

TERCERA EDICIÓN



REVISTA DE DERECHO PÚBLICO



DISTRIBUCIÓN GRATUITA



REVISTA DE DERECHO PÚBLICO DEL DISTRITO JUDICIAL
ADMINISTRATIVO DEL META

TERCERA EDICIÓN

VILLAVICENCIO, FEBRERO DE 2019

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
ISSN: 2539-3472

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

HECTOR ENRIQUE REY MORENO
Presidente
NELCY VARGAS TOVAR
Vicepresidente
CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada
TERESA HERRERA ANDRADE
Magistrada
CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO
Magistrado

JUECES DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

CARLOS ALBERTO HUERTAS BELLO
Juez Primero Administrativo
JAIRO LEONARDO GARCÉS ROJAS
Juez Segundo Administrativo
NILCE BONILLA ESCOBAR
Juez Tercero Administrativo
CATALINA PINEDA BACCA
Juez Cuarto Administrativo
FREICER GÓMEZ HINESTROZA
Juez Quinto Administrativo
GUSTAVO ADOLFO ARIZA MAHECHA
Juez Sexto Administrativo
CRISTINA CUESTA BETANCOURTH
Juez Séptimo Administrativo
VELKIS SERRATO AZA
Juez Octavo Administrativo
GLADYS TERESA HERRERA MONSALVE
Juez Noveno Administrativo

COMITÉ EDITORIAL

Nilce Bonilla Escobar – Editora
Carlos Enrique Ardila Obando
Martha Isabel García Velásquez
Stella Mercedes Castro Quevedo
Sonia Patricia Cortés Zambrano
Gladys Teresa Herrera Monsalve
Claudia Patricia Alonso Pérez
Gustavo Russi Suárez

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACION

Nilce Bonilla Escobar ----- 9

EL JUICIO POR AUDIENCIAS Y LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA

William Hernández Gómez.----- 13

REFORMA JUDICIAL Y LEGITIMIDAD DEL JUEZ

Diana Fabiola Millán Suárez ----- 33

LA VIGENCIA EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN Y LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: UN ASUNTO EN CONSTRUCCIÓN.

Carlos Enrique Ardila Obando----- 43

TEORÍA DEL DERECHO, DECISIÓN JUDICIAL E IGUALDAD

GUILLERMO ANDRÉS BARÓN BARRERA ----- 77

BARRERAS QUE ENFRENTAN LAS MUJERES EN COLOMBIA, PARA QUE LE SEAN RECONOCIDOS Y PROTEGIDOS SUS DERECHOS

Marisol Atehortúa Jaime ----- 89

EL PRINCIPIO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

Yenitza Mariana López Blanco ----- 101

PRESENTACION

Nilce Bonilla Escobar¹

En buena hora se gestó la propuesta de los laboriosos e inquietos servidores de la Rama Judicial que culminó con el nacimiento de un escenario de abierta participación que ha permitido que desde el año 2016, cuando se publicó la primera edición de la Revista de Derecho Público del Distrito Judicial Administrativo del Meta, todos los integrantes del foro judicial trasmitan con total libertad de pensamiento sus ideas en temas relacionados con el fascinante mundo del derecho público, comenzando por un tema de trascendental y compleja importancia en la historia del país, al tratar en su primera edición el tema de *los retos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el pos - acuerdo*, con importantes reflexiones de jueces y académicos.

Con la germinación de la tarea emprendida, en el año 2017 se publicó la segunda edición de la Revista de Derecho Público que tuvo como eje temático definido por el Comité Editorial *-Hacia un nuevo concepto del derecho policivo*, con la interesante intervención de magistrados, jueces, académicos, estudiantes y la valiosa participación de dos magistrados de Alta Corte que permitió evidenciar la trascendencia nacional que ha alcanzado esta publicación regional.

Con la nutrida participación en la revista de 2017, el Comité Editorial consideró importante explorar el interés de la comunidad en general de presentar sus ideas respecto a temas de su especialidad y predilección y es por esto que en esta tercera edición se propuso la presentación de artículos de temática libre. Hoy me ha correspondido abanderar la tarea que con gratitud me ha sido asignada, de ser la editora de esta tercera publicación de la revista y de tener el honor de hacer la presentación de los interesantes e importantes seis artículos que componen este tercer número, con la participación del Consejero de Estado William Hernández Gómez.

El primer artículo denominado *El juicio por audiencias y legitimidad de la justicia*, presentado por el Magistrado del Consejo de Estado doctor William Hernández, constituye un interesante documento para la comunidad jurídica que transita en el mundo del derecho administrativo pues es el resultado de la labor emprendida por la Sección Segunda del Consejo de Estado con el programa *"Somos Sección Segunda"*, resumiendo las principales propuestas de ajuste normativo,

¹ Juez Tercero Administrativo del Circuito de Villavicencio

que a juicio del autor, deben ser abordadas en la propuesta legislativa en construcción en la Comisión legislativa del Consejo de Estado. Importantes discusiones procesales que han sido identificadas y que suelen presentarse en el día a día de la labor judicial se encuentran consagradas en el documento que esperamos se consolide por el bien de la comunidad jurídica. A continuación, el autor hace una interesante disertación de la importancia de fortalecer el juicio por audiencias y la sentencia oral entronizado a partir de la Ley 1437 de 2011, concluyendo que luego de siete años de experiencia se hace necesario un enorme cambio cultural que inicia en la formación de los abogados, la reingeniería de los despachos judiciales, las calidades y funciones de los empleados judiciales y la creación de nuevos despachos que permitan atender en las condiciones esperadas la creciente demanda de justicia, para finalmente insistir en la necesidad de dictar sentencia oral en tanto legitima la justicia como pilar del Estado de derecho.

El segundo artículo de la fundadora de esta revista, y actual Procuradora Judicial II en Bucaramanga, Diana Millán, titulado *Reforma Judicial y Legitimidad del Juez*, constituye un valioso y oportuno aporte hoy que se gesta en nuestro País una nueva reforma judicial, donde la autora comienza resaltando que en cualquier intento de reforma el principal propósito debe ser el de reivindicar el proceso de legitimación del juez en el Estado Social de Derecho que exige al juez participar en los procesos de creación del derecho. Luego aborda a partir de la tesis doctoral del profesor Frabice Hourquebie, las fuentes de legitimación del poder judicial, por resultar ser una herramienta útil a la hora de examinar los contenidos mínimos de cualquier reforma que se pretenda introducir al aparato de justicia: legitimación a partir de la reputación del juez y la legitimación a partir de la actividad del juez. A partir del estudio de las fuentes de legitimación del juez plantea si no será momento de examinar las implicaciones que tendría adoptar un sistema de carrera judicial en la totalidad de empleos de la administración de justicia, concebir la independencia judicial como un derecho fundamental del justiciable, que implica exigencia académica correspondida con justa remuneración y una justa y objetiva calificación de servicios, incentivar espacios de debate académico, y que todo esfuerzo en materia de ética judicial será bienvenido. Finalmente, plantea la necesidad de una política pública de obligatoria capacitación permanente de los jueces con disminución de carga laboral, y la necesidad de un efectivo sistema de responsabilidad de los jueces principalmente los considerados aforados.

Un tema de actual inquietud y discusión en nuestra jurisdicción es el desarrollado por el Magistrado de nuestro Tribunal Administrativo, Carlos Enrique Ardila Obando, titulado *La vigencia en el tiempo de las sentencias de unificación y los cambios jurisprudenciales en la Jurisdicción Contencioso Administrativo: un asunto en construcción*. Con rigor académico el autor en el artículo plantea la problemática que se ha suscitado en el ambiente judicial con los efectos en el tiempo de las sentencias de unificación y los cambios jurisprudenciales en la jurisdicción contencioso administrativa derivada de la fuerza vinculante tanto para autoridades judiciales como

administrativas de las sentencias de las altas cortes. Se esboza un análisis histórico del valor normativo de la jurisprudencia, luego se hace un análisis jurisprudencial que conlleva estudio de casos tratados por el Consejo de Estado y las posturas que se han adoptado frente al tema, a fin de encontrar las reglas o principios que permitan establecer patrones que clarifiquen el camino a seguir, para concluir con las propuestas que plantea el ensayista para enriquecer el debate académico o judicial. Luego de un riguroso análisis jurídico se concluye que los efectos de la sentencia o son prospectivos - *ratio iuris aplica para el futuro*- o son retroactivos -*la ratio iuris aplica hacia el pasado*, y sin que exista acuerdo en la doctrina sobre cuál debe ser aplicado corresponde al juez hacerlo en cada caso, precisándose que la regla general en el Consejo de Estado ha sido la de efectos retroactivos pero en casos en los que los principios de justicia material, legalidad y universalidad deben ceder ante otros de mayor peso, se han establecido tres supuestos en los cuales el efecto de la nueva regla jurisprudencial debe ser prospectivo, así, en asuntos de naturaleza procesal, electoral y cuando una variación jurisprudencial afecte al sujeto pasivo del poder sancionador del Estado. Finalmente, plantea el autor que este tema que aún no cuenta con consenso en el Consejo de Estado merece ser objeto de análisis por la doctrina e incluso la intervención del legislador pero también adoptar medidas que maximicen los derechos antes de la toma de las decisiones como la exigencia de una mayoría calificada para el cambio jurisprudencial, la apertura de procesos de participación previos de la comunidad jurídica y la reducción de la mora judicial.

En el cuarto artículo del abogado y autor de varios libros, Guillermo Andrés Barón Barrera, *Teoría del Derecho. Decisión judicial e igualdad - Apuntes preliminares*, el autor se propone articular la teoría del derecho con las decisiones judiciales y la igualdad, planteando que el activismo judicial, la discrecionalidad del juez, la jurisprudencia como principal fuente del derecho y las fuentes materiales del derecho son una condición para que el juez al tomar una decisión judicial se alimente de las teorías impuras del derecho. El rechazo a la teoría pura del derecho expresada en una jurisprudencia deductivista y formalista permite que el juez articule la decisión judicial a la teoría impura del derecho. Luego de un estudio de las teorías del derecho expone que la justicia alternativa aboga por un juez político que reivindique los intereses de las clases oprimidas buscando su emancipación, lucha por una igualdad material y no solo formal ante la Ley, para llegar finalmente a plantear interesantes conclusiones, entre otras, que la decisión judicial se enmarca en la escuela de la jurisprudencia de interés y del derecho libre, la discrecionalidad del juez y la magistratura democrática.

Un tema de marcada actualidad es el que presenta la abogada y actual oficial Mayor del Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, Marisol Atehortúa, *Barreras que enfrentan las mujeres en Colombia para que les sean reconocidos y protegidos sus derechos*, en donde la autora con material documentado presenta los actos que constituyen violencia de

género, los actuales índices, puntualiza la normatividad que existe en el país que pretende erradicar las formas de discriminación y violencia contra la mujer, así como la política pública para la equidad de género y analiza las barreras que enfrentan las mujeres Colombianas a diario para que les sean reconocidos sus derechos, para tratar de comprender por qué en Colombia no cesa la violencia contra la mujer a pesar de existir abundante normatividad para su protección. Luego de los análisis de casos se abordan las interesantes conclusiones que permiten dar respuesta al cuestionamiento planteado, como aquella según la cual en Colombia aún persisten tendencias androcéntricas, imaginarios patriarcales que impiden frenar la violencia contra la mujer, siendo necesario que las políticas públicas de protección de los derechos de las mujeres sean concebidas por todos los funcionarios públicos para que se materialicen todos los mecanismos legales dirigidos al reconocimiento y amparo de los derechos de las mujeres Colombianas.

El principio de la discrecionalidad administrativa en la contratación estatal en Colombia, escrito por Yenitza Mariana López Blanco, Magistrada del Tribunal Administrativo de Arauca, constituye una interesante reflexión jurídica que parte del concepto de discrecionalidad administrativa en revisión con los principios de la contratación estatal, y luego de un juicioso análisis da respuesta a la discusión que se plantea de cómo opera el principio de discrecionalidad en los contratos estatales; precisa que si bien el principio de discrecionalidad comprende aquellas facultades que ejerce la administración de manera libre y prudente para la satisfacción del interés público, que hacen parte de sus competencias pero que no están regladas, no ocurre así con la contratación estatal ya que ésta se desarrolla a través de un conjunto de normas legales y reglamentarias cada vez más detalladas y omnímodas, a las que se obliga el Estado, como la adopción de estándares que debe observar la administración para prevenir arbitrariedades implementados por la OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, al que pertenece el Estado Colombiano.

Para finalizar no puedo pasar por alto, la gratitud que me merecen todas las personas que de una manera u otra han colaborado con este proyecto académico, de reflexión y de exposición libre de pensamiento, y que hoy con honroso empeño va por su tercera senda, esperando que se siga consolidando en esta magna comprensión geográfica que comprende nuestra jurisdicción.

EL JUICIO POR AUDIENCIAS Y LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA

William Hernández Gómez.²

Enero de 2019.

Ajustes necesarios del juicio por audiencias.

En julio de este año 2019 se cumplen siete años de experiencias judiciales en la aplicación de la Ley 1437³. Con fundamento en ello se puede afirmar que el cambio de paradigma procesal ha sido positivo. Sin embargo, es un hecho notorio que el CPACA presenta algunas inconsistencias normativas y ambigüedades que generan inseguridad jurídica y dificultan el acceso a la administración de justicia. En efecto, los estudios realizados demuestran que la hermenéutica de la L. 1437 no ha sido uniforme en el país, razón por la cual han proliferado tesis interpretativas, a veces contradictorias, lo que ha dado lugar a cierto grado de incertidumbre procesal no deseable en la actividad judicial. A ello se agrega que al entrar en vigencia el Código General del Proceso⁴ se han presentado múltiples interpretaciones procesales porque la regulación especial que contiene el CPACA –a veces incompleta– dificulta la concordancia entre ambos códigos.

Por esta razón la Comisión Constitucional, Legislativa y Reglamentaria del Consejo de Estado está preparando un proyecto de ley que se presentará al Congreso de la República, con el fin de ajustar y consolidar el juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para estos efectos, desde el año 2014 se han realizado diversos estudios, foros regionales y nacionales⁵ en los que se propició la participación de la comunidad judicial para identificar varias

² Magistrado del Consejo de Estado

³ Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, en adelante CPACA.

⁴ Ver auto del 25 de junio de 2014 de la Sala Plena del Consejo de Estado. Radicación: 25000233600020120039501 (IJ) Número interno: 49.299 Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A.

⁵ El proyecto de Ley se apoya en los siguientes documentos: (i) Relatoria de los paneles desarrollados en el XXI Encuentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo -Paipa, 30 de septiembre al 2 de octubre de 2015-; (ii) informe de la investigación realizada por los formadores de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla titulado "Monitoreo de la Ley 1437 e integración normativa con el CGP -Fase II, 2014-2015-, en el que se analizaron las prácticas más relevantes de los despachos judiciales del país; (iii) módulo «Audiencia Inicial y Audiencia de Pruebas, Ley 1437» publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, con autoría de William Hernández Gómez; (iv) seminario de conclusiones realizado en la ciudad de Medellín los días 2 al 4 de diciembre de 2016, en el que participaron varios consejeros y los formadores de la Escuela Judicial; (v) «Manifiesto de Manizales» resultado del VII Encuentro Regional de Caldas, Antioquia, Quindío y Risaralda, realizado entre el 6 y 7 de noviembre de 2014. (vi) Informe sobre la mesa de ajuste normativo, 18 de diciembre de 2012, formadores de la

dificultades procesales, muchas de las cuales se podrán superar con el proyecto de ley que se está preparando.

En particular, se destaca la intensa actividad desplegada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el año 2018 con el programa denominado *¡Somos Sección Segunda! «Visión constructiva de las sentencias de unificación desde la perspectiva académica y judicial»*, en el que, además de promover el análisis de las sentencias de unificación en temas laborales, permitió visibilizar las principales propuestas de ajuste normativo que se consideran urgentes y acordes con las múltiples prácticas judiciales que se han observado a lo largo de todo el país. Fueron seis encuentros regionales realizados en Santa Marta, Manizales, Medellín, Neiva, Cali, Sincelejo y el encuentro nacional en la ciudad de Bogotá.⁶

Resumo las principales propuestas de ajuste normativas que a mi juicio deben abordarse en la propuesta legislativa, la mayoría de ellas acogidas en un documento (todavía en construcción) de la Comisión Legislativa del Consejo de Estado. Por tanto, lo aquí expuesto es mi opinión y no compromete las decisiones que institucionalmente se adopten.

- 1) Alcanzar un equilibrio armónico en las competencias del Consejo de Estado como juez de instancia y aquellas otras que le corresponden como órgano vértice de la jurisdicción (recursos extraordinarios y unificación), con el fin de garantizar la doble instancia y decisiones más cercanas a los ciudadanos. Esto significa que se trasladarían a los tribunales y los juzgados la mayoría de las competencias de primera y segunda instancia, con lo cual se logra que los tribunales se conviertan en órganos de cierre regional. Para ello se propone incrementar algunas cuantías en materia tributaria y de nulidad y restablecimiento del derecho. Por ejemplo, en asuntos laborales se elimina el factor objetivo de cuantía, lo que significa que la mayoría de los asuntos en este tema serán competencia en primera instancia de los juzgados administrativos⁷, ello permitirá que la Sección Segunda se dedique a resolver en forma oportuna los recursos extraordinarios de unificación de jurisprudencia, de revisión, y asumir por importancia jurídica,

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (vii) Comisiones sobre la reforma de la L. 1437 del Consejo de Estado reunidas en Paipa el 17 de agosto de 2016.(viii) Taller desarrollado durante los días 15, 16 y 17 de febrero de 2017 con una selección de los magistrados de los tribunales administrativos del país y consejeros de Estado, con más experiencia y conocimiento del desarrollo de la oralidad y trabajo de la comisión legislativa de esta Corporación (ix) Sesiones de la Sala Plena del Consejo de Estado desarrolladas durante los días 1 de noviembre de 2017 (Paipa), 24 de abril, 8 y 16 de mayo, y 25 de junio (Paipa) de 2018 (x) Sesiones de la comisión legislativa delegada por la Sala Plena del Consejo de Estado, que se llevaron a cabo los días 21 y 27 de marzo, 3 y 26 de abril, y 5 de junio de 2017, 26 de febrero, 5 y 20 de marzo, 9, 16, 23 y 26 de abril, 5, 12 y 18 de junio, 16 de julio y 3 de septiembre de 2018.

⁶ Los encuentros regionales, y nacional, se desarrollaron durante los días 1 a 2, y 30 a 31 de agosto, 11 a 12, y 18 a 19 de octubre, 1 a 2, 8 a 9, y 29 a 30 de noviembre, respectivamente.

⁷ Artículo 152 ordinal 2.º, y 155 ordinal 2.º.

transcendencia económica o social, etc., aquellos asuntos en los cuales deba sentar, unificar o reiterar la jurisprudencia.

- 2) Garantizar la doble instancia en los procesos relacionados con las acciones de repetición y sanciones disciplinarias⁸. Simplificar la competencia frente a nulidad de actos que imponen sanciones disciplinarias, de tal manera que el criterio determinante dejará de ser la cuantía de las pretensiones o la autoridad que expide el acto administrativo y en cambio se centrará en el tipo de sanción impuesta⁹. Hacer precisiones y modificaciones en materia de competencia para el control de actos electorales con el fin de que sea más sencilla la determinación de esta.

- 3) También se propone vigorizar la función unificadora del Consejo de Estado. Con este propósito se plantean algunas reformas al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y al mecanismo de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado, por ejemplo, se eliminan las restricciones de cuantía previstas en el CPACA cuando se trata del recurso extraordinario de unificación¹⁰ e igualmente, se incluye una causal para su rechazo de plano con el fin de que no se abuse de este recurso al eliminar la exigencia de cuantía para recurrir¹¹. Se propone un trámite escrito del mecanismo de extensión de jurisprudencia con el fin de agilizar el trámite¹².

- 4) Respecto de los recursos ordinarios se propone modificar el efecto general en que se conceden las apelaciones, del suspensivo al devolutivo¹³. Disminuir el número de providencias apelables para agilizar el juicio por audiencias, en el que, por regla general, solo deben ser apelables aquellas que pongan fin al proceso¹⁴. Aclarar que en los asuntos que se rigen por trámites especiales no regulados en el CPACA, la procedencia de los recursos se determinará por la norma especial aunque su trámite sea el regulado en el CPACA¹⁵. Hacer ajustes de redacción y aclarar algunos aspectos contenidos en los artículos 244 a 247, que regulan el trámite de la apelación de autos y sentencias, y los recursos de queja y súplica.

⁸ Derogar ordinal 13 y párrafo 2.º del artículo 149.

⁹ Art. 152 ordinal 24.º, Art. 154 ordinal 2.º, artículo 155 ordinal 15.º

¹⁰ Artículos 257, 261 y 263.

¹¹ Art. 265

¹² En este punto se acogieron varias de las propuestas realizadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en oficio OFI18-0003266-DJU-1500 del 6 de febrero de 2018 dirigido a la presidencia del Consejo de Estado.

¹³ Art. 243 párrafo 1.º

¹⁴ Art. 243 ordinales 1.º a 6.º

¹⁵ Art. 243 párrafo 2.

- 5) Otras medidas para evitar conflictos interpretativos y agilizar el trámite de los procesos ante la jurisdicción, entre otros, son las siguientes: Modificar la regulación de la decisión de las excepciones previas para que estas se resuelvan antes de la primera audiencia y así dar mayor agilidad al proceso. Solo se resolverán en la audiencia inicial aquellas que requieren la práctica de pruebas¹⁶. Regular causales para dictar sentencia anticipada¹⁷ y reformar algunos apartes de los artículos que consagran la reforma de la demanda¹⁸, la audiencia inicial¹⁹, la audiencia de pruebas²⁰ y la sentencia²¹. Modificar el trámite obligatorio de la conciliación con posterioridad al fallo condenatorio de primera instancia. En lugar de ello, esta solo se citará cuando haya solicitud de la parte o petición debidamente sustentada por el Ministerio Público²². Precisar las reglas sobre competencia funcional para dictar providencias en los jueces colegiados²³. Suprimir el término adicional de 25 días para contestar la demanda regulada en el artículo 199 (modificado por el artículo 612 de la L. 1564) y hacer algunas precisiones terminológicas que originan controversias interpretativas. Eliminar la obligación de consignar cuota de gastos del proceso porque esto ha congestionado a los despachos judiciales y ha generado problemas en el manejo de dichos dineros²⁴. Hacer precisiones en cuanto a la designación de conjuces en las corporaciones judiciales y en relación con sus obligaciones cuando deban dejar de ejercer su función²⁵. Precisar las facultades oficiosas del juez en materia de nulidad absoluta de los contratos estatales²⁶. Suprimir la posibilidad de demandar a través del medio de control de reparación de perjuicios causados a un grupo, los daños causados con un acto administrativo particular²⁷. Regular competencias no previstas en el actual código para evitar problemas interpretativos²⁸. Crear un sistema de acumulación especial de demandas y procesos de nulidad simple cuando se acusen las mismas disposiciones con iguales cargos, de tal suerte que todas sean decididas en un solo proceso y no se suspenda el trámite de la primera demanda²⁹. Eliminar antinomias en algunos artículos respecto de otras regulaciones del mismo código³⁰, por ejemplo: (i) modificar algunas normas sobre títulos

¹⁶ Art. 175 ordinal 3 y 180 ordinal 6.

