 de 1998, los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 3.º de la Ley 1437 del 2011. Por otro lado, desde la perspectiva de la buena administración como derecho, pero con el reconocimiento de esta como principio en su Preámbulo, se encuentra la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, que es un amplio instrumento de *soft law* que genera una gran cantidad de derechos ciudadanos y obligaciones para las administraciones, pero que en Colombia no se ha tenido en cuenta en la jurisprudencia, menos en el desarrollo normativo, por lo que su mención cumple más una labor informativa o didáctica.

### El desarrollo de la Corte Constitucional

La Corte ha sido un actor protagónico al hacer referencias implícitas desde su creación, por ejemplo, en la Sentencia C-479 de 1992, en la que dicta que “a partir del concepto de Estado social de derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la Administración Pública”, esto en lo que respecta a la carrera administrativa. La Corte no introdujo el principio de la buena administración, pero al establecer la necesidad de excelencia sí logró desarrollar el contenido del mencionado principio, tal y como se unificará posteriormente en la Sentencia SU-086 de 1999.

Más claro será el pronunciamiento que hace en la Sentencia C-318 de 1995, en la que, a razón del estudio del artículo 168 de la Ley 65 de 1993, sobre el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, establecería la necesidad de la discrecionalidad en algunos casos como parte del deber de la buena administración, haciendo énfasis en las diferencias entre poder discrecional constitucionalmente permitido y la arbitrariedad prohibida en nuestro ordenamiento. Según un estudio realizado por el profesor Restrepo Medina, esta jurisprudencia ha sido reiterada en las sentencias T-706/96, C-271/98, C-505/99, C-918/02, C-734/03,

C-041/04, T-928/04, T-329/07, C-144/09, T-267/12, T-719/13, C-411/15 y SU-479/19<sup>[21]</sup>.

Luego, en la Sentencia C-574 de 1998, en la que estudia la constitucionalidad del artículo 136 del anterior Código Contencioso Administrativo, la Corte ha sostenido que, en materia de contratación estatal, impera el principio de autonomía de la voluntad, pero prohíbe cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico, en específico, respecto de los postulados del principio de la buena administración. Pero ¿cuáles son los postulados del principio de la buena administración? La Corte no proporciona una respuesta satisfactoria, pero lo que sí hace es enlistar los criterios con los cuales se debe dar aplicación a los principios establecidos en el artículo 209 constitucional y, en el entendido que el principio de la buena administración es un principio sombrilla, debe comprenderse que le son aplicables los criterios de coordinación, concurrencia, subsidiariedad, complementariedad, eficiencia, responsabilidad y transparencia, participación, sostenibilidad ambiental, asociatividad, economía y buen gobierno<sup>22</sup>.

Así las cosas, en Colombia, el desarrollo jurisprudencial constitucional del principio de la buena administración, a diferencia de Europa, sobrepasa los límites de la tutela administrativa efectiva, permitiendo que se le exija su satisfacción a la Administración en temas tan distintos como el servicio público, la contratación estatal o la aplicación de la discrecionalidad administrativa. Ahora bien, aprovechando para resaltar lo dicho por el profesor Restrepo Medina y su estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la buena administración, en su perspectiva como derecho, llama la atención que la Corte no tenga en cuenta en sus pronunciamientos la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, sino el marco jurídico europeo, restringiendo la aplicación del derecho y desconociendo la existencia de un marco normativo aplicable<sup>23</sup>.

## El desarrollo del Consejo de Estado

La buena administración como principio del derecho administrativo debería encontrar su fundamento más importante en el desarrollo jurisprudencial del

21 Manuel Alberto Restrepo Medina, “La buena administración pública: Entendimiento por la Corte Constitucional colombiana antes y después de su declaración como Derecho Fundamental por la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, en *El derecho a la buena administración: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023), 177-189.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-533 del 2013, 15 de agosto del 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

23 Restrepo Medina, “La buena administración pública”.

Consejo de Estado, supremo tribunal de lo contencioso administrativo en Colombia. No obstante, los pronunciamientos a ese respecto son más bien pocos, de aplicación reciente y no reiterada.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado encontramos la llamada “cláusula de la buena administración” en materia de responsabilidad estatal por los daños causados por los grupos armados al margen de la ley a las Fuerzas Armadas y, aunque ha sido excepcional su aplicación frente a este tema, es importante porque logró la aplicación del principio de “la buena administración a fuertes errores del Estado y violaciones de Derechos Humanos”<sup>24</sup>. Esta línea jurisprudencial está compuesta por cuatro sentencias<sup>25,26</sup> en las que se advierte que el Estado debía salvaguardar la seguridad de los miembros de la Fuerza Pública, dándoles las herramientas y la protección suficientes para enfrentar la delincuencia común y los grupos armados al margen de la ley como deber de la buena administración, pues su omisión podría suponer la producción de actos de genocidio o violencia<sup>27</sup>.

Ahora bien, se encuentra una sentencia de responsabilidad estatal por hechos delictivos cometidos por las Autodefensas Unidas de Colombia contra personas de especial protección, los habitantes del municipio de Tibú en el Norte de Santander. En este sentido aplicó el Consejo de Estado el principio de la buena administración:

[...] le es imputable a las entidades demandadas a título de falla en el servicio por incumplimiento a la cláusula general de la “buena administración *pública*” y al deber constitucional y convencional de salvaguardar la seguridad de la población civil y de ejercer todos los medios que permitan evitar los actos de violencia que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas, así como, por abandonar y renunciar al ejercicio

24 Hugo Andrés Arenas Mendoza, “La buena administración en la responsabilidad del Estado por los daños causados por la administración de justicia: Privación de la libertad, error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento y por el sistema carcelario”, en *El derecho a la buena administración: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023), 475-505.

25 “La primera sentencia data del 31 de agosto del 2011, toma guerrillera a la estación de Policía de Barbacoas; la segunda vez fue el 24 de octubre del 2013, muerte de un grupo de soldados que se encontraban en una tienda debido a un ataque guerrillero, y del 20 de octubre del 2014, ataque a la base armada del Cerro de Patascoy.” Arenas Mendoza, “La buena administración en la responsabilidad del Estado por los daños causados por la administración de justicia”.

26 Adicionalmente a las mencionadas en la línea jurisprudencial realizada por el doctor Arenas Mendoza, se ha de resaltar la sentencia del 24 de octubre del 2013, que si bien trata sobre la toma guerrillera a la estación de Policía de Barbacoas, lo hace desde la perspectiva de género y el papel de la mujer como víctima del conflicto armado interno colombiano. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 24 de octubre del 2013, Sentencia del Exp. 25981, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

27 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 31 de agosto del 2011, Sentencia del Exp. 19195, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

real y concreto de la soberanía en una parte del territorio colombiano, esto es, en el corregimiento de La Gabarra, Municipio de Tibú, Norte de Santander<sup>28</sup>.

Por otro lado, el Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto en temas de contratación estatal, una sentencia en este sentido es la del 10 de octubre del 2016, en la que el actor solicitó se declarara la nulidad del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 del 26 de mayo del 2015, expedido por la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación, toda vez que se habría dado un desconocimiento de la potestad reglamentaria por parte de la Administración. El supremo tribunal de lo contencioso administrativo sostuvo que

Tal cuestión encuentra un pertinente desarrollo legal en preceptos tales como el artículo 3.º de la Ley 489 de 1998 y los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y 3.º de la Ley 1437 del 2011, lo cual permite afirmar que a este entramado normativo subyace el principio jurídico de la Buena Administración, entendido este como un postulado normativo que ordena, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, que la Administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella, ejecute de buena fe y bajo el estándar de la debida diligencia los deberes funcionales que el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal le ha confiado y adopte las decisiones que correspondan de manera razonable y ponderada conforme a los valores, principios y reglas que se desprenden del marco jurídico legal, constitucional y convencional.

Como se evidencia en el extracto jurisprudencial, el Consejo de Estado ha establecido la existencia implícita del principio de la buena administración, dándole contenido al postulado normativo al establecer que este exige la garantía de los derechos de los administrados cuando entran en contacto con la Administración y, en especial, la razonabilidad y ponderación en la toma de decisiones de la Administración.

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado respondió al Ministerio de Transporte el 28 de marzo del 2017, el cual le consultaba con el “propósito de establecer si era posible adelantar un proceso licitatorio para contratar el 12 % de las obras faltantes que se requerían para conclusión de la construcción del Túnel de la Línea con cargo a vigencias futuras del presupuesto del Instituto Nacional de Vías (Invías) y determinar si al hacerlo

28 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 7 de septiembre del 2015, Sentencia del Exp. 48995, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



estaban incurriendo en un doble reconocimiento o pago”. La Sala estudió el principio de la buena administración en atención a la jurisprudencia previa ya citada y adicionando su análisis en el siguiente sentido: “[...] el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento jurídico colombiano, de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados”<sup>29</sup>.

En este sentido, el Consejo de Estado da contenido al principio, al establecer que este le exige a la Administración la ejecución “diligente, oportuna y eficaz” de las funciones a ella encomendadas, enfocada en la “satisfacción de los derechos y deberes de los administrados”. En conclusión, el Consejo de Estado usa el principio de la buena administración en un espectro más amplio que el de la Unión Europea, pero siguiendo lo desarrollado en Italia respecto a la responsabilidad del Estado y a España en términos de contratación estatal, desarrollando un principio que le exige a la Administración actuar con razonabilidad, ponderación, diligencia, eficacia y oportunidad en la garantía de los derechos e intereses de todas las personas, con especial referencia a la satisfacción del derecho a la seguridad.

## LA INNOVACIÓN PARA LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El derecho administrativo contemporáneo ha presentado varios avances en clave de satisfacer el principio de la buena administración, pues, en un panorama cada vez más complejo, la Administración requiere de herramientas innovadoras que la transformen y le ayuden a cumplir los fines constitucionales. La idea del burócrata sentado en el despacho en donde pasa sus días en medio de expedientes para firmar autorizaciones o sanciones ha cambiado. Puesto que la Administración pública como ciencia de estudio le ha exigido a los Estados la incorporación de conceptos como “glocal”, que indica la demanda de bienes y servicios globales por parte de los ciudadanos locales; o la “sociedad 3.0”, caracterizada por la incursión de las nuevas tecnologías, el *big data* y la inteligencia artificial. Exigencias desarrolladas en el marco de la gobernanza global, la cual establece que las administraciones se apoyen en entidades supranacionales y en los privados en su nueva forma de relacionarse con los ciudadanos. El derecho administrativo de

29 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 28 de marzo del 2017, Sentencia del Exp. 2331, M.P. Edgar González López.

hoy no puede separarse de los avances en términos de gestión pública, su reforma continua es la obligación que la concreción del principio de la buena administración le impone.

De manera que la Administración debe estar a la vanguardia de los desarrollos de la sociedad a la que sirve. Por esto, en atención al homenaje en el cual tengo el honor de participar, debo resaltar algo que el profesor Diego Younes Moreno nos enseñó en su libro *Panorama de las reformas del Estado y de la Administración pública*, editado en el 2004 por la Universidad del Rosario, mi *alma mater*:

El panorama mundial muestra que esta es una época de cambios profundos y extensos. Están en pleno desarrollo la revolución científico-tecnológica más radical que se haya conocido; la humanidad ha llegado a formas de creación cultural impensables hasta hace pocos años. Los modelos socio-políticos experimentan inmensos cambios. Se organizan los poderes mundiales y aparecen nuevas formas de agrupación internacional, que hacen necesarias las reformas tanto de los Estados como de sus aparatos administrativos<sup>30</sup>.

Esta reforma incluye, hoy en día, aceptar que la buena administración como principio incluye los desarrollos de la “buena regulación”, es decir, el uso de estrategias regulatorias como los *nudge* y el *boost*, los *sandboxes* regulatorios, de la prospectiva, la inteligencia artificial y del *big data*, entre otros. No obstante, solo me centraré en una estrategia conductual: el *nudge*.

### *Nudge*

La regulación conductual mediante *nudge* se ha comenzado a estudiar por los más importantes juristas desde hace muy poco tiempo, pues solo fue hasta el 2008 cuando Cass R. Sunstein y Richard Thaler publicaron el libro *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, que revolucionó la tradicional forma de regulación basada en la prohibición-sanción, para pasar a herramientas regulatorias fundamentadas en la modificación de la arquitectura de las decisiones de los ciudadanos. Esta herramienta se ha venido estudiando con relativa timidez en el mundo hispano, donde resaltan las figuras de los profesores Juli Ponce Solé y Ricardo Rivero Ortega en España, Enrique García Tejada en México o Daniel Monroy en Colombia, pero ha sido acogida por varios países alrededor del

30 Diego Younes Moreno, *Panorama de las reformas del Estado y de la Administración pública* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2004).

mundo, en donde se han creado oficinas para el desarrollo de acicates en todas las áreas de intervención de la Administración.

Pero ¿qué son los *nudges* o acicates? “Son cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos”<sup>31</sup>. En esta definición encontramos los tres elementos esenciales de la herramienta: (1) es una modificación predecible a la arquitectura de las decisiones, (2) permite otras opciones, y (3) no cambia los incentivos económicos.

Iniciaré por el final, los acicates no cambian los incentivos económicos. Esto quiere decir que no se modifica la conducta de los ciudadanos por medio de aumentar o disminuir un costo monetario. La forma tradicional de regulación a través de prohibición-sanción se basa en la teoría clásica del hombre racional, tan bien desarrollada por las ciencias económicas; esta indica que los seres humanos tomamos decisiones racionales, por tanto, si la Administración impone una prohibición, su cumplimiento se daría gracias al proceso de raciocinio en el cual el individuo valoraría el costo-beneficio de incumplir la prohibición, de manera tal que entre más costosa la sanción, menos beneficio, y la decisión racional sería no incurrir en la conducta. Por tanto, la sanción monetaria disuade el comportamiento sancionable, modifica la conducta y se logra la eficacia normativa.

La vida real nos ha mostrado lo contrario, aunque muchas personas cumplen la ley por evitar la sanción, muchos la incumplen porque saben que la Administración no tiene el aparato institucional requerido para vigilar y castigar a quienes no la obedecen, pero también porque simplemente no realizan ningún proceso racional sobre la toma de sus decisiones. De igual manera funciona con la actividad de fomento, en el sentido que si el propósito es alentar un comportamiento del individuo, se debe reducir su costo, generalmente por medio de subsidios, por el contrario, si la idea es evitarlo, se sube su costo a través de impuestos.

Estas herramientas le han bien servido a la Administración por mucho tiempo, y deben seguir haciéndolo, pero en realidad el ser humano no toma decisiones racionales; y así lo han descrito Amos Tversky y Daniel Kahneman en su *bestseller Thinking, Fast and Slow*. Estos psicólogos han indicado que las personas tenemos dos sistemas de toma de decisiones, un sistema intuitivo y veloz, referenciado como sistema 1, y otro racional y lento, sistema 2<sup>[32]</sup>. El primer sistema se ha desarrollado junto con el ser humano a lo largo de su historia, por lo que ha logrado

31 Cass R. Sunstein y Richard Thaler, *Un pequeño empujón: El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad* (Madrid: Editorial Taurus, 2009).

32 Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (Nueva York: Farrar, Straus and Giroux, 2013).

evolucionar con este, le permite tomar decisiones rápidas, impulsivas, intuitivas para su propia preservación, por lo que está sujeto al error<sup>33</sup>. En este punto, entonces, se puede entender que no siempre se toman decisiones racionales, sino, más bien, en un alto grado seguimos el instinto, la corazonada y, por tanto, el sistema de prohibición-sanción no siempre va a lograr la eficacia requerida. Por lo anterior, si reconocemos que los seres humanos no tomamos decisiones racionales, entonces podemos explorar nuevas formas regulatorias que le ayuden a la Administración a mejorar los estándares de cumplimiento normativo, sin intervenir la estructura de costos monetarios asociados, solo modificando la conducta de las personas por medio de la interferencia en su arquitectura de las decisiones.

El segundo elemento de la definición hace referencia a la posibilidad de tomar otras opciones. Esta herramienta intenta no caer en el vicio de la manipulación como forma de intervención de la libertad positiva, derecho fundamental del individuo, por tanto no se busca generar un ejército de ciudadanos que cumplan la norma sin un mínimo de reflexión. Al contrario, el *nudge* se debe basar en el principio de transparencia, es decir, el ciudadano debe saber cuándo la Administración está haciendo uso de la herramienta, y también en el principio de libertad, por lo que siempre debe tener a disposición otras opciones para elegir. En ese sentido, Cass R. Sunstein ha dicho que los acicates son “iniciativas que mantienen la libertad de elección mientras conducen por la vía adecuada las decisiones de la gente”, pues el instrumento cabe dentro de “la categoría de disenter, razonar y persuadir más que de obligar”<sup>34</sup>.

Por último, volvamos al primero de los elementos de la definición: modificación predecible de la arquitectura de las decisiones, esto es, los contextos que se les presentan a las personas que, intervenidos o no, influyen en la toma de nuestras decisiones. De tal suerte que, si volvemos sobre la forma en que tomamos decisiones los humanos según Kahneman, podemos evidenciar sesgos del comportamiento comunes a todos, sobre los cuales la Administración puede intervenir la arquitectura de la decisión y tener un resultado esperable. Seguramente se evidencie mejor con un ejemplo. El *statu quo* es un sesgo del comportamiento en el cual las personas prefieren seguir haciendo las cosas como las han hecho toda la vida en lugar de observar otras opciones y elegir la más racional. Con la llegada de las nuevas tecnologías, la administración pública electrónica se ha venido desarrollando con mucha rapidez, no obstante hay personas que teniendo el *hardware*, el

33 Helena Matute, *Nuestra mente nos engaña: Sesgos y errores cognitivos que todos cometemos* (Eslovenia: Shacketon Books, 2019).

34 Cass R. Sunstein, *Paternalismo libertario* (Barcelona: Editorial Herder, 2017).

*software* y la red de internet prefieren seguir yendo presencialmente a las oficinas de la Administración en lugar de realizar sus trámites en línea, que, entendemos, es la decisión más racional, porque disminuye costos en tiempo y, dependiendo del caso, dinero. ¿Por qué? Por el sesgo de *statu quo*, aquí hay una oportunidad de desarrollo del *nudge*, que ya he expuesto en trabajos anteriores, en los que sugiero establecer una opción por defecto a través de un cambio normativo al artículo 53 de la Ley 1437 del 2011<sup>[35]</sup>, que indique que, por regla general, se deban iniciar todos los procedimientos administrativos vía electrónica<sup>36,37</sup>, de tal forma que el uso de la e-administración se priorice sobre la atención presencial, así el deber ciudadano de acceder por este medio aumentará su uso, lo que conlleva, a su vez, la obligación del Estado de responder a este cambio adaptando de mejor forma los portales web para hacerlos más simples, atractivos y eficientes, en atención a la mayor demanda, pero también al principio de la buena administración.

## CONCLUSIONES

La buena administración es un principio del derecho administrativo reconocido en Colombia por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional que, aunque implícito, tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico, obligando a la Administración pública a sujetar su actuación al interés general, la racionalidad, la debida motivación de sus actuaciones y el servicio al ciudadano en el contexto del Estado democrático y social de derecho. Es, por tanto, un mandato de optimización que le exige a la Administración un estándar que ha de observar en el debido cumplimiento de los fines del Estado y de los principios constitucionales.

Al estudiar el desarrollo en el derecho europeo, nos encontramos con un principio del procedimiento administrativo que impone a la Administración una

35 El cambio normativo que he propuesto corresponde a las palabras en cursivas: Artículo 53: “Los procedimientos y trámites administrativos *deberán* realizarse a través de medios electrónicos. Para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos”.

Artículo 53 A. “[...] Las personas naturales y jurídicas *deberán* hacer uso de los canales digitales cuando así lo disponga el proceso, trámite o procedimiento. *Sin perjuicio que en el desarrollo de la actuación, el interesado le solicite a la administración el desarrollo del procedimiento por cualquier otro medio autorizado por el presente código*”. Jhoan S. Torres Alfonso, “Nudge en la e-administración: Propuestas para el caso colombiano”, XXI Fórum internacional de expertos y jóvenes investigadores en derecho y nuevas tecnologías (Fodertics), Universidad de Salamanca, 2024.

36 Jhoan S. Torres Alfonso, “Administración electrónica y *nudge* en Colombia” (tesis de maestría, Universidad de Salamanca, 2021).

37 Jhoan S. Torres Alfonso, “Nudge en la e-administración: Propuestas para el caso colombiano”, en FODERTICS 12.0: *Innovación legal y eficiencia digital* (España: Comares, 2024), 47-57.

serie de deberes consistentes en la imparcialidad, la equidad y la solución en plazo razonable de los asuntos que trate, los derechos de los ciudadanos a ser oídos, al acceso al expediente, la motivación de las decisiones, la responsabilidad del Estado por el daño causado por la Administración y la posibilidad de comunicarse con esta en una de las lenguas de la Unión Europea. De tal suerte que, siendo el derecho administrativo el resultado de los procesos sociales de la comunidad en la que se desarrolla, resulta ser un principio plenamente garantista de los derechos del administrado frente a la Administración, limitando su actuación por medio de los deberes de diligencia debida y motivación de todas las decisiones que tomen los funcionarios públicos, exigiendo en ellas racionalidad y ponderación. Es pues, entonces, el principio garante de una Administración centrada en el ciudadano y no en quienes ostentan el poder público.

