

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

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

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

CAPÍTULO 19. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PRINCIPIO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Patricia del Pilar Feuillet Palomares	379
CAPÍTULO 20. LA GOBERNANZA DE LOS BIENES COMUNES: EL AMAZONAS COMO EJE INTEGRADOR EN SURAMÉRICA Paola Holguín	397
CAPÍTULO 21. LOS PRINCIPIOS DEL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA: DESARROLLO SOSTENIBLE, SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL, PREVENCIÓN, PRECAUCIÓN, RESPONSABILIDAD Y QUIEN CONTAMINA PAGA Hugo Andrés Arenas Mendoza	413
SOBRE LOS AUTORES	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*”¹.

* 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”². 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 siguientes³:

- 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 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”⁴ 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*”⁵.

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”⁶. 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 advirtiéndolo “que los principios son la *atmósfera y el oxígeno* de las normas”⁷, insistiendo en el interés general como punto esencial del derecho administrativo. Pregonar, 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 constitucional⁸.

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”⁹.

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”¹⁰.

En nuestro país, Colombia, según lo manda la Ley 1437 del 2011^[11], “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”¹².

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 justo¹³.

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 1887¹⁴. 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 propio¹⁵.

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 común¹⁶.

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”¹⁷.

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.^a 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^[1]. 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^[2].

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 conservatismo³. 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 Díaz⁴, 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 agravios⁵, 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 doctri- nantes 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 pública⁶.

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 integraban 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 legal⁷.

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 notariado⁸.

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 notariado⁹.

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 administrativa¹⁰.

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*¹¹ y en 1888 dio a conocer su libro *La administración pública*¹².

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 públicas¹³.

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”¹⁴.

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”¹⁵.

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”¹⁶. 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”¹⁷.

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”¹⁸.

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”¹⁹.

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 administrativa²⁰ nace del liberalismo, de la mano del general Santander, quien, no obstante su espíritu liberal, era autoritario²¹, 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 autoritario²².

Al examinar un texto de derecho administrativo guatemalteco²³ 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 contenciosa²⁴.

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^[25].

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 obligatoria²⁶.

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 liberal²⁷.

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 publicado²⁸ 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 Política²⁹. 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 diaria³⁰.

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 judicial³¹.

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”³².

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 apelación³³.

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”³⁴ (1962), y en materia de derecho administrativo hay que resaltar su célebre obra *Derecho administrativo*³⁵, 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 absolutismo³⁶.

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”³⁷. 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 señoríos³⁸, 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”³⁹.

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 legalidad⁴⁰, el régimen presidencial, el poder legislativo en cabeza del Congreso, la Corte Suprema, libertades públicas y un régimen federal de organización del territorio⁴¹.

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”⁴².

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 Gobierno⁴³, 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 Bélgica⁴⁴, 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^[45], 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.

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”⁴⁶.

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”⁴⁷.

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”⁴⁸. Este autor sintió náusea existencial por la inexistencia de doctrina nicaragüense del derecho administrativo, que lo obligó a “aprender en la obra extranjera”⁴⁹.

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 decisiones⁵⁰.

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 materia⁵¹.

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 Suprema⁵².

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 Justicia⁵³.

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 públicas⁵⁴.

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.
- 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.

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 Skinner¹ 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*², 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.

Skinner³ 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 conducta⁴. 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 desgastante⁵. 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 Raz⁶, 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 paso⁷. 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. Bratman⁸ 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? Bratman⁹ 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. Shapiro¹⁰ 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. Acá 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 legales¹. 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”². 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^[3], 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^[4] 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^[5] 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^[6], 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 ocultos⁷.

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 Estado⁸, 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.

Buenahora⁹ 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 colectivas¹⁰.

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”¹¹; 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 Acosta¹², 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”¹³ 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 Martínez¹⁴, 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, Palacios¹⁵ 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, Rousseau¹⁶ 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 Moreno¹⁷, 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.^a 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 interpretaciones¹⁸.

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 objetivos¹. 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>.

fundamentales². 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 constitucionales³.

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 Alemania⁴.

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 derecho⁵. 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”⁶.

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 *Lüth* 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 general⁷. 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 federal⁸. 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 república⁹.

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”¹⁰.

La aplicación material de los derechos

Por efectividad entendemos el cumplimiento de las normas jurídicas vigentes¹¹. 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 interno¹². 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”¹³. 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 individuales¹⁴.

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”¹⁵.

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 europea¹⁶. 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 positivos¹⁷.

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 público¹⁸.

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.^a 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”¹⁹.

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 Unido²⁰.

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 Unido²¹. 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 Humanos²².

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 específicos²³.

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”²⁴.

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 Americana²⁵.

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”²⁶.

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 ordenadas²⁷. 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”²⁸.

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 Estrasburgo²⁹.

Así, en la adecuada aplicación de los derechos humanos coinciden con mayor frecuencia tanto deberes negativos como positivos³⁰. 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 estatales³¹.

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 familiar³².

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 conjunto³³.

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 juego³⁴.

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 pasivo³⁵. Puede haber intervenido, pero sin tomar en consideración todas las medidas necesarias para la adecuada protección de los derechos³⁶.

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, parágrafo 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 indivisible³⁷.

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”³⁸. 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 domésticos³⁹.

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 inacción⁴⁰.

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 pertinentes⁴¹.

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)⁴².

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”⁴³.

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 interno⁴⁴. Dicho principio es aplicable en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos⁴⁵, como también en relación con las normas procesales, recogidas en los artículos 67 y 68.1 de la Convención⁴⁶.

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”⁴⁷.

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 Humanos⁴⁸.

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”⁴⁹.

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 personal⁵⁰.

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 vulnerados⁵¹, 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”⁵².

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 interno⁵³.

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 aborto⁵⁴.

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.^a 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.oupplaw.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 anexado 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^[1]:

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^[2]. 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 norma³.

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.