¹⁷ Art. 175 ordinal 3, 175 A, y 179 inciso final.

¹⁸ Art. 173

¹⁹ Art. 180

²⁰ Art. 181

²¹ Art. 182

²² Art- 192

²³ Art. 125 y artículo 42 de la reforma, que se refiere a la expresión "magistrado ponente" contenida en los artículos 229 a 241

²⁴ Derogar el art. 171 ordinal 4.º

²⁵ Art. 116

²⁶ Art. 141

²⁷ Art. 145

²⁸ Art. 149 ordinal 2.º, Art. 152 ordinal 8.º literales d) y e), 25.º y 26.º, artículo 236

²⁹ Art. 223

³⁰ Art. 150, 245

ejecutivos, porque han dado lugar a interpretaciones contradictorias³¹; (ii) precisar el término de exigibilidad de la condena, por la contradicción existente entre los actuales artículos 192, 298 y 299;³² (iii) concretar que el trámite en estos casos será el de ejecución de providencias o el proceso ejecutivo regulados en el CGP, según el caso³³; iv) respecto de la competencia territorial, incluir la que corresponde frente a ejecución de laudos arbitrales, según el artículo 104 ordinal 6.º ib.³⁴.

- 6) En materia de transición normativa se propone que las reformas en las competencias entrarán a regir en forma inmediata para los procesos que estén pendientes de sentencia de primera o única instancia y que se hayan iniciado en vigencia de la Ley 1437. Con esto se pretende un efecto inmediato de la reforma en materia de descongestión y agilización de las decisiones. Si el proceso se encuentra en apelación de providencia interlocutoria, el cambio de competencias quedará en suspenso hasta que se resuelva la apelación. El artículo correspondiente fija reglas relativas al proceder del juez cuando resuelva la segunda instancia.

Un aspecto final relevante de la propuesta es que la jurisdicción debe acercarse a la comunidad y para ese propósito es indispensable la creación de nuevos despachos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En efecto, se debe seguir la estrategia iniciada en el año 2006 con la entrada en funcionamiento de 257 jueces administrativos y con la creación de nuevos despachos permanentes en el año 2015, para un total de 342 en la actualidad. También se deben crear tribunales administrativos en los antiguos territorios nacionales, en la medida que no se justifica que determinados departamentos del país tengan que presentar sus demandas en una jurisdicción diferente.

En resumen, la propuesta de reforma al CPACA se orientan por cuatro principios que concuerdan con la línea que debe seguir una verdadera y profunda reforma de la justicia, a saber: a) preservar el juicio por audiencias porque contribuye en forma eficaz a la legitimidad de la justicia; b) carga laboral razonable; c) óptima calidad de la decisión; d) transparencia y descongestión.

³¹ Artículo 104 ordinal 6.º ib., y Artículo 297 ordinales 1, 2 y 4

³² Artículos 298 y 299

³³ Ib.

³⁴ Art. 156 ordinal 4.º

¿Por qué fortalecer el juicio por audiencias y la sentencia oral?³⁵

La experiencia judicial en la aplicación del CPACA en estos siete años nos permite afirmar que el juicio por audiencias indudablemente ha contribuido a la legitimidad de la justicia de lo contencioso administrativo. Las razones son jurídicas y sociológicas, las cuales deben resaltarse en oposición a aquellas voces que proponen regresar a un sistema básicamente escritural.

En una plática jurídica que tuve en una Universidad³⁶, un abogado litigante aseguró que le parecía más eficiente el sistema escrito del viejo código CCA, porque con el CPACA se habían demorado casi seis meses en admitir una demanda presentada por él. De allí su desencanto. En otra charla, alguien afirmó que la sentencia oral propiciaba cierta ligereza argumentativa y, por tanto, engendraba más desconfianza del usuario.

Las anteriores aseveraciones demuestran que no se ha profundizado lo suficiente sobre las razones que justifican el juicio por audiencias, y específicamente la sentencia oral. Ello parte de reconocer que el sistema del juicio por audiencias, según la experiencia vivida a la fecha, revela varias debilidades que podríamos acentuar en lo siguiente: (i) Los jueces y los abogados colombianos acusan debilidades en la habilidad mental de la síntesis; (ii) deficiencias argumentativas de los jueces y apoderados; (iii) el despacho judicial y la metodología de trabajo no es la más adecuada para el sistema oral; (iv) insuficientes sentencias de unificación que simplifiquen la decisión judicial; (v) deficientes habilidades de técnica oral; (vi) excesiva carga laboral de los jueces y tribunales; (vii) los jueces y magistrados actuales son insuficientes para atender la creciente demanda de justicia de lo contencioso administrativo, y por tanto, es necesario crear nuevos despachos judiciales.

Para superar estas flaquezas es necesario un enorme cambio cultural que se inicia en la formación de los abogados, pasando por una reingeniería de los despachos judiciales, las calidades y funciones de los empleados judiciales requeridos, la creación de nuevos despachos judiciales que puedan atender razonablemente la demanda de justicia, etc.

³⁵ Nota, varios los párrafos que siguen fueron tomados textualmente del artículo «La sentencia oral en el juicio por audiencias» de mi autoría, publicado por la revista digital del Tribunal Administrativo del Quindío «Contacto IUS», Ed. 005 de diciembre del 2017. Páginas 9 a 22, visible en https://issuu.com/tribunaladmquindio/docs/revista_contacto_ius_-_edici__n_005

³⁶ Programa denominado “café jurídico”.

En el ajuste normativo, según mi visión, debe dársele libertad al juez para que dependiendo del caso concreto decida si profiere sentencia oral o escrita³⁷. El posible efecto no deseado, al conferirle al juez tal capacidad decisoria respecto del medio para dictar sentencia, podría condenar al virtual ocaso de la sentencia oral. Se ha pronosticado que la mayoría de los funcionarios judiciales escogería el “camino fácil de lo escritural”.

El juicio por audiencias se define como un sistema judicial en el que se profieren las principales decisiones judiciales en la audiencia, lo cual incluye, por supuesto, la sentencia. Sin embargo, las particularidades de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la amplia experiencia de los jueces y magistrados en estos últimos años, aconsejan ajustes normativos de la Ley 1437 de tal manera que el juez como director del proceso, pueda decidir si profiere sentencia escrita en aquellos casos en los cuales fuere razonable este medio.

En la investigación realizada por los formadores de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, titulada monitoreo de la Ley 1437 e integración normativa con Código General del Proceso, se formuló a los jueces y magistrados del país la siguiente pregunta³⁸: ¿Cuándo se trata de asuntos de puro derecho o no es necesaria la práctica de pruebas (artículo 179) dicta sentencia en la misma audiencia? Las respuestas dadas en dicho estudio demuestran que en los despachos judiciales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no existe uniformidad respecto de la obligación que tiene el juez de dictar sentencia oral en la audiencia inicial.

Se observó que en la mayoría de los despachos judiciales del país, diferentes a los de Cundinamarca, existía una clara propensión a dictar sentencia oral³⁹. El 79% (143) de los despachos consultados aseguraron que profieren sentencia oral en la audiencia cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso final del artículo 179 del CPACA. Sin embargo, el 21% (37) reconocieron que, aunque se cumplan las condiciones legales ya señaladas, no dictan la sentencia oral. Si bien, no se tienen datos más recientes, la percepción actual es la de una creciente tendencia a dictar sentencia escrita y abandonar la sentencia oral.

³⁷ Inciso final del artículo 179 del CPACA.

³⁸ Ver módulo “Audiencia inicial y de pruebas, Ley 1437 de 2011” escrito por William Hernández Gómez, publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y el Consejo de Estado, página 185.

³⁹ El monitoreo fue realizado por los formadores de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en el primer semestre de 2015. La metodología seguida en la investigación se resume así: (i) Muestreo estratificado por distrito judicial. (ii) El total de despachos de juzgados administrativos y de magistrados oficialmente creados como permanentes es de 401 en todo el país, discriminados así: 257 juzgados administrativos, más 144 despachos de magistrados. (iii) Total despachos consultados: 220. (iv) En conclusión, el muestreo fue del 54,86% de los despachos en todo el país. (v) El margen de error es de más o menos del 3%.

En Cundinamarca, la sentencia oral en la audiencia inicial tuvo menor acogida, pues de los despachos consultados, solo el 61% (25) aseguraron que dictaban la sentencia oral, mientras que el 40% (16) confesó que no cumplía con la norma.

Los despachos que reconocieron el incumplimiento de la norma legal, precisaron que había prácticas procesales⁴⁰ que se pueden describir en los siguientes modelos de solución: (i) Un grupo importante de jueces y tribunales, luego de decidir en la audiencia inicial sobre las pruebas, anuncia que como no hay pruebas por practicar las partes podrán presentar por escrito las alegaciones dentro de los 10 días siguientes y la sentencia se proferirá dentro de los 20 días siguientes al vencimiento del primer plazo. Algunos justifican tal decisión en una supuesta concordancia normativa entre el artículo 179 y lo previsto en el inciso final del artículo 181 ib. (ii) Otro grupo de despachos judiciales, luego de decidir sobre las pruebas en la audiencia inicial, escucha las alegaciones oralmente y una vez cumplido esto anuncia que dictará la sentencia escrita dentro del término de 20 días. Esta práctica ha sido criticada por los abogados litigantes, porque consideran que se enerva la «igualdad de armas», porque quedan sometidos a la improvisación de alegaciones orales que son menos precisas y profundas. Argumentan que, si la sentencia se profiere por escrito, igual debe ser el medio de las alegaciones. (iii) Por último, algunos funcionarios judiciales que no dictan sentencia oral, justificaron tal decisión en las siguientes razones: la complejidad del tema; en los tribunales, las dificultades para integrar la sala de decisión; porque solo es propio y obligatorio para los jueces unipersonales; por tratarse de asuntos repetitivos en materia laboral y, por tanto, resulta más eficiente dictar la sentencia escrita; disfonía de los jueces que afecta la salud personal y debida comunicación en la audiencia.

Esta dispersión de prácticas interpretativas en frente de una misma norma de tan perentorio mandato no puede tomarse a la ligera. Las razones que la sustentan llaman a una profunda reflexión sobre el sentido e importancia de la sentencia oral, desde la perspectiva normativa, y principalmente, desde el impacto de la legitimidad de la justicia como pilar del Estado de Derecho, tema que más adelante desarrollaré con mayor precisión.

⁴⁰ Los datos arrojados por la investigación son los siguientes: (i) El 24% (10) recibe los alegatos en la audiencia y dicta la sentencia escrita (en Cundinamarca: (10) 47%). (ii) El 33% (14) escucha los alegatos en la audiencia, anuncia el sentido del fallo y posteriormente dicta la sentencia escrita (en Cundinamarca: (6) 29%). (iii) Un 43% (18) se refirió a prácticas no especificadas, o no respondieron la pregunta (en Cundinamarca: (5) 24%).

La relación entre la oralidad y la escritura.

Ferdinand de Saussure, padre de la lingüística moderna, llamó la atención sobre la primacía del lenguaje oral. Aseguró que la escritura es un complemento e incluso, advirtió que tiene simultáneamente "utilidad, defectos y peligros"⁴¹. Jacques Derrida, al contrario, consideró que no es un complemento de la palabra hablada, sino un hecho distinto, de máxima trascendencia. Es incuestionable que la escritura fue y es la más trascendental de todas las invenciones tecnológicas humanas⁴². Las palabras escritas agudizan el análisis, permiten mayor precisión conceptual y tienen la ventaja de anticiparse, en la mayor medida posible, a la polisemia o tergiversación que pueda tener el mensaje que se quiere llevar al lector. Sin embargo, el texto escrito presenta debilidades en la comunicación humana, porque es evidente que cuando el autor escribe, lo hace para un público imaginario en el que el lector está ausente y, por tanto, le es imposible anticiparse a todas las eventualidades o subjetividades. En igual sentido, cuando el receptor lee, está ausente el autor. Esta es una de las paradojas de la comunicación humana, porque es recíprocamente subjetiva, bien sea escrita o hablada.

Es interesante resaltar la interacción que ha existido entre la palabra escrita y la oral. Según lo describe Alberto Manguel, «las palabras escritas, desde los tiempos de las primeras tablillas sumerias, estaban destinadas a pronunciarse en voz alta, puesto que los signos llevaban implícitos sus propios sonidos, como si fueran su alma»⁴³. Fue en la baja Edad Media cuando se distinguió los textos que debían leerse en voz alta y cuáles en silencio⁴⁴.

Así llegamos a una conclusión: Todos los textos escritos de alguna manera se vuelven sonido cuando se leen, bien en voz audible o en la imaginación. En ese mismo sentido afirma categóricamente Walter J. Ong: «La escritura nunca puede prescindir de la oralidad»⁴⁵.

⁴¹ Sócrates consideraba a los libros como un impedimento para el saber. Citado por Alberto Manguel. Una historia de la lectura. Oaxaca, 2011. p. 48

⁴² Walter Jackson Ong. Oralidad y escritura, tecnología de la palabra. México, Fondo de la Cultura económica, 1982. Tercera reimpresión 2006, p. 87.

⁴³ Manguel Alberto. Una historia de la lectura. Oaxaca, Almadía, 2011. p. 82

⁴⁴ Se dice que San Ambrosio tenía la habilidad, extraña para la época, de recorrer con sus ojos las páginas al tiempo que su corazón entendía el mensaje, pero su voz y su lengua quedaban quietas. Citado por Manguel, Ob. Cit. p. 77.

⁴⁵ Walter Jackson Ong. Oralidad y escritura, tecnología de la palabra. México, Fondo de la Cultura económica, 1982. Tercera reimpresión 2006, p. 17.

La lingüística distingue dos grandes culturas: las de la oralidad primaria, esto es, que no tienen escritura⁴⁶ y las de la oralidad secundaria, que han desarrollado la escritura. Esta última, ha alcanzado entre nosotros un extendido componente tecnológico (radio, televisión, cine, internet, etc.).

Por último, vale hacer notar que la acción recíproca entre lo oral y lo escrito es especialmente notoria en las tradiciones religiosas, en las que la palabra hablada es sagrada⁴⁷, pero al mismo tiempo, el texto escrito es la revelación y extensión de lo sagrado. Por ejemplo: los Vedas, la Biblia, el Corán⁴⁸.

¿Por qué insistir en la sentencia oral?

Si como es obvio, lo escrito tiene indiscutibles ventajas, parece paradójico que hoy exhortemos a la oralidad en desarrollo del juicio por audiencias⁴⁹. De allí la invitación a una detenida reflexión sobre el rol que juega el juez en la sociedad, que no se reduce a proferir sentencias en derecho, sino que, además, debe propiciar la legitimidad de la justicia en la sociedad, en la medida que las principales decisiones judiciales se adoptan en la audiencia pública, de cara al ciudadano.

Algunos afirman, con cierta razón, que la sentencia escrita también es un catalizador de legitimidad, si está bien escrita, si es asertiva, si el argumento central o ratio es precisa, si evita citas innecesarias, que muchas veces son la retórica del que revuelve el agua clara, para que parezca profunda.

De los párrafos anteriores podemos concluir que la posición más adecuada es la de partir de la relación dinámica entre la palabra oral y la escrita. Es decir, que el juez de lo contencioso administrativo puede y debe tener la facultad, como director del proceso, de escoger si dicta la sentencia oral o escrita. Pero, prima facie, se exhorta al juez para que dicte la sentencia oral - en las circunstancias del art. 179 de la L. 1437-, y solo en circunstancias especiales, el juez debería

⁴⁶ Un ejemplo de la oralidad primaria son los indígenas Wayúu (400.000 hablantes), que no tienen escritura. De 3000 lenguas existentes hoy, sólo 78 poseen una escritura que permita construir literatura.

⁴⁷ En la tradición cristiana el Hijo se hizo verbo.

⁴⁸ W. J. Ong. Ob. Cit. p. 173.

⁴⁹ Se han escuchado voces extremas como la del alemán Hans Magnus Enzensberger que alabó el analfabetismo y propuso regresar a la creatividad original de la literatura oral. Citado por Manguel, Ob. Cit. p. 48

tener la libertad de proferir la sentencia escrita. Ello debe quedar claramente regulado en el ajuste normativo que es necesario hacer al CPACA.

Las principales razones por las cuales se insiste en el deber de dictar sentencia oral, son las siguientes: (i) porque la comunicación humana natural -oral- tiene un valor agregado de legitimidad, y (ii) porque es la mejor manera de concretar el esfuerzo inteligente que se despliega en la audiencia inicial. Analizaremos en su orden las dos razones expuestas:

La comunicación humana en la audiencia.

Los abogados tenemos la aberración profesional de pretender explicar el mundo desde los enunciados deónticos o pequeños incisos normativos, cuando la realidad jurídica está en la humanidad misma, en lo que somos y hemos sido, en nuestra cultura. De allí la exaltación del plus de la sentencia oral, porque se fundamenta en la comunicación humana directa del juez a las partes -sin la intermediación del abogado-.

Este enfoque involucra los principios de la publicidad y la inmediatez, que rompen el fetiche de lo «secreto»⁵⁰, implícito en el sistema escrito, que independientemente de las virtudes que tenga -no se discuten-, ha propiciado la «torre de papel» razón por la cual hace invisible al juez ante los ojos del usuario, incluso, en el imaginario popular, es un ser prepotente, oscuro, sospechoso, tal vez corrupto. La oralidad ennoblece la legitimidad de las decisiones judiciales porque son adoptadas en frente de todos, de manera transparente, abierta, sin eufemismo de lo esotérico. La publicidad convierte a las partes y demás interesados en testigos de excepción de los principales actos procesales. Los hace copartícipes y por ende, convalidan lo que allí sucedió⁵¹.

En este momento es útil llamar la atención sobre la importancia que tiene la comparecencia física de las partes en la audiencia inicial, tal y como lo regula el CGP. Por su parte, el CPACA solo

⁵⁰ En la novela "El Proceso" el protagonista Josef K., manifiesta su desazón: "[...] Nunca había tenido tan graves preocupaciones a causa del proceso como desde que usted me defiende. [...] Sin duda usted me ha comunicado algunas cosas sobre el tribunal que probablemente nadie más podría comunicarme. Pero esto no puede satisfacerme, si resulta que ahora el proceso, formalmente secreto, me viene pisando los talones [...]". (Kafka, Franz. *El proceso*. Bogotá, Circulo de lectores, 1975. p. 192.

⁵¹ Ver Hernández Gómez, William. módulo "Audiencia inicial y de pruebas, Ley 1437 de 2011" publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y el Consejo de Estado, página 28.

impone este deber a los abogados y excluye a las partes. Esta disfuncionalidad debe corregirse en el ajuste de nuestro código procesal, puesto que la audiencia inicial y la sentencia oral solamente tiene sentido si están presentes las partes. Una oralidad exclusiva para abogados es insuficiente, puesto que se pierde la esencia del juicio por audiencias, esto es, la presencia del usuario de la justicia, que necesita escuchar de viva voz lo que se decide en el juicio -los abogados bien pueden entenderse por escrito-.

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al menos, debería normativamente exigirse la comparecencia de las personas naturales y jurídicas de derecho privado, porque es a ellos a quienes realmente les interesa mirar a los ojos al juez⁵² que decide el litigio y escuchar de su voz la sentencia. Independientemente de que esté de acuerdo con la decisión, o no, la presencia física produce un interesante efecto humano de aceptación de las reglas de convivencia; es un profundo acto de reciprocidad en una sociedad regida por el derecho.

Ahora bien, si la parte no comparte la decisión, el usuario tiene la opción de apelar, lo cual es consolidación de la legitimidad de la justicia. Se ha entendido el derecho de apelación, no solo como un recurso consagrado en un artículo del Código, sino también, y esto es lo más valioso para el Estado de Derecho, como un mecanismo de seguridad del orden jurídico, por medio del cual un perdedor, contrariado en un caso ante un tribunal, puede continuar aduciendo sus pretensiones, sin desafiar la legitimidad del sistema jurídico. "[...] apelar a un tribunal superior significa reconocer su legitimidad [...] el perdedor puede abandonar la sala⁵³ con la cabeza alta, aludiendo la apelación, pero acepta su derrota lentamente, privadamente, pasivamente [...]" (Shapiro, 1981)⁵⁴.

Por otra parte, si comparamos el sentido de la visión y el de la audición, son notables las diferencias que inciden en el comportamiento humano. La vista aísla, mientras el oído une. No es una obviedad. Si observamos a una persona que mira algún objetivo, sin que nos precise lo que observa, no podemos identificar con certeza lo que realmente mira, y, menos lo que admira. Esa persona se abstrae de la comunidad. En cambio, el sonido envuelve a los oyentes, lo que da la

⁵² Shakespeare dijo: "Las palabras están llenas de falsedad o de arte; la mirada es el lenguaje del corazón."

⁵³ Nótese la descripción "abandonar la sala", lo que de suyo nos indica un estar allí, enfrente del juez o tribunal al momento de apelar.

⁵⁴ Citado por Cotterrell, Roger. Introducción a la Sociología del derecho. Barcelona, Ariel Derecho, 1991. p. 203

certeza de que todos los que estén cerca de aquel sitio, oyen lo mismo. Afirma Walter J. Ong: La vista es un sentido divisorio y el oído es un sentido unificador⁵⁵.

Existe un temor atávico hacia la persona que lee, como si fuera sospechoso, porque no se sabe con certeza lo que puede hacer y pensar un lector entre las páginas de un libro. Dice Manguel que es comparable a lo que las brujas o los alquimistas hacían en la oscuridad, detrás de puertas cerradas con llave⁵⁶.

«Escribir y leer son actividades solitarias que hacen a la psique concentrarse sobre sí misma. Un maestro que se dirige a un salón que él percibe y que se percibe a sí mismo como un grupo estrechamente unido, descubre que, si le pide tomar los libros de texto y leer un pasaje dado, la unidad del grupo desaparece al entrar cada persona en su mundo particular»⁵⁷.

Otra característica interesante de la palabra hablada la descubrió el ser humano desde las cavernas, cuando entendió que el sonido emitido por un ser viviente es una manifestación de poder, de peligro. Por ejemplo, se ha narrado la relación entre el cazador y el búfalo, en el que el primero solo se convence de la muerte de la presa cuando no escucha sonido proveniente de esta última.

En ese sentido, todo sonido, en especial la enunciación oral, que proviene de un ser vivo, es explícita manifestación del poder. La palabra tiene un gran poder, potencialmente mágico. Al menos de manera inconsciente, la palabra es expresión de la necesidad hablada y, por lo tanto, accionada por el poder. En la cultura de la oralidad secundaria se olvida que la letra escrita es algo externo, como un plano inerte, que solo reluce cuando se lee y el lector le da sentido de autoridad. La palabra oral, no es un simple texto como en la palabra escrita. Las palabras habladas constituyen modificaciones de una situación existencial, total, que invariablemente envuelve el cuerpo⁵⁸.

⁵⁵ Ong, Ob. Cit. p. 76.

⁵⁶ Manguel. Ob. Cit. p. 46. "Leer, por tanto, no es un proceso automático que consiste en captar un texto como un papel fotosensible fija la luz, sino un proceso de reconstrucción desconcertante, laberíntico, común a todos los lectores y al mismo tiempo personal" p. 71

⁵⁷ Ong. Ob. Cit. p. 73

⁵⁸ Ong. Ob. Cit. p. 71. En el párrafo se recopilan afirmaciones hechas en la obra citada.