Por otro lado, en esa respuesta al contexto colombiano, el principio de la buena administración se ha desarrollado para establecer la responsabilidad del Estado por hechos cometidos por los grupos armados ilegales, lo que de por sí es muy diciente de la respuesta jurídica de nuestro derecho a nuestra realidad. Son muy importantes los pronunciamientos del supremo tribunal administrativo, toda vez que abren la puerta para establecer la responsabilidad del Estado en casos en los que la Administración no sujete su actuación al principio de la buena administración, y así lo ha explorado el profesor Arenas Mendoza (2023), quien ha sostenido su viabilidad en casos de privación de la libertad, error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento y por el sistema carcelario<sup>38</sup>.

De igual manera, los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre controversias contractuales, en el sentido de imponer un límite a la libre voluntad de las partes, la diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad en la actividad administrativa, y el establecimiento de la carrera administrativa como medio para garantizar la excelencia de la función pública, demuestran que uno de los principales problemas de la Administración es la mala administración negligente por parte de algunos funcionarios, pero, sobre todo, la mala administración dolosa, que es una importante preocupación social; los actos corruptos que dañan la legitimidad democrática de la función pública, transgreden los principios sobre los que se fundamenta el Estado de derecho e impiden la concreción de los mandatos que la cláusula constitucional del Estado social y democrático obliga a Colombia.

38 Arenas Mendoza, "La buena administración en la responsabilidad del Estado por los daños causados por la administración de justicia".

En ese sentido, sostengo la necesidad de profundizar en el desarrollo del principio de la buena administración en la función pública, de tal manera que se amplíe a todo el marco de actuación, estableciendo el deber de su seguimiento en toda la actividad administrativa, bajo los criterios de aplicación que la Corte Constitucional ha exigido a los principios del derecho administrativo y su defensa judicial por los medios pertinentes, ya sea ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la constitucional, por vía acción de tutela, en los casos en los que esto sea procedente. En ese sentido, se debe entender la necesidad de la buena regulación como desarrollo de la buena administración, lo que implica el uso de las nuevas estrategias de las que han venido hablando alrededor del mundo los más importantes juristas, en especial, la aplicación de las estrategias *nudge* en la regulación conductual de los ciudadanos, que, en últimas, implica el cumplimiento de uno de los más importantes criterios de estudio de la norma jurídica en cuanto tal, su eficacia.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Appleby, Paul. “Toward Better Public Administration”. *Public Administration Review* 7 (1947): 93-99.
- Arenas Mendoza, Hugo Andrés. “La buena administración en la responsabilidad del Estado por los daños causados por la administración de justicia: Privación de la libertad, error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento y por el sistema carcelario”. En *El derecho a la buena administración: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, 475-505. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023.
- Bousta, Rhita. “Para una definición restrictiva de ‘la buena administración’: Análisis crítico de su estatuto de ‘derecho subjetivo’”. En *El derecho a la buena administración pública: Reflexionar para la contribución de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, 95-117. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023.
- Chaves García, José R. “El buen gobierno y la buena administración ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. En *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación: Lobbies, gobiernos locales y la buena administración*, 384-385. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022.
- Durán Martínez, Augusto. “La buena administración”. *Estudios de derecho administrativo*, n.º 1 (2010): 173-194.

- Fragale, Edoardo. “El derecho (europeo) a la buena administración y el problema de la autonomía de las pretensiones participativas en el ordenamiento italiano”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21 (2019): 125-151.
- Kahneman, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. Nueva York: Edita Farrar, Straus and Giroux, 2013.
- Matute, Helena. *Nuestra mente nos engaña: Sesgos y errores cognitivos que todos cometemos*. Eslovenia: Edita Shacketon Books, 2019.
- Ponce Solé, Juli. “El principio de la buena administración: Discrecionalidad y procedimiento administrativo”. Tesis de grado, Universidad de Barcelona, 1998.
- Ponce Solé, Juli. “Introducción. El buen gobierno legislativo y judicial y la buena administración en los tribunales extranjeros y en el TEDH: Sobre el cambio climático y el debido cuidado del legislador y la buena administración judicial”. En *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación: Lobbies, gobiernos locales y la buena administración*, 359-381. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022.
- Ponce Solé, Juli. “Los jueces, el derecho a la buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno”. *La Administración al día*, Instituto Nacional de Administración Pública, 19 de enero del 2017. <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021&titulo=los%20jueces,%20el%20derecho%20a%20la%20buena%20administración%20y%20las%20leyes%20de%20transparencia%20y%20buen%20gobierno&texto=>.
- Ponce Solé, Juli. “Una mirada europea y española a los principio jurídicos de buen gobierno y el derecho subjetivo a una buena administración: El establecimiento de una fórmula precisa para definir la buena administración”. En *El derecho a la buena administración: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, 57-94. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023.
- Rastrollo Suárez, Juan José. “La proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: Hacia la ‘buena contratación’”. En *Anuario de la Facultad de Derecho*. España: Universidad de Alcalá VII, 2014.
- Restrepo Medina, Manuel Alberto. “La buena administración pública: Entendimiento por la Corte Constitucional colombiana antes y después de su declaración como Derecho Fundamental por la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”. En *El derecho a la buena administración: Reflexiones para la construcción*



- de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*, 177-189. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023.
- Rodríguez-Arana, Jaime. “Buena administración como principio y derecho fundamental en Europa”. En *Revista Misión Jurídica* 6, n.º 6 (2013): 23-56.
- Rodríguez-Arana, Jaime. *El buen gobierno y la buena administración*. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2006.
- Rodríguez-Arana, Jaime. “El derecho fundamental a la buena administración y la centralidad del ciudadano en el derecho administrativo”. En *El derecho a la buena administración pública: Reflexiones para la construcción de un nuevo derecho administrativo de cara al ciudadano*. España: Tirant lo Blanch, 2023.
- Sunstein, Cass R. *Paternalismo libertario*. Barcelona: Editorial Herder, 2017.
- Sunstein, Cass R. y Richard Thaler. *Un pequeño empujón: El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Madrid: Editorial Taurus, 2009.
- Torres Alfonso, Jhoan S. “Administración electrónica y *nudge* en Colombia”. Tesis de maestría, Universidad de Salamanca, 2021.
- Torres Alfonso, Jhoan S. “*Nudge* en la e-administración: Propuestas para el caso colombiano”. XXI Fórum internacional de expertos y jóvenes investigadores en derecho y nuevas tecnologías (Fodertics), Universidad de Salamanca, 2024.
- Wunder Hachem, Daniel. “La buena administración pública”. Ponencia, congreso virtual Universidad del Rosario, 19 de mayo del 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=yCHdzUzO6rs>.
- Wunder Hachem, Daniel y Diana Carolina Valencia-Tello. “Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasileiro”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21 (2019): 47-75.
- Younes Moreno, Diego. *Panorama de las reformas del Estado y de la Administración pública*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2004.

## CAPÍTULO 19

### LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PRINCIPIO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA\*

Patricia del Pilar Feuillet Palomares

*Yo no deseo que las mujeres tengan poder sobre los hombres, sino sobre ellas mismas.*

Mary WOLLNSTONECRAFT

Un principio, según Roberto Islas Montes<sup>1</sup>, hace referencia a un cimiento o fundamento y un nexo con lo que se quiere sostener, y un principio jurídico “es la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquello con que se deba relacionar; siendo la *relación razonada* el elemento determinante del principio jurídico y el *fundamento, valor, meta, fin o estándar establecido como relevante para el derecho* su esencia”.

En este escrito no se hará referencia a la discusión entre principio y regla, y a su obligatoriedad y consecuencias en el campo del derecho<sup>2</sup>, sino que se abordará el tema de la perspectiva de género como un estándar deseable en la administración de justicia para lograr la materialización de otros principios, como la igualdad, la dignidad humana y el acceso a la administración de justicia —por ser relevantes en el derecho para generar una transformación social—, con el fin de que las decisiones judiciales sean justas.

El texto se dividirá en dos partes, primero se hablará sobre la perspectiva de género en la actividad judicial, y luego sobre varias sentencias en las que la jurisdicción de lo contencioso administrativo aplicó la perspectiva de género.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.19>.

1 Roberto Islas Montes, “Principios jurídicos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año xvii (2011): 397-412.

2 Es decir, no se hará referencia a las diferencias teóricas entre Ronald Dworkin, Robert Alexy y otros autores en el tema de principios.

## LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Antes de hablar de perspectiva de género es importante hablar del derecho a la dignidad humana, el derecho a la igualdad y el derecho de acceso a la administración de justicia, todos de rango constitucional e integrantes del bloque de constitucionalidad, porque esos tres derechos se interrelacionan cuando se va a trabajar una administración de justicia con perspectiva de género.

La dignidad humana, además de estar consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11), es uno de los pilares fundacionales del Estado colombiano. De hecho, el artículo 1.º de la Constitución Política de Colombia dice que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

La dignidad humana ha sido entendida por la Corte Constitucional como un derecho fundamental autónomo que protege (1) que cada persona pueda diseñar un plan de vida y determinarse según sus propias características; (2) que la persona tenga ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (3) el respeto por la integridad física y moral de las personas, es decir, que no puedan ser sometidas a ninguna forma de humillación o tortura<sup>3</sup>. De hecho, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la dignidad humana es la base de los demás derechos y es un deber del Estado protegerla y garantizar su protección. En el caso de *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988) dijo que “ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”.

El derecho a la igualdad y no discriminación es un derecho conocido y traído en el quehacer judicial, consagrado en el artículo 13 constitucional, que dice que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Para la Corte Constitucional<sup>4</sup>,

la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede

3 Corte Constitucional, Sentencia T-291 del 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

4 Corte Constitucional, Sentencia T-030 del 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige, y ii) material, en el sentido de garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruados con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

En el tema de discriminación, la misma Corte ha dicho que puede ser directa o indirecta:

[...] es directa cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado, injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, opiniones personales, entre otras. La discriminación es indirecta cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, lo que produce lesiones y vulneraciones de sus derechos fundamentales o limitan el goce de los derechos.

El derecho de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 constitucional, no es solo poder comparecer formalmente ante un juez, sino tener la posibilidad de obtener la tutela judicial efectiva de los derechos en igualdad de condiciones entre los intervinientes en un proceso judicial, sin distinción alguna por motivo de raza, sexo, género, religión y otras.

Si bien teóricamente el derecho existe y está protegido por el bloque de constitucionalidad, en la práctica se puede evidenciar la desigualdad y la dificultad para ejercer el derecho eficazmente por diferentes motivos, como socioeconómicos, territoriales, de género, de raza, de orientación sexual, por la brecha digital, entre otros. Incluso por la falta de recursos de la justicia y hasta por la mora judicial.

Entonces, para superar esas dificultades, el ideal es garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia con un enfoque diferencial, para lograr el acceso en condiciones de igualdad y de dignidad humana (derechos explicados antes) y así trabajar para una sociedad más igualitaria y justa.

La rama judicial se propuso, desde el 2008<sup>[5]</sup>, trabajar por la equidad de género, específicamente dispuso “Promover la igualdad de oportunidades entre

5 Acuerdo 4552 del 2008, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Sobre el tema también se expidieron los acuerdos 9743 del 2012 y PSAA12-9721 del 2012.

mujeres y hombres y la no discriminación por género en las decisiones judiciales, en el servicio público de la administración de justicia, y en el funcionamiento interno de la Rama Judicial”. Es así que creó la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y los comités seccionales, con el fin de

Proponer políticas, planes y acciones encaminadas a garantizar la igualdad y la no discriminación de las mujeres y las niñas en el acceso a la administración de justicia.

Promover la sensibilización y la formación en materia de género, de manera continua y sistemática para todos los servidores judiciales.

Mantener informadas a la Altas Corporaciones sobre las actividades de Género que se adelanten para la Rama Judicial.

Efectuar la evaluación y el seguimiento al cumplimiento de las políticas, planes y acciones que en materia de género se determinen por la Comisión.

Establecer directrices para la introducción de la perspectiva de género en la actuación y la formación judicial.

Servir de órgano de coordinación de las Altas Cortes en materia de Género para la Rama Judicial. Coordinar con otros órganos nacionales o internacionales la ejecución de convenios en materia de género.

La Corte Constitucional tiene establecida una jurisprudencia sólida de lo que significa una justicia con perspectiva de género<sup>6</sup>, pues ha reconocido que,

[...] históricamente, [se] ha posicionado a la mujer en escenarios de desigualdad respecto de su relación con el entorno y, mayormente, en su relación de “*inferioridad*” respecto de los hombres. Por tal motivo, en la búsqueda y la ratificación de la igualdad de derechos y oportunidades, fue que la Constitución Política otorgó especial relevancia a los derechos fundamentales de las mujeres y concedió una serie de garantías a través de las cuales se pudiera materializar su protección efectiva y reforzada<sup>7</sup>.

Para la Corte,

La discriminación, y por ende violencia, de las que han sido víctimas las mujeres, responden a patrones basados en estereotipos de género atados a una preconcepción de lo que significa —y espera— de ser hombre o mujer. Estos roles, en el caso de las mujeres, han ahondado en su concepción de sujeto sobre el cual el hombre puede ejercer poder y, en ese sentido, generar sobre ella actos de agresión física o psicológica para lograr su sometimiento<sup>8</sup>.

6 Véanse, entre otras, las sentencias SU-080 del 2020, T-967 del 2014 y T-344 del 2020.

7 Corte Constitucional, Sentencia T-739 del 2023, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

8 *Ibidem*.

Entonces, para construir el derecho de acceso a la justicia con perspectiva de género, los operadores jurídicos deberían ser conscientes de los prejuicios y estereotipos de género que tienen interiorizados con el fin de erradicarlos.

Pero si nuestro pensamiento tiene estereotipos que no conocemos, ¿cómo hacemos para saber que tenemos pensamientos, actitudes y comportamientos discriminatorios o estereotipados? Pues una forma es estudiar e investigar sobre los grupos históricamente discriminados como las mujeres, la población LGBTQ+, las comunidades indígenas, afro, entre otras, para conocer la historia de cada grupo, sus luchas, sus triunfos y fracasos y lo que falta por lograr, qué les molesta, qué es discriminatorio, qué es estereotipado, para así administrar justicia evitando los estereotipos y la discriminación, utilizando un lenguaje respetuoso y con un enfoque diferencial desde el conocimiento. Como dijo Gerda Lerner en el libro *La creación del patriarcado*<sup>9</sup>, “La historia de las mujeres es indispensable y esencial para su emancipación”.

Por ejemplo, en el tema de mujeres se deberían analizar las luchas feministas desde la primera ola del feminismo hasta la actualidad<sup>10</sup>, para conocer por cuáles derechos han luchado, qué han logrado, qué falta, qué expresiones son discriminatorias, qué es estereotipado, etc., con el fin de administrar justicia con conocimiento del contexto de ese grupo, y erradicar desde la administración de justicia las discriminaciones existentes y los estereotipos que aún muchos operadores de justicia invisibilizan, algunas veces por desconocimiento. Entonces, como se tiende a invisibilizar lo desconocido hay que investigarlo.

Para Nuria Varela,

[...] el feminismo es un discurso político que se basa en la justicia. El feminismo es una teoría y práctica política articulada por mujeres que, tras analizar la realidad en la que viven, toman conciencia de las discriminaciones que sufren por la única razón de ser mujeres y deciden organizarse para acabar con ellas, para cambiar la sociedad. Partiendo de esa realidad, el feminismo se manifiesta como filosofía política y, al mismo tiempo, como movimiento social<sup>11</sup>.

En la primera ola del feminismo, las mujeres luchaban por el derecho a la educación, el trabajo, los derechos matrimoniales y respecto a los hijos y el derecho al

9 Gerda Lerner, *La creación del patriarcado* (Colombia: Nomos, 2022), 19.

10 Para entender la lucha feminista se recomiendan los siguientes libros: Nuria Varela, *Feminismo para principiantes* (Barcelona: Penguin Random House, 2021); y Florencia Abbate, *Biblioteca feminista: Vidas, luchas y obras desde 1789 hasta hoy* (Buenos Aires: Planeta: 2020).

11 Varela, *Feminismo para principiantes*, 20.

voto. En la segunda ola surgieron las sufragistas, el movimiento obrero y el movimiento feminista radical. En la tercera ola el feminismo fue mucho más radical y diverso. Existe el feminismo latinoamericano, el afro, el indígena, entre otros, por lo que algunas veces es más apropiado hablar de feminismos que de feminismo.

Es importante mencionar que, para el feminismo, lo personal es político (frase de la activista y periodista norteamericana Carol Hanish, que tiene un ensayo con el mismo nombre), porque, luego de las luchas feministas por la educación, el sufragio y el trabajo remunerado, insistían en que el Estado también debía involucrarse en el trato que las mujeres estaban recibiendo dentro de los hogares y en sus relaciones personales, pues muchas veces la violencia se ejercía contra ellas dentro del hogar y sitios de trabajo y el Estado no hacía nada para evitarlo.

Los estereotipos de género tienen un matiz histórico. Greta Lerner<sup>12</sup> dice que si el sistema de dominación patriarcal tuvo un origen histórico, ese sistema podría acabar si cambian las condiciones históricas. En ese cometido, se hace las preguntas de cómo, cuándo y por qué surgió la subordinación femenina. Sobre ese tema existen varias posturas. Se resalta la tradicionalista y la feminista.

La tradicionalista dice que la dominación masculina es universal y natural, viene de un ser superior, que asignó diferentes roles a hombres y mujeres. Al hombre le dio fuerza física para cazar, proveer el alimento y ser guerrero, y a la mujer le dio el papel principal de la procreación y la familia. Por eso, a través de la historia puede observarse que las mujeres que se salían de ese rol tradicional podían ser estigmatizadas. Como lo señala Silvia Federici<sup>13</sup>,

[...] la bruja no era solo la partera, la mujer que evitaba la maternidad o la mendiga que a duras penas se ganaba la vida robando un poco de leña o de manteca de sus vecinos. También era la mujer libertina y promiscua —la prostituta o la adúltera y, por lo general, la mujer que practicaba su sexualidad fuera de los vínculos del matrimonio y la procreación—. Por eso, en los juicios por brujería, la mala reputación era prueba de culpabilidad. La bruja era también la mujer rebelde que contestaba, discutía, insultaba y no lloraba bajo tortura. Aquí la expresión “rebelde” no está referida necesariamente a ninguna actividad subversiva específica en la que pueda haber estado involucrada alguna mujer. Por el contrario, describe la personalidad femenina que se había desarrollado, especialmente entre los campesinos, durante la lucha contra el poder feudal, cuando las mujeres actuaron al frente de los movimientos heréticos, con frecuencia organizadas en asociaciones femeninas, planteando un desafío

12 Lerner, *La creación del patriarcado*, 38-42.

13 Silvia Federici, *Calibán y la bruja* (México: Traficantes de Sueños, 2020), 258.

creciente a la autoridad masculina y a la iglesia. Las descripciones de las brujas nos recuerdan a las mujeres tal y como eran representadas en las moralidades teatrales y en los *fabliaux*: listas para tomar la iniciativa, tan agresiva y vigorosas como los hombres, que usaban ropas masculinas o montaban con orgullo sobre la espalda de sus maridos, empuñando un látigo.

La teoría tradicionalista fue reforzada con las teorías naturalistas de Darwin y Sigmund Freud, que teorizaron sobre la supremacía biológica del hombre sobre la mujer.

Sin embargo, las feministas han dicho que el ser humano ya no vive en un estado de naturaleza, sino de cultura, y que los cambios industriales, tecnológicos, científicos, de esperanza de vida, entre otros, hacen que los roles del neolítico no sean necesarios en la actualidad. En palabras de Greta Lerner:

[...] los tradicionalistas pretenden que las mujeres sigan cumpliendo los mismos papeles y ocupaciones que eran funcionales y esenciales para la especie en el Neolítico. Aceptan los cambios culturales por los cuales los hombres se han liberado de las necesidades biológicas, ya que el reemplazo del esfuerzo físico por el trabajo de las máquinas es considerado un progreso; sólo las mujeres, desde su punto de vista, están confinadas para siempre al servicio de la especie debido a su biología. Afirmar que de todas las actividades humanas únicamente la maternidad femenina es inalterable y eterna es rebajar a la mitad de la humanidad a un estado inferior de existencia, a un estado de naturaleza más que de cultura<sup>14</sup>.

Lo cierto es que las tareas de cuidado, los valores, la ternura, entre otras características, tan importantes para las sociedades y que se atribuyen históricamente a las mujeres, deben ser ejercidas por hombres y mujeres para construir una mejor sociedad.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-967 del 2014, exhortó al Congreso y al Gobierno para que ejerzan las acciones pertinentes que permitan reconfigurar los patrones culturales discriminatorios y los estereotipos de género presentes aún en los operadores de justicia en Colombia. Pero ese no es solo un trabajo de la ley y el Gobierno, sino que también es una obligación del Poder Judicial, y en especial de las personas que administran justicia, quienes deben conocer y reconocer la realidad social en la que despliegan su rol. De ahí la importancia de tomar conciencia y capacitarse sobre la materia.