Por otro lado, es necesario advertir que, desde el punto de vista de la cultura, la oralidad no es un ideal absoluto, y tal vez nunca lo ha sido. Lo realmente importante y eficiente es la combinación dinámica entre la oralidad y la escritura.

Al resaltar la importancia de la sentencia oral en el juicio por audiencias, no se excluye el soporte escrito, que es necesario y a veces más eficiente. El propósito de este ensayo es el de transparentar argumentos lingüísticos y antropológicos que justifican las decisiones judiciales orales, desde lo cultural, porque también son un ritual en el cual se fortalece la pertenencia a una comunidad, a una sociedad regida por el derecho.

El esfuerzo inteligente.

La última razón que hemos esbozado es la relacionada con el mejor aprovechamiento de lo que se ha llamado esfuerzo inteligente, que se expresa jurídicamente en el principio de concentración procesal. En efecto, todas las energías, la inteligencia, la memoria que el funcionario judicial y los empleados del despacho judicial despliegan para la realización de la audiencia inicial, lamentablemente languidecen si no se tiene la clara convicción de que terminará con la sentencia oral.

Por ello, cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 179 del CPACA, la preparación de la audiencia adquiere una significativa cualificación cognitiva si se tiene el objetivo de decidir el litigio mediante sentencia oral. Cuando el juez logra dictar la sentencia oral en la audiencia inicial, tanto las partes como el mismo juez liberan endorfinas que generan gran satisfacción, puesto que se ha finiquitado un asunto y de alguna manera se ha fortalecido el Estado de Derecho.

Al contrario, si el juez convoca la audiencia con la convicción de que aplazará la decisión⁵⁹, el empoderamiento del caso se debilita significativamente. Es inevitable el decaimiento, y ello conlleva todas las cargas negativas de la procrastinación.

⁵⁹ Se insiste, si se trata de asuntos de puro derecho o en los que no es necesario recaudar pruebas porque ya fueron aportadas, según lo indica el inciso final del artículo 179 del CPACA.

Escribir la sentencia para la oralidad.

La combinación fructífera entre lo escrito y lo oral es el ideal en el juicio por audiencias, de allí el interés en precisar la naturaleza de cada una de estas formas de comunicación. El lenguaje -oral- es evidencia de la conciencia y por ello se ha afirmado que es connatural al ser humano. En cambio, escribir es un ejercicio técnico artificial. Afirma Walter J. Ong lo siguiente: «[...] Por contraste con el habla natural, oral, la escritura es completamente artificial. No hay manera de escribir "naturalmente". El habla oral es del todo natural para los seres humanos en el sentido de que, en toda cultura, el que no esté fisiológica o psicológicamente afectado, aprende a hablar. El habla crea la vida consciente, pero asciende hasta la conciencia desde profundidades inconscientes, aunque desde luego, con la cooperación voluntaria e involuntaria de la sociedad. [...] El proceso de poner por escrito una lengua hablada es regido por reglas ideadas conscientemente, definibles: por ejemplo, cierto pictograma representará una palabra específica dada, o "a" representará un fonema [...]»⁶⁰.

La sentencia oral no puede confundirse con la improvisación o la decisión repentina. Al contrario, la sentencia oral requiere de una cuidadosa preparación -tal vez más que la escrita- porque se trata de comunicar con un lenguaje sencillo y sintético la decisión judicial, sin que por ello se abandone la rigurosidad dogmática o la exactitud de los supuestos fácticos. Por esta potísima razón la sentencia oral debe «escribirse» previamente para la oralidad. Aunque parezca contradictorio, no lo es. El mejor ejemplo lo encontramos en las obras teatrales, en las que el autor escribe en un lenguaje cercano al oral, para que el actor transforme esas palabras escritas en una dinámica comunicación oral. Se dice que la tragedia griega es la primera evidencia de lo escrito al servicio de lo oral.

Se ha observado que algunos jueces y magistrados han incurrido en lo que coloquialmente se ha denominado «lecto-oralidad» la cual se puede describir así: «Se redacta la sentencia a la manera tradicional como se ha acostumbrado en el sistema escritural y luego se procede a su lectura en el curso de la audiencia».

Es interesante resaltar una de las características del texto escrito, desde la perspectiva del lector, quien toma o deja el escrito en cualquier momento. Esto porque en la lectura la mente se

⁶⁰ Walter J. Ong. Ob. Cit. 84-85

concentra en anticiparse y por ello, a veces, se saltan páginas o párrafos, o simplemente se prevén los argumentos o narraciones que están más adelante en el escrito. O, al contrario, en cualquier tiempo puede regresar a las primeras páginas. Por esa razón, la redundancia o reiteración es impertinente en el texto escrito.

Aquí encontramos por contraste, varias diferencias entre la comunicación oral y la escrita, veamos: (i) El lector se concentra en descifrar el texto, el oyente en descifrar el contexto. (ii) En el discurso oral la mente va más lenta, y de allí que está constreñida a conservar el foco de atención. No sólo son palabras sonoras, sino que también son principalmente elocución, ritmo, concentración de la atención, despertar de la imaginación, recreación de lo narrado, etc. (iii) En la comunicación oral la redundancia, o la repetición de lo dicho, a veces es un valioso recurso porque mantiene la atención del auditorio de manera eficaz, tanto para el hablante como para el oyente, lo que podría forjar, para el caso de la audiencia, una genuina sintonía entre el juez y los sujetos procesales⁶¹.

Si comprendemos y diferenciamos estas sencillas dinámicas, entonces ha de concluirse que escribir una sentencia -como cualquier texto escrito- que luego se leerá en la audiencia, es completamente ineficiente, según lo aquí resaltado de la comunicación humana.

De allí el tedio de los participantes en la audiencia, en la que el juez o el ponente lee, a veces, sin ninguna comunicación visual con el auditorio, mientras el resto está desconcentrado, y algunos convencidos de que se está perdiendo el tiempo.

Otra gran deficiencia, muy criticada por los abogados litigantes, es la de llevar la sentencia escrita a la audiencia y no pronunciarse sobre los argumentos expuestos por las partes al momento de las alegaciones, pues ya todo estaba decidido y poco importa lo que digan o no digan en los alegatos de conclusión. Esta grave omisión deslegitima la decisión judicial, porque convierte la audiencia y la sentencia oral en algo así como «sentencia autista», la cual podría eventualmente ser calificada como una vía de hecho.

⁶¹ W. J. Ong. Ob. Cit. p. 46

De allí que sea tan importante para el juez o el tribunal que el proyecto escrito de sentencia que se lleve a la audiencia, tenga la flexibilidad suficiente para incluir los argumentos de apoyo o contrarios a las alegaciones de las partes. En la mayoría de los casos el juez o el ponente al preparar la audiencia inicial puede anticipar, con cierto grado de certeza, las razones que expondrán las partes.

Las reglas y las razones que sustentan la demanda de justicia son esencialmente predictivas, y entre más lo sean, mayor el grado de certidumbre o seguridad jurídica. Pero, en algunos casos, las partes pueden expresar razones nuevas que podrían tener la virtud de cambiar la decisión judicial previamente preparada, o que, aunque no afecten la decisión, si es necesario desvirtuar. En esos casos el juez o el tribunal debe decretar un receso de la audiencia con el fin de analizar los hechos o argumentos nuevos, y si fuere necesario, suspender la audiencia y fijar nueva fecha de continuación -muy próxima-, mientras analiza y toma posición respecto de dichas novedades.

Algunas recomendaciones surgidas de la experiencia judicial para sortear con éxito el reto de dictar sentencia oral en la audiencia podrían sintetizarse en las siguientes prácticas: La sentencia oral, más que la escrita, debe ser muy sintética. Debe evitar las citas dispendiosas, la mayoría de veces impertinentes; con mayor razón si existe una sentencia de unificación que soporte la decisión. En esos casos será suficiente invocar la sentencia de unificación, precisar los supuestos fácticos y decidir de conformidad, sin necesidad de los argumentos dogmáticos expuestos en la sentencia de unificación. Y desde luego, resulta completamente impertinente referirse a otros pronunciamientos anteriores o posteriores.

Si se ha fijado el litigio y en el mismo se ha identificado el problema jurídico principal y los asociados, es una buena metodología seguir el orden en que se ha de resolver cada problema jurídico concreto. La sentencia que se escribe para la oralidad debe ser un esquema básico o guía de exposición, que contenga el argumento central de la decisión - *ratio decidendi*-. El juez o ponente avezado, sabrá verbalizar las ideas e «improvisar», si fuere necesario. Sin perder rigor podrá precisar un argumento, o incluso, referirse a las razones expuestas por las partes en las alegaciones que recién ha escuchado, bien para controvertirlas o apoyarlas si coincide con las razones expuestas en la sentencia.

Otra práctica interesante, en este calidoscopio procesal, es la siguiente: Se combina la sentencia escrita, con el rigor de un texto escrito y hace un resumen oral en la audiencia. En la audiencia

inicial el juez o ponente no lee la sentencia, o solo apartes. Esencialmente lleva un esquema de exposición que corresponde al argumento central y a la decisión sobre el problema jurídico principal y los asociados. Al finalizar lee la parte resolutive y advierte a las partes que en el acta respectiva estará incluido el texto completo, el cual contiene otros argumentos complementarios de la decisión. No obstante, esta práctica ha sido criticada porque el resumen de los argumentos y su exposición oral podrían dar lugar a interpretaciones diferentes de lo consignado en la sentencia escrita.

Por último, aunque parezca una perogrullada, es cardinal advertir que, si se dicta la sentencia oral en la audiencia inicial, es inútil incluir en ella el resumen de la demanda, la contestación, etc., porque minutos antes se ha fijado el litigio en el que las partes y el juez han resumido los hechos y los problemas jurídicos. Por ello, la sentencia oral -tanto como la escrita- debe partir del problema jurídico que se ha fijado en la audiencia. Si son varios, el juez sabrá definir el orden en que ha de resolverlos al momento de proferir la sentencia oral, enfoque que debió ser anticipado, si se preparó eficientemente la audiencia.

Alguien podría decir que este ensayo contiene todas las razones que demuestran que la sentencia oral es dispendiosa y tal vez inviable o ineficiente. A esa postura le respondemos que es verdad que el juicio por audiencias y en particular la sentencia oral, implica el acrecentamiento de bríos de los abogados y de los jueces, pero ello está plenamente justificado porque se trata de una justicia con mayor cercanía al usuario, de altísima calidad, personalizada, dedicada, concentrada, y en su conjunto contribuye de manera directa a la legitimidad de la justicia de lo contencioso administrativo en la sociedad colombiana. Esto último, *per se*, es razón suficiente y necesaria para conservar las buenas prácticas procesales que los jueces y los abogados han aprendido en estos casi siete años de vigencia del CPACA.

Conclusiones:

- 1) El nuevo sistema procesal por audiencias ha demostrado grandes bondades para la administración de justicia en esta jurisdicción. Sin embargo, esta práctica también reclama ajustes necesarios sobre varios aspectos de competencia y de mayor coherencia normativa, que permitan superar estériles debates procesales, agilizar y priorizar las decisiones de unificación por parte del Consejo de Estado.
- 2) En la jurisdicción de lo contencioso administrativo es necesario y pertinente autorizar al juez como director del proceso dictar sentencia oral o escrita cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas -art. 179 CPACA-, lo cual requerirá de un ajuste normativo de la Ley 1437.
- 3) Dicha facultad no es una licencia para olvidar la importancia de la sentencia oral en la audiencia inicial, porque la comunicación humana natural -oral- tiene un valor agregado de legitimidad y, porque es la mejor manera de concretar el esfuerzo inteligente que se despliega en la audiencia inicial.

REFORMA JUDICIAL Y LEGITIMIDAD DEL JUEZ (Judicial reform and legitimacy of the judge)

Diana Fabiola Millán Suárez

Colombiana, Procuradora 17 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bucaramanga, Presidenta del Colegio Nacional de Procuradores Judiciales, abogada de la Universidad Nacional de Colombia, especializada en derecho procesal en la misma Universidad, en constitucional y en administrativo en la Universidad del Rosario y en tributario en la Universidad Externado de Colombia y magister en derecho público de la Universidad Panthéon Assas (Paris II)

Resumen: Con fundamento en la clasificación doctrinal sobre las fuentes de legitimidad del juez se identifican los contenidos mínimos que debe tener cualquier reforma que se pretenda introducir al aparato de justicia.

Abstract: Based on the doctrinal classification of the sources of legitimacy of the judge, the article identifies the minimum content that any reform to the justice system should include.

Palabras clave: Reforma a la justicia. Rol del juez. Legitimidad del juez.

Key words: Judicial reform. Role of the judge. Legitimacy of the judge.

Reforma judicial y legitimidad del juez

(Judicial reform and legitimacy of the judge)

En la historia constitucional de nuestro país, tantos intentos de reforma a la Rama Judicial no dejan duda de que, desde hace tiempo, distintos sectores de nuestra sociedad reclaman cambios que permitan recuperar la plena confianza en el aparato de justicia.

No son solamente los recientes escándalos por corrupción los que exigen una rápida respuesta. La congestión, las demoras y la baja calidad en la prestación del servicio, entre otras, son quejas cada vez más frecuentes -no sólo en baranda, también en la academia, en el Congreso, en las calles- que nos obligan a actuar en defensa de un pilar fundante del Estado de Derecho.

En ese contexto, no hay duda de que las soluciones que se propongan deberán resolver eficazmente muchos interrogantes, siendo uno de ellos, el que supone la tarea de recuperar la legitimidad del poder judicial.

Ciertamente, uno de los propósitos de cualquier intento de reforma, quizá el principal, será el de reivindicar el proceso de legitimación del juez en el Estado social de derecho, es decir, en el marco de un modelo estatal que exige al juez participar en los procesos de creación del derecho, en tanto que operador jurídico de quien se espera que sea auténtico portador de la visión institucional del interés general y, por tanto, capaz y obligado a delimitar el sentido político de los textos constitucionales⁶².

En ese orden de ideas y superada hace años la teoría anti-judicial que hacía del juez un operador jurídico autómatas, bajo el mito de ser nada más que la boca de la ley, conviene recordar cuáles son las distintas fuentes de legitimación del poder judicial.

⁶² Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (5 de junio de 1992) Sentencia T-406 de 1992 [MP Ciro Angarita Barón].

Con ese propósito, ilustrativo resulta ser el trabajo de clasificación que sobre el particular realizó hace algunos años el profesor Fabrice Hourquebie, reconocido investigador de la actividad judicial en Francia, en su tesis doctoral titulada « *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République* ».

En la segunda parte de dicha investigación, el autor propone y clasifica diferentes fuentes de legitimación del poder judicial, bajo el entendido de que es el concurso y la complementariedad de todas ellas lo que otorga valor al sistema judicial en sí mismo y globalmente considerado.

No obstante, aclara que la cuestión de la legitimidad del juez como depositario de un poder contra mayoritario no es un asunto resuelto, en tanto involucra asuntos políticos y jurídicos que no necesariamente son pacíficos a la hora de articularse. Mucho menos cuando de historia constitucional se trata y cada Estado, por supuesto, tiene la propia.

Pues bien, la citada obra clasifica las fuentes de la legitimación del poder judicial de la manera como a continuación se intentará resumir, acompañándose ese ejercicio con algunas reflexiones sobre el entendimiento de esos supuestos teóricos en nuestra realidad:

I. La legitimación a partir de la reputación del juez:

La legitimación del juez en su ingreso al servicio público:

Sea cual sea el modo de reclutamiento escogido (nombramiento o elección popular), su objetivo debe ser el de generar confianza en tanto no solamente no sea arbitrario, sino que sea capaz de mostrar una imagen del juez como autoridad independiente, al nivel de los otros poderes constitucionales y conferirle además el estatus más protector posible.

Por tanto, será la calidad del procedimiento de nominación o de elección del juez lo que en buena medida determinará su legitimidad, dependiendo de qué tan eficaz sea el sistema escogido para minimizar el riesgo de politización, vale decir, para eliminar todo asomo de dependencia o subordinación respecto del poder nominador.

Sobre este particular, conviene mencionar que en nuestro sistema jurídico el modelo de reclutamiento de los jueces lo define el principio del mérito, que no es un principio constitucional como cualquier otro, sino que es uno de aquellos calificados como eje axial, presupuesto esencial, elemento definitorio, cimiento principal o principio basilar de nuestro modelo de Estado.

La legitimación del juez en el ejercicio de su función:

El poder del juez no será aceptado por el justiciable sino en la medida de su independencia. Por eso, mientras más ajeno se encuentre a todo riesgo de presión, más legítima será su autoridad.

Ahora bien, la independencia del poder judicial no es exclusivamente la consecuencia directa de una interpretación estricta del principio de separación de poderes en que se funda todo Estado de derecho, sino, además, corolario necesario de la protección jurisdiccional de los derechos.

Ciertamente, el concepto actual de la independencia judicial se encuentra mucho más desligado del sistema de pesos y contrapesos de una República. Hoy se le describe desde el punto de vista del justiciable frente al poder jurisdiccional, es decir, a partir de la necesidad de garantizarle a ese sujeto de derecho que los conflictos entre las personas y entre éstas y el Estado sean resueltos por jueces justos, por medio de juicios igualmente justos.

En ese entendido, hoy se habla de independencia judicial externa cuando el juez se encuentra libre de toda interferencia indebida por parte de actores que no pertenecen al aparato judicial. Esta faceta hace referencia a la relación entre la judicatura y los actores externos a ella, como son las demás autoridades públicas y, en general, el conglomerado social. Y, finalmente, se habla de independencia judicial interna cuando el juez, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, no está subordinado a presiones que pueden provenir de su propio campo institucional.

2. La legitimación a partir de la actividad del juez:

La legitimación a partir del impacto de la jurisprudencia:

Si etimológicamente la jurisprudencia es la virtud de la prudencia aplicada al derecho, no hay duda de que la legitimidad del juez supone la cultura de la prudencia en el ejercicio de su función.

Luego, en nombre de la exigencia de calidad en la creación del derecho, la jurisprudencia debe ser suficientemente clara, justificada, transparentemente adoptada y, en la medida de lo posible, previsible.

Así, cuando la decisión judicial es la esperada, su importancia es reconocida y su efecto normativo es admitido, ella goza de una cierta autoridad política que beneficia a su autor, legitimando su función.

Pues bien, sin desconocer los muy graves escándalos de corrupción en que recientemente se ha visto involucrada la Rama Judicial por el descubrimiento de decisiones judiciales que fueron resultado de amañadas componendas, en nuestro medio no puede dejar de mencionarse el hecho de que lastimosamente el impacto de la jurisprudencia suele estar negativamente asociado a lo que los medios de comunicación han caricaturizado bajo la denominación "choque de trenes", fenómeno que no es otra cosa que la coexistencia de subreglas jurisprudenciales que, aunque de similar jerarquía como parámetro normativo para resolver una misma controversia, son de contenido manifiestamente opuesto.

Sin duda, en relación con esta fuente de legitimidad nos encontramos en un muy penoso momento de nuestra evolución democrática.

La legitimación a partir de la responsabilidad del juez:

El ejercicio de la función jurisdiccional no puede devenir legítimo si el juez no es responsable. Del mismo modo que los demás poderes públicos, el judicial debe rendir cuenta de su trabajo. En ese sentido, con gran acierto se afirma que la responsabilidad del juez es la contrapartida de su independencia.

En nuestro medio el juez es, como el resto de los servidores públicos, sujeto de responsabilidad por el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, solamente por mencionar una de las principales falencias de nuestro sistema de responsabilidad de los jueces, hay que decir que son notorias las fallas que se presentan en la jurisdicción disciplinaria especial en cada una de las ya advertidas fuentes de legitimidad.

Ahora bien, la muy rápidamente resumida clasificación doctrinal sobre las fuentes de legitimidad del juez resulta ser una herramienta útil a la hora de examinar los contenidos mínimos de cualquier reforma que se pretenda introducir al aparato de justicia.

Veamos, a partir de ese ejercicio, algunas propuestas de cambios mínimos para nuestro sistema judicial:

1. La legitimación a partir de la reputación del juez:

La legitimación del juez en su ingreso al servicio público:

¿No será momento de examinar con toda profundidad las implicaciones que tendría el adoptar un sistema de carrera judicial en la totalidad de los empleos de la administración de justicia?

Que en todos los niveles se asegure un modelo de reclutamiento que asegure el ingreso al servicio judicial en condiciones de igualdad y con estricta sujeción al principio del mérito y que, además, involucre una preparación adicional mucho más completa que la que en la actualidad existe como formación para ser juez.

La legitimación del juez en el ejercicio de su función:

La defensa de la independencia judicial no debe ser entendida como la defensa de privilegios corporativistas. Urge que sea entendida como un derecho fundamental del

justiciable y, en esa medida, las exigencias académicas de las que se ha hablado deben estar correspondidas con una justa remuneración y una justa y objetiva calificación de servicios.

Puede incentivarse también la implementación de espacios altamente calificados de debate académico a la evolución de la actividad jurisdiccional (por ejemplo, por parte de las facultades de derecho), a fin de reducir al máximo las injerencias indebidas de los medios de comunicación que, generalmente sin ningún elemento teórico y casi que de manera irresponsable, han sido casi que los únicos encargados de la construcción de una opinión pública, evidentemente tergiversada, sobre la calidad de la jurisprudencia.

Finalmente, todo esfuerzo en materia de ética judicial será bienvenido.

2. La legitimación a partir de la actividad del juez:

La legitimación a partir del impacto de la jurisprudencia:

La realización del principio del mérito no se agota en el sistema de ingreso. Es necesaria una política pública de obligatoria capacitación permanente de nuestros jueces, con la necesaria disminución de la carga laboral que la haga posible y que permita en el corto plazo elevar la calidad de las decisiones judiciales.

La legitimación a partir de la responsabilidad del juez:

Quizá el cambio que mayor reclama la sociedad es el que supone contar con un efectivo sistema de responsabilidad de los jueces, principalmente de los considerados aforados.

No obstante, en la búsqueda de respuestas no debe pasarse por alto la necesidad de reforzar las garantías procesales y materiales que deben acompañar este tipo de investigaciones, especialmente, para no sacrificar la independencia judicial.

Con este breve ejercicio no se pretende, por supuesto, agotar todos los escenarios de reforma posibles, ni mucho menos los más urgentes. Busca sí, a partir de recordar que la actividad judicial ha sido objeto de interesantes estudios -como el que aquí se resumió acerca de la clasificación de las fuentes de legitimación del juez-, llamar la atención acerca de la necesidad de construir argumentativamente todo intento de reforma (o de crítica a dichos intentos) a partir de los elementos teóricos que aseguren que la voluntad política de cambio no se malogre.

Bibliografía

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (5 de junio de 1992) Sentencia T-406 de 1992 [MP
Ciro Angarita Barón].

Hourquebie, Fabrice (2004) *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*.
Bruylant, Bruxelles.

Informe de ponencia para el primero debate del Proyecto de Acto Legislativo número 21 de 2018 *"Por el cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia y se dictan otras disposiciones"*; acumulado con los proyectos de Acto Legislativo números 17 y 22 de 2018. Congreso de la República, Bogotá, octubre 8 de 2018.