14 Lerner, *La creación del patriarcado*, 43.



La idea es tener una administración de justicia que rompa las estructuras patriarcales profundas que existen en la sociedad colombiana —para Gerda Lerner, el patriarcado es un sistema social en el que está institucionalizada la dominación masculina sobre las mujeres en la sociedad en general y dentro de las familias, y de esa situación todas las personas somos víctimas—, y que utilice la perspectiva de género de forma transversal para materializar la igualdad real (acceso real de todas las personas en las mismas condiciones a los bienes y servicios), la igualdad de oportunidades y el acceso igualitario a la administración de justicia.

Para aplicar una perspectiva de género se parte, entonces, de la existencia de la discriminación de género y de prácticas sexistas y discriminatorias, por lo que el juez debe adoptar enfoques diferenciales para la eliminación de esas brechas en el acceso a la justicia, mediante la implementación de perspectivas de género en el proceso judicial (porque no tomar en cuenta esas diferencias u otorgar un trato idéntico a personas desiguales es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente). Entonces, se deben cuestionar las desigualdades entre hombres y mujeres para cuestionar la asignación sociocultural de roles y derribar los estereotipos de género, pues la perspectiva de género lo que quiere es garantizar el derecho a la igualdad y que se tomen decisiones justas.

Podemos decir, entonces, que aplicar la perspectiva de género en un juicio implica analizar los hechos y valorar las pruebas desechando estereotipos o prejuicios de género, para visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género<sup>15</sup>.

De hecho, en México, son seis los elementos que detalló la Suprema Corte en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 al respecto: (1) identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; (2) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo de género; (3) analizar las pruebas que existan (si existen) para visibilizar dichas situaciones; (4) cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta; (5) aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas; y (6) evitar la utilización de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, y, a su vez, procurar el uso de lenguaje incluyente.

En Colombia existe una herramienta virtual en la página de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial<sup>16</sup> para identificar si en un caso se debe aplicar la perspectiva de género, y para que se expidan decisiones judiciales que tengan un impacto en la sociedad en las que

15 Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de México.

16 <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-genero/lista-de-verificacion>.

[...] prime el derecho a la igualdad y la no discriminación, que se visibilice la condición de las mujeres, se les respete y se les reconozcan todos sus derechos de manera integral (verdad, justicia, reparación y no repetición); que no se invisibilice la violencia, que se aplique la mayor justicia posible, frente a los abusos cometidos, la violencia sexual, la tortura, los desplazamientos, los abortos o esterilización forzados, la trata de personas, esclavitud sexual, los maltratos a niños, niñas, adolescentes, personas en detención, personas discapacitadas, entre otras poblaciones en situación de vulnerabilidad y que consecuentemente se resarzan los perjuicios, es decir, se reparen integralmente.

El instructivo parte de analizar los insumos legales, constitucionales y del bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia y los documentos orientadores de la herramienta. Luego se debe aplicar la lista de verificación y finalmente la tabla de evaluación y seguimiento.

Se proponen estos siete criterios para identificar si un caso debe ser abordado desde el enfoque diferencial:

1. Analizar en cada caso los hechos y derechos en disputa, el entorno social y cultural en el que se desarrollan, la vulneración de los derechos de las mujeres y de grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad.
2. Identificar categorías sospechosas asociadas a la raza, la etnia, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica, el sexo, el género y/o preferencia/orientación sexual, las condiciones de pobreza, la situación de calle, la migración, la discapacidad o la privación de la libertad.
3. Establecer si en el caso confluyen dos o más categorías sospechosas que impliquen una doble discriminación y, por ende, si se trata de un caso de interseccionalidad.
4. Identificar si el demandante o víctima pertenece a un grupo históricamente desaventajado (situación de vulnerabilidad) o de desigualdad formal, material y/o estructural.
5. En caso de que exista un colectivo específico de demandantes o víctimas, hay que determinar si estas son mujeres víctimas de desplazamiento, despojo de tierra o pertenecen a un grupo indígena, o son gitanos, raizales, palenqueros, negros, afrocolombianos, etc.
6. Identificar si existe una relación desequilibrada de poder.
7. Revisar si se presentan situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo en el caso.

## SENTENCIAS EN LAS QUE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO APLICÓ LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

En seguida se pondrán de presente algunos escenarios en los que el Consejo de Estado ha aplicado la perspectiva de género.

### El reconocimiento del carácter económico de las actividades del hogar

Un primer pronunciamiento en ese sentido data de 1990 (octubre 24)<sup>17</sup> y proviene de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Fue el caso de una mujer a la que, para practicarle una cirugía de ligadura de trompas, se le aplicó una anestesia, sin que previamente se hubieran hecho exámenes de sensibilidad a los medicamentos. La señora tenía una predisposición con los medicamentos utilizados en la anestesia y como consecuencia de esto quedó parapléjica. Al evaluar qué perjuicios debían indemnizarse, la autoridad judicial destacó que, a pesar de que no se había probado que la perjudicada directa recibiera ingresos por alguna actividad económica, sí debía reconocerse el lucro cesante, porque ella “se dedicaba a las labores propias de ama de casa, lo que constituye sin lugar a dudas un ingreso en especie en las finanzas del hogar”. En esa ocasión, no se invocaron consideraciones dogmáticas asociadas a la perspectiva de género —en 1990 la administración de justicia no había acogido como política pública la equidad de género—, pero la decisión responde claramente a un enfoque de género, porque se reconoció el carácter económico de las actividades del hogar.

En una sentencia del 2010 (17 de marzo)<sup>18</sup> se conoció del caso de una bebé que nació de manera prematura y, al ser puesta en una incubadora del centro de salud, sufrió quemaduras de primer y segundo grado en diferentes partes de su cuerpo. En esa providencia se destinó un acápite específico al principio de no discriminación e igualdad de género, con el fin de justificar el reconocimiento de lucro cesante a favor de la madre de la menor, por cuanto, a partir de las secuelas sufridas por las quemaduras, debió dedicarse de manera exclusiva al cuidado de su hija.

En el 2017 (27 de junio)<sup>19</sup>, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió una controversia originada en la muerte de una señora en un accidente de motocicleta que se produjo al chocar con un montículo de tierra y pie-

17 Consejo de Estado, 24 de octubre de 1990, Rad. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

18 Consejo de Estado, Exp. 05001-23-26-000-1996-01018-01(18101), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

19 Consejo de Estado, Exp. 50001-23-31-000-2000-30072-01 (33945), C.P. Hernán Andrade Rincón.

dra que había sido dejado en plena vía del perímetro urbano. En esa oportunidad, se aprovechó para emitir sentencia de unificación con el fin de precisar que, cuando el daño antijurídico supone la ausencia de la persona que desarrollaba las labores domésticas (generalmente las mujeres), los perjuicios materiales debían reconocerse a título de lucro cesante a favor de quienes, comprobadamente, se beneficiaban de manera directa de actividades desplegadas por el “ama de casa”. Esta precisión se explica por el hecho de que, en algunos casos, la Sección Tercera reconoció la indemnización a título de daño emergente. La importancia de elegir el rubro del lucro cesante radica en que de ese modo se reconoce el carácter productivo de las actividades domésticas y se reivindica el rol de la mujer como proveedora del hogar: cuando fallece la persona dedicada a las labores domésticas, el patrimonio de la familia está dejando de recibir un ingreso. En cambio, de indemnizarse como daño emergente, entendido como gasto o desembolso que aminora el patrimonio de la víctima, resultaría en la cosificación de la mujer, pues implicaría asumir que el ama de casa y las actividades que ella desarrollaba hacían parte del patrimonio del proveedor económico del hogar (usualmente, el hombre).

**Estereotipo que se combate:** las actividades domésticas, desempeñadas habitualmente por mujeres, no constituyen una actividad económica por no ser remuneradas.

#### La atención médica de la mujer embarazada (o violencia obstétrica)

En el 2013 (28 de febrero)<sup>20</sup>, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado conoció el caso de una joven de 21 años a la que se le practicó una cesárea y, pocos días después, cuando acudió al centro de salud por dolores intensos, no se le brindó atención con el argumento de que los dolores eran algo normal. Esa falta de atención médica provocó una infección que derivó en una histerectomía (extracción del útero). La sentencia destacó que el daño estuvo asociado a la ausencia de protocolos de atención asistencial y médica con enfoque de género. Se puso de presente que el daño involucraba una grave afectación para los derechos sexuales y reproductivos de la víctima y la sometía a un envejecimiento prematuro. Se adoptaron de oficio medidas de justicia restaurativa y se ordenó al Distrito Capital que diseñara un Protocolo de Atención a la Salud de Niñas, Adolescentes y Mujeres con Perspectiva de Género, que lo difundiera en colegios

20 Consejo de Estado, Exp. 25000-23-26-000-1990-06951-01(26303), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

y universidades y que capacitara al personal médico, de enfermería y administrativo de los hospitales distritales para asegurar su aplicación.

En el 2014 (9 de octubre)<sup>21</sup>, esa misma subsección decidió un caso de responsabilidad del Estado por muerte de neonato debido a atención médica tardía y deficiente. Los hechos relevantes pueden resumirse así: (1) una señora en estado de embarazo sufrió una caída desde su propia altura y en razón a esto fue internada en un centro de salud, donde la dieron de alta al día siguiente; (2) tres días después, la señora ingresó nuevamente al centro de salud donde le practicaron una cesárea, pero el recién nacido falleció pocas horas después, mientras que la madre debió ser hospitalizada por una sepsis (afección de salud que se produce cuando, ante una infección, el cuerpo produce una respuesta inmunitaria desbalanceada, que inflama los órganos). En esa oportunidad, se consideró que el daño había sido producto de la negligencia de la atención en el primer ingreso: (1) bien fuera por la falta de atención de la paciente por un especialista en ginecoobstetricia; o (2) por haberse ignorado el sangrado de la paciente. La providencia advirtió que muchos de los casos de responsabilidad del Estado por falla médica tenían que ver con la negligencia en el área de la ginecoobstetricia, lo que representaba una manifestación de discriminación contra la mujer, porque esa especialidad de la medicina involucraba únicamente a las mujeres. Como garantía de no repetición, se impartió un exhorto para que se implementaran políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos.

**Tratamiento discriminatorio que se pretende combatir:** negligencia médica en el área de la ginecoobstetricia, que es una especialidad que únicamente utilizan las mujeres.

### Rechazo a los estereotipos o prejuicios de género

En el 2014 (26 de junio)<sup>22</sup>, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió un caso de privación injusta de la libertad, en el que a una mujer se le acusó de haber asesinado a su esposo y se le impuso medida de aseguramiento, pero finalmente se le absolvió porque se demostró que fue el propio fallecido el que accidentalmente accionó el arma. Para ese momento, la jurisprudencia de

21 Consejo de Estado, Exp. 23001-23-31-000-2000-02299-01(26933), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

22 Consejo de Estado, Exp. 15001-23-31-000-2000-02026-01(35886), C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

la Sección Tercera del Consejo de Estado avalaba la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad cuando la absolución o preclusión ocurría por alguno de estos tres supuestos: (1) el hecho no existió, (2) el sindicado no lo cometió, o (3) la conducta no constituía hecho punible. La autoridad judicial puso de presente que el caso podía fallarse a la luz de un régimen objetivo de responsabilidad, porque la acusada no había cometido el hecho que se le endilgó. Sin embargo, se optó por aplicar el régimen subjetivo, con el fin de cuestionar que la acusación y la imposición de la medida de aseguramiento constituían una falla del servicio, por cuanto estuvieron soportadas en estereotipos de género: que la mujer era infiel (hecho que no estaba probado) y que asesinó al esposo para terminar con su matrimonio.

También en el 2014 (10 de diciembre)<sup>23</sup>, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado desestimó la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad en un caso de privación injusta de la libertad y optó por la aplicación del régimen subjetivo de la falla del servicio. Se trató del caso de una mujer campesina a quien se acusó y condenó en ambas instancias porque supuestamente había asesinado a su hijo recién nacido en el baño de la casa. Para soportar la acusación y las condenas, las autoridades judiciales se valieron de dos prejuicios: (1) que la mujer había quedado en embarazo como consecuencia de un abuso sexual; y (2) que durante todo el periodo de gravidez ella había ocultado esa condición. Las sentencias penales fueron revocadas en sede de casación, donde la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, luego de realizar un análisis probatorio objetivo y de concluir que la mujer no había asesinado a su hijo recién nacido, criticó fuertemente que los prejuicios discriminatorios hubieran servido de base para condenar a la mujer. Por este caso, el Estado colombiano ya había admitido su responsabilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero se acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para solicitar otros prejuicios.

**Estereotipos que se combaten:** cuando una mujer es infiel o hay sospechas de que lo es, ella pretenderá asesinar a su esposo para poner fin al matrimonio. Una mujer que queda en embarazo producto de una violación va a querer deshacerse de su hijo.

23 Consejo de Estado, Exp. 05001-23-31-000-2004-04210-01(40060), C.P. Enrique de Jesús Gil Botero.

## Respeto a la cuota de género en los niveles decisorios de los órganos y ramas del poder público

En el 2016 (15 de diciembre)<sup>24</sup>, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección de algunos concejales del municipio de Popayán, porque la lista del partido político a través del cual se habían inscrito no cumplió la cuota de género. Esa providencia expuso que, si bien la lista del partido político inicialmente cumplía la cuota, lo cierto es que la inhabilidad que recayó sobre una de las candidatas configuró un incumplimiento de ese requisito, que no fue subsanado oportunamente por el partido.

En el 2022 (24 de noviembre)<sup>25</sup>, la misma sección declaró la nulidad del nombramiento de un miembro de dedicación exclusiva de la Junta Directiva del Banco de la República, al encontrar acreditado que se desconoció la cuota de género. La providencia explicó (1) que la exigencia de cuota de género no interfiere en la autonomía que se reconoce a ese órgano autónomo constitucional; (2) que la exigencia de cuota de género no estaba exceptuada para los cargos de periodo fijo, como lo eran los de los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva; y (3) que si bien la elección de los miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva estaba diseñada para que un presidente pudiera nombrar dos de ellos y el siguiente presidente los otros dos, lo cierto es que la cuota de género sí era exigible, por cuanto la potestad nominadora recaía en el presidente de la República como institución, y no como investidura personal.

**Medidas hacia la igualdad material:** el incumplimiento de las medidas a favor de las mujeres, quienes históricamente han estado excluidas de los cargos decisorios, sí produce consecuencias jurídicas y vicia de nulidad los actos de elección o designación.

## Estabilidad laboral de cara a la provisión de empleos mediante concurso de méritos

En el 2022 (17 de junio)<sup>26</sup>, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado conoció de una acción de tutela interpuesta por una madre cabeza de familia que fue desvinculada del cargo que ocupaba en provisionalidad, debido al nombramiento de la persona en propiedad. En esa oportunidad, la autoridad

24 Consejo de Estado, Exp. 19001-23-33-000-2015-00602-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

25 Consejo de Estado, Exp. 11001-03-28-000-2021-00057-00, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

26 Consejo de Estado, Exp. 73001-23-33-000-2022-00146-01, C.P. William Hernández Gómez.

judicial señaló que, a pesar de que la actora contaba con otro medio de defensa judicial para cuestionar el acto administrativo que la desvinculó, la condición de madre cabeza de familia permitía flexibilizar el requisito de la subsidiariedad. Al abordar el análisis de fondo, advirtió que la desvinculación de la actora respondió a una causal válida, objetiva y legítima, pero que, con miras a garantizar la estabilidad laboral reforzada que deriva de su condición de madre cabeza de familia, debía ordenarse a la autoridad nominadora que, “en caso de que se presente una vacante en el futuro en ese despacho y que la solicitante del amparo cumpla con los requisitos para ocuparla, realice su nombramiento, siempre y cuando subsista la condición especial que detenta”.

Decisión similar adoptó la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en fallo de tutela del 22 de octubre del 2022<sup>[27]</sup>.

**Medidas hacia la igualdad material:** quienes son cabeza de familia, generalmente mujeres que se hacen cargo del cuidado de sus hijos, merecen una protección laboral reforzada por parte del Estado, como forma de garantizar ingresos económicos para la manutención del hogar.

#### Flexibilización probatoria para demostrar la convivencia de parejas del mismo sexo

El 19 de enero del 2023<sup>[28]</sup>, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado conoció de un caso en el que la UGPP pretendía la declaratoria de nulidad del acto administrativo que reconocía la pensión de sobreviviente al compañero permanente, quien era del mismo sexo que el fallecido. A juicio de la UGPP, el pronunciamiento del juzgado de familia —que negó la declaratoria de la unión marital de hecho— permitía desvirtuar la convivencia durante los cinco años anteriores al deceso. La Subsección B del Consejo de Estado explicó que lo resuelto en el proceso de familia no determinaba la decisión en el juicio de legalidad del acto administrativo, en tanto que era la actividad probatoria desplegada en cada escenario la que determinaba el resultado. Destacó que las declaraciones extra-juicio rendidas en sede administrativa del reconocimiento pensional y los testimonios del proceso contencioso administrativo sí permitían dar por acreditada la convivencia, toda vez que “no se puede tratar con el mismo rigor las exigencias

27 Consejo de Estado, Exp. 11001-03-15-000-2022-03821-01, C.P. Fredy Ibarra Martínez.

28 Consejo de Estado, Exp. 54001-23-33-000-2017-00245-01, C.P. César Palomino Cortés.



probatorias para demostrar la convivencia en parejas heterosexuales frente a las del mismo sexo, por cuanto resulta incuestionable que en las más de las veces estas parejas mantienen sus relaciones de manera oculta dado el veto social, laboral e incluso familiar al que han sido sometidas”. También precisó que la convivencia bajo el mismo techo no implica necesariamente la convivencia en una única vivienda, pues, en virtud del veto social, era posible que las parejas del mismo sexo se ajustaran a un esquema de cohabitación en dos viviendas, donde compartían lecho y mesa.

**Tratamiento discriminatorio que se pretende combatir:** el reproche social que aún persiste contra las parejas del mismo sexo y que las obliga, muchas veces, a ocultar la relación con efectos negativos sobre los derechos de contenido prestacional.

#### ENTREGA DE MEDICAMENTO PARA PROCESO DE TRÁNSITO DE GÉNERO DE MANERA CONTROLADA

El 25 de noviembre del 2022, al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca le llegó la impugnación de un fallo de tutela que había negado las pretensiones. Quien interpuso la tutela había nacido con sexo femenino, pero se autopercibía como “una persona transgénero no binarie” y, por ende, empezó a través de la EPS un proceso de reafirmación de género. En el marco de ese proceso, los médicos ordenaron, en algunas ocasiones, la entrega del medicamento AndroGel 50 mg, gel de testosterona a 1 %, de aplicación diaria, y en otras ocasiones, la entrega del medicamento undecanoato de testosterona, ampolla 1000 mg/4 ml, que se aplicaba una vez cada tres meses. La EPS entregaba el medicamento undecanoato de testosterona ampolla 1000 mg/4 ml, pero la persona que interpuso la tutela pretendía que el tránsito de género no se diera de manera brusca sino controlada, lo que, a su juicio, se lograba con el medicamento AndroGel 50 mg. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones de la tutela, por cuanto, según concepto de médico especialista, la eficacia de ambos medicamentos era la misma y, de ese modo, la EPS no estaba vulnerando los derechos fundamentales, pues estaba entregando el undecanoato de testosterona. Sin embargo, en sede de segunda instancia se ampararon los derechos fundamentales, porque la cuestión no giraba en torno a la eficacia del tratamiento de hormonización —visto como resultado final—, sino al proceso, es decir, a la forma en que se daba esa transición. Se puso de presente que los cambios físicos experimentados en la persona durante

el proceso no se manifiestan de la misma manera cuando se aplica un medicamento diario que cuando se aplica un medicamento trimestral. Lógicamente, y así lo respaldaban algunos estudios académicos, se experimentaban cambios más bruscos con la aplicación del medicamento trimestral. También se destacó que la transición controlada adquiriría mayor relevancia en este caso, pues quien interpuso la tutela no se percibía como hombre, sino como no binarie, de ahí que los cambios bruscos asociados a la masculinidad —propios de la testosterona— afectaban su derecho a la identidad de género. Por último, se aclaró que ambos medicamentos estaban incluidos en el plan de beneficios de salud, de ahí que no había justificación para que el sistema de seguridad social se negara a entregar ese medicamento.

**Tratamiento discriminatorio que se pretende combatir:** el proceso de reafirmación de género de personas que se adscriben a una subcategoría de identidad de género no es una ofrenda del Estado, constituye una verdadera obligación en materia de salud y, por ende, debe garantizarse en las mejores condiciones posibles.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Abbate, Florencia. *Biblioteca feminista*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2021.
- Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial de Colombia. Herramienta virtual de verificación. 2023. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-genero/lista-de-verificacion>.
- Federici, Silvia. *Calibán y la bruja*. México: Editorial Traficantes de Sueños, 2020.
- Hanish, Carol. *Lo personal es político*. Ensayo. 1970. [www.carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html](http://www.carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html).
- Islas Montes, Roberto. “Principios jurídicos”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2011).
- Lerner, Gerda. *La creación del patriarcado*. Colombia: Nomos, 2022.
- Organización de los Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1969.
- Varela, Nuria. *Feminismo para principiantes*. 7.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Penguin Random House, 2021.

## Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Exp. 25000-23-26-000-1990-06951-01(26303). M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Consejo de Estado. Exp. 05001-23-26-000-1996-01018-01(18101). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado. Exp. 15001-23-31-000-2000-02026-01(35886). M.P. Ramiro de Jesús Pazos.
- Consejo de Estado. Exp. 23001-23-31-000-2000-02299-01(26933). M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Consejo de Estado. Exp. 50001-23-31-000-2000-30072-01 (33945). M.P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado. Exp. 05001-23-31-000-2004-04210-01(40060). M.P. Enrique de Jesús Gil Botero.
- Consejo de Estado. Exp. 54001-23-33-000-2017-00245-01. M.P. César Palomino Cortés.
- Consejo de Estado. Exp. 11001-03-28-000-2021-00057-00. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.
- Consejo de Estado. Exp. 73001-23-33-000-2022-00146-01. M.P. William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado. Exp. 11001-03-15-000-2022-03821-01. M.P. Fredy Ibarra Martínez.
- Consejo de Estado. 24 de octubre de 1990. Rad. 5902. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-967 del 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional. Sentencia T-379 del 2023. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*. San José, Costa Rica, 1988.
- Suprema Corte de Justicia de México. Jurisprudencia 1a./J. 22/2016.
- Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Sentencia del 25 de noviembre del 2022 (76001-33-33-014-2022-00221-01). M.P. Patricia del Pilar Feuillet Palomares.

## Legislación

- Constitución Política de Colombia de 1991.

## CAPÍTULO 20

### LA GOBERNANZA DE LOS BIENES COMUNES: EL AMAZONAS COMO EJE INTEGRADOR EN SURAMÉRICA\*

Paola Holguín

#### INTRODUCCIÓN

Las consideraciones que se expondrán a continuación se enmarcan en el análisis de los modelos intergubernamentales y supranacionales de integración regional presentes en Suramérica, a fin de observar la dinámica de la gobernanza de los bienes comunes compartidos por varios países, como es el caso de la Amazonía, integrada por Brasil, Colombia, Perú, Venezuela, Bolivia, Ecuador, Surinam y Guyana Francesa. Esto para resaltar las deficiencias actuales en el modelo intergubernamental, así como evaluar la posible incorporación de técnicas supranacionales en los modelos de integración existentes, con el propósito de que la gobernanza de la Amazonía, como bien común compartido, se ejerza desde el bienestar común, teniendo en cuenta su relevancia para las generaciones presentes y futuras.

El texto es una invitación a evitar de manera contundente la falacia en la cual incurre gran parte de la filosofía política y jurídica “realista” al calificar las proposiciones de índole integracionista, ya que, como bien menciona el jurista italiano Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>, al no abordar los problemas teóricos como consecuencia de los problemas políticos, dicho “realismo” termina por legitimar y reafirmar aquello que sigue siendo obra, en gran medida, de los poderes económicos y políticos más fuertes. De igual forma, Gustavo Zagrebelsky<sup>2</sup>, uno de los juristas que más ha defendido la preservación de los bienes comunes, ha insistido en que la apertura de las jurisprudencias a recíprocos enlaces no es una moda, es una exigencia dedicada a la vocación contemporánea de la justicia, que parte del proceso de

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.20>.

1 Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (España: Trotta, 2008), 349.

2 Gustavo Zagrebelsky, “Jueces constitucionales” (discurso, celebración del 50.º aniversario de la Corte Constitucional italiana), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie (2006): 1135-1151, 1151.

muchas facetas de “universalización del derecho”; este es un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico al cual no nos es posible resistir y al cual estamos en la obligación de responder.

En este sentido, es imperiosa la necesidad de gestión supranacional de asuntos vitales tal como lo es el Amazonas. Los desafíos que impone la era global hacia los propios Estados hacen imperiosa la necesidad de replantear el papel de la soberanía como la conocíamos, ni el derecho ni la política nacional están acondicionados ni diseñados para enfrentar las crisis venideras. Estamos viviendo una erosión sin precedentes de la institución estatal. Esto lleva a plantearnos ¿qué modelo, teoría o sistema de organización política sería acertado como sistema de gobierno del futuro? ¿Es el modelo intergubernamental la filosofía más adecuada para estructurar, organizar y consolidar el futuro gobierno de la tierra?<sup>3</sup> La respuesta a esta pregunta debe ser compatible con un modelo democrático y pluralista, garante de la diversidad; con un gobierno compartido, descentralizado, un gobierno multinivel con autogobierno, en el que la cooperación y la solidaridad sean el pilar hacia un proceso de integración de los Estados, por lo menos hacia pilares vitales como ocurre con la Amazonía en Suramérica.

### POR UN MÍNIMO VITAL GLOBAL

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas observó en su Resolución 37/08<sup>[4]</sup> que más de cien Estados habían reconocido en alguna de sus formas el derecho a un medio ambiente saludable en acuerdos internacionales, en sus constituciones, leyes o políticas y en otros instrumentos. En total, 124 Estados son parte en tratados internacionales jurídicamente vinculantes. Destacan los siguientes instrumentos:

1. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, que dispone que todos los pueblos tienen derecho a un medio ambiente general satisfactorio que favorezca su desarrollo (art. 24). La Carta Africana tiene 53 Estados partes.

3 Argimiro Rojo Salgado, “Globalización, integración mundial y federalismo”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 109 (jul.-sep., 2000): 30.

4 Informe del relator especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, 2019, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=dtYoAzPhj4NMMy4Lu1TOebIM8c1X4GZjGEGHV9SBM9XShcIldg7USsJnI1OEZdUmfR3E%2FjIshMuULcrlrVIP>.

2. El Protocolo Adicional de 1988 a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que establece que “[t]oda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano” (art. 11, párr. 1). El Protocolo de San Salvador tiene dieciséis Estados partes.
3. La Carta Árabe de Derechos Humanos del 2004, que incluye el derecho a un medio ambiente saludable como parte del derecho a un nivel de vida adecuado que asegure el bienestar y una vida digna (art. 38). La Carta Árabe tiene trece Estados partes.
4. La Convención de 1998 sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus), que hace referencia al “derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar” (art. 1.º). La Convención de Aarhus tiene 46 Estados partes (más la Unión Europea).
5. El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), que establece que “cada parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano” (art. 4.º). El Acuerdo de Escazú lo firmaron dieciséis Estados, pero aún no ha entrado en vigor.
6. La Declaración de Derechos Humanos adoptada por los diez Estados de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental en el 2012, que incorpora el “derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio y sostenible” como elemento del derecho a un nivel de vida adecuado (párr. 28 f), pero no es jurídicamente vinculante.

Hay cien Estados cuyas constituciones incorporan explícitamente el derecho a un medio ambiente saludable, y lo describen con fraseología variada. Por ejemplo, la Constitución de Costa Rica establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado” (art. 50). La Constitución de Fiji establece: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente limpio y saludable, lo que incluye el derecho a que se proteja el mundo natural en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante la adopción de medidas legislativas y de otra índole” (art. 40, párr. 1).

Hay al menos otros doce países cuyos tribunales han dictaminado que el derecho a un medio ambiente saludable es un elemento esencial del derecho a la vida (por ejemplo, la India, Irlanda, Nigeria y el Pakistán) y que, por lo tanto, es un derecho exigible y está protegido constitucionalmente.

**Imagen 1.** Países que contemplan el derecho a un ambiente saludable (en color gris)



Fuente: Naciones Unidas, 2019<sup>[5]</sup>.

Hay más de cien Estados en los que el derecho a un medio ambiente saludable está explícitamente incorporado en la legislación nacional sobre medio ambiente. En total, al menos 155 Estados están jurídicamente obligados, en virtud de tratados, constituciones y otros instrumentos legislativos, a respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a un medio ambiente saludable. La Constitución de Ecuador, por ejemplo, en sus artículos 71 y 72 reconoce “el derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”, así mismo reconoce que “la naturaleza tiene derecho a la restauración”.

En Europa, el Grupo Verde/ALE del Parlamento Europeo publicó un estudio titulado *Legal Paradigm Shifts for a New Environmental Law*, el cual propone reconsiderar el estatus legal de la naturaleza, aplicando la doctrina de los *comunes naturales* a fin de abrir vías concretas para la aplicación de un nuevo enfoque ecológico en la legislación medioambiental europea<sup>6</sup>. De igual forma, el informe

5 Los Estados coloreados en gris reconocen el derecho a un medio ambiente saludable en sus constituciones y otras leyes, en virtud de su pertenencia a un tratado regional o atendiendo a una combinación de esos instrumentos. Las fronteras, los nombres y las denominaciones que figuran en este mapa no suponen el respaldo o la aceptación oficial de las Naciones Unidas. La línea de puntos representa aproximadamente la Línea de Control en Jammu y Cachemira acordada por India y Pakistán. El estatuto definitivo de Jammu y Cachemira aún no ha sido acordado por las partes. Todavía no se ha determinado la frontera definitiva entre la República del Sudán y la República de Sudán del Sur. Informe del relator especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, 2019.

6 Gonzalo A. Ramírez Cleves, “Derechos de la naturaleza en Colombia: El caso del río Atrato”, *Ecuador Debate* (2022): 109-127, 123.

*Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, del 2020<sup>[7]</sup>, expone el fracaso del modelo de la legislación ambiental de la Unión Europea, que mantuvo la posición de que no se necesitaban cambios sustanciales, sino simplemente un cumplimiento más eficaz de la normatividad ambiental. Este informe plantea que, contrario a lo manifestado, existen problemas *estructurales* de la legislación ambiental, por lo cual se aboga por un enfoque más sistémico e integrado en el proceso de toma de decisión y elaboración de leyes, en el que se considere su interdependencia con los derechos de la naturaleza.

Por otra parte, autores como Ferrajoli<sup>8</sup> auspician el deber de los Estados (de los poderes públicos) de instituir garantías para que la protección al medio ambiente derive de su Constitución, pero no únicamente; los derechos fundamentales hoy en día se encuentran establecidos no solo en las constituciones de los Estados en particular, sino en ese “embrión de Constitución mundial”, como la llama Ferrajoli, que está contenido en la Carta de la ONU, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, y en los sucesivos pactos y tratados internacionales sobre derechos humanos.

Por tal razón, se observan los bienes vitales como un patrimonio común, el cual incluye derechos, bienes, obligaciones de cuidado para su gestión y tutela, y, por supuesto, sus activos y sus pasivos, siendo estos últimos las deudas con las presentes y futuras generaciones que han sido generadas por su inobservancia y que constituyen un peligro inminente para la vida; estos últimos son, principalmente, el cambio climático, la deforestación, la pérdida de biodiversidad, la contaminación del aire, agua y suelo, y la desertificación. Tales desafíos requieren una decisión firme y unánime para garantizar y proteger su ámbito vital.

## LA POSICIÓN DE GARANTE DE LAS NACIONES MEGABIODIVERSAS FRENTE A LOS BIENES COMUNES

La posición de garante<sup>9</sup> de las naciones megabiodiversas es un criterio jurídico<sup>10</sup> que le exige al garante institucional configurar un mundo común de conformidad

7 *Ibid.*, 124.

8 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 231.

9 El criterio de posición de garante sirve para examinar la conducta desplegada por el autor que se encuentra abarcada por su ámbito de competencia, es decir, si es de aquellas que el autor debe evitar en virtud de la imposición de su rol social. Este deber de evitar puede nacer o de una competencia general por cuenta de la organización peligrosa del autor, o de un deber institucional adquirido previamente.

10 Los criterios jurídicos surgen de los deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas a un sujeto por su vinculación a estas. Por



con su rol social en favor de la protección de determinados bienes jurídicos. Para el caso que nos ocupa, esta posición de garante surge de la prodigalidad con la que cuentan las naciones megabiodiversas y que, en virtud de esto, surge la responsabilidad de proteger dicha condición, pues su desequilibrio afecta directamente el ecosistema en el que vivimos, y su displicencia compromete la supervivencia de las generaciones presentes y futuras.

Las naciones megabiodiversas tienen una fuente de riquezas invaluable, sin par en el resto del planeta, y también tienen una corresponsabilidad universal, una protección especial para el bienestar de la humanidad<sup>11</sup>, por esto, los países que comparten el llamado “pulmón de la tierra”, son los que mayor interés deberían tener en preservar la prodigalidad que ostentan. Los países catalogados como megabiodiversos no pueden darse el lujo de anular una de las ventajas comparativas más críticas en las relaciones internacionales y la economía del siglo XXI: los recursos genéticos y la diversidad biológica.

Por esto es que la Corte Constitucional colombiana<sup>12</sup> reitera que “[...] la protección al medio ambiente es una cuestión tan vital que merece una decisión firme y unánime de la población mundial. Es el patrimonio de la humanidad y no solo de las personas que en él viven, sino de las generaciones venideras”.

La crisis del derecho estatal fruto de la incapacidad que tienen los Estados para enfrentar los desafíos globales, como el cambio climático, la revolución digital o la inteligencia artificial, patrocina escenarios que más allá de las fronteras limitan a los Estados. En este sentido, es importante entender la apertura de las constituciones como un todo, y no fraccionadas, por un lado con los derechos fundamentales y por otro con los procesos de integración. Así las cosas, la construcción supranacional depende tanto de lo dogmático (derechos, deberes y principios) como de lo orgánico (instituciones, poderes y organización)<sup>13</sup>.

---

ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Por ejemplo, el padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y, si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos, y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque, contrario a los negativos, respecto a los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en estos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. Consejo de Estado, Rad. 30924, 26 de febrero del 2015, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

11 Jenifer Paola Díaz Holguín, *La imputación objetiva en la responsabilidad del Estado: Principio de prevención y daños de peligro en el derecho ambiental* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021), 83.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-381 del 2019, 21 de agosto del 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

13 Juan Camilo Herrera, *Las cláusulas durmientes de integración latinoamericana: Orígenes, funciones y opciones para despertarlas* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2021), 36.

Dicho lo anterior, la integración ambiental en Suramérica tiene un gran potencial, que incluye su identidad cultural y social, y es imperiosa la integración regional a partir de un ordenamiento jurídico que sustente un modelo político de protección supranacional del Amazonas como bien vital compartido.

### SURAMÉRICA COMO REGIÓN GEOESTRATÉGICA PARA LA INTEGRACIÓN AMBIENTAL

Suramérica está conformada por doce países con alrededor de diecisiete millones de km<sup>2</sup>, los cuales cuadruplican aproximadamente la extensión de la Unión Europea (incluido el Reino Unido). Suramérica es una región geoestratégica dada la megabiodiversidad de su territorio, que, además de ostentar la calidad de pulmón del mundo, tiene uno de los bienes vitales comunes más importantes, puesto que el Amazonas cuenta con las mayores reservas de agua del planeta.

La Amazonía, en conjunto, es un área de ocho millones de kilómetros cuadrados, que significan el 32 % de la superficie de Suramérica, produce la mitad del oxígeno de la Tierra, es el mayor sistema hidrográfico del planeta, tiene unos 70.000 millones de metros cúbicos de madera en pie, tiene la mayor flora tropical y conserva en estado natural la quinta parte del agua dulce del mundo, cuenta con 250 tipos de mamíferos, 1800 variedades de aves, 1500 especies de peces, posee yacimientos de petróleo, estaño, hierro, bauxita, manganeso, níquel, cobre, carbón, diamantes y oro. La Amazonía, en otras palabras, es la mayor reserva económica de tierras con que cuenta Occidente<sup>14</sup>.

Contrario a lo que a veces se imagina, Suramérica es una de las regiones más estables del planeta, a diferencia de Asia, África o Europa, donde se han manifestado los conflictos más grandes de la historia. Además, el idioma es un componente que brinda uniformidad, ya que, aunque hay variedad de lenguas nativas, el español y el portugués son las lenguas predominantes, lo cual facilita la afinidad cultural, social y lingüística en la región.

Conforme al estudio de Latinobarómetro del 2016, la idea de la unión latinoamericana resuena con una importante aceptación en su población. En integración económica recibe apoyos máximos del 89 % y mínimos del 59 %. En promedio, el 77 % de los latinoamericanos consultados desearía más integración

14 Luis Mariñas Otero, "El Tratado de Cooperación Amazónica", *Revista de Estudios Internacionales*, n.º 1 (oct.-dic., 1980).

económica, y al 60 % le gustaría ceder soberanía con el fin de alcanzar la integración política<sup>15</sup>. Juan Camilo Herrera expresa en relación con Suramérica:

Suramérica, en cambio, supera los porcentajes de favorabilidad de toda Latinoamérica, pues registra un promedio de 80 % de personas que desean más integración económica, y el 64 % de la ciudadanía encuestada está de acuerdo con más integración política. En cuanto a integración política, la media regional suramericana se reduce en comparación con los intereses económicos integradores, pero con todo supera (con el 64 %) al 60 % del promedio latinoamericano. Respecto a los diez países suramericanos con datos disponibles, los ciudadanos que más registraron deseos de ceder soberanía para una eventual integración política fueron los venezolanos, con una máxima de 76 %, y los que menos fueron los chilenos, con el 52 %.

Respecto al análisis del Banco Interamericano de Desarrollo:

En tiempos en los cuales los procesos de fragmentación, giros nacionalistas y localismos irrumpen con fuerza en diversas partes del planeta, el “capital asociativo” de América Latina continúa con un alto valor intacto, en coincidencia con la tendencia manifestada en las dos anteriores mediciones de opinión pública: el 77 % de los latinoamericanos está a favor de la integración económica con el resto de los países de la región, y el 62 % está de acuerdo con la integración política<sup>16</sup>.

Por otra parte, entre las organizaciones internacionales regionales creadas entre 1948 y el 2011 resaltan la OEA, conformada por 34 países suramericanos, y Unasur. Aunque las de mayor desarrollo en torno a la integración resulten ser la CAN y Mercosur. Sin embargo, es necesario ilustrar la existencia de foros intergubernamentales de cooperación, como la CELAC, el Parlatino, el SELA y la ALADI, caracterizados por una baja institucionalidad.

No obstante, los diversos procesos de integración están llenos de iniciativas contradictorias y poco efectivas entre sí, sumándoles a las principales organizaciones regionales de la región una variedad de instrumentos y tratados multilaterales en materia de comercio.

No obstante, dentro de las iniciativas destinadas a promover la protección y el desarrollo sostenible en la Amazonía destaca la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), un organismo intergubernamental cuyo objeto

15 Herrera, *Las cláusulas durmientes de integración latinoamericana*, 12.

16 *Ibid.*, 14.

Cuadro 1. Principales organizaciones regionales latinoamericanas

Principales organizaciones regionales relacionadas con la integración latinoamericana	OEA   Organización de los Estados Americanos, 1948
	Parlatino   Parlamento Latinoamericano, 1964
	CAN   Comunidad Andina de Naciones, 1969
	SELA   Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, 1975
	ALADI   Asociación Latinoamericana de Integración, 1980
	Mercosur   Mercado Común del Sur, 1991
	AEC   Asociación de Estados del Caribe, 1994
	ALBA   Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América, 2004
	Unasur   Unión de Naciones Suramericanas, 2008
	CELAC   Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, 2010
	AP   Alianza del Pacífico, 2011
	Fuente: Se consultaron los tratados fundacionales y las páginas electrónicas de cada organización.

Fuente: Herrera, *Las cláusulas durmientes de integración latinoamericana*, 408.

es promover la cooperación regional para la preservación de la Amazonía. A continuación, veremos algunos aspectos que resaltan del modelo político de la OTCA, así como sus falencias para el objetivo trazado, que es la protección y preservación del Amazonas como patrimonio común compartido.

LA OTCA COMO BLOQUE SOCIOAMBIENTAL EN SURAMÉRICA

La OTCA es una organización intergubernamental, constituida por los ocho países amazónicos (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela) que suscribieron el Tratado de Cooperación Amazónica (TCA), y es el único bloque socioambiental de Suramérica.

El principal objetivo de su tratado constitutivo es la promoción del desarrollo armónico de la Amazonía, y la incorporación de sus territorios a las respectivas economías nacionales, lo que es fundamental para el mantenimiento del equilibrio entre crecimiento económico y preservación del medio ambiente.

Según consta, la OTCA trabaja con una visión del proceso de cooperación Sur-Sur en diferentes dimensiones —político-diplomática, estratégica y técnica—, construyendo sinergias entre gobiernos, organismos multilaterales, agencias de cooperación con sede en Brasil, y coordinando los objetivos del tratado en programas y proyectos conjuntos. Bajo su plan de acción estratégico se han identificado seis áreas prioritarias de acción urgente: agua (incluyendo el desarrollo de estándares armonizados de calidad de agua; bosques, suelos y áreas protegidas/naturales); conservación de la diversidad biológica; apoyo a la planificación territorial,

mejoramiento de los asentamientos humanos y la protección de los pueblos indígenas; mejoramiento de la salud y la educación; y cooperación conjunta en áreas económicas tales como el transporte, la electricidad y la comunicación<sup>17</sup>.