Millán Suárez, Diana Fabiola (2013) *L'indépendance interne du juge est-elle un droit fondamental?*
Monografía presentada como requisito parcial para optar al título de Magister en Derecho Público.
Universidad Panthéon Assas (Paris II). Paris.

LA VIGENCIA EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN Y LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: UN ASUNTO EN CONSTRUCCIÓN⁶³.

Carlos Enrique Ardila Obando⁶⁴

Palabras clave:

Sentencias de unificación, cambios jurisprudenciales, efecto retroactivo, efecto prospectivo, confianza legítima, seguridad jurídica.

Resumen:

Con la consolidación de la jurisprudencia como fuente formal de nuestro sistema de fuentes, se ha generado la necesidad de precisar los efectos en el tiempo de las sentencias de unificación y los cambios jurisprudenciales, de tal forma que se puedan armonizar las tensiones entre la seguridad jurídica y la justicia material, lo que supone definir si la expedición de una sentencia de unificación o la realización de un cambio jurisprudencial, tiene efectos hacia el futuro-efecto prospectivo-, o si los efectos son de aplicación inmediata a los procesos administrativos o judiciales en curso-efecto retroactivo-.

Frente a esta disyuntiva jurídica, la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa ha venido abordando esta problemática, ante la ausencia de una regulación legal y la falta de análisis por parte de la doctrina.

Abstrac

With the consolidation of jurisprudence as a formal source of our system of sources, there has been a need to specify the effects in time of unification judgments and jurisprudential changes, in such a way that the tensions between legal certainty can be harmonized and material justice, which means

⁶³ Muchas de las ideas aquí desarrolladas han sido discutidas con Mario Fernando Rodríguez, quien adelanta una investigación mucho más profunda sobre el tema.

⁶⁴ Colombiano, Abogado de la Universidad Santo Tomás, con especialización en derecho administrativo de la misma Universidad y en Derecho Ambiental de la Universidad Externado, Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante y Derecho de Daños de la Universidad de Girona, actualmente es Magistrado del Tribunal Administrativo del Meta y presidente del mismo.

defining whether the issuance of a unification sentence or the realization of a jurisprudential change, has effects on the future-prospective effect-, or if the effects are of immediate application to administrative or judicial proceedings in course-retroactive effect-.

Faced with this legal disjunctive, the jurisprudence of the contentious administrative jurisdiction has been addressing this problem, in the absence of legal regulation and the lack of analysis by the doctrine.

1 Introducción.

El objetivo del presente artículo es abordar la problemática que se ha suscitado con los efectos en el tiempo de las sentencias de unificación y los cambios jurisprudenciales en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, derivado del reconocimiento de la fuerza vinculante tanto para las autoridades administrativas como judiciales de la jurisprudencia de las altas cortes, y las respuestas que a tal problema se han construido desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, con un enfoque crítico y con aportes pensando en un desarrollo legislativo o jurisprudencial a futuro.

A efectos de realizar lo indicado en el párrafo anterior, en una primera parte, en el artículo se realizará un pequeño análisis histórico del valor normativo de la jurisprudencia desde los inicios de nuestro sistema jurídico hasta nuestros días, llegando a precisar el concepto de precedente, sus características tal y como lo comprendemos hoy en nuestro sistema jurídico.

Precisado lo anterior, se analizará brevemente los desarrollos teóricos sobre cuáles deben ser los efectos en el tiempo de los cambios jurisprudenciales y las sentencias de unificación, precisando los argumentos a favor y en contra de las diversas soluciones que se han propuesto.

Posteriormente, se analizará el desarrollo jurisprudencial que al interior del Consejo de Estado ha suscitado este problema jurídico, a partir del estudio de diversos asuntos que han sido resueltos por esta corporación y en donde se ha visto avocada a tomar postura frente al tema analizado.

Para finalizar, se intentará hacer una abstracción de los asuntos resueltos por el Consejo de Estado, a fin encontrar una reglas o principios que excedan la casuística y permitan establecer unos patrones o normas que puedan hacer claridad o por lo menos generar luces sobre el camino a seguir para abordar el tema objeto de estudio, para concluir con algunas propuestas para ser tenidas en cuenta o ser debatidas en el escenario académico o judicial.

2. Desarrollo histórico del valor normativo de la jurisprudencia.

Nuestro sistema jurídico encuentra sus raíces en lo que se ha denominado el sistema romano-germánico, cuya característica definitoria es que la fuente principal y primordial del sistema jurídico es la Ley, constituyéndose la jurisprudencia en un elemento o criterio auxiliar de los jueces y en general de los operadores jurídicos. Por el contrario, los países de tradición anglosajona, o de *common law*, dan prevalencia a la jurisprudencia como fuente principal del sistema jurídico, razón por la cual han desarrollado toda una teoría sobre el valor del precedente.⁶⁵

El antecedente más remoto del valor normativo de la jurisprudencia en nuestro sistema lo encontramos en la Ley 61 de 1886, cuyo artículo 39⁶⁶ introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de *doctrina legal*, cuando dispuso que: “*es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes.*”

El valor normativo se derivaba de la obligación que se imponía a los jueces de aplicar la doctrina legal para aquellos casos dudosos, con lo cual la jurisprudencia adquiría un valor más allá del criterio auxiliar propio de un sistema de derecho continental o de tradición romanista.

⁶⁵ Para profundizar en el análisis de los sistemas jurídicos ver AJANI, GIANMARIA. *Sistemas Jurídicos Comparados*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2010.

⁶⁶ ARTÍCULO 39. Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. La Corte, para interpretar las leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos de 27 a 32 del actual Código civil de la Nación.

En el año de 1887 se expide la Ley 153, que en sus artículos 4, 8, y 10⁶⁷ profundizó en el valor normativo de la jurisprudencia, estableciendo las nociones de *doctrina constitucional*, *doctrina legal más probable* y *las reglas de las jurisprudencia*, lo que en términos del exmagistrado del Consejo de Estado y profesor Danilo Rojas Betancourth:

“Éstos últimos agregados normativos, dejan ver dos importantes cambios respecto a lo señalado con anterioridad. En primer lugar, se introduce la expresión “regla de jurisprudencia” para el mejor entendimiento constitucional. Y quizá por ello mismo se introduce la nueva noción de “doctrina constitucional” con categoría normativa y orientadora, a su turno, de la interpretación legal. Una suerte de círculo virtuoso: la Corte Suprema interpreta la Constitución y genera reglas que retroalimentan la interpretación constitucional, con lo que a su vez se fortalece la interpretación legal. Y en segundo lugar, la analogía judicial establecida anteriormente en la Ley 61 de 1886, sufre un vuelco a favor de la analogía legal, sin que del todo haya desaparecido aquella, pero ahora bajo el nombre de doctrina constitucional. Como se ve, se trata de una “jerarquía de analogías”: primero se impone aplicar la analogía legal y luego la judicial, por cierto con carácter obligatorio.”⁶⁸

Una consecuencia del carácter normativo de la jurisprudencia fue el establecimiento de una causal de casación por el desconocimiento de la doctrina legal prevista en el artículo 369 numeral 1 de la Ley 105 de 1890, ley que además modificó de manera cuantitativa el concepto de doctrina legal en cuanto indicó que *“es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de justicia realiza a unas misma leyes en dos decisiones uniformes.”*, con lo cual el concepto de doctrina legal se redujo de tres a dos decisiones uniformes.

El alcance de este concepto de doctrina legal se tornó rígido en cuanto a la posibilidad de ser modificado, a tal punto que se pensó que la variación de esta doctrina solo era posible por vía legislativa, y de allí que se hubiese expedido la ley 169 de 1896 que en su artículo 4 consagró: *“tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo*

⁶⁷ **ARTÍCULO 4.** Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos **ARTÍCULO 8.** Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. **ARTÍCULO 10.** En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.

⁶⁸ ROJAS BETANCOURTH, DANILO, *Jurisprudencia y precedente en Colombia debates de una transición inconclusa*, Bogotá, 2018 (Texto de un conferencia no publicado aún) pág. 4

punto de derecho constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varié la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

La nueva redacción añadió el adjetivo probable a la doctrina legal y dejó claro que la Corte Suprema podía variar la doctrina probable cuando la considerase errónea, con lo cual algunos indican que se dio paso al sistema de jurisprudencia libre.⁶⁹ Lo que sí resulta claro de esta modificación es que se flexibilizó la aparente rigidez del sistema de doctrina legal, de allí que a partir de esta modificación se convirtió en probable, lo que permitía su modificación posteriormente.

Siguiendo en este desarrollo histórico al profesor Rojas Betancourth,⁷⁰ tuvieron que pasar setenta años para que una nueva norma sobre el efecto normativo de la jurisprudencia fuera expedida, en el artículo 13 del acuerdo 2 de 1971-reglamento del Consejo de Estado-, al definir para efectos de lo señalado en el artículo 24 del decreto ley 528 de 1964 jurisprudencia como “*dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las salas o secciones.*”

En el año de 1989 el decreto ley 2304 incorporó al Código Contencioso Administrativo el recurso extraordinario de súplica, para revocar las decisiones de las diferentes secciones del Consejo de Estado que “*sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.*”

En estas circunstancias normativas fue expedida la Constitución Política de 1991, la cual dentro de su articulado no previó disposición alguna sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia, y quizás, por el contrario, el artículo 230 reiteró los orígenes continentales de nuestro sistema jurídico al precisar que: “*Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*”

⁶⁹ ARMENTA MAESTRA, KAREN VIVIANA. “Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia”, *Diálogos de Derecho y Política*, No. 13, ene-abril, Medellín, 2014, páginas 48-67

⁷⁰ *Ibidem*, ver pág. 5

Muy temprano la Corte Constitucional inició a estructurar y desarrollar la tesis del precedente judicial⁷¹-término hasta ese momento desconocido en nuestro sistema-, y en la sentencia C-104 de 1993 señaló el carácter unificador de las jurisprudencias de las altas cortes y la necesidad de garantizar la vigencia del principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución a través de una aplicación uniforme de la jurisprudencia, sin que de manera clara se precisara una conceptualización sobre el precedente en nuestro ordenamiento jurídico. Será en la sentencia SU-047 de 1999, en donde la Corte Constitucional sistematice por primera vez la noción de precedente, su alcance e impacto en el derecho colombiano, aludiendo a conceptos como los de *obiter dicta*, *ratio decidendi*.

Con posterioridad la Corte en la sentencia C-836 de 2001, reafirmó y profundizó el alcance de la vinculatoriedad de la jurisprudencia como fuente del derecho y la necesidad su coherencia en el marco de un Estado Social de Derecho.

En el desarrollo de esta línea de pensamiento jurídico, la Corte Constitucional profundizó en la implantación de un concepto de precedente vinculante relativo en nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual elaboró los conceptos de precedente vertical, horizontal, y las cargas de argumentación, transparencia que cualquier juez tiene el deber de asumir cuando se quiere apartar o separar del precedente vinculante.⁷²

Aunque aún persisten discusiones sobre el concepto y alcance del precedente, es posible concluir que a nuestro ordenamiento jurídico ya se integró el concepto de vinculatoriedad de la jurisprudencia como fuente formal del derecho y quizás la mejor prueba de ello es que el legislador ha incorporado en diversos textos legales el desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha consolidado tal y como de manera sintética se expuso.

⁷¹ Para una mejor comprensión de la relación entre los conceptos de doctrina legal, doctrina probable, jurisprudencia y precedente, se sugiere la lectura del artículo citado del profesor Danilo Rojas Bentacourth y las obras del profesor Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*, 2 ed., Bogotá, Legis, Universidad de los Andes, 2006, y *Los Eslabones del Derecho*, 1 ed., Bogotá, Legis, 2016.

⁷² Para profundizar en estos conceptos se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: sentencia SU-120/03, T-698-04, T-292-06, C-335-08, C-539-11, C-634-11, C-461-13, C-621-15, C-621-15, C-683-15, SU 406-16, SU 035-18.

En efecto, en el año 2010 se expidió la Ley 1395 de 2010, la cual en sus artículos 114⁷³ y 115⁷⁴ por primera vez incorporó en un texto normativo el concepto de precedente, con posterioridad la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) en sus artículos 10, 102, 269, 270, estableció una regulación sistemática del precedente jurisprudencial tanto de manera sustancial como procesal en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

No obstante lo anterior, un tema sobre el precedente y su aplicación ha pasado inadvertido tanto para la doctrina como para la jurisprudencia-al menos hasta no hace poco tiempo- y este es: la vigencia en el tiempo de las sentencias de unificación y los cambios jurisprudenciales.

En efecto, resulta extraño que, por ejemplo, la obra del profesor Diego López Medina cuyo eje central ha girado en torno al precedente y su implementación en nuestro orden jurídico, haya omitido de manera sistemática un análisis de este tópico que como se verá resulta relevante y tiene una incidencia directa en la vigencia de principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

3. La Teoría jurídica y la dogmática frente a la vigencia en el tiempo de los precedentes y los cambios jurisprudenciales.

En este apartado se analizarán algunos planteamientos teóricos que desde la teoría jurídica y la dogmática se han realizado para abordar el problema de la vigencia en el tiempo de los precedentes o los cambios jurisprudenciales.

⁷³ **ARTÍCULO 114.** *Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.*

⁷⁴ **ARTÍCULO 115.** *Facúltase a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4o de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares*

En primer lugar, debe indicarse que *prima facie* es posible establecer dos alternativas para solucionar el problema de la vigencia en el tiempo de los precedentes: de un lado que el precedente o su cambio tenga efectos retroactivos o que por el contrario sus efectos sean prospectivos, y entre estas dos opciones es posible construir posibilidades eclécticas que tomen aspectos de una u otra solución como se verá más adelante.

La solución retroactiva, supone que el precedente o su variación se aplican a todas las situaciones o actuaciones en curso, con independencia que al momento de haberse presentado la demanda o haberse iniciado la actuación administrativa no existiera el precedente o su variación.

Por el contrario, la solución prospectiva señala que la regla- o subregla según nuestra terminología local- solo se aplica a los hechos, actuaciones administrativas o procesos judiciales que se inicien con posterioridad a la misma.

Como se puede advertir, entre estos dos planteamientos existe una tensión entre principios y derechos que resultan determinantes en los estados democráticos constitucionales como lo son: la igualdad, la seguridad jurídica, la buena fe, la confianza legítima, justicia material, todos consagrados o derivados de la Constitución Política de 1991.⁷⁵

Quienes defienden que los precedentes o sus cambios deben tener una vigencia prospectiva, argumenta en su favor que los principios de seguridad jurídica e igualdad lo imponen, pues no es posible que se sorprenda a las partes en contienda dando aplicación una "regla" que no estaba vigente al momento en que el conflicto se presentó o se inició el proceso judicial. El derecho, argumentan, debe generar previsibilidad y estabilidad en las relaciones que se regulan por él, por lo que sorprender a los sujetos iría en contra de la esencia de la función del derecho y se desconocería la seguridad jurídica que no es un principio meramente formal, pues a él subyace la garantía de la autonomía de la persona, en la medida que un sujeto de derecho puede diseñar

⁷⁵ Para analizar los diversos argumentos para determinar los efectos prospectivos o retroactivos de los cambios de los precedentes ver SODERO, EDUARDO. "Sobre el cambio de los precedentes", *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Núm. 21, octubre, México, 2004, páginas 217-251 ver http://data.cervantesvirtual.com/manifestation/225903?_ga=2.85408529.961630440.1538965452-2140257823.1457341210.

un plan o proyecto de vida, una vez tenga certeza de las reglas claras que el derecho establece para desarrollarlo.

Además de lo anterior, el efecto prospectivo garantizaría la vigencia del derecho fundamental a la igualdad, toda vez que procesos iniciados bajo la misma regla por personas diferentes serán definidos bajo la misma *ratio* jurisprudencial.

A esta idea del efecto retrospectivo del precedente o su cambio, le subyace una postura de filosofía del derecho, según la cual el juez es creador del derecho y en no pocas ocasiones tienen una función constitutiva y no declarativa del derecho, de tal forma que cuando interpreta el derecho-o más técnicamente una disposición-el resultado final es una *norma* cuya vigencia solo puede regir relaciones jurídicas surgidas con posterioridad a su definición o establecimiento en la decisión correspondiente⁷⁶

En palabras de la profesora Gascón:

“Por otro lado, la tesis de la revocación prospectiva de los precedentes suele ser relacionada con la teoría creativa del derecho judicial. Esta teoría hace énfasis en el papel que juega la discreción del juez en el litigio, y, en pocas palabras, acerca de la facultad de crear derecho del poder judicial. Luego-se sostiene- “el nuevo criterio jurisprudencial” constituye de cierta manera, una nueva norma, por tanto, deber tener efectos prospectivos.”⁷⁷

Como más adelante se analizará, este planteamiento ha sido aceptado por lo menos en una decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado tal y como hasta ahora se ha indicado.

⁷⁶ para profundizar entre la distinción entre disposición y norma ver GUASTINI, RICARDO. *Nuevos Estudios sobre Interpretación Jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

⁷⁷ GASCÓN, MARINA. “La Racionalidad y El (auto) precedente: Breves consideraciones sobre el fundamento y las implicaciones de la regla del auto-precedente, BERNAL PULIDO, CAROS. BUSTAMANTE, THOMAS (EDS). *Fundamentos Filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pág. 93

Por el contrario, aquellos que plantean la necesidad de darle efectos retroactivos al establecimiento de un precedente o su cambio, arguyen que el derecho no puede ser estático y que resulta inherente a su función que se adapte a los cambios de la sociedad, y ofrezca nuevas respuestas a los conflictos o relaciones entre los diversos sujetos sobre los que opera el derecho. Precisan, que la justicia material debe primar sobre la seguridad jurídica en la medida en que el nuevo criterio al variar el anterior, pone en evidencia que resulta más acorde a la realidad jurídica el nuevo precedente, poniendo en evidencia las razones por las cuales el anterior no resulta satisfactorio o correcto jurídicamente, por lo que resultaría manifiestamente injusto decidir un caso con la convicción que el criterio a aplicar no es el más adecuado a la realidad social y jurídica.

Al igual que para la anterior postura, a este planteamiento de la aplicación retroactiva del precedente o su variación, le subyace una postura filosófica, que el profesor Danilo Rojas Betancourth sintetiza en los siguientes términos:

“En la perspectiva según la cual los jueces son intérpretes de normas jurídicas y, en esa medida, solo fijan sus alcances y efectos, se ha entendido que las reglas jurisprudenciales que extraen de sus decisiones son declarativas y no constitutivas y, por lo tanto, tienen la misma vigencia de las normas interpretadas; de allí que, cuando se observan cambios jurisprudenciales a partir de una reinterpretación de las normas vigentes, se considere implícitamente que la nueva regla jurisprudencial es aplicable tanto al caso por virtud del cual se realiza el cambio, como a los que se resuelvan con posterioridad, por respeto al precedente judicial, garantía derivada del derecho a la igualdad. Lo anterior aun cuando se trata de sentencias de unificación jurisprudencial cuya fuerza jurisprudencial es mayor en tanto cumplen la “función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable.”⁷⁸

Además de lo anterior, esta postura implica aceptar que existe un riesgo propio de todo sistema jurídico que se materializa en el cambio jurídico que una postura jurisprudencial puede tener y que se debe aceptar para que el sistema funcione de manera integral.

En la teoría las propuestas de solución a esta problema no han sido unívocas, ni su fundamentación similar, y por el contrario diríamos que pareciera no existir un consenso en torno a cuál es el mejor a camino a seguir.

⁷⁸ Rojas Bentancourth, Danilo, *Jurisprudencia y precedente en Colombia debates de una transición inconclusa* cit pág 20

Así por ejemplo el profesor Sodero, en el artículo citado, concluye después de un análisis de los dos planteamientos-efecto retroactivo, efecto prospectivo-, que no resulta plausible exigir una respuesta categórica y que por el contrario:

“más allá de la materia concreta que se trate, y de encuestas en la jurisprudencia y en la literatura, nuestra tesis es que ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir en qué será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa hic et nunc, a partir de ponderar “los méritos y deméritos en cada caso”(según la fórmula ya citada de “Linkletter V. Walker”), teniendo en claro que la cuestión no deber ser gobernada por concepciones metafísicas sobre la naturaleza del judge-made law, ni por el fetiche hacia algún dogma implacable como el de la división de poderes gubernamentales, sino (...) por el más profundo sentido de justicia, que exige evitar las “ consecuencias sustancialmente inequitativas.”⁷⁹

En contravía de este planteamiento, la profesora Gascón criticando el mismo, asume una postura diversa y propone un criterio definitorio sobre los efectos en el tiempo de los cambios jurisprudenciales en el concepto de *favorabilidad*.

En sus palabras:

“En conclusión, los efectos del cambio de la jurisprudencia se rigen por el principio de universalidad (que requiere retroactividad) y por el principio de seguridad jurídica (que requiere limitar la retroactividad cuando la aplicación del nuevo criterio conlleva consecuencias más restrictivas que la aplicación de precedente). Entonces, si el nuevo criterio es más favorable o menos restrictivo que el previo, este será aplicado retroactivamente. Si es menos favorable o más restrictivo, este será aplicado prospectivamente.”⁸⁰

Finalmente, no podía dejar de señalarse la experiencia de la Corte de Casación Francesa que decidió encargar a un renombrado profesor universitario, realizar un reporte sobre los efectos de los cambios jurisprudenciales y los mecanismos para reducir sus impactos, que concluyó con el

⁷⁹SODERO, EDUARDO. “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Núm. 21, cit pág 250 4

⁸⁰ GASCÓN, MARINA. “La Racionalidad y El (auto) precedente: Breves consideraciones sobre el fundamento y las implicaciones de la regla del auto-precedente, BERNAL PULIDO, CAROS. BUSTAMANTE, THOMAS (EDS). *Fundamentos Filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Cit pág. 93

Reporte Molfessis elaborado en el año 2004 y publicado en el año 2005,⁸¹ en el cual se concluyó que era recomendable como regla general que los cambios jurisprudenciales debían operar de manera retroactiva, sin embargo, para algunos supuestos era más plausible postergar los efectos del cambio jurisprudencial.

En un sintético trabajo realizado por Joaquín Zejalbo, se analiza este problema desde la perspectiva del derecho europeo continental donde se llega a la conclusión que la regla general es aplicación retroactiva de la jurisprudencia, norma que debe ser matizada en aquellos eventos en que se sacrifiquen valores con una especial protección constitucional.⁸²

4. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la vigencia de los cambios jurisprudenciales y las sentencias de unificación.

Tal y como lo indica el profesor Betancourth, en nuestro derecho históricamente la regla general ha sido la aplicación retroactiva de la jurisprudencia⁸³, pese a lo cual tal regla ha venido siendo objeto de análisis y estudio por parte de la jurisprudencia, en especial de la contenciosa administrativa, sobre la que en este apartado analizaremos su desarrollo reciente.

La moderación o modulación de esta regla general ha tenido su evolución a partir de la fuerza normativa que la Constitución de 1991 le dio a los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la igualdad, el debido proceso, la buena fe y la confianza legítima, vigorizados por los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

En los siguientes párrafos analizaremos diversas sentencias proferidas por el Consejo de Estado en las que ha abordado el tema de la vigencia en el tiempo de las sentencias de unificación y los cambios jurisprudenciales, agrupadas por diversos ejes temáticos.

⁸¹ *Les Revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Cavinet, LexisNexis, Paris, 2005.*

⁸² Para ver el trabajo consultar <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/retroactividad-jurisprudencia/>

⁸³ Rojas Bentancourth, Danilo, *Jurisprudencia y precedente en Colombia debates de una transición inconclusa* cit pág 24

Un primer grupo de decisiones abordaron asuntos de naturaleza *procesal* siendo quizás la sentencia hito la proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 27 de marzo de 2007⁸⁴, en la cual, desde la perspectiva procesal, se discutía si la acción procedente para reclamar la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías era la de reparación directa o la nulidad o restablecimiento del derecho, concluyéndose que la vía procesal adecuada era esta última, pese a lo cual señaló que los procesos que ya se hubieren iniciado bajo la cuerda procesal de la reparación deberían continuar su trámite y ser decididos de fondo, dando aplicación a los principios de seguridad jurídica y de acceso a la administración de justicia, con lo cual los efectos procesales de esta decisión tuvieron el carácter de prospectivos. Con posterioridad esta tesis se reiteró por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado.⁸⁵

En esta misma línea de pensamiento respecto de aspectos procesales y la aplicación prospectiva del precedente o su variación, la Sección Quinta del Consejo de Estado⁸⁶ en sede de Juez de tutela amparó los derechos fundamentales del accionante, a quien el Tribunal Administrativo del Valle le había declarado la nulidad del proceso por falta de jurisdicción, dando aplicación a la sentencia de unificación del 18 de abril de 2013 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado y según la cual cuando se pacte en un contrato estatal una cláusula compromisoria solo es posible deshacer la misma por un documento escrito que deje sin efectos la mencionada cláusula, variando la postura anterior de la derogatoria tácita de la disposición compromisoria cuando presentada la demanda por una de las partes, la contraparte contesta la demanda sin proponer la excepción de la existencia de la cláusula compromisoria.

La Sección Quinta consideró que la variación de la tesis proferida por la Sección Tercera en la sentencia del 18 de abril de 2013 debía tener efectos prospectivos, es decir, que se aplicaba para supuestos acaecidos con posterioridad a su expedición y que como en el caso objeto de estudio, la demanda se había presentado con fecha anterior a la providencia de unificación, no era posible haberla aplicado, con lo cual se vulneró el derecho fundamental al Debido Proceso debiéndose ordenar dejar sin efectos el auto en el que el Tribunal Administrativo del Valle declaró de nulidad y procediendo a definir de fondo el asunto.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de marzo de 2007. C.P. Ruth Estella Correa, radicado 760001233100020000251301.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 04 de marzo de 2011. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957)

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de marzo de 2015, C.P. Susana Buitrago Valencia. Radicación 11001-03-15-000-2015-00031-00

En la citada providencia para justificar la decisión se indicó:

“La variación de dicha regla afectó no solo la comprensión que la comunidad tenía respecto de la renuncia tácita al pacto arbitral sino consecucionalmente, a los procesos en curso, en los que se declaró, como en el sub examine, nulidad por falta de jurisdicción. Claramente se modificó la situación jurídica que la propia jurisdicción contenciosa venía aplicando a casos análogos y quebrantó la confianza y seguridad jurídica que se tenía sobre el particular.

La garantía que el principio perpetuatio jurisdictionis protege en el sub iudice recae en el respeto de la certeza que se tenía sobre la jurisdicción a la que correspondía resolver el conflicto derivado del contrato estatal, ante una determinada eventualidad concretada en la renuncia tácita a la cláusula compromisoria, pues ésta se sustentaba en un precedente jurisprudencial imperante al momento de presentación de la demanda.

Sin bien es cierto la nueva tesis de la Sección Tercera plantea también una sub regla jurídica en materia de jurisdicción, también lo es que ésta no tiene la entidad suficiente para modificar, como lo haría el contenido de una ley, el alcance de lo que constituye “jurisdicción”, luego no puede afectar aquello que el referido principio pretende proteger.

Significa lo anterior, que el abrupto cambio jurisprudencial, no debió afectar a aquellas demandas que se interpusieron en ejercicio de la acción de controversias contractuales antes del auto de unificación y en las que no se propuso como excepción la de “cláusula compromisoria”, puesto que estas se incoaron en el momento en que la jurisprudencia aceptaba la referida renuncia tácita.”

Dos ejemplos adicionales nos ayudaran a entender los criterios manejados por el Consejo de Estado respecto del punto en análisis, el primero se materializó en la sentencia del 01 de agosto de 2017⁸⁷, en la cual al resolver un recurso extraordinario de revisión en el cual uno de los temas centrales era la caducidad de la acción, encontró que la Sección Tercera había aplicado un criterio que no estaba vigente al momento de presentarse la demanda, que hacía variar el inicio

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No 6, providencia del 1 de agosto 2017, C.P. Carlos Enrique Moreno. Radicación: 11001-03-15-000-2016-03181-00

del cómputo del plazo de la caducidad, pues inicialmente esta sección interpretó que el registro presupuestal perfeccionaba el contrato estatal y por ende desde allí se debía empezar a contar el plazo y con posterioridad varió su postura para afirmar que bastaba la firma del contrato estatal por las partes para entenderlo perfeccionado, por lo que desde allí debía contarse el término, por lo cual estimó la Sala Especial de Revisión, que para efectos de la caducidad debía aplicarse la tesis vigente al momento de presentarse la demanda, lo que es lo mismo que señalar que la variación del precedente tiene efectos hacia el futuro, porque: *“cuando hay una interpretación dada por el órgano de cierre, relacionada con el momento a partir del cual se comienza a contar, es claro que ese precedente es obligatorio hasta que sea formalmente modificado, y por tanto no se puede de manera posterior aplicar un cambio interpretativo, puesto que eso no solo afecta la seguridad jurídica, sino el acceso a la administración de justicia y el derecho a la igualdad.”*

El segundo caso, es el relacionado con la capacidad procesal de los consorcios y uniones temporales para concurrir al proceso de manera directa sin necesidad de vincular a los miembros integrantes de estas figuras asociativas. Hasta el año 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostenía que los consorcios y uniones temporales no tenían capacidad para comparecer al proceso, por lo que debía demandarse a las personas naturales o jurídicas integrantes de los mismos, so pena de que se proferiera una sentencia inhibitoria, lo que cambió con la sentencia del 25 de septiembre de 2013⁸⁸, en la cual se precisó que los consorcios y las uniones temporales si tenían capacidad procesal por lo no había lugar a decisiones inhibitorias y sobre estos contratos de asociación podían recaer directamente pretensiones, cambio jurisprudencial que se aplicó de manera retroactiva.

Un segundo grupo de decisiones se concentraron en asuntos de naturaleza *laboral*, en especial se abordó el tema del ingreso base liquidación y los factores salariales a tener en cuenta respecto a las personas que era beneficiarias del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues existían dos tesis opuestas; de un lado, la Corte Constitucional, en especial desde la sentencia SU-230-15, sostenía que las personas que era beneficiarias del régimen de transición se les debía aplicar el ingreso base de liquidación-IBL- conforme a la Ley 100 de 1993, es decir con el promedio de los devengados en los últimos 10 años y teniendo solo en cuenta los factores salariales sobre los que se habían realizado cotizaciones; de otra parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado sostenía que el IBL era el del régimen anterior, es decir, el promedio de lo devengado en el último año y sobre la totalidad de factores devengados en ese año, con independencia de si sobre los mismos se había o no realizado cotizaciones.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo. Radicación 25000-23-26-000-1997-13930-01.

En el contexto de esta discusión se profirieron varias sentencias que analizaron el tema de la vigencia en el tiempo de los cambios jurisprudenciales, en razón de múltiples tutelas que se presentaron contra decisiones judiciales de los Tribunales Administrativos.

Así, en sentencia del 26 de septiembre de 2016⁸⁹, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sede de tutela señaló que la *ratio iuris* de la sentencia SU-230-15 solo aplicaba para demandas presentadas con posterioridad a esta decisión, es decir, después del 29 de abril de 2015, con lo que se precisaba que esta decisión tenía efectos prospectivos y en consecuencia demandas presentadas con anterioridad eran decididas con fundamento en la tesis de la Sección Segunda y las iniciadas con posterioridad con la tesis de la Corte. En esta misma línea la Sección Cuarta profirió varias decisiones⁹⁰, siendo el principal argumento el indicar que la regla establecida en la SU-230-15 era una fuente formal del derecho y en consecuencia regía con las leyes hacia el futuro.

Por su parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sede de tutela a través de la sentencia de 15 de diciembre de 2016⁹¹, y en contra de la tesis de la Sección Cuarta, señaló que la sentencia SU-230- de 2015, era aplicable a todos los procesos en curso, pues la decisión de la Corte tenía efectos inmediatos sin que ellos supusiera vulneración a derecho alguno, toda vez que mientras un proceso está en curso el actor tan solo tiene una mera expectativa y no un derecho, el cual solo se consolida cuando la decisión final queda ejecutoriada.

En una sentencia particular⁹², una sala de revisión de la Corte Constitucional dando alcance a la vigencia en el tiempo de la SU-230 de 2015, planteó una nueva hipótesis de vigencia de la regla contenida en la mencionada decisión, según la cual el precedente aplicable era el que estaba vigente al momento en que se causó el derecho, es decir, cuando se cumplieron los requisitos de edad y tiempo. No obstante, la Sala Plena de la Corte Constitucional por auto 229 del 10 de mayo de 2017 declaró la nulidad de esta providencia por desconocer los mandatos de la sentencia C-258-13 y SU-230 de 2015.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 26 de septiembre de 2016, C.P. Jorge Octavio Ramírez. Radicación 1100010315000201600038.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 13 de diciembre de 2017, Rad.11001031500020170145401 Tutela, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 07 de diciembre de 2016 Rad.11001031500020160263600- Tutela.

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2016, Rad.11001031500020160134401- Tutela.

⁹² Sentencia T-615-16.

Como se debe haber advertido, existían múltiples criterios sobre la vigencia en el tiempo de la sentencia SU-230 de 2015, pues para algunos tenía efectos inmediatos, pero para otros el efecto era prospectivo, situación que vino a ser definida en reciente sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁹³, en la cual acogiendo la tesis de la Corte Constitucional sobre el ingreso base de liquidación, precisó los efectos en el tiempo de esa decisión en los siguientes términos:

“115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.”

Si bien esta decisión tiene un efecto vinculante fuerte en razón de la autoridad de quien la expidió, debe precisarse que no profundizó en las razones por las cuales debían prevalecer los efectos retroactivos sobre los prospectivos, dejando de considerar por lo menos un regla de relevancia constitucional como más adelante se explicará.

Para finalizar el grupo de decisiones que han analizado en asuntos laborales los efectos en el tiempo de los cambios jurisprudenciales, debe indicarse que en un esfuerzo loable la Sección Segunda del Consejo de Estado ha proferido en este año una serie de decisiones de unificación⁹⁴ sobre temas en donde se presentaban diversas tesis, unificando las discrepancias en estos temas, y en todas ellas, con mejor argumentación que la sentencia de la Sala Plena recién indicada, ha precisado que los efectos en el tiempo de las mismas son de naturaleza retrospectiva, pero reconociendo que en ciertos casos y supuestos los efectos podrían ser prospectivos.

⁹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, C.P. César Palomino Cortés. Rad 52001-23-33-000-2012-00143-01.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena Sección Segunda, sentencias del 1 de marzo de 2018, radicado CE-SUJ-SII-009-2018, 12 de abril de 2018, radicado CE CE-SUJ-SII-010-2018, 18 de julio 2018, radicado Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018.

Se lee en la decisión:

“219. Así mismo, las diferentes Salas de esta Corporación han dado aplicación al precedente de forma retroactiva. Y solo en algunos casos, se determinó que la nueva regla aplicaba hacia el futuro, de manera que los casos anteriores debían definirse por los criterios vigentes. Estos son entre otros: i) en materia de comparecencia al proceso por parte de la Fiscalía General de la Nación a través del director ejecutivo de administración judicial o de la propia fiscalía⁹⁵; ii) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 7 y 39 de la Ley 617 de 2000, el alcance de la aplicación de los principios pro homine y pro electoralem en materia electoral y los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos⁹⁶.

220. En ese orden, se concluye que la regla general es la retrospectividad de la jurisprudencia (retrospective overruling, adjudicative retroactivity) y que la excepción es la prospectividad (prospective overruling). Esta última hipótesis presupone la aplicación de un juicio de ponderación, que permita determinar cuál es la decisión que más efectiviza los principios constitucionales.

221. Ahora bien, a efectos de definir cuándo es procedente dar efectos prospectivos a una sentencia, es necesario tener en cuenta el caso «Desist v. United States»⁹⁷, donde la Corte recuerda que desde “Linkletter”, quedó establecido que la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retrospectivo para decisiones que contengan nuevas reglas constitucionales en materia de juicios criminales, siempre ha considerado la retroactividad o irretroactividad de tales decisiones en función de tres factores, “recientemente reseñados en Stovall v. Denno, 388 U.S. 293”, que importan tener en cuenta: a) el fin al cual sirven los nuevos standards, b) el grado de confianza sobre los viejos standards, y c) el efecto sobre la administración de justicia de la aplicación retroactiva de los nuevos standards»⁹⁸

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Auto del 25 de septiembre de 2013. Radicación: 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420).

⁹⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 7 de junio de 2016. Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00 (2015-00051).

⁹⁷ 394 U. S. 244 (1969). Citada por Eduardo Sodero. «Sobre el cambio de los precedentes». Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/>.

⁹⁸ Eduardo Sodero. «Sobre el cambio de los precedentes».

222. Por su parte, esta Corporación en reciente decisión defendió la prospectividad del precedente cuando⁹⁹: i) las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas.”

Es esta entonces la postura consolidada de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el asunto que hemos venido analizando, que valga la pena desde ahora resaltar si bien es similar al de la Sala Plena, difiere en cuanto reconoce las excepciones a la aplicación retrospectiva del precedente, señalando algunas reglas para la identificación de estas excepciones.

Un tercer grupo de casos, se corresponden con asuntos de índole *electoral*, en las cuales la Sección Quinta del Consejo de Estado ha fijado unas posturas y planteamientos consistentes en torno al tema de los efectos en el tiempo de las sentencias que modifican posturas jurisprudenciales sobre inhabilidades.

Tres decisiones han indicado que la reinterpretación de una causal de inhabilidad realizada a través de una sentencia en la Sección Quinta que suponga una modificación a la regla que se venía sosteniendo tiene vigencia para procesos, hechos o actuaciones ocurridas con posterioridad a las respectivas decisiones judiciales, con lo cual el efecto otorgado a estas decisiones es de carácter prospectivo.

En sentencia del 12 de septiembre de 2013¹⁰⁰, la Sección Quinta al analizar la prohibición de la doble militancia prevista en la Ley 1475 de 2011 como causal de nulidad de los actos electorales, estableció que la vulneración de esta prohibición configuraba la causal de nulidad del acto administrativo de naturaleza electoral, pese a lo cual estimó que en el caso a decidir no podía aplicarse esta postura, pues su desarrollo y consolidación jurisprudencial solo ocurrió años

⁹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 08001233300020130044-01. Auto del 25 de septiembre de 2017.

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 12 de septiembre de 2013, C.P. Alberto Yepes Barreiro, rad 250002331000201100775-02

después de los hechos y actos que eran objeto de juicio, por lo que en aplicación del principio de confianza legítima y el derecho a elegir y ser elegido, los efectos de la sentencia se debían aplicar hacia el futuro, es decir, prospectivos.

En los términos de la decisión:

“Lo discurrido obliga a concluir que los efectos de este fallo en cuanto al actual entendimiento de la figura, no pueden tener efectos, más allá, de los académicos, so pena de desconocer la confianza legítima del Estado Juez y el derecho fundamental a ser elegido de quien hoy ostenta la calidad de demandado.”

Con posterioridad, en sentencia del 26 de marzo de 2015 la misma sección¹⁰¹, al analizar los extremos temporales de la inhabilidad prevista en el artículo 179 numeral 5 de la Constitución, indicó que la misma se entenderá configurada desde el día de la inscripción hasta día que efectivamente se declare la elección, modificando la lectura anterior, por lo que determinó que la misma no era aplicable al presente asunto, pues al momento de la elección el criterio jurisprudencial era otro, lo cual atentaría contra el principio de confianza legítima al ser un cambio abrupto e imprevisto, y en consecuencia utilizó la figura de *jurisprudencia anunciada*, y en la parte resolutive de la sentencia preceptuó:

“SEGUNDO: ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia respecto del entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 179 Constitucional tendrán aplicación desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes, es decir, las concernientes al período 2018-2022.”

Lo anterior constituye un claro ejemplo de aplicación prospectiva de un cambio o modificación jurisprudencial.

Para finalizar este grupo de providencias, en sentencia del 07 de junio de 2016¹⁰², la Sección Quinta consolidó esta línea jurisprudencial, al definir un asunto en el cual se modificó el extremo temporal de la incompatibilidad prevista para los alcaldes y gobernadores señalados en los

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro, rad 11001032800020140003400

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 7 de junio de 2016, C.P. Alberto Yepes Barreiro, rad 110010328000201500051

artículos 31.7, 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, señalando que el nuevo alcance de la norma no podía operar para el asunto que era objeto de análisis y su aplicación sería prospectiva.

Por último, analizaremos un grupo de sentencias que en principio no podríamos etiquetar en un tema específico, y que tal vez las deberíamos ubicar como de *derecho sustancial*, y para ello, en primer lugar, resulta relevante la sentencia proferida el 08 de junio de 2017 por la Sección Primera¹⁰³ al resolver la segunda instancia de un proceso por pérdida de investidura determinó que no se configuraba la causal alegada porque al momento en que el demandado se inscribió lo hizo con fundamento en una tesis jurisprudencial que entendía que las circunscripciones departamental y municipal no coincidían, por lo que el cambio jurisprudencial acaecido con posterioridad, que entendió que las circunscripciones si coinciden, no puede justificar la imposición de una sanción como la pérdida de investidura, dando aplicación al principio de confianza legítima y dándole efectos prospectivos al cambio de jurisprudencia indicado.

En una sentencia que resulta particularmente especial por abordar el tema que se ha venido estudiando desde la perspectiva del derecho de daños¹⁰⁴, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, estableció que los perjuicios derivados de la muerte de una persona dedicada a las actividades del hogar excedían el solo perjuicio material del costo de pagar una persona que atendiera estas actividades materiales, y que incluía las actividades personalísimas de cuidado, afecto englobando en el concepto de *responsabilidades domésticas* el daño a indemnizar que supone una afectación al derecho a tener una familia, por lo que además del daño material se debe indemnizar la afectación a este derecho constitucional, pese a lo cual en el asunto que era objeto de análisis decidió no condenar al pago de este perjuicio con la redefinición señalada, en razón que *“comoquiera que esta sentencia de unificación comporta una modificación jurisprudencial que tendría efectos en la tasación y liquidación de nuevos perjuicios frente a los cuales no operó el principio de contradicción, la Sala empleará la figura de la jurisprudencia anunciada y, por tal motivo, esta alteración del precedente solo será aplicable a los procesos que se inicien con posterioridad a esta providencia, en aras de garantizar los principios constitucionales al debido proceso y a la defensa de las entidades y sujetos demandados ante esta jurisdicción.”*

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 08 de junio de 2017, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, rad 44001233300220160009601

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 27 de junio de 2017, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicado 50001-23-31-000-2000-30072 01(33945).

La Sección Tercera del Consejo de Estado, subsección C en sentencia proferida el 27 de junio de 2017¹⁰⁵, al analizar la nulidad de un acto administrativo que había declarado la caducidad de un contrato estatal por fuera del plazo de ejecución contractual, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que al momento de expedirse el acto cuestionado, la tesis jurisprudencial vigente permitía declarar la caducidad a pesar de estar finalizado el plazo de ejecución, planteamiento que fue variado con posterioridad, señalando que el acto que declara la caducidad solo puede ser proferido dentro del término de ejecución contractual, pero que tal circunstancia no era relevante en el presente asunto, porque esta última decisión tenía efectos prospectivos.

En la mencionada decisión, para fundamentar la tesis de los efectos prospectivos de la sentencia se indicó:

“4.4.- Esta Sala considera que una razonable aproximación a esa problemática desde un enfoque basado en derechos impone asumir una premisa fundamental: las buenas razones que impulsan el progreso del pensamiento jurídico, por la vía del cambio de jurisprudencia, no justifican que a costa de tal evolución sea legítimo y proporcional el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente. Así, aun cuando no existe un derecho subjetivo de persona alguna de impedir la evolución y cambio de las soluciones que provea el derecho de fuente jurisprudencial, si es razonable demandar que tales mutaciones sean respetuosas de los derechos subjetivos de los justiciados.

4.5.- Entonces, la garantía de los derechos individuales en el marco de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales lleva a afirmar por regla general que todo cambio de jurisprudencia que altera de manera sustantiva el contenido y alcance de las competencias estatales, de los derechos de las personas o los mecanismos de protección de los mismos, necesariamente debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, esto es, que de manera insita se encuentra envuelto en él su radio de acción temporal o *ratione temporis* gobernando las situaciones problemáticas que se susciten a partir de la fecha posterior a su adopción,

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 04 de septiembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio, rad. 68001-23-31-000-2009-00295-01

lo que excluye cualquier suerte de aplicación retroactiva¹⁰⁶ del nuevo criterio jurisprudencial¹⁰⁷.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se advierte, en esta decisión una subsección en su totalidad adopta como regla general la vigencia prospectiva de los cambios jurisprudenciales, desarrollando los argumentos que justifican tal postura.

Analizadas las sentencias del Consejo de Estado que han abordado el tema objeto de estudio, corresponderá intentar conceptualizar los planteamientos realizados en estas providencias, para deducir de ellas, si es posible, unas reglas que permitan dar luz al desarrollo de un tema tan complejo que supone una tensión permanente entre principios y valores constitucionales relevantes para la aplicación del derecho.

5. Conceptualización de las decisiones del Consejo de Estado, reglas judiciales y análisis crítico.

Tal y como se indicó al inicio de este artículo, las posturas teóricas frente al tema de la vigencia en el tiempo de los cambios jurisprudenciales podía tener tres soluciones a saber: El efecto retroactivo-hacia el pasado-, el efecto prospectivo-hacia el futuro-, y el efecto ad-hoc, es decir que será en cada caso el juez quien defina si el efecto del cambio será retroactivo a prospectivo.

¹⁰⁶ Entendiendo por norma retroactiva aquella que trae nuevas consecuencias jurídicas a sucesos ocurridos antes de su existencia.

¹⁰⁷ “Diríamos que es normal que una ley opere hacia el futuro, y que puede discutirse que no debería operar de modo distinto; pero habría cierta falta de persuasión oculta en la afirmación de que la retroactividad viola la propia naturaleza del derecho. No obstante, basta con imaginar un país en el que todas las leyes sean retroactivas para ver que la retroactividad presenta un problema real para la moralidad interna al derecho. si suponemos que hay un monarca absoluto que permite que su reino exista en un estado de cosas de anarquía permanente, difícilmente diríamos que podría crear un régimen de derecho simplemente promulgando leyes para subsanar irregularidades pasadas que confieren legalidad a todo lo que ha pasado hasta el presente y anunciando su intención de proferir leyes similares en el futuro cada seis meses.