La organización se originó con la creación de una secretaría permanente dotada de personalidad jurídica, aprobada en 1998. Como organismo intergubernamental tiene unas instancias de decisión, las más importantes son la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros, que cuenta con el apoyo y soporte del Consejo de Cooperación Amazónica (CCA) y de la Comisión de Coordinación del Consejo de Cooperación Amazónica (CCOOR)<sup>18</sup>. Dicho lo anterior, revisaremos los principales aspectos del modelo intergubernamental y supranacional a fin de vislumbrar cual es el modelo idóneo para la gobernanza del Amazonas como bien común.

### Principales aspectos del modelo intergubernamental

El modelo intergubernamental se caracteriza por ser un sistema de cooperación entre Estados soberanos e independientes que buscan lograr objetivos comunes a través de la negociación y el acuerdo mutuo. En este modelo existe un equilibrio de poder entre los Estados, que mantienen su absoluta soberanía y, a su vez, mantienen el control de las decisiones y acciones tomadas en la organización intergubernamental.

Dentro de las características de los aspectos del modelo intergubernamental se observa que (1) hay una igualdad entre los Estados miembros, por lo que tienen el mismo peso en voz y voto en la toma de decisiones; (2) los Estados miembros mantienen absoluta soberanía de su territorio; (3) se busca la cooperación y el diálogo para alcanzar objetivos comunes; (4) las decisiones se toman por consenso entre los Estados miembros, de tal manera que el órgano supranacional no puede imponer las decisiones o las normas que los rijan; y (5) los Estados miembros pueden decidir participar en acuerdos o no dependiendo de sus intereses.

En este sentido, se confirma que la OTCA es un modelo intergubernamental, ya que busca promover la cooperación y la coordinación entre los países miembros. Las decisiones que se toman son acordadas por consensos entre los países miembros, lo cual significa que las decisiones y acciones adoptadas requieren del voto unánime de los países miembros. Como no hay un órgano supranacional para imponer decisiones, no se considera un ejemplo de modelo supranacional.

17 Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, <http://otca.org/quienes-somos/>.

18 Cancillería de Colombia, <https://www.cancilleria.gov.co/organizacion-del-tratado-cooperacion-amazonica-otca>.

En este sentido, la OTCA cuenta con instancias a nivel nacional, estas son las comisiones nacionales permanentes (CNP), que son las encargadas de la aplicación, en sus respectivos territorios, de las disposiciones del Tratado de Cooperación Amazónica, así como de la ejecución de las decisiones adoptadas en las reuniones de los Ministros de Relaciones Exteriores y por el Consejo de Cooperación Amazónica. La Comisión Nacional Permanente es presidida por la correspondiente cancillería y asisten todas las entidades responsables del desarrollo y cooperación amazónica en sus respectivos territorios<sup>19</sup>.

### Principales aspectos del modelo supranacional

A diferencia del modelo intergubernamental, el supranacional se caracteriza por la transferencia de soberanía de los Estados nacionales a una autoridad superior. Es decir, el organismo supranacional en esta sede cuenta con poderes para la toma de decisiones vinculantes a los Estados miembros.

Dentro de sus rasgos principales podemos observar que en el modelo supranacional (1) existe un conjunto de normas y leyes supranacionales que prevalecen sobre las legislaciones nacionales y son obligatorias para los Estados miembros; (2) existe un órgano supranacional independiente de las voluntades de los Estados miembros; (3) el órgano supranacional cuenta con poder de decisión, esto significa que las decisiones adoptadas son aplicables directamente por los Estados sin necesidad de una ratificación adicional; (4) el principal rasgo que caracteriza el modelo supranacional es la cesión de soberanía, esto implica que en las materias pactadas, la competencia de decisión y la implementación de políticas recaen en el organismo supranacional y no en el control de los Estados; (5) existe un sistema judicial supranacional encargado de interpretar y aplicar las normas supranacionales, así como de resolver disputas y conflictos entre los Estados miembros; y (6) el modelo supranacional busca mayor integración económica, social y política de los Estados miembros con el objetivo de promover la solidaridad en áreas específicas.

Se usa este modelo principalmente en asuntos de especial importancia para la unión de la comunidad partícipe. Por ejemplo, resaltan los asuntos de economía y defensa internacional, no obstante, la gobernanza de los bienes vitales como bien común de la humanidad requiere de consensos supranacionales ampliamente participativos, en los que se involucren no solo quienes disponen en su territorio del bien vital, sino individuos de diferentes nacionalidades en representación

19 *Ibidem*.

de sus colectivos, a fin de que el manejo de los recursos vitales no dependa de gobiernos de turno, sino, por el contrario, se promueva su indisponibilidad y custodia mundial.

¿Modelo intergubernamental con técnicas supranacionales?:  
una integración efectiva de la OTCA

En los modelos intergubernamentales, las técnicas supranacionales se refieren a los mecanismos o enfoques utilizados para trascender la soberanía nacional y permitir la toma de decisiones a nivel supranacional, es decir, por encima del nivel de los gobiernos nacionales.

Como se mencionó anteriormente, en un modelo puramente intergubernamental las decisiones son tomadas exclusivamente por los gobiernos nacionales, cada país mantiene su soberanía y su autonomía en la toma de decisiones. Sin embargo, en algunos casos, se pueden utilizar técnicas supranacionales para delegar parte de la autoridad de toma de decisiones a instituciones o mecanismos internacionales, lo que a grandes rasgos significa una cesión de soberanía de manera implícita. Estas técnicas pueden incluir:

1. *Mayorías cualificadas*: se establecen umbrales específicos de votos o apoyo para tomar decisiones en lugar de requerir el consenso unánime de todos los países. Esto permite que las decisiones sean tomadas por una mayoría cualificada de países, lo que puede facilitar la toma de decisiones y superar bloqueos por parte de un solo país.
2. *Voto ponderado*: en esta técnica se asigna un peso o valor diferente a los votos de cada país, teniendo en cuenta factores como la población involucrada o la contribución económica. Esto permite que los países con mayor peso tengan una influencia mayor en la toma de decisiones.
3. *Instituciones supranacionales*: se crean organismos o instituciones internacionales con autoridad para tomar decisiones en áreas específicas. Estas instituciones pueden estar compuestas en parte por representantes de las comunidades indígenas, representantes de movimientos ciudadanos, gobiernos locales etc., con el fin de actuar como entidades independientes encargadas de la toma de decisiones en el ámbito supranacional.
4. *Tribunales supranacionales*: se establecen tribunales o sistemas de resolución de disputas internacionales que tienen jurisdicción sobre los países miembros y pueden emitir decisiones vinculantes para resolver conflictos y aplicar el cumplimiento de acuerdos.

5. *Instituciones compuestas*: los organismos o las instituciones internacionales podrán incluir en la toma de decisiones a expertos representantes bien sean del mismo ámbito espacial o no, con el fin de representar la titularidad de la humanidad sobre estos bienes vitales.

Teniendo en cuenta que la OTCA es una organización internacional de carácter intergubernamental, las decisiones adoptadas no son de mayor trascendencia para los Estados miembros, ni en la producción de leyes o políticas obligatorias para los países miembros. Las decisiones son tomadas por los ministros de relaciones exteriores o sus delegados, lo que hace que las decisiones del hábitat que alberga las mayores reservas hídricas y la mitad de la producción del oxígeno del planeta dependan de la discrecionalidad del gobierno de turno de cada país, de sus intereses personales y muchas veces de su ideología. De igual forma, es necesario que un tribunal internacional resuelva los conflictos ambientales, interprete y aplique las normas que rigen el bien compartido. Así como también es necesario implementar mayorías cualificadas que permitan desbloquear la toma de decisiones que propendan por la preservación del bien común compartido.

## CONCLUSIONES

La diferencia entre el modelo intergubernamental y el modelo supranacional resulta teóricamente tan evidente que podría aludirse al hecho de que los modelos intergubernamentales que componen una organización internacional gozan del pleno atributo de la soberanía, lo que les permite entrar en esta o abandonarla, así como, llegado el momento, negociar unilateralmente las condiciones de su participación en el pacto internacional por el que surge dicha organización<sup>20</sup>. Por el contrario, los entes territoriales que componen un modelo supranacional disponen de un nivel menor de soberanía en las competencias cedidas, lo que hace que el modo de gobierno sea compartido, pero sin que puedan cambiar unilateralmente o abandonar las condiciones que los han llevado a crear una instancia supranacional, o en el mejor de los casos estaríamos hablando de una especie de federación basada en una Constitución ambiental.

Dicho de esta manera, el éxito de un sistema plurinacional depende en gran medida de la habilidad de las diferentes entidades para cooperar en la resolución

20 Roberto Blanco Valdés, *Los rostros del federalismo* (Madrid: Alianza Editorial, 30).



de problemas comunes<sup>21</sup>. La clave para encontrar una distribución equitativa del poder y los recursos de una misma región implica una cesión de soberanía; ya que estamos hablando no de un patrimonio de cada país, sino de la humanidad presente y futura, esta efectiva cesión de soberanía, donde los países involucrados tienen una posición de garante para su conservación, puede darse ya sea por el modelo supranacional de una organización o por técnicas supranacionales en un modelo intergubernamental.

Por último, es necesario insistir en que los países megabiobiodiversos son garantes del patrimonio fundamental de la humanidad, pero esto no los hace soberanos, optar por lo que Michael B. Likosky llamaría una “oligarquización del Estado”<sup>22</sup> frente a los bienes vitales de carácter común es privar a todos los individuos de su mínimo vital, del mínimo vital del planeta. Reconocer esta condición y dotarla de garantías es una cuestión tan trascendental que merece una decisión firme y unánime de la población mundial.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Blanco Valdés, Roberto. *Los rostros del federalismo*. Madrid: Alianza, 2012.
- Cancillería de Colombia. 2023. <https://www.cancilleria.gov.co/organizacion-del-tratado-cooperacion-amazonica-otca>.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. España: Editorial Trotta, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- Garzón Valdés, Ernesto. “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del coto vedado a nivel internacional”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (2003): 57-69.
- Herrera, Juan Camilo. *Las cláusulas durmientes de integración latinoamericana: Orígenes, funciones y opciones para despertarlas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.
- Holguín, Paola. *La imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado: Principio de prevención y daños de peligro en el derecho ambiental*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021.

21 Michael Keating, *Plurinational Democracy: Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era* (Nueva York: Oxford University Press, 2001), 242.

22 Ernesto Garzón Valdés, “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del coto vedado a nivel internacional”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (2003): 57-60, 58.

- Keating, Michael. *Plurinational Democracy: Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- Mariñas Otero, Luis. “El Tratado de Cooperación Amazónica”. *Revista de Estudios Internacionales*, n.º 1 (oct.-dic., 1980).
- Naciones Unidas. *La cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Informe del Relator Especial: Consejo de Derechos Humanos, 2019.
- Organización del Tratado de Cooperación Amazónica. 1995. <http://otca.org/quienes-somos/>.
- Ramírez Cleves, Gonzalo A. “Derechos de la naturaleza en Colombia: El caso del río Atrato”. *Ecuador Debate* (2022): 109-117.
- Rojas Salgado, Argimiro. “Globalización, integración mundial y federalismo”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 109 (jul.-sep., 2000): 30.
- Zagrebel'sky, Gustavo. “Jueces constitucionales”. Discurso, celebración del 50.º aniversario de la Corte Constitucional italiana. Traducción de Miguel Carbonell. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie (2006): 1135-1151.



## CAPÍTULO 21

# LOS PRINCIPIOS DEL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA: DESARROLLO SOSTENIBLE, SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL, PREVENCIÓN, PRECAUCIÓN, RESPONSABILIDAD Y QUIEN CONTAMINA PAGA\*

Hugo Andrés Arenas Mendoza

## INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista jurídico existe una diferencia fundamental entre los principios y los valores, porque los primeros protegen a los segundos<sup>1</sup>. O como lo sintetiza Manuel Rebollo Puig: “Los principios generales del derecho son las ideas directrices de un ordenamiento jurídico, las que inspiran, orientan, relacionan y estructuran sus distintos elementos”<sup>2</sup>.

Los principios del derecho son lineamientos jurídicos que orientan las decisiones administrativas y judiciales, cada vez son mucho más importantes dentro del marco normativo, por lo que algunos son vinculantes y, en ocasiones, llegan a tener la calidad de derechos fundamentales. De esta manera, con el transcurrir del tiempo, pasan de ser considerados de meros criterios orientativos a verdaderas fuentes de derecho de imperativo cumplimiento y de aplicación directa<sup>3</sup>.

\* Para citar este capítulo: <https://doi.org/10.51573/Andes.9789587988819.9789587988833.21>.

1 “Principios y valores suelen utilizarse en ocasiones como sinónimos, pero parece que existe una relación vicarial de los primeros para con los segundos. Los principios protegen los valores articulándolos jurídicamente, especialmente mediante su positivización en el texto de la Constitución.” Ricardo Rivero Ortega, *El Estado vigilante: Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración* (Madrid: Tecnos, 2000), 91.

2 Manuel Rebollo Puig, “Los principios generales del derecho: Atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (Madrid: La Ley, 2010), 1525.

3 “Los principios jurídicos, por tanto, se aplican directamente no sólo en el caso de laguna legal, sino siempre que sea necesario resolver conforme al valor en el contenido. Y ello puede suceder tanto en el ejercicio de cualquiera de las tres típicas funciones, como en la no menos importante de permitir su aplicación directa en aquellos casos en los que cualquier acto jurídico (sea o no normativo) lo desconozca.” Margarita Beladiez Rojo, *Los principios jurídicos*, Cuadernos Civitas (Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2010), 160.

Esta misma situación se ha presentado en derecho medioambiental, que ha introducido sus propios principios a partir de diversas fuentes para regir la actividad estatal y particular. En concreto, siguiendo a Óscar Amaya,

Los principios generales en materia ambiental son mandatos de optimización de la normatividad especializada, a lo que acude cuando hay déficit de norma concreta y como fuente integradora del derecho. Este criterio debe tener en cuenta, primero que todo, un componente de “prevalencia”, es decir una serie de consideraciones y premisas que tienen mayor valor que otras. Es el caso de la vida, sobre todos los demás derechos; le siguen en su orden, la salud, el derecho a gozar un ambiente sano, la propiedad privada sobre el desarrollo, la libertad de asociación sobre el trabajo y el derecho al desarrollo, entre otras. El ejercicio de priorización<sup>4</sup>.

Entonces la importancia práctica de los principios ambientales, si se sistematizan, se priorizan y se aplican en las decisiones judiciales, es que pueden producir sentencias más acertadas y homogéneas, y si se cumple con esto se logrará la finalidad fundamental de materializar una verdadera protección del entorno para las generaciones actuales y futuras.

En materia medioambiental algunos de estos principios son comunes; no obstante, pueden tener una importancia diferente, una interpretación distinta y hasta se han creado lineamientos propios. Así, como lo recuerda Esteve Pardo, “[...] [el derecho medioambiental] es una disciplina jurídica que ha conocido en las dos últimas décadas una expansión espectacular pero su recorrido en el tiempo es todavía corto. Se trata de una disciplina que está todavía por articular en torno a unos principios propios y alcanzar así su previsible y verdadera autonomía en el plano dogmático y académico”<sup>5</sup>.

El derecho medioambiental colombiano<sup>6</sup> se ha construido a partir de los avances y principios desarrollados en el derecho internacional en el tema, por lo que está en continuo desarrollo y fortalecimiento. Como no todo el ordenamiento jurídico internacional ambiental es obligatorio<sup>7</sup>, se puede incorporar por medio de tratados y, al hacerlo, los principios quedan consagrados en leyes. Además,

4 Óscar Darío Amaya Navas, *El principio de ponderación en materia ambiental: Una herramienta hermenéutica para la solución de conflictos entre la protección ambiental, los derechos sociales y fundamentales, y el desarrollo económico* (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2020), 360.

5 José Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente*, 4.ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2017), 32.

6 “Los derechos del ambiente se refieren a las relaciones del hombre y su entorno natural. La ecología es la ciencia que estudia las interacciones entre los seres vivos y el medio ambiente natural.” Diego Younes Moreno, *Derecho constitucional colombiano*, edición especial por los 30 años de la Carta de 1991, 17.ª ed. (Bogotá: Legis, 2021), 182.

7 “En la situación actual y a falta de su reconocimiento como tal en norma internacional vinculante, el derecho a un medio ambiente sano, además de ser terreno para la labor de la doctrina científica, parece entregado sustancialmente a los poderes públicos nacionales, los órganos judiciales...”

como lo explican Aguila, Parejo, Perales y Tafur, “De ahí sigue que la mejor receta para combatir los inconvenientes de la fragmentación del derecho ambiental internacional sea la precisión sobre los principios ambientales que son comunes y aceptados por todos”<sup>8</sup>.

Así mismo, se debe tener presente que los principios del derecho del medioambiente tienen diferentes rangos según donde se incorporen, por lo que pueden ser clasificados, por ejemplo, en constitucionales, legales o jurisprudenciales. Así, algunos se encuentran establecidos en la propia Constitución de 1991<sup>9</sup>, que es considerada una norma fundamental verde o ecológica y es la fuente primordial de la que surgen los principios medioambientales colombianos<sup>10</sup>.

Como se puede advertir, existe una gran cantidad de principios medioambientales tanto en el derecho internacional como en el nacional y es una lista que continúa creciendo, entre los que se destacan los del medio ambiente sano, progresividad, subsidiaridad, sustentabilidad, equidad intergeneracional, solidaridad, corrección en la fuente, integración, desarrollo sostenible, sostenibilidad ambiental, deber de reparar los daños medioambientales, acceso a la información, participación, acceso a la justicia, innovación, efectividad, resiliencia ambiental, *in dubio pro natura*, responsabilidad, quien contamina paga, prevención, precaución, congruencia, cooperación y no regresión.

Frente a la imposibilidad de hacer referencia a todos los principios medioambientales<sup>11</sup>, con el fin de contribuir un poco con su presentación y consolidación<sup>12</sup>

---

Luciano Parejo Alfonso, “El derecho a un ambiente sano o saludable en el derecho internacional”, en *Principios de derecho ambiental y agenda 2030* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 31.

8 “[...] donde existe claridad sobre los principios ambientales comunes, las soluciones jurídicas a las que se llega en situaciones ecológicas similares pueden ser más efectivas.” Yann Aguila, Teresa Parejo, Carlos de Miguel Perales y Víctor Tafur, “Nota de los editores”, en *Principios de derecho ambiental y agenda 2030* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 8.

9 “Una de las muy evidentes preocupaciones de la Asamblea Nacional Constituyente fue el tema del medioambiente, como se puede observar por la cantidad de artículos que hace referencia a la materia y, sobre todo, a la visión que se plasma acerca de su importancia y la necesidad de su conservación.” Hugo Andrés Arenas Mendoza, *Responsabilidad medioambiental del Estado*, 1.ª ed. (Bogotá: Legis, 2020), 31.

10 “El tema ambiental se constitucionalizó, en la medida en que la Constitución Política de un país es la vía primaria de expresión del cuadro de valores vigentes en la sociedad y el marco general en el que obligatoriamente debe desarrollarse la vida colectiva. La mención del medioambiente en las normas de mayor rango obliga, además, a considerarlo como interés jurídico merecedor de la mayor protección, al que ya no se puede considerar, en ninguna circunstancia, como periférico ni secundario.” Óscar Darío Amaya Navas, *La Constitución ecológica de Colombia*, 3.ª ed. (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2016), 29.

11 “Es por ello utópico plantearse la posibilidad de analizar todos y cada uno de los principios que se suelen reconocer como tales, a no ser que nos quedásemos en una apresurada semblanza de los mismos, cosa que nos parece poco útil y por tano desechable.” Francisco López Menudo, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, 1.ª ed., coordinado por Javier Barnes (Madrid: Civitas, 1993), 20.

12 “La consolidación de los principios en el ordenamiento jurídico es siempre la consecuencia de la formación de una opinión común de todos los operadores jurídicos acerca de valores, ideas o reglas

se han seleccionado estos cinco principios fundamentales para la comprensión del derecho medioambiental nacional: (1) desarrollo sostenible (y sostenibilidad ambiental); (2) principio de prevención; (3) principio de precaución; (4) principio del deber de reparar o de responsabilidad; y (5) principio de quien contamina paga y restaura.

## LOS PRINCIPIOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL

El concepto de desarrollo sostenible puede ser considerado como el objetivo fundamental de la acción ambiental<sup>13</sup>, su paradigma<sup>14</sup> o un principio<sup>15</sup>. Esta noción empezó a construirse en el derecho ambiental en la década de los ochenta del siglo pasado, cuando la Asamblea General de la Organización Mundial de las Naciones Unidas encargó a la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo la elaboración de un programa mundial para el cambio<sup>16</sup>.

La Comisión, creada en 1983, publicó su informe final el 20 de marzo de 1987, titulado “Nuestro futuro común” y conocido como “Informe Brundtland”<sup>17</sup>, en el que se estudia la problemática ambiental y se establece por primera vez el concepto de desarrollo sostenible<sup>18</sup> o duradero; explicando, por ejemplo, en el punto 27, consignado en el apartado “3. El desarrollo duradero”, que

---

que han de inspirar la ordenación y funcionamiento de las instituciones, o las relaciones jurídicas en un marco social avanzado y que respete el sistema de derechos.” Santiago Muñoz Machado, *Leciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, t. 1, *Derecho administrativo y sistema de fuentes* (Madrid: Iustel, 2009), 44.