Un aumento general en la apelación a leyes para subsanar irregularidades jurídicas pasadas representa un deterioro en aquella forma de moralidad jurídica sin la cual el derecho mismo no puede existir. La amenaza de tales leyes pesa sobre todo el sistema jurídico y le arrebató algo de su significado a cada ley que está en los libros. Y ciertamente una amenaza general de este tipo se halla implícita cuando el gobierno está dispuesto a usar tal estatuto cuando el gobierno está dispuesto a usar tal estatuto para transformar en una ejecución legal aquellos que fue simplemente un asesinato en el momento en el que ocurrió” FULLER, Lon. El positivismo y la lealtad frente al derecho, una respuesta al Profesor Hart. En: El debate Hart-Fuller (HART & FULLER), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pág. 126-127.

Lo primero que importa resaltar, es que no existe una norma jurídica derivada de un texto normativo que nos imponga el efecto a aplicar en el tiempo de las sentencias de unificación o los cambios jurisprudenciales, por lo que ha sido la jurisprudencia quien ha definido esta situación a través de diversas sub reglas jurisprudenciales como ya lo hemos descrito.

Tal vez la única norma que dispone un mandato sobre los efectos en el tiempo de las decisiones judiciales es el artículo 45¹⁰⁸ de la Ley 270 de 1996, que señala que las sentencias de la Corte Constitucional producen efectos hacia el futuro a excepción que la propia Corte disponga otra cosa, disposición que no fue tenida en cuenta en ninguna de las decisiones analizadas, ni siquiera para invocar una eventual aplicación analógica.

Tampoco en las decisiones estudiadas se pretendió dar aplicación a las normas que rigen la vigencia en el tiempo de la Ley, pues se puede inferir de las decisiones que la vigencia en el tiempo de las decisiones judiciales no puede seguir la misma lógica de los textos normativos, pues aquellas siempre presuponen la existencia de una norma previa a partir de la cual surge la nueva interpretación jurisprudencial.

Podríamos afirmar que del plexo de decisiones analizadas, al interior del Consejo de Estado ha tomado mayor relevancia la idea que las sentencias de unificación y los cambios jurisprudenciales tienen por regla general un efecto retroactivo o para algunos retrospectivo, lo cual significa que una vez proferida la decisión, la misma debe aplicarse a todas las actuaciones en curso, sean administrativas o judiciales, sin que con ello se vulnere el principio de la seguridad jurídica o el derecho fundamental a la igualdad.

Lo anterior puede concluirse a partir que en reciente decisión de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹⁰⁹ al estudiar la vigencia en el tiempo la nueva regla jurisprudencial establecida se concluyó que el efecto debía ser retroactivo, con lo cual el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa integrado por todos los miembros de la Consejo de Estado con funciones judiciales, fijaron una sub regla judicial que indica que los cambios jurisprudenciales y las sentencias de unificación producen efectos retroactivos.

¹⁰⁸ ARTÍCULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.

¹⁰⁹ Ver cita 30

Además de lo anterior, las diversas secciones del Consejo de Estado en las sentencias analizadas optaron mayoritariamente por los efectos retroactivos, con excepción quizás de la sentencia del 4 de septiembre de 2017, proferida por la subsección C de la Sección Tercera¹¹⁰ que se inclinó por los efectos prospectivos.

Si bien es cierto la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no ofreció mayores argumentos para justificar su decisión de dar efectos retroactivos a su decisión, de las diversas sentencias que asumieron esta postura y en especial de las sentencias de unificación de la sección segunda¹¹¹ podemos extraer estos argumentos así:

La vigencia en el tiempo de una interpretación judicial sigue la misma vigencia en el tiempo de la norma que es interpretada, de tal forma que cuando un juez varía una postura jurisprudencial lo hace respecto de una norma jurídica que se encontraba vigente con anterioridad a los hechos que son objeto de decisión y por ende no es cierto que se de aplicación retroactiva, porque, se reitera, la norma interpretada preexiste al conflicto.

La protección de la Constitución de 1991 se concreta respecto de los derechos adquiridos conforme lo indica el artículo 58 de la Constitución, por lo que esta protección no resulta aplicable a los cambios jurisprudenciales que afecten procesos en curso, toda vez que en estos casos, las partes del proceso no tiene un derecho adquirido, ni mucho menos una situación consolidada, y la mejor prueba de ello es que existe un debate judicial no concluido, razón por la cual la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial al proceso en trámite no vulnera derecho alguno.

El derecho no puede ser petrificado, y por el contrario su estructura debe permitir adecuarse al cambio social y las nuevas exigencias del contexto en el que se aplica, por lo que admitir una vigencia prospectiva supone ir contra la esencia del derecho en su función de regular la sociedad en la que se aplica.

La historia de nuestro sistema y ordenamiento jurídico ha sido consistente en entender que la jurisprudencia en cuanto descubre un significado de una norma que preexistía, rige de manera inmediata para los procesos en curso.

¹¹⁰ Ver cita 4 |

¹¹¹ Ver cita 3 |

No obstante haberse definido esta regla general de los efectos retroactivos o si se quiere por algunos retrospectivos de los cambios jurisprudenciales, al interior de las decisiones del Consejo de Estado esta regla ha encontrado algunos matices, o dicho de otra manera, se han desarrollado excepciones en las cuales el efecto aplicado es el prospectivo.

En estos supuestos, evidentemente, la tensión entre la justicia material y la legalidad como principios que subyacen a la idea de los efectos retroactivos de estos cambios deben ceder a favor de otros valores o principios constitucionales, que en el asunto concreto tienen un mayor peso y que exigen la aplicación de la nueva sub regla jurisprudencial para hechos acaecidos con posterioridad.

Una primera excepción se encuentra en aquellos supuestos donde la nueva *ratio* o regla jurisprudencial es de índole *procesal*, eventos en los cuales la misma se aplica para situaciones o hechos ocurridos con posterioridad a la decisión judicial que contiene la nueva regla procesal, y ello se explica en razón de la vigencia del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, pues imponer un requisito de índole procesal que no existía al momento de presentarse la demanda implica restringir la posibilidad que la controversia sea definida desde el punto sustancial, y en consecuencia la mejor forma es dar un efecto prospectivo a la sentencia que establece el nuevo requisito procesal.

A título de ejemplo podemos señalar aquellos asuntos en que se discute el tipo de acción o medio de control que debió adelantarse para resolver la controversia, o la forma de contabilizar el término de caducidad, o incluso la forma de acreditar algún hecho que fue establecido por una sub regla jurisprudencia, el efecto en el tiempo deberá ser prospectivo.

La segunda excepción, hace relación a los asuntos de naturaleza electoral en los cuales la nueva regla jurisprudencial (re)interpreta el alcance de una inhabilidad, incompatibilidad o prohibición, pues en estos supuestos la necesidad del efecto prospectivo no deviene solo del principio de confianza legítima como lo reseñan las sentencias antes descritas, sino que adicional a este valor, el efecto prospectivo se impone en estos casos como salvaguarda del *principio democrático*, en la medida que los servidores de elección popular fueron elegidos por el sistema democrático que constituye uno de los elementos definitorios de nuestra organización política y en consecuencia adquiere un peso de mayor relevancia frente a la regla general del efecto retroactivo, debiéndose

en consecuencia aplicar para hechos hacia el futuro, a través de lo que la Sección Quinta ha denominado la *jurisprudencia anunciada*.

Y aunque no se conoce de un antecedente jurisprudencial respecto de un supuesto de inhabilidad (re)interpretado en un servidor público no elegido por elección popular, creemos que también aplicaría el efecto prospectivo, dándose primacía al derecho fundamental de *acceso a los cargos públicos y al ejercicio del poder político*.

Una tercera excepción se materializa en los supuestos del derecho sancionador, en los cuales la nueva regla jurisprudencial resulta más perjudicial para la persona que es objeto del *ius puniendi*, tal y como se mostró en el caso de pérdida de investidura que se analizó anteriormente¹¹², eventos en los cuales el efecto prospectivo también encuentra su fundamentación en un principio constitucional que además constituye una meta regla de interpretación: *el principio de favorabilidad* establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En estos tres eventos, el derecho de acceso a la administración de justicia, el principio democrático y el principio de favorabilidad se imponen en el ejercicio de ponderación frente a los principios de legalidad y universalidad, exigiendo la aplicación de los efectos prospectivos cuando quiera que nos encontremos en uno de estos supuestos.

Hasta aquí podríamos señalar el estado del arte de las posturas jurisprudenciales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en torno a la vigencia en el tiempo de los cambios jurisprudenciales y las sentencias de unificación.

Para terminar, resulta oportuno realizar algunas reflexiones finales frente al tema que hemos venido analizando, a efectos de generar algunos planteamientos y propuestas para el debate y la discusión.

Un primer aspecto que resulta relevante para el caso o los supuestos de *naturaleza laboral*, es la omisión tanto de la Sección Segunda como la Sala Plena de lo Contencioso en analizar la incidencia del principio de *favorabilidad laboral* previsto en el artículo 53 de la Constitución de 1991 en la determinación de los efectos de un cambio jurisprudencial laboral que resulta regresivo, o si se quiere, menos favorable, pues *prima facie*, resultaría fácil concluir en una interpretación

¹¹² Ver cita 40.

maximalista del principio de favorabilidad laboral que la definición del efecto prospectivo o retroactivo estaría supeditado a que uno u otro efecto redundara en beneficio del trabajador, punto sobre el cual, se reitera, nada se indicó en las providencias analizadas.

En segundo lugar, en las sentencias de unificación de la Sección Segunda siguiendo los planteamientos realizados en un auto de ponente del despacho del entonces consejero de estado Dr Danilo Rojas Betancourth,¹¹³ se señalan, en un ejercicio académico, tres supuestos en los cuales se considera que deben operar los efectos prospectivos de los cambios jurisprudenciales así:

-las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción

- lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso;

-El cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas.

Si bien es cierto no se conoce un caso en el cual se haya dado aplicación a uno de estos supuestos, del análisis de los mismos se puede advertir que en el evento que sean aplicados en los términos planteados, la regla general serían los efectos prospectivos y no los retroactivos.

En efecto, son muchos los eventos en los cuales la tesis del litigio se centra en una postura jurisprudencial que constituye el eje central de la argumentación del demandante, luego conforme a la excepción planteada por la Sala Plena de la Sección Segunda, por esta razón, el efecto debería ser prospectivo, pese a lo cual este planteamiento no fue desarrollado en la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que resolvió el asunto de la reliquidación pensional, donde el eje central de la demanda se basaba en la tesis jurisprudencial plasmada en la sentencia del 04 de agosto de 2010, a pesar que la totalidad de los magistrados de la sección segunda intervinieron en dicha decisión.

¹¹³ Ver cita 36

De la misma manera, la tercera excepción según la cual, cuando el cambio jurisprudencial opere en un etapa procesal en la cual no sea posible reconducir las pretensiones o replantear la defensa, los efectos del cambio deberían ser prospectivos, con lo cual en la práctica la mayor parte de los efectos de la decisión serían prospectivos, si se tiene en cuenta que una vez agotada la fase escrita del proceso contencioso administrativo, ya no es posible modificar o reformar la demanda, sumado a la circunstancia que una misma decisión judicial tendría los efectos prospectivos para los procesos que ya superaron la fase escrita, por ejemplo están al despacho para fallo, y retroactivos para los que no han agotado esta fase.

Como se puede visualizar, la lógica de estas excepciones planteadas como discurso en las sentencias de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado no parecen corresponder con la idea que subyace a los asuntos decididos por las otras secciones del Consejo de Estado que han definido la regla general de los efectos prospectivos para los asuntos de naturaleza procesal, electoral-inhabilidades y sancionatorio conforme se analizó, por lo que se hace necesario que exista una armonización entre los diversos discursos para generar una línea clara que no se preste a confusiones.

Todo el análisis hasta ahora realizado se ha centrado en la determinación de los efectos prospectivos o retroactivos de los cambios jurisprudenciales, pese a lo cual resulta claro que siempre en un cambio jurisprudencial va existir una transición que genera algún grado de modificaciones a las actuaciones o situaciones en curso, y que de una u otra manera tiene un impacto en la seguridad jurídica y la confianza legítima como valores protegidos por el orden jurídico.

En este orden de ideas, es posible que empecemos a plantear o desarrollar ideas, que mitiguen o reduzcan el impacto de los cambios jurisprudenciales y para ello quizás sea oportuno analizar soluciones o planteamientos que tengan un impacto en el *antes* de la decisión, pues hasta ahora solo hemos pensado en el *después* de la misma.

A título de ideas para ser tenidas en cuenta y que exploren un camino nuevo, podría pensarse en exigir una mayoría calificada para los cambios jurisprudenciales en las altas cortes, de tal forma que se garantice que un solo voto, como sucede en no pocos casos, termine imponiendo un cambio en las reglas jurídicas.

De la misma manera, se podría imponer como aplicación de los principios de transparencia y participación, que una vez se determine que hay la posibilidad de realizar un cambio jurisprudencial o proferir una sentencia de unificación, se abra al interior de la Corte o Consejo un espacio para que los diversos actores del tema en decisión puedan intervenir para ofrecer ideas o argumentos antes que la decisión sea tomada, con lo cual además de enriquecer el debate, se advierte a los eventuales afectados de la posibilidad de un posible cambio jurisprudencial, lo cual reduce el elemento de sorpresa o imprevisibilidad.

En la reforma constitucional que cursa actualmente en el congreso se busca ampliar los periodos de los magistrados de alta corte, medida que podría tener un impacto en el tema que se estudia, toda vez que genera una mayor estabilidad en la jurisprudencia por el mayor número de años que los magistrados pueden durar en sus despachos.

Nada impide, que sea el propio legislador quien dentro del marco de su poder de configuración normativa regule los efectos en el tiempo de las sentencias de unificación y los cambios jurisprudenciales, con lo cual podría ganarse en estabilidad y certeza en las reglas expedidas.

En igual forma, la mora judicial es una causa que maximiza con un efecto exponencial los efectos en el tiempo de los cambios jurisprudenciales, pues la demora en decidir los asuntos trae como consecuencia que en ese largo periodo de tiempo, sean muchos los cambios jurisprudenciales que se presentan y que inciden en la decisión final del proceso.

6. Conclusiones

Tal y como se señaló en la introducción del artículo, el objetivo del mismo era abordar un tema que ha suscitado un interés académico y práctico reciente, como consecuencia del desarrollo que ha tenido el efecto vinculante de las decisiones judiciales, o si se quiere la teoría del precedente en nuestro derecho y este es: la vigencia en el tiempo de los cambios jurisprudenciales y las sentencias de unificación.

Del análisis realizado podemos concluir que la intervención del legislador ha sido nula para abordar este tema, y que como en muchos otros asuntos, le ha correspondido al Juez, en este

caso, a las diversas secciones y sala plena del Consejo de Estado ir fijando los criterios para resolver los conflictos de la aplicación en el tiempo de las decisiones judiciales.

De manera general los efectos o son prospectivos-*ratio iuris aplica para el futuro*- o son retroactivos- *la ratio iuris aplica hacia el pasado*-, sin que exista un acuerdo en la doctrina o la teoría jurídica sobre cuál debe ser el efecto aplicable, a tal punto que se ha propuesto que sea el Juez en cada caso quien resuelva el efecto que debe tener su decisión judicial.

Del estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha podido establecer que la regla general es que los efectos de las decisiones judiciales que fijan un nuevo alcance son por regla general retroactivos, como garantía de los principios de justicia material, legalidad y universalidad, pese a lo cual, en algunos supuestos estos valores deben ceder respecto de otros que en el contexto del caso concreto resultan de un mayor peso; por lo que, a partir de allí se han establecido tres supuestos en los cuales el efecto de la nueva regla jurisprudencial debe ser prospectivo.

En materia de asuntos de naturaleza procesal, el principio del derecho de acceso a la administración de justicia, impone que una variación procesal de una sub regla jurisprudencial solo tenga efectos hacia el futuro. De la misma manera, en asuntos de naturaleza electoral en el que se discute la configuración de una inhabilidad o incompatibilidad a partir de una nueva interpretación jurisprudencial, el principio democrático exige que el efecto de la decisión sea prospectivo, como también el principio de favorabilidad en el ejercicio del *ius puniendi* indica que el efecto de una variación jurisprudencial que puede afectar al sujeto pasivo del poder sancionador del Estado tenga efectos hacia el futuro.

A pesar que este parece ser el estado del arte, no existe aún consenso en el Consejo de Estado sobre este tema, que merecer ser objeto de análisis por la doctrina e incluso la intervención del legislador, pero también tomar medidas que maximicen los derechos antes de la toma de la decisión, como la exigencia una mayoría calificada para cambiar la jurisprudencia, la apertura de procesos de participación previos a la decisión, y la reducción de la mora judicial.

Ante todo el artículo pretendió generar el debate sobre un tema poco explorado y estudiado¹¹⁴, pero con grandes repercusiones en el ejercicio del derecho y que como se indicó en el subtítulo del artículo es un asunto en construcción.

¹¹⁴ Acaba de salir el texto DEIK ACOSTAMADIEDO, CAROLINA. *El precedente contencioso administrativo, teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedente de unificación del Consejo de Estado*, Bogotá, Universidad Externado, 2018.

Bibliografía

AJANI, GIANMARIA. *Sistemas Jurídicos Comparados*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2010.

ARMENTA MAESTRA, KAREN VIVIANA. "Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia", *Diálogos de Derecho y Política*, No 13, ene-abril, Medellín, 2014.

DEIK ACOSTAMADIEDO, CAROLINA. *El precedente contencioso administrativo, teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedente de unificación del Consejo de Estado*, Bogotá, Universidad Externado, 2018.

GASCÓN, MARINA. "La Racionalidad y El (auto) precedente: Breves consideraciones sobre el fundamento y las implicaciones de la regla del auto-precedente, BERNAL PULIDO, CAROS. BUSTAMANTE, THOMAS (EDS). *Fundamentos Filosóficos de la teoría del precedente judicial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015

GUASTINI, RICARDO. *Nuevos Estudios sobre Interpretación Jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

MEDINA LÓPEZ, DIEGO, *El Derecho de los Jueces*, 2 ed., Bogotá, Legis, Universidad de los Andes, 2006,

MEDINA LÓPEZ, DIEGO, *Los Eslabones del Derecho*, 1 ed, Bogotá, Legis, 2016.

Les Revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Cavinet, LexisNexis, Paris, 2005

ROJAS BETANCOURTH, DANILO, *Jurisprudencia y precedente en Colombia debates de una transición inconclusa*, Bogotá, 2018 (Texto de un conferencia no publicado aún)

SODERO, EDUARDO. "Sobre el cambio de los precedentes", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Núm. 21, octubre, México, 2004, páginas 217-251 ver http://data.cervantesvirtual.com/manifestation/225903?_ga=2.85408529.961630440.1538965452-2140257823.1457341210

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de marzo de 2015, C.P. Susana Buitrago Valencia. Radicación I 1001-03-15-000-2015-00031-00

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No 6, providencia del 1 de agosto 2017, C.P. Carlos Enrique Moreno. Radicación: I 1001-03-15-000-2016-03181-00

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo. Radicación 25000-23-26-000-1997-13930-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 26 de septiembre de 2016, C.P. Jorge Octavio Ramírez. Radicación I 100010315000201600038

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 13 de diciembre de 2017, Rad. I 1001031500020170145401 Tutela,

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 07 de diciembre de 2016 Rad. I 1001031500020160263600- Tutela.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 15 de diciembre de 2016, Rad. I 1001031500020160134401- Tutela.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, C.P. César Palomino Cortés. Rad 52001-23-33-000-2012-00143-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 12 de septiembre de 2013, C.P. Alberto Yepes Barreiro, rad 250002331000201100775-02.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro, rad 11001032800020140003400.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 08 de junio de 2017, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, rad 44001233300220160009601

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 27 de junio de 2017, C.P. Hernán Andrade Rincón, rad 50001233100020003007201.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 04 de septiembre de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio, rad 68001-23-31-000-2009-00295-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 27 de junio de 2017, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicado50001-23-31-000-2000-30072 01(33945).

TEORÍA DEL DERECHO, DECISIÓN JUDICIAL E IGUALDAD APUNTES PRELIMINARES

GUILLERMO ANDRÉS BARÓN BARRERA

Abogado con énfasis en politología - Universidad de los Andes, especialista derecho de los negocios y administrativo Universidad Externado, máster en derecho económico Universidad Externado. Autor: el gobierno en la sombra, el derecho de la competencia en los grupos empresariales, la transformación del derecho administrativo en derecho económico. Conjuez tribunal administrativo del meta.

SUMARIO. Introducción I. La teoría impura del derecho. A. La Teoría del realismo jurídico. B. La teoría del pluralismo jurídico. C. La teoría del trasplante jurídico. D. La teoría de la materialidad de la constitución y la constitucionalización del derecho. E. La teoría social del derecho. F. La teoría de la crítica legal. G. La teoría marxista del derecho. II. La decisión judicial. III. La igualdad. IV. La teoría del derecho, la decisión judicial y la igualdad. V. Conclusiones. -Bibliografía.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es articular la teoría del derecho con las decisiones judiciales y la igualdad. El activismo judicial, la discrecionalidad del juez y la jurisprudencia como principal fuente del derecho y las fuentes materiales del derecho son una condición para que el juez al tomar una decisión judicial se alimente de las teorías impuras del derecho. El rechazo a la teoría pura del derecho expresada en una jurisprudencia deductivista y formalista permite que el juez articule la decisión judicial a la teoría impura del derecho.

ABSTRACT.

The target of the article is joint the theory of law with the judicial decision and the equality. The judicial activism, the judge discretionary and the jurisprudence how main source formal of the law and the material main of the law are one conditions for that the judge take one judicial decision to feed of the theory impure of law. The rejection to theory pure of the law say under deductive jurisprudence and formal allow that the judge join the judicial decision to the theory impure of law.

Palabras claves:

Teoría impura del derecho, decisión judicial, igualdad, justicia, derecho

Key word

Theory impure of law, judicial decision, equality, justice, law

Introducción

El tema que abordaré es la articulación de la teoría del derecho con la decisión judicial y la igualdad.

El problema es ¿cómo las teorías del derecho pueden alimentar la decisión judicial para que esto propugne por la igualdad? La hipótesis que planteamos es que la decisión judicial que propugna por la igualdad debe cuestionar la teoría pura del derecho y enmarcarse en una teoría impura del derecho.

El artículo se compone de cuatro partes: la primera, la teoría impura del derecho; la segunda, la decisión judicial, la tercera la igualdad y la cuarta, la teoría impura del derecho, la decisión judicial y la igualdad.

A. La teoría impura del derecho.

La teoría pura del derecho cuyo principal exponente es Hans Kelsen reduce el derecho a la norma lo que está fuera de la norma (la realidad) es meta jurídico. El único productor del derecho es el Estado. Existe un único orden jurídico organizado en forma de pirámide en cuya cúspide se

encuentra la Constitución (Norma de Normas, Norma Superior). El Juez en el caso concreto se limita a aplicar de manera pasiva la norma a los hechos probados a través de un silogismo jurídico.

La teoría impura del derecho considera que el derecho no es igual a la norma jurídica. La realidad y el derecho son una unidad contradictoria. El estado no es el único productor del derecho por lo tanto existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos. El Juez ejerce una actividad judicial que le permite incorporar como un principio que rige la decisión judicial, la igualdad.

La teoría impura del derecho tiene varios sub teorías: la teoría del trasplante jurídico, la teoría del realismo jurídico, la teoría del pluralismo jurídico, la teoría social del derecho, la teoría de la materialidad de la Constitución y la Constitucionalización del derecho, y la teoría marxista del derecho.

B. La teoría del realismo jurídico.

El realismo jurídico es una subrama del positivismo sociológico la cual puede ser norteamericana o escandinava. El derecho tiene en cuenta los hechos, el derecho no solo se mira desde dentro sino también desde fuera. Lo que está fuera de la norma no es meta jurídica. Lo exógeno es el contenido de la norma, la norma no es la principal fuente del derecho, sino la jurisprudencia, la principal preocupación es la eficacia de la norma. Así el Juez tiene una actitud más proactiva y no se limita a aplicar la norma.

C. La teoría del pluralismo jurídico.

La teoría del pluralismo jurídico parte del postulado de que el Estado no es el único productor del derecho y por lo tanto al interior del Estado no hay un único ordenamiento jurídico, es decir, existen una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Ejemplos de ello es el orden jurídico indígena, los gitanos, los movimientos insurgentes, etc.

D. La teoría del trasplante jurídico.

La teoría del trasplante jurídico parte de la existencia de sitios de producción jurídica que corresponden a países del centro o desarrollados que a través de las dependencias jurídicas de las multinacionales crean teorías y categorías jurídicas que trasplantan a los países de la periferia o subdesarrollados para reducir el riesgo legal, evitar litigios y maximizar beneficios. En los Estados

de la periferia se recepcionan y se adaptan generando teorías jurídicas que nos permiten leer el derecho de otra manera. El derecho comparado ya no será comparar normas jurídicas de los distintos países, sino el estudio de teorías jurídicas comparadas.

Ejemplo de ello es la teoría pura del derecho cuyo sitio de producción es Alemania y se recepcionó en América latina en particular en Colombia. En donde se convirtió en una lectura exegética de normas y en una actitud pasiva del Juez limitado a aplicar normas.

E. La teoría de la materialidad de la Constitución y la Constitucionalización del derecho.

La Constitución puede ser formal o material. La primera, es el texto o articulado de la Constitución fruto del constituyente primero o secundario. La segunda, hace alusión al bloque de constitucionalidad, la textura abierta de la norma constitucional, las cláusulas números apartes y las cláusulas remisorias. Así las cosas, la pirámide Kelseniana queda convertida en un sistema normativo.

El sistema normativo lo compone: las Normas constitucionales (art. 380 C.N., art. 61 transitorio), tratados y convenios internacionales que conforman y delimitan el territorio, normas que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, remisiones, derechos innominados, textura abierta de la norma constitucional, esta es la cúspide de la pirámide. El escalón inferior serían las decisiones ciudadanas como la consulta popular, el referendun derogatorio (art. 170 C.N.), la consulta popular local relativa a la organización territorial (art. 297, 307, 319, 321 y 326 C.N.), referendun derogatorio de reformas constitucionales (art. 377 C.N.). El siguiente escalón inferior son las normas legales, es decir, las leyes expedidas por el Congreso, los decretos ley (Art. 150 No. 10 C.N.), decretos legislativos y las sentencias moduladas. La base de esa pirámide vendría a ser las normas reglamentarias como los decretos presidenciales de contenido administrativo por ejemplo los decretos marco.

Todo el derecho se tiene que constitucionalizar, es decir, someterse a la norma constitucional y no a la Constitución. El principio de legalidad se revaluó y replantea, pues las normas legales tienen que someterse a las decisiones ciudadanas y estos a la norma constitucional. ¿Qué va a pasar con los demás ordenamientos jurídicos y el sistema normativo?

F. La teoría social del derecho.

La teoría social del derecho tiene como pilar el orden jurídico social. La sociedad misma regula sus relaciones sociales como dicha regulación surge de la misma sociedad ésta la acepta voluntariamente, el incumplimiento se castiga con educación y política general. Las relaciones sociales son cambiantes, por lo que la regulación también tiene que serlo. La regulación la interioriza el individuo miembro de la sociedad como su ética. El orden jurídico social es el primer piso y el segundo piso del edificio es el derecho positivo, no se excluyen. El derecho tiene historia propia y no es autónomo guardan relación con la economía, la política, la sociología y otras disciplinas.

G. La teoría de la crítica legal.

La teoría de la crítica legal es uno de los enfoques del análisis económico del derecho. Se caracteriza por ser antiformalista, antiliberal, considera que el derecho es político, critica la postura según la cual lo racional es lo que se identifica con la ideología de la clase dominante, la decisión judicial propugna por una justicia distributiva y por la equidad.

La teoría pura del derecho los operadores jurídicos la consideran racional en la medida que se circunscribe a la ideología jurídica de la clase dominante. Las teorías impuras vendrían a ser irracionales por su carácter subversivo.

H. La teoría marxista del derecho.

La teoría marxista del derecho se entiende a la luz de la dialéctica y el materialismo histórico. Según este existe una estructura económica y una súper estructura jurídico político que corresponde a la ideología. La relación entre estructura y súper estructura es dialéctica, es decir, contradictoria, cambiante y transformadora.

La fuente del derecho es la voluntad de la clase dominante. El derecho es producido por el Estado. Estado y derecho son caras de una misma moneda. La relación entre uno y otro puede ser contradictorio. El derecho, así como el Estado según el modo de producción puede ser feudal, capitalista, socialista y comunista. La relación no es automática ni coincidente pues puede existir un derecho capitalista y un modo de producción feudal. En el modo de producción comunista no

existe derecho ni estado por lo que se puede decir que el derecho, así como el Estado están en vías de extinción.

La teoría marxista coincide con la teoría pura en cuanto que consideran que el productor de derecho es el Estado. Se acerca al realismo en cuanto que considera que lo exógeno al derecho no es metajurídico. Además, no considera la existencia de un pluralismo jurídico, ni los trasplantes jurídicos, ni la materialidad de la constitución. En cambio, se aproxima a la teoría social en cuanto tiene en cuenta la regulación de las relaciones sociales; pero, se distancian en lo relativo a la historicidad del derecho pues para el marxismo el derecho no tiene historia propia, su historia es la del modo de producción.

El paradigma era la teoría pura del derecho. La teoría impura del derecho hecha por tierra ese paradigma y todo lo que conlleva.

II. La decisión judicial.

La decisión judicial se enmarca en la teoría pura del derecho por lo tanto es una decisión deductivista (el silogismo jurídico) y formalista (atada a la norma jurídica). Este paradigma, hay que demolerlo y para eso no podemos valer de la concepción de la Magistratura democrática de Ferrajoli, la escuela del derecho libre de Kantorowicks, la escuela de la jurisprudencia de intereses de ihering donde se propugna por el activismo judicial y el pensamiento de Hart y Dworkin.

La escuela de la jurisprudencia de intereses considera que al abordar la norma debe tenerse en cuenta el fin social de la misma y que el Juez resuelve es un conflicto de intereses por lo tanto si el Juez mira los fines sociales y el conflicto de intereses su jurisprudencia es de valores. El Juez supera la alineación jurídica y parte de la realidad. Así las cosas, la principal fuente del derecho sería la jurisprudencia.

La escuela del derecho libre de Kantorowicks considera que el Juez debe buscar la justicia del caso concreto consultando el sentimiento de justicia de los ciudadanos. "El Juez debe buscar el derecho libremente creado por la sociedad, en vez sentirse atado por las exigencias del ordenamiento legal" (Uprimny, 1997, p. 132)

La discrecionalidad del Juez es un tema de controversia entre Hart y Dworkin. Hart Considera que en la regla jurídica el lenguaje utilizado es vago o de textura abierta por dos razones: la regla jurídica es abstracta y no concreta; en segundo lugar, la regla jurídica permanece vigente durante un largo periodo de tiempo y se aplica a casos que no fueron contemplados en su momento de creación. Hart propone aplicar la analogía para solucionar casos difíciles y que cuando este tipo de casos lleguen a conocimiento del Juez este tiene discrecionalidad para solucionarlos, por lo que el Juez en el caso concreto crea el derecho. (Rodríguez, 2005, p. 34).

Dworkin considera que las partes en un litigio tienen derecho a que su caso sea resuelto conforme al ordenamiento jurídico y si no hay norma aplicable se apliquen los principios. Por lo tanto, el Juez tanto en casos fáciles o difíciles no tiene discrecionalidad ni poderes excepcionales para crear el derecho. Dworkin crea un Juez Hércules ficticio que en cada caso se encarga de encontrar los principios aplicables. El Juez no está creando el derecho, lo aplica (Rodríguez, 2005, p. 38).

La magistratura democrática cuestiona la apoliticidad del Juez. Con el pretexto del carácter técnico en la aplicación de la ley, la independencia y la imparcialidad del Juez la apoliticidad encubre una política judicial conservadora. "Ser apolítico es aceptar pasivamente los valores políticos e ideológicos dominantes, por cuya virtud el poder es siempre apolítico, mientras políticas son sólo las oposiciones" (Ferrajoli, 1973, p. 201). "El poder judicial criminaliza el disenso y la oposición y avala las razones del poder político. Los conflictos sociales los resuelve en el sentido que más interesa al poder" (Ferrajoli, 1973, p. 204).

La justicia alternativa aboga por un Juez político que reivindica los intereses de las clases oprimidas buscando su emancipación. Lucha por una igualdad material y no solo formal ante la ley. El Magistrado democrático utiliza las libertades consagradas en la Constitución como instrumento de la lucha de clases.

En la justicia alternativa, el Juez al tomar la decisión judicial se aparta del método deductivista y formal en la aplicación de la ley. En cambio, prioriza las fuentes materiales del derecho como una realidad a lo cual se somete el derecho, es decir, el derecho se somete a la realidad y no a la inversa.

La justicia es un falso problema. El verdadero problema es la igualdad. No puede haber justicia, si hay desigualdad.

III. La Igualdad.

Las concepciones de igualdad que tomaremos en este acápite son las expresadas por Norberto Bobbio, Thomas Piketty y el marxismo.

La igualdad es un valor, un telos y un concepto indeterminado. Hay diversos tipos de igualdad: igualdad ante Dios, igualdad ante la ley, igualdad frente a los derechos humanos, igualdad de hecho o económica e igualdad de oportunidades. "Las tres fuentes de la desigualdad son: la raza o la pertenencia a un grupo étnico o nacional, el sexo y la clase social". (Bobbio, 1993, p. 93).

La igualdad se correlaciona con la libertad y la justicia. La justicia se identifica con la legalidad; pero, también con la igualdad. Esta identidad es la que nos interesa en este ensayo, junto con la igualdad de hecho o económica y la igualdad de oportunidades. La igualdad económica es un presupuesto de la igualdad política.

Thomas Piketty en su libro *el capital en el siglo XXI* hace alusión a una estructura de las desigualdades: desigualdad por los ingresos del trabajo. Desigualdad en la riqueza y desigualdad por la propiedad del capital. Además, señala que existen unas fuerzas de convergencia (igualadoras) y unas fuerzas de divergencia (Desigualadoras). Entre las primeras, tenemos la primacía del capital humano sobre el financiero e inmobiliario, la meritocracia, el reemplazo de las dinastías de herederos por las dinastías que no poseen sino su trabajo. Y que la racionalidad democrática está sobre la racionalidad económica. Entre las segundas, están los salarios de los súper ejecutivos y las superestrellas; así, como las herencias. Piketty propone como solución el impuesto sobre las sucesiones.

Piketty se queda corto porque la política fiscal puede ser un instrumento idóneo para alterar el modo de producción en la medida que a través del impuesto al patrimonio, la renta y los dividendos puede deprimirse las grandes fortunas y convertirse en catalizadora de la igualdad.

El marxismo establece una línea histórica de modos de producción que corresponden a una estructura económica que a su vez guardan relación con una superestructura jurídica, filosófica y política, la relación entre superestructura y estructura es interdependiente y recíproca. Los modos

de producción son el primitivo, el feudal, el capitalista y el socialista y el comunista. La igualdad es el objetivo del comunismo para alcanzarlo se vale del plan económico. Ahora bien, en el capitalismo también se habla de igualdad pero ante la ley, en el feudalismo la igualdad era ante Dios. La justicia y el derecho capitalista tienen una idea de igualdad en la desigualdad, igualdad ante la ley en medio de la desigualdad en condiciones materiales de vida. La igualdad en condiciones materiales de vida sólo es posible si se elimina toda forma de alineación política, religiosa, social y económica.

IV. La teoría del derecho, la decisión judicial y la igualdad.

La decisión judicial alternativa tiene como objetivo la igualdad en las condiciones materiales de vida. La justicia es un falso problema pues mientras haya desigualdad en las condiciones materiales de vida habrá injusticia.

La decisión judicial para alcanzar el objetivo enunciado se podrá valer de la teoría impura del derecho. Articulándose decisión judicial y teoría impura del derecho.

La escuela de la jurisprudencia de intereses y del derecho libre se enmarca en el realismo jurídico. La norma jurídica debe tener como fin social corregir la desigualdad material en las condiciones de vida. Los intereses en juego son los de los sectores oprimidos.

La Magistratura democrática converge con la teoría de la crítica legal en la medida que coincide en que el derecho es política, el Juez es político y favorece los intereses de los sectores populares. La teoría de la crítica legal y la magistratura democrática combaten la racionalidad jurídica de la clase dominante consistente en una jurisprudencia deductiva y formalista. Además, propugnan por una justicia distributiva y la equidad.

La decisión judicial respecto al pluralismo jurídico y el trasplante jurídico tiene las siguientes connotaciones: la decisión judicial en la justicia alternativa parte de la existencia de un pluralismo jurídico interno e internacional. El Estado no es el único productor del derecho. El fallo puede ampararse en otros ordenamientos jurídicos internos e internacionales. En este último caso, porque no trasplantar el orden jurídico de otros países de la periferia estableciendo un eje jurídico sur -

sur o un derecho aplicable de la periferia. Garantizándose de esta manera autonomía frente a los imperialismos jurídicos del centro y los multinacionales. El Juez estaría protegiendo a los más débiles utilizando el derecho de la periferia que les fuera más favorable. Aquí la discrecionalidad del Juez obraría en aplicar un derecho de la periferia (léase latinoamericano o africano) por analogía. Así sería la justicia del caso concreto. No resulta descabellado porque estamos en un mundo globalizado.

El Juez cuando tome una decisión con la propuesta que hacemos corre el riesgo de afrontar un proceso disciplinario o una denuncia penal por prevaricato. Para que la propuesta se lleve a la realidad, el Juez puede valerse de la herramienta de la Constitucionalización del derecho, en particular el Art. 13 C.N. que hace alusión a la igualdad y en general a los diversos tipos de derechos, humanos. Además, el Juez en ese proceso de constitucionalización puede recurrir a la materialidad de la Constitución a través de bloque de constitucionalidad y las normas de textura abierta.

De esta manera, puede utilizar los derechos humanos fundamentales tales como instrumento de la lucha de clases, tal como lo propone Luigi Ferrajoli para la magistratura democrática.

Si el Juez de la Justicia alternativa es político, antiformalista, resuelve conflictos de intereses y protege a los más débiles y su objetivo es la igualdad material entonces las sanciones que imponga deben tener un carácter pedagógico y educativo, lo que buscan es restaurar el orden social y la aceptación voluntaria de la ley, la cual ha sido generada por la propia sociedad y no necesariamente ha sido producida por el Estado.

Si bien con la jurisprudencia alternativa no se va a hacer la revolución socialista, si puede contribuir y coadyuvar a ella. Los medios propuestos están en la superestructura y el objetivo en la estructura económica (léase modo de producción); pero, como la superestructura y la estructura interactúan de manera interdependiente y recíproca pueden generarse contradicciones cuya solución provoquen un cambio.

CONCLUSIONES

1. La teoría impura del derecho es el resultado de un conjunto de teorías del derecho que van en contravía a la teoría pura del derecho; es decir, teorías jurídicas alternativas a la teoría pura del derecho.
2. El activismo judicial, la discrecionalidad del Juez y la jurisprudencia como principal fuente formal del derecho y las fuentes materiales del derecho son una condición para que el Juez al tomar una decisión judicial se alimente de la teoría impura del derecho.
3. El rechazo a la teoría pura del derecho expresada en una jurisprudencia deductivista y formalista permite que el Juez articule la decisión judicial a la teoría impura del derecho.
4. La justicia es un falso problema, el verdadero problema es la igualdad en condiciones materiales de vida. No puede haber justicia, si hay desigualdad. El objetivo de la decisión judicial debe ser la igualdad en condiciones materiales de vida. La racionalidad de la sentencia la configura este objetivo.
5. El derecho no es igual a la norma jurídica. El derecho es un marco que encierra las relaciones económicas, políticas, sociales y filosóficas. Además, el derecho no solo es producido por el Estado, por lo tanto, no existe un único ordenamiento jurídico.
6. Las teorías impuras del derecho son: la teoría del trasplante jurídico, la teoría del realismo jurídico, la teoría del pluralismo jurídico, la teoría social del derecho, la teoría de la materialidad de la constitución y la constitucionalización del derecho y la teoría marxista del derecho.
7. La decisión judicial se enmarca en la Escuela de la Jurisprudencia de interés y del derecho libre, la discrecionalidad del Juez, y la magistratura democrática.
8. La igualdad no es la igualdad ante la ley. La igualdad es en las condiciones materiales de vida, es decir, en la estructura económica. La justicia está en la superestructura jurídica. No puede entenderse la una sin la otra. La justicia y la igualdad conforman una unidad contradictoria.

BIBLIOGRAFÍA.

- Stoyanovitch, K. (1977). *El pensamiento marxista y el derecho*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- Palacio, G. (1993). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Botero, D. (1993). *Teoría Social del Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- López, D. (2013). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Legis, Universidad de los Andes.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Rodríguez, C. (2005). *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. (1997). *Estado social de derecho y decisión judicial correcta*. En: varios autores. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Universidad del Rosario. Pp. 113-147.
- Fuentes, E. (2010). *Materialidad de la Constitución*. Bogotá: Editorial Gustavo Ibañez.
- Montaña, A. (2014). *La constitucionalización del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado.
- Varios autores. (1984). *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*. Bogotá: Edit. Temis.
- Ferrajoli, L. (1973). *Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial*. s.e:s.e
- Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. México: fce.

BARRERAS QUE ENFRENTAN LAS MUJERES EN COLOMBIA, PARA QUE LE SEAN RECONOCIDOS Y PROTEGIDOS SUS DERECHOS

Marisol Atehortúa Jaime¹¹⁵

Resumen

El presente artículo identifica los diferentes actos que constituyen violencia de género; describe los actuales índices de manifestaciones de éste tipo de violencia conforme a registros del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses correspondientes al año 2017; puntualiza la normatividad expedida en Colombia en desarrollo del principio de igualdad y no discriminación pretendiendo sancionar y erradicar todas las formas de discriminación y violencia contra la mujer, así como la política pública diseñada para la equidad de género e igualdad de oportunidades de las mujeres en todas las instancias y acciones del Estado en ámbito nacional y territorial. Igualmente, analiza las distintas barreras estructurales que enfrentan a diario las mujeres colombianas para que le sean reconocidos y protegidos sus derechos.

Todo lo anterior, en búsqueda por comprender por qué en Colombia no cesa la violencia de género a pesar de contar con una abundante normatividad expedida en materia de reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres.

Palabras Clave: Género; equidad de género; violencia de género; barreras; empoderamiento.

Barriers faced by women in Colombia, so that their rights are recognized and protected

Abstract

The present article identifies the different acts that constitute gender violence; describes the current indices of manifestations of this type of violence, according to records of the National Institute of Legal Medicine and Forensic Sciences, corresponding to the year 2017; points out the regulations issued in Colombia in the development of the principle of equality and non-discrimination seeking to sanction and eradicate all forms of discrimination and violence against women, as well as the public policy designed for gender equality and equal opportunities for women in all instances and actions of the State at the national and territorial levels. It analyzes the different structural barriers that Colombian women face every day so that their rights are recognized and protected.

All of the above, in search of understanding why in Colombia gender violence does not stop despite having abundant regulations issued in terms of recognition and protection of women's rights.

¹¹⁵ Administradora Financiera de la Universidad de los Llanos, Abogada de la Corporación Universitaria del Meta, Maestrante Derechos Humanos, Gestión de la Transición y Posconflicto en la Escuela Superior de Administración Pública, actualmente Oficial Mayor del Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, correo electrónico marisol_atehortua@hotmail.com

Keywords: Gender; gender equality; gender violence; barriers; empowerment

1. Introducción

Colombia cuenta con un desarrollo normativo interno profuso en materia de reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres. Sin embargo, esto es sólo una ilusión del orden jurídico, por cuanto la fotografía del informe sobre la violencia de género muestra que esta no cesa y, al contrario, sigue en aumento en sus distintas modalidades.

Surge entonces el siguiente interrogante: ¿Por qué en Colombia, no cesa la violencia de género, a pesar de la abundante normatividad expedida en materia de reconocimiento y protección de sus derechos?

Este artículo pretende analizar las diferentes barreras que enfrentan a diario las mujeres en Colombia para que sean reconocidos y protegidos los derechos que le asisten en su condición de mujer. Para cumplir el objetivo propuesto, el informe de investigación se presenta en tres capítulos.

El primer capítulo se denomina "Violencia de Género", el cual busca identificar cuáles actos constituyen violencia contra las mujeres en razón del género. Adicionalmente, refiere los actuales índices de manifestaciones de violencia de género, conforme a los registros del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Y finalmente, describe las acciones del gobierno (Política Pública) y la legislación que surge en Colombia, en desarrollo del principio de igualdad y no discriminación contra la mujer. El segundo capítulo se denomina "De las barreras que afrontan las mujeres colombianas" y se centra en analizar las diferentes barreras de acceso a la justicia y al trabajo en igualdad de condiciones con los varones, políticas, entre otras, que afrontan a diario las mujeres en Colombia, para que hacer valer sus derechos. Finalmente, el tercer capítulo se denomina "Algunas vivencias que dejan marcas imborrables y un aprendizaje", en el que se relata experiencias vividas por mujeres víctimas de violencia de género.

"La igualdad entre los géneros no es solo un derecho humano fundamental, sino la base necesaria para conseguir un mundo pacífico, próspero y sostenible" (ODS-ONU, 2015).