- 13 “A finales de la década de los ochenta se va a acuñar el que actualmente constituye el objetivo fundamental de la acción estatal, presente en todos los textos y programas de protección: el denominado ‘principio de desarrollo sostenible’...”. Blanca Lozano Cutanda y Juan Cruz Alli Turrillas, *Administración y legislación ambiental*, 11.ª ed. (Madrid: Dykinson, 2020), 143.
- 14 “El derecho del Medio Ambiente se presenta así como un factor de moderación, limitación, o exclusión, en su caso de desarrollo. De ahí que uno de sus paradigmas sea el de la sostenibilidad, el del desarrollo sostenible”. José Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 28.
- 15 “El célebre Principio de desarrollo sostenible sale al paso de las tensiones entre las necesidades que impone el desarrollo económico y el objetivo de preservar el medioambiente.” Leonardo Sánchez Mesa Martínez, “Capítulo 2. Aspectos básicos del derecho ambiental. Objeto, caracterización y principios. Regulación constitucional y organización administrativa del medio ambiente”, en *Derecho ambiental*, VV. AA., 3.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2018), 53.
- 16 Mireya Castillo Daudí y José Juste Ruíz, *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 29.
- 17 “En 1987 fue el ‘Informe Brundtland’, con el nombre del primer ministro noruego que presidía la comisión, que contenía una serie de ‘principios legales para la protección ambiental’”. Eugenio Benacci, *Compendio di Diritto dell’ambiente*, 11.ª ed. (Nápoles: Edizione Giuridiche Simone, 2019), 16. (Traducción propia.)
- 18 “En el Informe se introduce la noción de ‘desarrollo sostenible’ que fue incorporada con posterioridad por el sistema de derecho internacional y en el ordenamiento de gran parte de los Estados. El

27. Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. El concepto de desarrollo duradero implica límites, no límites absolutos, sino limitaciones que imponen a los recursos del medio ambiente el estado actual de la tecnología y de la organización social la capacidad de la biósfera de absorber los efectos de las actividades<sup>19</sup>.

A continuación precisa, entre otros lineamientos, que para la satisfacción de las necesidades esenciales es necesario una nueva era de crecimiento económico, con el compromiso de las naciones y una gran voluntad política internacional, en que los pobres reciban los recursos que necesitan, se garantice la participación de los ciudadanos en las decisiones, la exigencia de que los más ricos adopten maneras de vivir que respeten la ecología del planeta, se controle el crecimiento de la población con base en las posibilidades de producción del ecosistema y, finalmente, argumenta que será “[...] un proceso de cambio por el que la explotación de los recursos, la dirección de las inversiones, la orientación de los progresos tecnológicos y la modificación de las instituciones se vuelven acordes con las necesidades presentes tan bien como con las futuras”<sup>20</sup>.

La noción de desarrollo sostenible se fortaleció a partir de 1992 con la “Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo”, que le dio un papel central y se convertiría en un parámetro internacional en materia de ambiente, siendo reproducido en la normatividad nacional, como lo atestigua la Ley 99 de 1993, que crea el sector medioambiental colombiano.

En síntesis, como lo explica Eugenio Benacci, “El desarrollo sostenible se entiende como un *concepto dinámico y no estático*, un proceso de cambio continuo, por el cual el aprovechamiento de los recursos naturales, la inversión, el desarrollo tecnológico y los cambios institucionales van actuando en consideración no solo de las necesidades presentes sino también de las futuras”<sup>21</sup>. Para José Alenza existen tres dimensiones del desarrollo sostenible que son la sostenibilidad ambiental, social y económica:

---

desarrollo sostenible tiene dimensiones globales en lo referente a la totalidad del género humano y tiene por finalidad la armonía al interior de la especie humana y entre esta y la naturaleza”. (Traducción propia.) Giampaolo Rossi, *Diritto Dell'ambiente*, 4.ª ed. (Torino: G. Giappichelli Editore, 2017), 30.

19 Asamblea General de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Informe final del 20 de marzo de 1987, “Nuestro futuro común” o “Informe Brundtland”, <https://drive.google.com/file/d/1VHuafetduxOc7DQz60qlmAfGbHdo5Y/view>.

20 *Ibidem*.

21 Benacci, *Compendio di Diritto dell'ambiente*, 16. (Traducción propia.)



El desarrollo sostenible propugna la armonización del desarrollo económico y la protección ambiental. Una protección que no equivale a un conservacionismo a ultranza, sino que pretende conducir el desarrollo económico por cauces que no imposibiliten la viabilidad ambiental del futuro. Se apoya, además, en la solidaridad intergeneracional, de donde se deduce una concepción de los recursos naturales y del ambiente, en general, como patrimonio fiduciario y colectivo que no debe ser despilfarrado ni agotado, puesto que debe transmitirse a nuestros sucesores.

Junto a los dos pilares del desarrollo económico y la protección ambiental, existe un tercer pilar que es el del desarrollo social. El desarrollo social, en efecto, se presenta tan necesario como los otros dos para que pueda alcanzarse un desarrollo sostenible<sup>22</sup>.

En este orden de ideas, es pertinente transcribir las ideas de Dionisio Fernández, quien explica que

La sostenibilidad ambiental es una dimensión derivada del concepto de desarrollo sostenible, que busca la aplicación de los tres pilares fundamentales que son el económico, el social y el ambiente. Por esto, hace prevalecer los recursos naturales, los ecosistemas y los derechos de las personas sobre los criterios económicos y productivos y, en consecuencia, intenta mejorar la calidad de vida de los seres humanos, la protección de la naturaleza, el desarrollo económico sostenible que da prevalencia al medio ambiente, la creación de instituciones que garanticen los objetivos propuestos y el cumplimiento del compromiso de los actores tanto nacionales como internacionales con el medio ambiente<sup>23</sup>.

Corresponde analizar la incorporación del principio de desarrollo sostenible en la legislación nacional, que fue incluido desde hace más de treinta años en la propia Constitución Política de 1991, particularmente en el artículo 80, que dispone:

ARTÍCULO 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

22 José Francisco Alenza García, “Desarrollo sostenible”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (Madrid: La Ley, 2010), 1394.

23 Dionisio Fernández de Gatta, *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, 9.ª ed. (Salamanca: Ratio Legis, 2020), 57.

Posteriormente, fue introducido en la Ley 99 de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”, norma que hace continuas referencias al desarrollo sostenible dentro de su articulado. Particularmente, en el artículo 3.º preceptuó:

ARTÍCULO 3.º DEL CONCEPTO DE DESARROLLO SOSTENIBLE. Se entiende por desarrollo sostenible el que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.

Adicionalmente, se debe destacar que la Ley 1523 del 2012, “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 13 desarrolló quince principios generales para la gestión de riesgos. De esta manera, en su numeral 9 hace referencia al principio de sostenibilidad ambiental así:

ARTÍCULO 13 [...] 9. PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL: El desarrollo es sostenible cuando satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de los sistemas ambientales de satisfacer las necesidades futuras e implica tener en cuenta la dimensión económica, social y ambiental del desarrollo. El riesgo de desastre se deriva de procesos de uso y ocupación insostenibles del territorio, por tanto, la explotación racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente constituyen características irreductibles de sostenibilidad ambiental y contribuyen a la gestión del riesgo de desastres.

Como se puede observar, el anterior artículo ofrece una definición de desarrollo sostenible en el primer párrafo y en el segundo explica las características de la sostenibilidad ambiental como el uso u ocupación sostenible del territorio, la explotación sostenible y la protección del medio ambiente, y que estas contribuyen a la gestión del riesgo de desastres.

Es a partir de esta normatividad que la jurisprudencia nacional ha construido los principios de desarrollo sostenible y de sostenibilidad ambiental, labor que ha sido realizada particularmente por la Corte Constitucional en sus providencias de constitucionalidad, tutela y unificación. A propósito, se debe destacar que

solo de manera excepcional las demás cortes mencionan los principios de desarrollo sostenible y de sostenibilidad ambiental en sus sentencias.

En este orden, los conceptos de desarrollo sostenible y de sostenibilidad ambiental han sido utilizados por la Corte Constitucional en diversas decisiones. Específicamente, se puede destacar el siguiente apartado de la Sentencia T-445 del 2016:

En este orden de ideas, el desarrollo sostenible y los nuevos modelos de protección ambiental que han surgido en la última década buscan mejorar las condiciones económicas, sociales y mantener los recursos naturales y la diversidad. De ahí que: (i) la sostenibilidad ecológica exige que el desarrollo sea compatible con el mantenimiento de la diversidad biológica y los recursos biológicos, (ii) la sostenibilidad social pretende que el desarrollo eleve el control que la gente tiene sobre sus vidas y se mantenga la identidad de la comunidad, (iii) la sostenibilidad cultural exige que el desarrollo sea compatible con la cultura y los valores de los pueblos afectados, y (iv) la sostenibilidad económica pretende que el desarrollo sea económicamente eficiente y sea equitativo dentro y entre generaciones<sup>24</sup>.

Finalmente, en cuanto al principio de sostenibilidad se debe mencionar la Sentencia T-614 del 2019, en la que el máximo tribunal constitucional precisó:

5.5.3. En tercer lugar, se halla el principio de sostenibilidad, mandato que reclama que los sistemas económicos y sociales deben ser reproducibles sin el deterioro de los ecosistemas en que se apoyan, esto es, la viabilidad ecológica. Esa sustentabilidad tiene la obligación de respetar los límites de absorción y de regeneración del ambiente, de modo que no se comprometa su disfrute para las generaciones futuras y para otras especies vivas no humanas<sup>25</sup>.

## PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

Sobre el origen del principio de prevención en el derecho internacional ambiental se deben recordar las decisiones del Tribunal Internacional de Justicia en la década de los cuarenta del siglo pasado. No obstante, como lo explican Susana de Tomás y Javier Gómez,

24 Corte Constitucional, Sentencia T-445 del 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

25 Corte Constitucional, Sentencia T-614 del 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[...] seguramente cabe identificar como momento crucial para su consagración internacional la inclusión como Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972). La formulación introducida por la Declaración —instituyendo la responsabilidad de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, [...] de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional— fue más tarde acogida en términos muy similares en el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y en el artículo 3.º del Convenio de Nairobi sobre diversidad biológica<sup>26</sup>.

A partir de estas bases, el principio de prevención ha sido altamente desarrollado en el derecho internacional y recogido constitucionalmente en el párrafo 2<sup>[27]</sup> del artículo 80 de la norma fundamental. Así mismo, se consagró en la legislación medio ambiental colombiana, principalmente, en los numerales 7<sup>[28]</sup>, 9<sup>[29]</sup>, 10<sup>[30]</sup> y 11<sup>[31]</sup> del artículo 1.º<sup>[32]</sup> de la Ley 99 de 1993, y en el artículo 2.º<sup>[33]</sup> de la Ley 1333 del 2009, que hace referencia a la facultad de prevención.

26 Susana de Tomás Morales y Javier Gómez Lanz, “El principio de prevención”, en *Principios de derecho ambiental y agenda 2030* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 103.

27 “ART. 80.2. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.”

28 “ART. 1.7. El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables.”

29 “ART. 1.9. La prevención de desastres será materia de interés colectivo y las medidas tomadas para evitar o mitigar los efectos de su ocurrencia serán de obligatorio cumplimiento.”

30 “ART. 1.10. La acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. El Estado apoyará e incentivará la conformación de organismos no gubernamentales para la protección ambiental y podrá delegar en ellos algunas de sus funciones.”

31 “ART. 1.11. Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial.”

32 [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0099\\_1993.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html#1).

33 “ART. 2. FACULTAD DE PREVENCIÓN. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales; las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible; las Unidades Ambientales Urbanas de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993; los establecimientos públicos a los que hace alusión el artículo 13 de la Ley 768 del 2002; la Armada Nacional; así como los departamentos, municipios y distritos, quedan investidos a prevención de la respectiva autoridad en materia sancionatoria ambiental. En consecuencia, estas autoridades están habilitadas para imponer y ejecutar las medidas preventivas y sancionatorias consagradas en esta ley y que sean aplicables, según el caso, sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades.

PARÁGRAFO. En todo caso las sanciones solamente podrán ser impuestas por la autoridad ambiental competente para otorgar la respectiva licencia ambiental, permiso, concesión y demás autorizaciones ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental, previo agotamiento del procedimiento sancionatorio. Para el efecto anterior, la autoridad que haya impuesto la medida

A partir de estas normas se puede concluir, como lo hace Claudia Gafner, que “Tanto la Constitución como el desarrollo legislativo en materia de protección ambiental se destacan por un enfoque preventivo, el cual se refleja principalmente en el requerimiento de licencias ambientales y de un seguro ambiental”<sup>34</sup>.

Siguiendo a Susana de Tomás y Javier Gómez, “El elemento nuclear del principio de prevención es la asignación al Estado de la obligación de evitar la producción de daños al medio ambiente, postulando, de este modo, la anticipación temporal de la intervención a un momento en el que el perjuicio medioambiental resulta todavía eludible”<sup>35</sup>.

Además, como lo precisa Gloria Rodríguez, el principio de prevención “Opera en las situaciones en las que existe pleno conocimiento de la posibilidad de la generación de daños ambientales por la realización de un proyecto, obra o actividad. Así las cosas, las autoridades competentes deben adoptar medidas para evitar que el riesgo o daño se produzcan o para mitigar o reducir sus repercusiones”<sup>36</sup>.

En este orden, el principio de prevención busca que los daños no se produzcan<sup>37</sup> y que no se repitan<sup>38</sup>, puesto que las afectaciones al entorno natural pueden ser irreparables, incluso retornar al estado previo al daño resulta en la práctica muy difícil y, en todo caso, la indemnización monetaria resulta insuficiente, si se quiere una verdadera protección de los recursos naturales<sup>39</sup>.

Con el pasar del tiempo, se ha entendido que el principio de prevención se aplica en situaciones de certeza para evitar que la lesión ocurra<sup>40</sup>, y en consecuencia

---

preventiva deberá dar traslado de las actuaciones a la autoridad ambiental competente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la imposición de la misma.”

34 Claudia Gafner Rojas, “Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención y precaución en materia ambiental”, en *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental* (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2015), 31.

35 De Tomás Morales y Gómez Lanz, “El principio de prevención”, 103.

36 Gloria Rodríguez, *Fundamentos de derecho ambiental colombiano* (Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia [Fescol] y Foro Nacional Ambiental, 2022), 146.

37 “Definitivamente la mejor manera de enfrentar los problemas en materia ambiental es impedir que ocurran. La idea de prevención es indisoluble de la conciencia ecológica que alimenta el trasfondo del derecho ambiental.” Gafner Rojas, “Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención y precaución en materia ambiental”, 42.

38 “De igual manera, propicia la exigencia de medidas correctivas tendientes a evitar que el daño se vuelva a presentar, es decir, después de ya acaecido el daño debe asegurar y garantizar su no repetición.” Paola Holguín, *La imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado: Principios de prevención y daños de peligro en el derecho ambiental* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021), 89.

39 “Ya no es entonces posible seguir refugiados, o engolosinados con el daño-secuela, entendido como un *posterius*, sino contemplar su real etiología potencial, e intervenir en su posible evitación, por cuanto el derecho no puede conformarse con las respuestas correctivas, únicamente, tanto más si la corrección no siempre es viable y conveniente, como lo hemos anticipado, pues el metálico —y sus sucedáneos— no son la solución óptima a todos los males.” Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño* (Bogotá: Temis-Editorial Javeriana, 2013), 21.

40 “Así las cosas, no puede confundirse el principio de prevención con el de precaución, como quiera que se está bajo supuestos en que la autoridad administrativa decida sin que exista incerteza científica; por ende, la duda se refiere al acaecimiento del daño, pero existe la convicción de que este se

se han desarrollado tres dimensiones que han ampliado su contenido jurídico para poder lograr sus objetivos de prevenir, mitigar y evitar los daños.

La primera es su noción puramente preventiva o que se aplica antes de que se cause la lesión, según la que, como lo explican Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti, “[...] toda aquella persona física o jurídica que se halle frente a una acción que pudiere generar un daño —ambiental en nuestro caso— debe abstenerse de ejecutar esa medida o, al menos, tomar los recaudos que fueren pertinentes para que el perjuicio no se produzca”<sup>41</sup>.

La segunda es la existencia de la obligación de mitigar el daño, que se aplica cuando ya se ha materializado el daño, teniendo como objetivo que no se propaguen o amortiguar sus efectos<sup>42</sup>. Así, como lo explica Beltrán Castellano, “[...] a diferencia de las medidas preventivas, éstas no se aplican ante una amenaza inminente de daño, sino que la amenaza ya ha empezado a concretarse, el daño ya ha comenzado a producirse, teniendo por finalidad contener el mismo”<sup>43</sup>.

En tercer lugar, la obligación de evitación de futuros daños que se manifiesta una vez el daño ha ocurrido y busca que no vuelvan a suceder eventos similares. En palabras de Rocasalva García, “De igual manera, cuando se hayan producido daños medioambientales causados por cualquier actividad económica o profesional, el operador que la lleve a cabo, tiene el deber de establecer, en los mismos términos, los mecanismos apropiados para evitar nuevos daños, con independencia de que esté obligado a adoptar medidas de reparación...”<sup>44</sup>.

En cuanto al principio de prevención, la Corte Constitucional afirmó lo siguiente en la Sentencia C-703 del 2010:

Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta

---

puede evitar si se toman las decisiones o se adelantan las actuaciones encaminadas precisamente a evitar el resultado no deseado.” Enrique Gil Botero y Jorge Iván Rincón Córdoba, *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*, Serie Derecho Administrativo n.º 20 (Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2013), 114.

41 Ricardo Lorenzetti y Pablo Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental* (Bogotá: Ibáñez, 2019), 346-347.

42 “El deber de mitigar, minimizar, reducir o atenuar el daño, entre otras denominaciones más, se sitúa en otro entorno y momento: el post-daño, o sea después de que se asome en la realidad factual y jurídica (*ex post*), con un objetivo diferente: el propender que sus efectos no se propaguen, no se extiendan o ensanchen, siendo lo deseable frenar su desenvolvimiento, de ordinario indeseable y desestabilizador, pues puede adquirir proporciones impensadas, arrasando todo lo que encuentra a su paso, así sea uno de los llamados instantáneos —en lo que a su gestación concierne—, que en toda caso tendrá su propia etiología.” Jaramillo Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, 130.

43 José Miguel Beltrán Castellanos, *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental* (Navarra: Universidad de Alicante-Aranzadi, 2018), 159-160.

44 Charles Rocasalva García, *La responsabilidad medioambiental* (Barcelona: Atelier, 2018), 225-226.

el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principio de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos<sup>45</sup>.

## EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El principio de precaución ha tenido un desarrollo generalmente conectado con el principio de prevención<sup>46</sup> y otros relativos a la cautela, introducidos por el derecho alemán en la década de los setenta<sup>47</sup> del siglo anterior<sup>48</sup>. Aunque, para otros autores, sus bases se encuentran en la adaptación de la misma actividad de policía administrativa a las nuevas realidades creadas por el proceso tecnológico<sup>49</sup>.

45 Corte Constitucional, Sentencia C-703 del 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

46 “Con respecto a la relación entre prevención y precaución puede afirmarse que la primera constituye un principio amplio y general que inspira el ordenamiento ambiental, mientras que la segunda corresponde a un enfoque más preciso de la primera. En otras palabras, la precaución es una especie de prevención en sentido más estrecho y preciso.” Holguín, *La imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado*, 90.

47 “El principio de precaución se consagró por primera vez en Alemania, en el marco de un programa de protección del medioambiente en 1971. Posteriormente, fue desarrollado por el Gobierno federal a la hora de definir su política ambiental en 1976 y, a partir de ahí, se convirtió en un elemento nuclear de la política y el derecho ambiental alemanes, habiendo pasado después a integrar también el derecho ambiental de la Unión Europea.” Joedi Manzano, *La cuestión ambiental y la transformación de lo público* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 247.

48 “El origen del principio de precaución no es claro en absoluto, aunque se suele situar en Alemania: en el estudio allí, durante la década de los setenta del siglo pasado, del derecho medioambiental, se postulaba como uno de sus principios de cautela (*Vorsorgeprinzip*), muy conectado con la idea de prevención.” Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente*, 71.

49 “Se trata de un principio tendiente a evitar las consecuencias dañinas imprevisibles que se pudiesen derivar de cualquier actividad, pero no es un principio tan novedoso como parece, ya que no es más que una adaptación de la actividad de policía de la Administración a las nuevas realidades creadas

En todo caso, como lo destacan Ricardo y Pablo Lorenzetti, “El ‘principio precautorio’ es relativamente reciente en el campo ambiental, pero se ha expandido con rapidez inusitada, habiendo sido introducido en numerosos instrumentos internacionales y nacionales con una amplia aceptación en la doctrina especializada”<sup>50</sup>.

La Ley 99 de 1993 incorpora el principio de precaución en el numeral 6 del artículo 1.º, así:

ARTÍCULO 1.º. PRINCIPIOS GENERALES AMBIENTALES. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales: [...]

6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente...<sup>51</sup>.

Recordando la precisa definición de Embid Tello, la “[...] precaución es, fundamentalmente, un principio procedimental llamado a potenciar la evaluación de riesgos inciertos y posibilitar la adopción de medidas frente a los mismos aun cuando éstos se desconocen en gran medida”<sup>52</sup>.

En la práctica, este principio es una orientación para los poderes públicos, para que en sus decisiones sean conscientes de los impactos sobre los derechos de los particulares<sup>53</sup>, en contextos de incertidumbre científica<sup>54</sup>, para casos en que se puedan producir graves afectaciones<sup>55</sup>.

---

por el progreso tecnológico.” Javier García Amez, *Responsabilidad por daños al medio ambiente* (Cizur Menor: Aranzadi, 2015), 50.

50 Lorenzetti y Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*, 182.

51 [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0099\\_1993.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html#1).

52 Antonio Eduardo Embid Tello, “El principio de precaución”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (Madrid: La Ley, 2010), 1223.

53 “Así, el principio de precaución llama a una mayor responsabilización de los poderes públicos respecto a lo que hacen o dejan de hacer, emprenden o permiten emprender y las consecuencias de ello para la población y sus derechos fundamentales. Implica una ‘des-utopía’ respecto a las elevadas expectativas del racionalismo clásico: la precaución es el reconocimiento abierto de que ‘no se sabe’ y que esto no tiene remedio, pero que de todas formas hay que continuar tomando decisiones, aunque sea en la oscuridad.” Embid Tello, “El principio de precaución”, 1250-1251.

54 “En aquellos supuestos en los cuales se acude a este principio, los poderes públicos vienen a adoptar una decisión en un contexto de incertidumbre científico”. García Amez, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 49.

55 “Comparando las situaciones, parece claro que hay que demostrar, al menos, la probabilidad de ocurrencia de un daño grave, porque si nada de ello sucede, la actividad es inocua y debe ser aprobada. La principal cuestión se centra, normalmente, con la relación al nexo causal, de modo que debería



Así, como lo sintetizan Gil Botero y Rincón Córdoba, “El principio de precaución se materializa a través de la toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas que ordenan la inacción cuando no existan pruebas científicas sobre las potencialidades de generación de riesgos de una actividad o cuando dichas pruebas no despejen las dudas respecto del posible acaecimiento de daños”<sup>56</sup>. Por esto, su utilización es excepcional dentro del derecho medioambiental<sup>57</sup>.

Con el fin de precisar la situación de incerteza propia del derecho medio ambiental a la que hace referencia el principio de precaución, resulta conveniente retomar las ideas de Guerrero Zaplana, para quien existen dos tipos de incerteza (originaria y sobrevenida) aplicables:

Incerteza de carácter originario en el caso de nuevas tecnologías y productos en los que por falta de experiencia en su utilización se produce un efecto que no se conocía o que no ha sido posible determinar hasta que no se produce un desarrollo durante un elevado número de años.

Incerteza sobrevenida cuando los avances científicos llegan al convencimiento de que determinadas medidas que tendrían su apoyo en la aplicación del principio de precaución<sup>58</sup>.

Adicionalmente, se debe destacar que, por su especial naturaleza, el principio de precaución está sujeto a dos límites, como al respecto Esteve Pardo sostiene:

El primero es un límite material, que ha de dimensionar las medidas que se pretendan adoptar. Se trata del principio de proporcionalidad. Debe existir una razonable proporción entre la magnitud e inminencia del riesgo que se advierte y la intensidad de las medidas que se adoptan.

{...}

El segundo límite se proyecta en el tiempo; es el límite temporal. Las medidas gravosas características del principio de precaución han de tener una duración limitada, mientras se mantenga la situación de incertidumbre que las originó<sup>59</sup>.

---

probar al menos un escenario de ocurrencia de un daño grave.” Lorenzetti y Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental*, 198.

56 Gil Botero y Rincón Córdoba, *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*, 66.

57 “Y lo más característico —al tiempo que lo más problemático— de este principio es que se puede fundamentar la adopción de decisiones de excepción del régimen jurídico que en principio sería aplicable. Ahí radica, precisamente, la controversia que envuelve a este principio y que nos obliga a precisar sus presupuestos, sus efectos y sus límites.” Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente*, 72.

58 José Guerrero Zaplana, *La responsabilidad medio ambiental en España* (Urduliz: La Ley, 2010), 87.

59 Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente*, 74.

A pesar de sus especiales características que hacen que su aplicación deba ser excepcional, la aplicación del principio de precaución en materia medio ambiental tiene muchas ventajas, por ejemplo, Borja Sánchez destaca:

En concreto, al asumir que no es necesaria la plena evidencia científica de un riesgo para poder adoptar medidas de protección frente a él, el principio de precaución fomenta la investigación a cargo de los actores privados para demostrar que el nivel de riesgo es más bajo que el asumido por los poderes públicos, a fin de evitar, limitar o revocar dichas medidas, antes o después de su adopción. Además, dichos actores buscarán desarrollar tecnologías y actividades para las cuales el riesgo no llegue a ser ni siquiera dudoso, para anticipar con ello el posible nivel de protección que los poderes públicos pueden llegar a exigirles. A su vez, los propios poderes públicos tendrán también un mayor interés en fomentar la investigación científica para mejorar sus evaluaciones de riesgo y afinar las medidas de protección que están llamadas a adoptar, incentivados por una opinión pública cada vez más informada y exigente en estos ámbitos. Es ese sentido, la incertidumbre científica no puede ser un obstáculo para la adopción de medidas de protección, un cierto grado de conocimiento científico será siempre necesario para apreciar los indicios de riesgo y adoptar las medidas más adecuadas en cada caso.

[...]

De forma similar, el hecho de que el principio de precaución exija a los Estados y a los poderes ir un paso más allá de las evidencias científicas disponibles, debe empujarlos a integrar la percepción social de cada riesgo en los procesos de toma de decisiones, a fin de determinar en cada caso el nivel de riesgo que una sociedad considera aceptable, dentro de los márgenes de protección generales fijados a nivel internacional. Esto puede llevar a establecer procesos de toma de decisión más transparentes e inclusivos frente al riesgo, para dar cuenta de la opinión de todos los actores involucrados, que en algunos de los casos implica dar voz a todos los Estados y especialmente a los más vulnerables frente al riesgo, y en otros escuchar a las comunidades afectadas a nivel interno<sup>60</sup>.

Por último, se debe recordar que la Corte Constitucional ha incorporado el principio de precaución en diversas providencias, por ejemplo, en la Sentencia T-614 del 2019 afirmó:

60 Borja Sánchez Barroso, “El principio de precaución y su posible contribución para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible de la agenda 2023”, en *Principios de derecho ambiental y agenda 2030* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 142-143.

El *principio de precaución* advierte que no es necesario tener certeza científica sobre el riesgo que representa una actividad o sustancia para el ambiente y/o la salud humana, con el fin de ordenar la adopción de medidas que eviten la ocurrencia de dicho peligro y, así, evitar la ocurrencia de daños con graves repercusiones sobre el ecosistema o alguna comunidad.

[...]

6.3. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha previsto ciertas condiciones de aplicabilidad del principio de precaución: (i) la existencia de un peligro de daño; (ii) la representación de un perjuicio grave e irreversible; (iii) la valoración científica del riesgo, así no llegue a niveles de certeza absoluta; (iv) la finalidad proteccionista de la decisión, encaminada a impedir la degradación del medio ambiente; y (v) la motivación de la sentencia o acto administrativo que aplique el principio<sup>61</sup>.

## PRINCIPIO DEL DEBER DE REPARAR O RESPONSABILIDAD

Retomando la explicación de Domenech Pascual, “La expresión ‘responsabilidad’, a secas, constituye una referencia genérica, que literalmente abarca las diversas especies de responsabilidad (política, penal, disciplinaria, contable, etc.) que desde hace mucho tiempo contempla nuestro ordenamiento jurídico. En las cuales se encuentra, indudablemente, la civil o patrimonial”<sup>62</sup>.

El principio de responsabilidad patrimonial es un principio básico del ordenamiento ambiental internacional<sup>63</sup>, que explica que quien causa un daño debe responder patrimonialmente por este<sup>64</sup>, sin importar el régimen jurídico específico al que se haga referencia<sup>65</sup>.

El principio de responsabilidad se encuentra estrechamente relacionado con el principio de quien contamina paga, no obstante, tiene claras diferencias. Así como lo sintetiza Guillermina Yanguas:

61 Corte Constitucional, Sentencia T-614 del 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

62 Gabriel Doménech, “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”, en *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (Madrid: La Ley, 2010), 674.

63 Carlos de Miguel Perales, “Deber de reparar los daños ambientales”, en *Principios de derecho ambiental y agenda 2030* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 149.

64 “Esta es sin duda la regla que se funda en el principio básico de la responsabilidad en virtud del cual quien causa un daño ha de responder de él con su patrimonio”. José Esteve Pardo, *Ley de responsabilidad medioambiental: Comentario sistemático* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 106.

65 “Es irrelevante cuál sea el régimen jurídico que se regule. Sea civil o administrativo, nacional, internacional o europeo, la institución ha de servir al objetivo de la reparación íntegra de los recursos y de la Naturaleza dañados por las actividades de aquel que, en virtud del derecho, asume la responsabilidad.” Andrés Betancor Rodríguez, *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales: El caso Prestige*, Colección Derecho Económico Ambiental (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018), 36-37.

Pese a la indudable vinculación de ambos principios, puede establecerse, como principal diferencia entre ellos, el hecho de que el principio de reparación de daños medioambientales establece una obligación genérica de adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada reparación de los daños medioambientales, sin identificar sobre quién recae dicha obligación.

Por su parte, el principio ‘contaminador paga’ se centra en determinar sobre quién recae la obligación de asumir los costes que se derivan no solo de los daños medioambientales que su actividad pueda generar, sino también de las medidas preventivas que se deban adoptar para evitar que tales daños se produzcan<sup>66</sup>.

En Colombia, el principio de responsabilidad patrimonial extracontractual medioambiental del Estado está consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que dispone: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”.

Del anterior artículo se desprende que la responsabilidad medio ambiental del Estado puede provenir tanto de cualquiera de las ramas del poder público como de las personas que desempeñan funciones públicas, y hasta particulares. Aunque, se debe tener siempre presente que

La protección del ambiente y los elementos que lo conforman (los bienes naturales y ambientales o como se conoce usualmente en la doctrina, los recursos naturales) compete no solo al Estado y a sus distintas autoridades (gubernamentales, legislativas o jurisdiccionales) sino a los particulares, incluyendo la empresa privada, las organizaciones no gubernamentales, y todos aquellos que de una u otra forma tienen la capacidad de afectar el ambiente y los elementos ambientales<sup>67</sup>.

Es pertinente explicar que el régimen de responsabilidad medio ambiental no coincide con los regímenes de responsabilidad civil ni de responsabilidad estatal, sino que es necesario que se construya una teoría propia, como lo sostiene Guerrero Zaplana:

Son varias las peculiaridades que podemos predicar de esta clase de daños y que obligan a que exista un sistema propio de responsabilidad de daño medio ambiental,

66 Guillermina Yanguas Montero, “Contaminador paga”, en *Principios de derecho ambiental y agenda 2030* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 169.

67 Gregorio Mesa Cuadros, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad* (Bogotá: Editorial UNAL, 2013), 134.

siendo claramente insuficiente el correspondiente a los sistemas tradicionales de reparación del daño: por un lado, se trata de daños en los que no es fácil establecer la relación causal entre la conducta o circunstancia causante y el daño producido; en ocasiones, la manifestación del daño se demora en relación al hecho o conducta que lo ha ocasionado (vertidos que solo producen efectos a partir de un determinado nivel de concentración de vertido); también es posible que el efecto perjudicial para el medio ambiente se conozca después de haberse realizado la conducta de que se trate y ello a consecuencia de la evolución o progreso de los estudios de la materia de la que se trate<sup>68</sup>.

En relación con el principio de responsabilidad medioambiental, el máximo tribunal constitucional colombiano afirmó en la Sentencia SU-455 del 2020:

Así, por las dificultades probatorias que pueden presentarse en relación con los procesos que versan sobre la responsabilidad jurídica por el daño ambiental, en concreto, lo que tiene que ver con la pretensión de reparación integral, es indispensable que el juez asuma un rol activo en el proceso en aras de lograr la justicia material. En efecto, si las consecuencias de las reglas jurídicas dependen de la prueba de los presupuestos de hecho previstos en tales normas, parece razonable que la adecuada determinación de la verdad de los supuestos fácticos previstos en ellas permitirá su correcta aplicación.

6.8. De lo expuesto en líneas anteriores es posible derivar unas reglas razonables para efectos de determinar la responsabilidad en materia ambiental, sin dejar de lado la premisa de que la preservación y conservación del ambiente sano es una responsabilidad que compromete la acción conjunta del Estado y de los particulares<sup>69</sup>.

## QUIEN CONTAMINA PAGA Y RESTAURA

El principio de “*polluter pays*”<sup>70</sup> —o “quien contamina paga”— está estrechamente vinculado con el deber de reparar o con la responsabilidad por los daños cometidos, por lo que se deben citar las ideas de Carlos de Miguel Perales, quien expone:

68 Guerrero Zaplana, *La responsabilidad medio ambiental en España*, 37-38.

69 Corte Constitucional, Sentencia SU-455 del 2020, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

70 “[...] se emplea la expresión ‘contaminador paga’ como traducción literal de la versión inglesa del ‘*pollutor pays*’. Sin embargo, en los textos en español, la fórmula que de modo más habitual se suele emplear para hacer referencia a este principio es la de ‘quien contamina paga’”. Yanguas Montero, “Contaminador paga”, 163.

También debe diferenciarse la reparación del principio “quien contamina paga”. Este principio es un complemento necesario del de reparación que aquí se contempla, si bien desde un punto de vista conceptual se trata de dos objetos diferenciados: el principio de reparación se refiere al deber de reparar el daño que sufre el medio ambiente, mientras que el de “contaminador paga” identifica quién debe cumplir ese deber<sup>71</sup>.

La aplicación del principio de quien contamina paga<sup>72</sup> tiene que ser muy rigurosa y tener cuidado de que no sea interpretado como un permiso para contaminar si se indemniza<sup>73</sup>; al contrario, lo que se busca es que no se cause el daño, por eso su castigo debe ser tan alto que disuada a los actores y operadores de causar detrimentos al entorno<sup>74</sup>.

La regla general consiste en que quien causa el daño debe pagarlo y repararlo, y será tanto una persona jurídica como una natural la que tenga la obligación de responder por sus acciones u omisiones. En las ocasiones que no se pueda determinar al infractor será el propio Estado el responsable de su reparación integral<sup>75</sup>.

De lo anterior se desprende que existen dos obligaciones independientes por parte de la persona jurídica que causa el daño para que se produzca una reparación integral que son la indemnización monetaria<sup>76</sup> y la recuperación. Por esto, el principio de quien contamina paga se ha extendido a una nueva definición en que se entiende que el infractor no solo tiene la obligación de pagar, sino también la de reparar el ambiente o recurso afectado.

71 De Miguel Perales, “Deber de reparar los daños ambientales”, 150.

72 “Desde un primer momento se ha tenido claro que la responsabilidad ambiental es uno de los mecanismos que permite implantar el principio quien contamina paga, de modo que en torno a este gira todo el régimen de responsabilidad.” García Amez, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 48.

73 “Este enunciado es conocido además como el ‘anti-principio’ ambiental en la medida en que realmente no es límite en el sentido estricto sino más bien la autorización de la contaminación, habida cuenta que al aceptarse que es imposible no contaminar, estamos autorizados a hacerlo y debemos pagar por ello.” Mesa Cuadros, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad*, 136.

74 “Se impone la reparación íntegra de los daños porque lo que se pretende es que el daño ambiental no se produzca. No se trata de que quien paga contamina, sino que pagando se evite la contaminación, el daño.” Betancor Rodríguez, *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales*, 31.

75 “Si no puede operar la regla preferente al no concurrir su presupuesto subjetivo —identificación de un responsable en el que no concorra circunstancia que lo exonere de sufragar los costes—, entonces los costes de las medidas recaen sobre el otro sujeto —el primero es el operador— que adoptó medidas y materialmente las realizó: la Administración.” Esteve Pardo, *Ley de responsabilidad medioambiental: Comentario sistemático*, 106.

76 “La indemnización ha de resultar, precisamente por la exigencia de integridad asociada o vinculada a la recuperación total, a la correcta valoración de los daños.” Betancor Rodríguez, *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales*, 44-45.

La determinación del costo patrimonial del daño es un tema ampliamente decantado por la responsabilidad tanto civil como estatal, por lo que a continuación se hacen consideraciones sobre las tres modalidades de reparación de los daños medio ambientales, que para García Amez son la primaria, la complementaria y la compensatoria:

De esta manera, la finalidad de la reparación primara es restituir o aproximar los recursos naturales o los servicios de recursos naturales dañados a su estado básico. En el caso de la finalidad de la reparación complementaria, ha de proporcionarse un nivel de recursos naturales o servicios de recursos naturales —inclusive, si procede, en un lugar alternativo— similar al que se habría proporcionado si el lugar dañado se hubiera restituido a su estado básico, en la medida en que sea posible y adecuado, el lugar alternativo deberá estar vinculado geográficamente al lugar dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada. Finalmente, para los supuestos de reparación compensatoria, se deberá aportar mejoras adicionales a las especies silvestres y los hábitats o a las aguas, ya sea en el lugar dañado o en un lugar alternativo y no en compensar económicamente al público<sup>77</sup>.

Se evidencia, entonces, que las medidas de reparación que se pueden realizar variarán de cada situación en particular sobre el daño causado al medio ambiente. Así, Beltrán Castellanos al referirse al tema explica:

Las técnicas implicadas en este tipo de reparación se determinan en función del agente causante del daño y del receptor del mismo, siendo de muy variada naturaleza: la limpieza de vertidos en aguas continentales superficiales o subterráneas; el dragado del lecho contaminado y el procesamiento en vertedero; la limpieza de vertidos en el suelo; la limpieza de vertidos de hidrocarburos en la ribera del mar y de las rías; la eliminación de vegetación afectada y su repoblación; el tratamiento y cría en centros de recuperación de fauna; el bombeo del agua; la recarga artificial de acuíferos; la reposición del suelo; la plantación de vegetación; la retirada del vertido de residuos inherentes mediante dragado y su posterior traslado a vertedero; la eliminación del agente biológico, aplicación de herbicida y repoblación; la captura de agentes biológicos e introducción de individuos procedentes de centros de recuperación; el tratamiento, vacunación y cría en centro de recuperación de fauna; etc.<sup>78</sup>.

77 García Amez, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 420.

78 Beltrán Castellanos, *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*, 163.

Dentro de la gran posibilidad de medidas a tomar por parte de las personas implicadas se genera la duda de quién debe orientar la reparación del daño, y sobre el interrogante Rocasalva García sostiene lo siguiente:

Siempre que sea posible, la autoridad competente habilitará al operador para que éste pueda optar entre distintas medidas adecuadas o entre diferentes formas de ejecución. Por otro lado, si se trata de situaciones donde se han producido varios daños medioambientales, de tal forma que resulta imposible que todas las medidas reparadoras pertinentes se adopten de forma paralela, la resolución de la autoridad competente fijará el orden de prioridades que tendrá que ser observado. A dichos efectos, la autoridad competente deberá considerar, entre otros aspectos, la naturaleza, el alcance y la gravedad de cada daño medioambiental, así como las posibilidades de recuperación natural. En todo caso, tendrán carácter preferente en cuanto a su aplicación, las medidas destinadas a la eliminación de riesgos para la salud humana<sup>79</sup>.

Este breve apartado demuestra como en materia medioambiental el Estado es titular de muchas obligaciones, aunque no sea el causante del daño. Por lo tanto, es necesario establecer un marco legal<sup>80</sup> en nuestro país sobre la responsabilidad medioambiental del Estado que entienda las implicaciones reales del principio de quien contamina paga<sup>81</sup>.

Para cerrar, se debe traer a colación la Sentencia SU-455 del 2020, en la que la Corte Constitucional decidió con base en el principio de quien contamina paga así:

Adicionalmente, el juzgador incurrió (*iii*) en una violación directa de la Constitución al aplicar el régimen de responsabilidad civil extracontractual de forma aislada, sin acudir a una interpretación conforme con los postulados de la Constitución y los principios rectores del derecho ambiental, concretamente, el principio de que *quien contamina paga*. En esa lógica, en materia de responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental, el juez debe aplicar, de acuerdo con la naturaleza propia de este tipo de proceso, los principios de la responsabilidad ambiental, en particular

79 Rocasalva García, *La responsabilidad medioambiental*, 228.

80 “No obstante, una cuestión parece clara: la necesidad de establecer un marco regulador de la responsabilidad ambiental. El carácter objetivo o no del mismo, será una cuestión que deberá tratarse por parte de los poderes públicos teniendo en cuenta la existencia de este principio, quien contamina paga, cambiante con el paso del tiempo.” García Amezcua, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 49.

81 Hugo Andrés Arenas Mendoza, “Consideraciones para la elaboración de la necesaria ley de responsabilidad medioambiental colombiana”, en *Responsabilidad patrimonial del Estado: Contractual y extracontractual. Estudios contemporáneos* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023), 235-262.



debe tener en cuenta que quien contamina está obligado a asumir los costos del daño ambiental causado por su acción u omisión, incluso cuando este irradia sus efectos sobre el patrimonio individual<sup>82</sup>.

## CONCLUSIONES

1. Los ordenamientos jurídicos han desarrollado principios para orientar sus decisiones, algunos de estos son comunes a todas las ramas del derecho y otros son propios a cada disciplina en particular. El derecho ambiental ha construido sus propios principios, a partir de diferentes fuentes y estos han sido incorporados paulatinamente a los ordenamientos jurídicos internos.
2. El derecho medioambiental colombiano se ha construido a partir de los avances y principios desarrollados en el derecho internacional en el tema, por lo que está en continuo desarrollo y fortalecimiento.
3. Los principios del derecho del medioambiente tienen diferentes rangos según donde se incorporen por lo que pueden ser clasificados, por ejemplo, en constitucionales, legales o jurisprudenciales.
4. Existe una gran cantidad de principios medioambientales tanto en el derecho internacional como en el nacional y es una lista que continúa creciendo, por ejemplo, medio ambiente sano, progresividad, subsidiaridad, integración, sustentabilidad, equidad intergeneracional, solidaridad, corrección en la fuente, desarrollo sostenible, sostenibilidad ambiental, deber de reparar los daños medioambientales, acceso a la información, participación, acceso a la justicia, innovación, efectividad, resiliencia ambiental, *in dubio pro natura*, responsabilidad, quien contamina paga, prevención, precaución, congruencia, cooperación y no regresión.
5. Unos de los más importantes principios que se están consolidando en el derecho colombiano son el de desarrollo sostenible, el de prevención, el de precaución, el de responsabilidad y el de quien contamina paga. Estos principios se encuentran en la normativa sectorial nacional y han sido utilizados por la Corte Constitucional en sus decisiones medioambientales.
6. El principio de desarrollo sostenible es una visión que intenta conciliar los intereses económicos con la protección del medioambiente y preservar así los recursos para las generaciones futuras. Este principio tiene

82 Corte Constitucional, Sentencia SU-455 del 2020, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

dimensiones ambientales, económicas y sociales y se está consolidando un nuevo enfoque que se deriva del desarrollo sostenible que se denomina de sostenibilidad ambiental.

7. El principio de prevención es la obligación que tienen tanto el Estado como los particulares de que se eviten los daños ambientales, puesto que estos suelen ser enormes y hasta irreparables. Así mismo, se emplea cuando, una vez causado el daño, se deben mitigar sus impactos para que no aumente el detrimento al ambiente.
8. El principio de precaución se utiliza en situaciones de incertidumbre, es decir, cuando no se sabe el resultado de una actividad u omisión que se haga en el ambiente y, por esto, es mejor suspenderla hasta que se sepan sus verdaderos efectos. Este principio tiene la ventaja de que obliga a los actores ambientales a realizar investigaciones científicas, para tomar decisiones informadas con la participación de todos los interesados.
9. El principio del deber de reparar o de responsabilidad explica que las personas públicas o privadas que causen un daño al medioambiente tienen que responder por su acción u omisión. Es una obligación genérica de reparar los daños sin identificar a quién le corresponde su resarcimiento.
10. El principio de quien contamina paga o “*polluter pays*” está estrechamente vinculado con el deber de reparar los daños cometidos y permite identificar quién debe cumplir con ese deber. El principio de quien contamina paga se ha venido ampliando conceptualmente con el pasar de los años y en la actualidad comprende tanto la obligación de pagar como de reparar las lesiones causadas al entorno.

## REFERENCIAS

### Bibliografía

- Aguila, Yann, Teresa Parejo, Carlos de Miguel Perales y Víctor Táfur. “Nota de los editores”. En *Principios de derecho ambiental y agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Alenza García, José Francisco. “Desarrollo sostenible”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.
- Amaya Navas, Óscar Darío. *El principio de ponderación en materia ambiental: Una herramienta hermenéutica para la solución de conflictos entre la protección ambiental, los derechos sociales y fundamentales, y el desarrollo económico*. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2020.

- Amaya Navas, Óscar Darío. *La Constitución ecológica de Colombia*. 3.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2016.
- Arenas Mendoza, Hugo Andrés. *Responsabilidad medioambiental del Estado*. 1.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Legis, 2020.
- Beladiez Rojo, Margarita. *Los principios jurídicos*. Cuadernos Civitas. Navarra: Thomson Reuters- Civitas, 2010.
- Beltrán Castellanos, José Miguel. *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*. Navarra: Universidad de Alicante-Aranzadi, 2018.
- Benacci Eugenio. *Compendio di Diritto dell'ambiente*. 11.<sup>a</sup> ed. Nápoles: Edizione Giuridiche Simone, 2019.
- Betancor Rodríguez, Andrés. *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales: El caso Prestige*. Colección Derecho Económico Ambiental. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018.
- Castillo Daudí, Mireya y José Juste Ruíz. *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- De Miguel Perales, Carlos. “Deber de reparar los daños ambientales”. En *Principios de derecho ambiental y agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- De Tomás Morales, Susana y Javier Gómez Lanz. “El principio de prevención”. En *Principios de derecho ambiental y agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo. 1992. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>.
- Doménech, Gabriel. “El principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.
- Embid Tello, Antonio Eduardo. “El principio de precaución”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.
- Esteve Pardo, José. *Derecho del medio ambiente*. 4.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Esteve Pardo, José. *Ley de responsabilidad medioambiental: Comentario sistemático*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- Fernández de Gatta, Dionisio. *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*. 9.<sup>a</sup> ed. Salamanca: Ratio Legis, 2020.
- Gafner Rojas, Claudia. “Análisis jurídico conceptual de los principios de prevención y precaución en materia ambiental”. En *Principios e instrumentos de evitación del daño ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2015.
- García Amez, Javier. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.

- Gil Botero, Enrique y Jorge Iván Rincón Córdoba. *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*. Serie Derecho Administrativo n.º 20. Bogotá: Editorial Universidad Externado, 2013.
- Guerrero Zaplana, José. *La responsabilidad medio ambiental en España*. Urduliz: La Ley, 2010.
- Holguín, Paola. *La imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado: Principios de prevención y daños de peligro en el derecho ambiental*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021.
- “Informe Brundtland”. 1987. [https://www.are-admin-ch.translate.google/are/en/home/media/publications/sustainable-development/brundtland-report.html?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=es&\\_x\\_tr\\_hl=es&\\_x\\_tr\\_pto=tc](https://www.are-admin-ch.translate.google/are/en/home/media/publications/sustainable-development/brundtland-report.html?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=tc).
- Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. *Los deberes de evitar y mitigar el daño*. Bogotá: Temis-Editorial Javeriana, 2013.
- López Menudo, Francisco. “Los principios generales del procedimiento administrativo”. En *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, coordinado por Javier Barnes. 1.ª ed. Madrid: Civitas, 1993.
- Lozano Cutanda, Blanca y Juan Cruz Alli Turrillas. *Administración y legislación ambiental*. 11.ª ed. Madrid: Dykinson, 2020.
- Manzano, Joedi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Mesa Cuadros, Gregorio. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad*. Bogotá: Editorial UNAL, 2013.
- Muñoz Machado, Santiago. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*. Tomo I. *Derecho administrativo y sistema de fuentes*. Madrid: Iustel, 2009.
- Naciones Unidas. Agenda 2023 del 2015. Septiembre del 2015.
- Parejo Alfonso, Luciano. “El derecho a un ambiente sano o saludable en el derecho internacional”. En *Principios de derecho ambiental y agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Rebollo Puig, Manuel. “Los principios generales del derecho: Atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción”. En *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.
- Rivero Ortega, Ricardo. *El Estado vigilante: Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*. Madrid: Tecnos, 2000.
- Rocasalva García, Charles. *La responsabilidad medioambiental*. Barcelona: Atelier, 2018.
- Rodríguez, Gloria. *Fundamentos de derecho ambiental colombiano*. Bogotá: Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia (Fescol) y Foro Nacional Ambiental, 2022.

Rossi, Giampaolo. *Diritto Dell'ambiente*. 4.<sup>a</sup> ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

Sánchez Barroso, Borja. “El principio de precaución y su posible contribución para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible de la agenda 2023”. En *Principios de derecho ambiental y agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Sánchez Mesa Martínez, Leonardo. “Capítulo 2. Aspectos básicos del derecho ambiental. Objeto, caracterización y principios. Regulación constitucional y organización administrativa del medio ambiente”. En *Derecho ambiental*, VV. AA. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2018.

Yanguas Montero, Guillermina. “Contaminador paga”. En *Principios de derecho ambiental y agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Younes Moreno, Diego. *Derecho constitucional colombiano*. Edición especial por los 30 años de la Carta de 1991. 17.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Legis, 2021.

## Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-703 del 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T-445 del 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-614 del 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos.

## Legislación

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 99 de 1993. “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1523 del 2012. “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”.

## SOBRE LOS AUTORES

**Edier Alberto Alzate Sanabria** Abogado y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Magíster en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Externado de Colombia. Ha desarrollado su ejercicio profesional en temáticas relacionadas con el derecho administrativo, la contratación con recursos públicos, así como la gestión, la ejecución y el seguimiento de proyectos ambientales y de desarrollo local, implementados con recursos públicos de fuente nacional y de cooperación internacional. Ha sido profesor de cátedra en el área de Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario y es autor del libro *Responsabilidad del Estado por actos terroristas: Estudio de derecho comparado entre Colombia y España*.

**Nancy Ángel Müller** Abogada, con especialización y maestría en Derecho Administrativo. Exmagistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, exmagistrada de la entonces Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en Encargo, y magistrada auxiliar de la misma sala y de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Actualmente es asesora externa de la Personería Distrital de Bogotá y de la Cámara de Comercio del Huila. Sus publicaciones versan sobre responsabilidad disciplinaria de los abogados por cobro excesivo de honorarios; responsabilidad del Estado por la “Zona de Distensión”; elementos de la responsabilidad del Estado; actos administrativos; y precisiones sobre el recurso extraordinario de revisión en materia contencioso administrativa.

**Hugo Andrés Arenas Mendoza** Abogado, sociólogo y maestro en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario; doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca; doctor en Estudios Jurídicos y Comparados de la Universidad de Trento; y posdoctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Exmagistrado auxiliar del Consejo de Estado, de las secciones A y C de la Sección Tercera, y consultor en temas de derecho administrativo y ambientales. Autor de doce libros y más de cuarenta artículos. Profesor universitario.

**Hansel Arias Ramírez** Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, doctor por la Universidad de Salamanca en el Programa de Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, donde obtuvo también el Diploma de Especialización en Derecho Administrativo y Financiero. Ha sido profesor en cursos de Derecho Administrativo en la Universidad de La Salle (Costa Rica) y actualmente se desempeña como abogado en el Órgano de Control de la Hacienda Pública de Costa Rica.

**Adriana Camacho** Doctora en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio (España), magíster en Derecho Laboral de la Università Católica del Sacro Cuore di Milano (Italia), abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) y de la Università Degli Studi di Milano (Italia). Profesora de la Universidad del Rosario y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la misma universidad. Autora de varias publicaciones de las cuales se destacan: *Vida laboral, familiar y personal de la conciliación a la conciliación con corresponsabilidad en Colombia* y *Desafíos de Seguridad Social en Colombia después de 30 años de la Ley 100*.

**Patricia del Pilar Feuillet Palomares** Abogada de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño y en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante Organismos y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás. Ha trabajado en la rama judicial por más de veinte años: inició como empleada judicial y ha sido jueza administrativa, magistrada auxiliar del Consejo de Estado y magistrada de los tribunales administrativos de Arauca y Cundinamarca. Actualmente es magistrada en propiedad del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, corporación de la que ha sido presidenta en dos oportunidades. Es integrante del Comité de Género del Distrito Judicial de Cali y de la Comisión de las TIC de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo creada por el Consejo de Estado.

**Zamira Gómez** Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Contractual de la misma universidad, magíster en Gobierno y Administración Pública de la Universidad Complutense de Madrid. Se ha desempeñado como profesional especializado grado 33 en la Sección Quinta del Consejo de Estado, subdirectora de Gestión Contractual del Ministerio del Interior y jefe del Fondo Nacional de Financiación de Partidos y Campañas Electorales del Consejo Nacional Electoral. Actualmente es jefe de Planeación de la

Registraduría Nacional del Estado Civil. Ha sido profesora de la cátedra de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad del Rosario, y de Financiación Política de Campañas en el marco de diplomados y especializaciones de la Universidad Sergio Arboleda y de la Universidad de La Sabana.

**Augusto Hernández Vidal** Abogado, especialista en Derecho Administrativo, máster en Desarrollo Internacional y doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus líneas de investigación se centran en la gobernanza, las decisiones colectivas, la concertación administrativa y la participación en la toma de decisiones públicas. Entre sus publicaciones recientes se encuentran “Diseña tu propia gobernanza: La ingeniería social de las decisiones colectivas”, en *Revista Bioadministración Pública* (2024), “Narrativas y desafíos del nivel intermedio de gobierno en Colombia”, en *Instituciones de derecho administrativo* (2023), y “Orientaciones económicas en la política de transferencias a las entidades territoriales”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* (2020).

**Paola Holguín** Abogada de la Universidad Santo Tomás; especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia; y magíster en Derecho Constitucional y Estudios Políticos del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Investigadora. Autora del libro *La imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado: Principio de prevención y daños de peligro en el derecho ambiental*; y del artículo “Excesos y abusos de los títulos de imputación en responsabilidad del Estado”. Columnista en *Ámbito Jurídico* con temas como la justicia constitucional deliberativa, los daños de peligro, la Asamblea Constituyente en Colombia, entre otros.

**Jeremy Huertas** Abogada egresada de la Universidad del Rosario, con especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la misma institución, y diversos diplomados relacionados con gestión de conflictos, contratación estatal y finanzas, entre otros. Cuenta con un semestre de Maestría en Derecho Administrativo. Se ha desempeñado como practicante *ad honorem* en el Consejo de Estado, en la Sala de Consulta y Servicio Civil, y como asesora en la Clínica Jurídica de Movilidad Humana Transfronteriza. Actualmente está vinculada a una ONG en proyectos implementados por Acnur para la atención de población refugiada y migrante. Sus temas de interés son el derecho administrativo y la protección de población vulnerable.



**Germán Rodrigo Lizarazo Arias** Abogado de la Universidad del Rosario, L. M. en International Legal Studies de la American University (Washington), magíster en Derecho Administrativo y con diversas especializaciones de la Universidad del Rosario. Diplomado en Derecho Disciplinario del Externado y curso ejecutivo de Harvard University, entre otros. Ha sido procurador delegado de juzgamiento disciplinario, procurador delegado y procurador judicial penal II. También fue asesor jurídico de la Secretaría de la Presidencia de la República, secretario técnico del Consejo de Ministros, secretario jurídico encargado de la Presidencia en diversas ocasiones, asesor del Senado y consultor del Banco Interamericano de Desarrollo en Washington, entre otros cargos. Ha ejercido la docencia en pregrado y posgrado en diversas universidades, entre ellas la Universidad del Rosario y la Universidad Sergio Arboleda.

**Miguel Malagón Pinzón** Abogado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Público, Ciencia y Sociología Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Problemas Actuales del Derecho Administrativo y doctor en Ciencia Política y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid. Posdoctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, donde también se desempeña como director de la colección Estudios Académicos.

**Jessica Murillo Mena** Candidata a doctora en Derecho de la Universidad del Rosario. Investigadora en la Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Derecho Parlamentario (IDP). Estudió Sistemas de Justicia Constitucional en la Universidad de Bolonia, es magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, diplomada en Docencia del Derecho de la Universidad Libre. Abogada de la Universidad Libre, litigante y profesora universitaria en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

**Germán Eduardo Nieto Olivar** Abogado y colegial de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Treinta años de experiencia profesional en el sector privado, en el sector público y como independiente. Fue magistrado auxiliar de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, durante más de diez años; ocupó varios cargos en el Departamento Jurídico del Banco de la República, durante dieciséis años; y se desempeñó como abogado del Departamento Jurídico de la Asociación

Bancaria de Colombia, entre otras posiciones. Tiene experiencia docente de más de veinticinco años como profesor de diferentes materias, en pregrado y posgrado, tanto en derecho privado como en derecho público, y es autor de varios artículos publicados en revistas y libros especializados.

**Lorena Nieto Vargas** Doctora en Ciencias de la Educación de la Universidad Cuauhtemoc (México), magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, especialista en Docencia Universitaria de la Universidad El Bosque, especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, abogada de la Universidad del Rosario. Profesora. Autora de varias publicaciones de las cuales se destacan: *Vida laboral, familiar y personal: De la conciliación a la conciliación con corresponsabilidad en Colombia*, y *Políticas educativas en Colombia dedicadas a la protección de los menores trabajadores y los mecanismos de acción para la inserción y permanencia en el régimen escolar durante los años 2019-2022*.

**Camilo José Orrego Morales** Abogado y licenciado en Filosofía y Letras de la UPB. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario y en Argumentación Jurídica de las universidades de León y del Magdalena. Doctor de la Universidad de Salamanca, donde se graduó *cum laude* con su tesis “La buena administración del Estado: Principios e instituciones que permiten su comprensión en el ordenamiento jurídico colombiano”. Ha sido docente en la Universidad del Rosario, la Universidad Nacional de Colombia, la Universidad CES de Medellín y la Universidad San Buenaventura de Cali, en cátedras de derecho público. Asesor y litigante, con más de veinte años de experiencia en asuntos relacionados con la contratación estatal, los servicios públicos, la responsabilidad del Estado y la administración pública.

**Héctor David Rojas Villamil** Profesor de carrera de la Universidad del Rosario del área de Derecho Administrativo. Obtuvo su Ph. D. en Filosofía Política en la Universidad de Bristol (Reino Unido) y una maestría en Teoría Jurídica en la misma universidad. Abogado de la Universidad Externado de Colombia y filósofo de la Universidad Libre de Colombia. Sus áreas de investigación giran en torno a la interrelación entre ideas políticas y la fundamentación del derecho administrativo, la legitimidad del poder público, las teorías de la justicia y la filosofía política.

**Ramiro Saavedra** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Realizó estudios de Derecho Administrativo y de Sociología Política en la Universidad de París II, y de Alto Gobierno en la Universidad de los Andes en Bogotá. Ha ocupado diversos cargos en la administración pública y privada. Magistrado del Tribunal Administrativo, consejero de Estado (2003-2010) y presidente de esa corporación. Ha sido profesor en los cursos de pregrado y posgrado en diversas universidades de Colombia y del exterior, actualmente es profesor de Responsabilidad del Estado en la Pontificia Universidad Javeriana y consultor privado. Autor de *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública* y *De la responsabilidad patrimonial del Estado* (tres tomos), además de numerosos ensayos y escritos sobre derecho público.

**Jhoan Sebastián Torres Alfonso** Abogado de la Universidad del Rosario, con Máster en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas de la Universidad de Salamanca. Investigador predoctoral en el programa de Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. Su principal línea de investigación son las estrategias conductuales de la regulación administrativa. Sus publicaciones más recientes son “*Hypernudge: Propuestas alternativas para reducir la infradenuncia en delitos de odio cometidos a través de redes sociales*”, en *Aspectos victimológicos e investigaciones de los delitos de odio cometidos a través de internet* (2024) y “*Nudge en la e-administración: Propuestas para el caso colombiano*”, en *FODERTICS 12.0: Innovación legal y eficiencia digital* (2024). Cuenta con experiencia jurídica como abogado litigante y hace parte del Consejo de Gobierno de la Universidad de Salamanca, en la Comisión de Ordenación Académica y Profesorado.

**Diana Carolina Valencia-Tello** Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, posdoctorado en la Universidad de la Coruña (España) y maestría, doctorado y posdoctorado de la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario. Se ha desempeñado como subdirectora administrativa del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; coordinadora del Fondo de Paz de la Presidencia de la República de Colombia; y abogada del Departamento Administrativo de la Función Pública.

**Diego Younes Moreno** Abogado y sociólogo de la Universidad Nacional. Especializaciones en el Instituto Internacional de Administración Pública de Francia y en la Fundación Getulio Vargas de Brasil. Ha sido consultor de Naciones Unidas y durante varios años de la Agencia Alemana de Cooperación (GIZ), y director

del Departamento Administrativo de la Función Pública, ministro de Trabajo y magistrado y presidente del Consejo de Estado. Profesor en varias universidades y miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

**Diego Felipe Younes** Especialista en Derecho Constitucional y magíster en Derecho Administrativo. Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y exprocurador auxiliar constitucional.

**Paula Younes** Magíster en Derecho Internacional Público. Consultora internacional.

*Los principios del derecho público*

*Tomo 1*

se terminó de imprimir  
y encuadernar en octubre del 2025  
en Bogotá, D. C., Colombia.

Se compuso en la fuente Garamond  
de cuerpo 11 puntos.



Todos los libros de Ediciones Uniandes  
a un clic de distancia

Conoce nuestra página web



Escanea el código o visita  
[ediciones.uniandes.edu.co](http://ediciones.uniandes.edu.co)



Ediciones Uniandes  
Vicerrectoría de Investigación y Creación