2. Violencia de Género

Históricamente hay una carga de opresión y subordinación de las mujeres que busca transformarse, distribuyendo equitativamente las tareas domésticas y la realización plena por las mujeres y las niñas de su proyecto de vida en cualquier ámbito de la sociedad, sin temor a ser víctimas de la violencia por el hecho de ser mujeres (violencia de género), a desarrollar sus capacidades y potencialidades, a ejercer sus derechos o las posiciones críticas, al libre desarrollo de la personalidad (Romero, s.f)

Conforme al artículo 1 de la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", la violencia contra las mujeres en razón del género, constituye cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Acorde con el artículo 2 de la aludida Convención, se entiende como la violencia física, sexual y psicológica, la que tiene lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; la que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y la que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

La violencia basada en el género constituye una violación a los derechos humanos a la igualdad y la libertad de las mujeres que limita su acceso a recursos y oportunidades de desarrollo. Es una problemática social que se enmarca en un "continuum" que se exagera en contextos de conflicto armado (y delincencial). Está asociada a arraigadas concepciones sobre el significado individual, familiar y social de la masculinidad y la feminidad así como sobre los roles asignados a cada género, por lo que implica un cambio cultural estructural que hace necesario un abordaje multisectorial e interdisciplinario que involucre tanto a las mujeres como a los hombres. (ONU Mujeres Colombia, 2016)

Para el Ministerio de Salud, las violencias de género corresponden a cualquier acción o conducta que se desarrolle a partir de las relaciones de poder asimétricas basadas en el género, que sobrevaloran lo relacionado con lo masculino y subvaloran lo relacionado con lo femenino. Son un problema de salud pública por las graves afectaciones físicas, mentales y emocionales que sufren las víctimas; por la gravedad y magnitud con la que se presentan y porque se pueden prevenir. (MINSALUD, 2018).

2.1 Fotografía del Informe de Violencia de Género

Cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de enero a octubre de 2017, evidencian las diferentes modalidades de violencia de género, de la que son víctimas las mujeres colombianas (INML¹¹⁶, 2017).

Según datos del INML, de enero a octubre de 2017 se realizaron 16.814 exámenes médico legales por el presunto delito sexual. El mayor número de casos se concentra en niñas de 10 a 14 años, seguido de las niñas entre 5 a 9 con 6.779 casos. Los tres departamentos con mayor número de casos por presunto delito sexual contra mujeres, fueron Bogotá con 2.946, Antioquia 2.002 y Valle del Cauca con 2.835 víctimas.

Durante ese mismo periodo, el Instituto practicó 32.890 valoraciones por violencia interpersonal en mujeres de todas las edades, aunque el mayor número de casos se presentó entre mujeres con edades entre los 20 a 24 años (11.722 casos), seguido del grupo de mujeres entre 25 a 29 años (10.251 casos). El principal agresor es un familiar en el 41% de los casos, seguido de algún

¹¹⁶ Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

conocido en el 22% de los casos. Mayo es el mes en que más hechos se concentran. Los tres departamentos con mayor número de casos de violencia intrafamiliar, registrados de enero a octubre del año 2017, son Bogotá con 7.086, Antioquia 3.588 y Cundinamarca con 2.845. Según el INML el arma de fuego fue el mecanismo más utilizado con el 54% de los casos, seguida por el arma corto punzante 23% y los generadores de asfixia con un 9%. Los tres departamentos con mayor número de homicidios en mujeres fueron Valle del Cauca con 139 casos, Antioquia 130 casos y Bogotá con 94 víctimas.

2.2 De la política pública y la normatividad para la equidad de género en Colombia

El Estado Colombiano ha ratificado importantes instrumentos a favor de los derechos de las mujeres. Se destaca la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” - CEDAW- y la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, conocida como Convención Belén do Pará. Además ha adquirido otros compromisos internacionales para avanzar en el logro de la igualdad como la Declaración y plataforma de acción de Beijing (1995) y el Consenso de Brasília (2010), entre otros.

En desarrollo del principio de igualdad y no discriminación, sumado a los impactos de las conferencias mundiales sobre la mujer realizadas por Naciones Unidas, especialmente la de Beijing 1995, se dio un impulso continuo a la elaboración de políticas incorporando la igualdad de oportunidades, la categoría de análisis de género y la búsqueda del empoderamiento de las mujeres (CPEM¹¹⁷, 2012).

A partir de la IV Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, adoptó la Estrategia de Transversalización de Género, como el medio más adecuado para avanzar en la equidad de género. Este instrumento precisó que “la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, y viola y menoscaba su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Además, se diseñaron los objetivos estratégicos y las metas para la realización de los derechos humanos de todas las mujeres y las niñas.

En aplicación de los postulados constitucionales de igualdad y no discriminación, pretendiendo sancionar y erradicar todas las formas de discriminación y violencia contra la mujer, se han expedido las siguientes normas: Leyes 581 de 2000, 823 de 2003, 1009 de 2006, 1257 de 2008, 1639 de 2013 y 1761 de 2015; Decretos de la Presidencia de la República 164 de 2010, 4798 de 2011, 4799 de 2011, 4796 de 2011, 4463 de 2011, 2733 de 2012, 2734 de 2012 y la Resolución 0459 de 2012 del Ministerio de la Protección Social.

Mediante el Decreto 1930 de 2013 de la Presidencia de la República, se adoptó la Política Pública Nacional de Equidad de Género, para el horizonte de los años 2013 al 2023, para garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de

¹¹⁷ Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer

género, teniendo en cuenta las particularidades que afectan a los grupos de población urbana y rural, afrocolombiana, indígena, campesina y Rrom; es todo un plan integral para garantizar una vida libre de violencias y se constituye en el referente para el diseño y puesta en marcha de acciones sostenibles para la superación de brechas y la transformación cultural.

Como se infiere del recuento anterior, Colombia cuenta con un desarrollo normativo interno profuso en materia de reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres; en el siguiente capítulo, analizaremos las distintas barreras, que enfrentan a diario, las mujeres colombianas para que le sean reconocidos y protegidos sus derechos.

3. De las barreras que afrontan las mujeres colombianas

3.1 Barreras para acceder a la justicia

Diana Esther Guzmán Rodríguez y Sylvia Cristina Prieto Dávila, Investigadoras de Dejusticia y profesoras de la Universidad Nacional de Colombia, examinaron las diferentes barreras que afrontan las mujeres colombiana para acceder a la oferta institucional, diseñada para garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género (Guzmán y Prieto, 2013).

Su investigación ultima que, si bien es cierto, las barreras que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia, son compartidas por todas las personas que quieren acceder a ella, es posible que estas tengan efectos diferentes y en ocasiones desproporcionados en aquellos grupos históricamente discriminados y en condiciones particulares de vulnerabilidad. Por esta razón, aunque reconocen que algunas de las barreras son comunes, también identifican barreras diferenciadas, que son aquellas que, a pesar de ser compartidas, tienden a tener características diferentes para las mujeres y las personas con sexualidades diversas.

Guzmán y Prieto enfatizan que existen unas barreras específicas para las mujeres debido a los arreglos de género patriarcales existentes y, en especial, en el marco de ciertas violencias que son perpetradas principalmente contra las mujeres como la violencia sexual. Hay barreras que afectan, limitan, retrasan o impiden que los hechos constitutivos de violaciones graves a los derechos humanos ocurridas en contra de las mujeres en razón del género en el contexto del conflicto lleguen a conocimiento de la justicia y se inicien las investigaciones correspondientes.

La investigación adelantada por Dejusticia, precisa que el Estado no ha llevado adelante una política para incentivar y asegurar la denuncia por parte de las mujeres, pues no hay programas de seguimiento y acompañamiento para el acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violaciones graves a los derechos humanos en el marco del conflicto armado, e incluso no se ha diseñado una batería de indicadores que den cuenta del nivel de acceso a la justicia para las mujeres.

En su informe, las investigadoras ponen al descubierto que el programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos, de la Fiscalía General de la Nación, tiene múltiples limitaciones y debilidades pragmáticas, pues se debe esperar más de un mes para que se acepten las solicitudes de protección o en ciertos casos las medidas de protección son temporales, desconociendo que hay unos riesgos que perduran a lo largo del tiempo; tampoco incluye de manera adecuada la perspectiva de género, pues no reconocen los riesgos y afectaciones diferenciadas que sufren las mujeres a raíz de las amenazas.

Teniendo en cuenta los límites del programa, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-234 de 2012, exhortó a la Fiscalía General de la Nación, para que revisara el Programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos e Intervinientes, "a fin de adecuarlo a los principios y elementos mínimos de racionalidad que ha precisado la jurisprudencia constitucional, así como a los criterios y elementos para la revisión e implementación de los programas de protección integral, contenidos en la Ley 1448 de 2011".

Por otra parte, Guzmán y Prieto (2013) exponen que la infraestructura misma de las entidades a las que deben acudir las víctimas de violaciones a los derechos humanos impide que se pueda dar un trato preferencial, digno y adecuado a las mujeres que han sido víctimas de violencias de género. Por ejemplo, en mi condición de servidora judicial, he evidenciado que no es posible el ingreso de niños, niñas y adolescentes a las instalaciones del Palacio de Justicia en Villavicencio.

En este punto, coincido con las investigadoras de Dejusticia, cuando afirman que impedir el ingreso de los niños, constituye una barrera pragmática muy complicada, teniendo en cuenta que muchas mujeres son madres solteras o mujeres que no cuentan con redes sociales de apoyo, por lo tanto, al impedir la entrada de menores de edad al edificio, también se impide el acceso a las mujeres víctimas que con sus niños, tienen que asistir a las audiencias.

Ahora, la mayoría de entidades por las que las víctimas tienen que pasar durante el proceso judicial, están mal adecuadas, no cuentan con los espacios pertinentes para que las mujeres sean atendidas dignamente y para que puedan narrar sus testimonios de manera cómoda y sin exposiciones innecesarias (Guzmán y Prieto, 2013)

Esta situación se evidencia palmariamente en las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación de la ciudad de Villavicencio.

El informe de Dejusticia también expone limitaciones en la capacidad institucional. Por ejemplo, el Instituto Nacional de Medicina Legal actualmente tiene 114 puntos de atención directos, denominados unidades básicas, para atender un total 1.102 municipios; de otro lado, el número de investigadores es insuficiente, hay más o menos un investigador por cada Fiscal y cada Fiscal lleva en promedio 400 casos.

Agudiza más la situación, la ausencia de despachos judiciales. Según datos del Consejo Superior de la Judicatura, en Colombia hay un total de 5.295 despachos judiciales de diferentes especialidades y de diferentes rangos. Por cada 100.000 habitantes hay en promedio 10.95 jueces, algo que para muchos representa una de las razones fundamentales para la congestión

judicial que afecta a los despachos nacionales. Se debe tener en cuenta que el estándar internacional, determinado por varias organizaciones como la Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo, OCDE, es de aproximadamente 65 jueces por cada 100.000 habitantes, lo cual incumple el Estado colombiano (CSJ¹¹⁸, 2017).

3.2 Barreras de acceso al trabajo en igualdad de condiciones

En el caso de las comunidades rurales, la mujer campesina tiene más dificultades que los hombres campesinos para ingresar al mercado laboral por toda una serie de imaginarios frente al rol que estas deben asumir. Esto repercute negativamente en su nivel de ingresos (Guzman, Prieto, 2013). Además, las mujeres rurales en general tienen menos acceso a la tenencia de la tierra que los hombres. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada de octubre de 2010, solo el 26,5% de mujeres eran propietarias de la tierra antes del abandono o despojo, mientras que el 64,2% de los hombres eran propietarios (PNUD¹¹⁹ Colombia, 2011).

Según cifras del DANE en el primer trimestre de 2018, en el total nacional, la tasa de desempleo para las mujeres fue 14,0% y estuvo acompañada de una tasa global de participación de 52,7% y una tasa de ocupación de 45,3%. Las ramas de actividad que registraron más ocupación para las mujeres en el primer trimestre de 2018 fueron: Comercio, hoteles y restaurantes (33,8%) y Servicios comunales, sociales y personales (30,9%). La posición ocupacional de mayor participación para las mujeres en el primer trimestre de 2018 fue trabajador por cuenta propia (40,1%) (DANE, 2018).

De acuerdo con el Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario (2017), Colombia se ubica en el puesto 36 a nivel mundial en materia de paridad de género.

Iván Jaramillo, investigador de ese Observatorio, al citar los resultados del Informe de Equidad de Género en el Sistema Laboral Colombiano, señaló que subsiste un desempleo femenino del 11% en contraste con el 6,6% masculino en el trimestre octubre-diciembre 2017, lo que evidencia la necesidad de buscar esquemas de corrección a través de la actualización de las herramientas de acceso al empleo femenino y el reconocimiento de las actividades de economía del cuidado.

El Informe muestra que la brecha salarial se mantiene en el 25% a pesar de la mayor formación de las mujeres, lo que sugiere medidas de ajustar los patrones culturales y sociales que explican las diferencias salariales por razón de género, puntualizó el estudio.

Para el Observatorio, los patrones culturales que asignan al género femenino las laborales del hogar, inciden en el acceso al sistema de relaciones laborales, y en el acceso a cargos con mejor remuneración. Esto determina la necesidad de intervenir en la promoción del cambio cultural que haga efectivo el sistema normativo que promueve la igualdad ocupacional y salarial de género

¹¹⁸ Consejo Superior de la Judicatura

¹¹⁹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

prevista en los Convenios 100 y 111 de la OIT, el artículo 13 de la Constitución Política y la Ley 1496 de 2011.

Este Observatorio Laboral, considera que el aumento de la licencia de maternidad de 14 a 18 semanas por medio de la Ley 1822 de 2017, no incluyó el aumento de la licencia de paternidad que resulta deseable para el cambio de paradigmas en la asignación de roles de cuidado. No obstante, según el mismo observatorio, el fuero de paternidad contribuye a la reducción de los tradicionales efectos discriminatorios por efecto de la protección reforzada de la estabilidad de las trabajadoras en estado de embarazo.

El Ministerio del Trabajo y la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer con el acompañamiento técnico del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), trabajan de manera conjunta en la implementación del Programa de Certificación del Sistema de Gestión de Igualdad de Género (SGIG)- EQUIPARES, que conlleva a generar transformaciones culturales para el logro de la igualdad de género en las empresas.

A la fecha, en el Sello de Equidad Laboral Equipares 56 empresas y organizaciones de distintos sectores económicos están trabajando en la implementación efectiva del Sistema de Gestión de Igualdad de Género. De éstas, 23 han alcanzado los diferentes niveles de certificación en Plata y Oro (CPEM, 2018).

3.3 Barreras políticas

“Se entiende por violencia política a las acciones, conductas y/o agresiones físicas, psicológicas, sexuales cometidas por una persona o grupo de personas, directamente o a través de terceros, en contra de las mujeres candidatas, electas, designadas o en ejercicio de la función político - pública, o en contra de su familia, para acortar, suspender, impedir o restringir el ejercicio de su cargo o para inducirla u obligarla a que realice, en contra de su voluntad, una acción o incurra en una omisión, en el cumplimiento de sus funciones o en el ejercicio de sus derechos” (ONU Mujeres, 2016).

La conceptualización de las organizaciones de mujeres, propuesta como insumo para el programa de garantías para lideresas y defensoras de derechos humanos, es un referente importante para la atención a las violencias contra las mujeres políticas, ya que la violencia de género que se ejerce contra las primeras, tiene la misma motivación que la que afecta a mujeres políticas, en tanto ambas obedecen a la necesidad de neutralizar el reto que significa para la organización patriarcal el rol público de estas mujeres.¹²⁰

La violencia de género contra mujeres que participan en política tiene una doble finalidad. De una parte, busca sancionar su transgresión a los patrones de género según los cuales, el espacio público y en particular los lugares de toma de decisiones siguen siendo exclusivamente masculinos, y de otra su actividad misma como políticas. Así, las violencias de género que se ejercen contra

¹²⁰ Ibid

ellas si bien pueden ser iguales a las que se dirigen contra hombres, en el caso de las mujeres está relacionada directamente con la discriminación y genera para las mujeres unos efectos diferenciados respecto de los hombre.¹²¹

En Colombia, un insumo importante para el abordaje de esta problemática, asociado de manera directa al conflicto armado interno que ha vivido el país durante décadas, proviene del trabajo conjunto entre organizaciones de mujeres defensoras de derechos humanos, y entidades del Estado, con el apoyo del Sistema de Naciones Unidas, para la construcción del "Programa de garantías para lideresas y defensoras de derechos" (PNDU, 2016). Examinadas parte de las barreras que, en el día a día, enfrentan las colombianas para que le sean reconocidos y protegidos sus derechos, repasemos la historia de algunas víctimas de violencia de género, que salieron adelante transformando sus vidas y las de otros y otras.

4. Algunas vivencias que dejan marcas imborrables y un aprendizaje

El 27 de marzo del año 2014, en la ciudad de Bogotá, una joven de 33 años de edad - Natalia Ponce de León fue atacada por un hombre obsesionado con ella, quien le lanzó ácido sulfúrico que le quemó el rostro, los brazos, las piernas y el abdomen (BBC, 2016).

Natalia tuvo que ser sometida en más de dieciséis ocasiones a procedimientos quirúrgicos, en busca de reconstruir su rostro.¹²²

Este acto de violencia de género, produjo un gran impacto en la sociedad colombiana, despertando la solidaridad para con todas aquellas víctimas de ataques con ácido, lo que condujo al Congreso de la República a expedir la Ley 1773 del 6 de enero de 2016, que agudiza las penas para los infractores que causen lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares¹²³.

Natalia es ejemplo de superación al decidir continuar pese a las imborrables huellas que le dejó el ataque de Jonathan Vega. Creó una fundación que lleva su nombre y tiene como objeto defender, promover y proteger los derechos de las víctimas de ataques con sustancias químicas.

El 25 de mayo del 2000, Jineth Bedoya, de 26 años de edad, periodista del periódico El Espectador, al salir de la cárcel La Modelo de Bogotá, fue secuestrada, torturada, violada, por un grupo paramilitar. Después de dieciséis horas de amargo sufrimiento, creyéndola muerta, la tirando desnuda a la orilla de una carretera (El Universal, 2014).

Con valentía y sed de justicia, Jineth denunció a sus victimarios¹²⁴.

Jineth es una guerrera, ejemplo de superación personal, se convirtió en una activista colombiana más contra la violencia de género, iniciadora de la campaña "No es hora de callar" que denuncia la violencia sexual y reclama a las supervivientes que alcen la voz¹²⁵.

¹²¹ Ibid

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

Yolanda Perea, tenía 11 cuando fue víctima de agresión sexual por parte de un miembro de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia "FARC". A éste drama se sumó el asesinato de su madre a manos del mismo grupo armado, por denunciar públicamente el delito cometido contra su hija (El Espectador, 2018).

Después de varios años de sufrir las consecuencias del desplazamiento forzado, trasladándose de un lugar a otro entre los departamentos de Chocó y Antioquia, en el año 2011 se radicó en Medellín y allí comenzó a involucrarse con asociaciones de víctimas, acompañando a mujeres que como ella habían sido objeto de agresión sexual en el marco del conflicto armado interno. Su compromiso la llevó a ser representante de Antioquia en la Mesa Nacional de Víctimas y a ser elegida para viajar a La Habana como delegada, ofrecimiento que rechazó tras recibir amenazas¹²⁶.

Yolanda es una mujer valiente y está decidida a seguir liderando la lucha para visibilizar a las víctimas de agresión sexual.

5. Conclusiones

En Colombia aún persisten tendencias androcéntricas, imaginarios patriarcales, que impiden frenar la violencia contra la mujeres, en todas sus modalidades.

La violencia de género vulnera el derecho a la igualdad y a la libertad de las mujeres, les limita el acceso a recursos y oportunidades de desarrollo.

Los obstáculos que tienen que padecer las víctimas de violencia de género para acceder a las instituciones, revictimizan a las víctimas junto con su núcleo familiar, imposibilitan que se active el sistema judicial, en forma oportuna, apropiada y eficaz.

Proveer de recursos eficientes y eficaces en el recaudo de la información (denuncia) sobre actos constitutivos de violencia, hace parte de las obligaciones adquiridas por el Estado Colombiano para proteger, prevenir y eliminar todo tipo de violencia de género.

Los índices de violencia, demuestran no solo el incumplimiento de éste deber, sino un significativo incremento de actos de violencia de género.

Se requiere que las políticas públicas de protección de los derechos de las mujeres, sean concebidas por todos los funcionarios públicos, para que desde su campo de acción, se materialicen todos los mecanismos legales dirigidos al reconocimiento y amparo de los derechos de las mujeres colombianas. Adicionalmente, que la institucionalidad llegue a todos los rincones del país.

Urge que tomemos el control de nuestra propia vida, que nos empoderemos, para de esta manera reducir la posición subordinada de las mujeres como género.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid

Bibliografía

- Acceso a la Justicia. Mujeres, Conflicto Armado y Justicia, (2013), Centro de Estudio de Derechos, Justicia y Sociedad De Justicia
- Alta Consejería Presidencial para la equidad de la mujer (2012), Lineamientos de la política pública nacional de equidad de género para las mujeres, recuperado de <http://www.equidadmujer.gov.co/Documents/Lineamientos-politica-publica-equidad-de-genero.pdf>
- BBC, 5 de febrero de 2016. Natalia Ponce de León, víctima de un ataque con ácido en Colombia: "Ya le perdí el miedo al espejo", recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160203_colombia_ataques_acido_entrevista_natalia_ponce_de_leon_nc
- Consejería DDHH Presidencia de la República (2016), Reporte sobre violencia basada en Género. Una Mirada 2015-2016 recuperado de http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2016/Documents/161125-bservatorio_Mujeres25N.pdf
- Cooeiva (2017), Mujer Cooeiva, recuperado de <http://www.cooeiva.com.co/publicaciones.php?id=53549>
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994), recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- DANE, Gran encuesta integrada de Hogares, Mercado Laboral Sexo, recuperado de <http://www.dane.gov.co/>
- El Espectador, 2018. Por la verdad de la violencia sexual que atravesó el cuerpo de las mujeres, recuperado de <https://colombia2020.elespectador.com/justicia/por-la-verdad-de-la-violencia-sexual-que-atraveso-el-cuerpo-de-las-mujeres>
- El Universal, 12 de junio de 2014. La periodista Jineth Bedoya cuenta el drama de su violación en Londres, recuperado de <http://www.eluniversal.com.co/colombia/la-periodista-jineth-bedoya-cuenta-el-drama-de-su-violacion-en-londres-162315>
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2017), Violencia contra las mujeres, Colombia, comparativo años 2016 y 2017 (enero a octubre), recuperado de <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/57992/Violencia+contra+las+mujeres.pdf>
- Ministerio de Salud y la Protección Social (2018), Violencia de Género, recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/ssr/Paginas/violencias-de-genero.aspx>
- ONU Mujeres Colombia (2016), Eliminación de la Violencia contra las mujeres, recuperado de <http://colombia.unwomen.org/es/como-trabajamos/violencia-contra-las-mujeres>
- ONU Mujeres (2016), Participación política de las mujeres y relación con violencia basada en género. Un proceso de caracterización en elecciones territoriales 2011-2015, recuperado de https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2017/12/2016-proceso-de-caracterizacio%C3%ACn_final_15-de-dic.pdf

PNDU Colombia (Sin fecha), Sello de Equidad Laboral Equipares, http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/operations/projects/womens_empowerment/sello-de-equidad-laboral-equipares.html

Romero, (sin fecha), El enfoque de lo Público, *responsabilidad en derechos humanos: brechas por sectores y niveles en el mapa*, ESAP

Universidad del Rosario (2017), *Persisten brechas discriminatorias hacia las mujeres en materia de empleo y remuneración*, recuperado de http://www.urosario.edu.co/sala_de_prensa/Empresa/Persisten-brechas-discriminatorias-hacia-las-mujer/

EL PRINCIPIO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

(The rule of administrative discretion in government contract in Colombia)

Yenitza Mariana López Blanco

Colombiana

Magistrada del Tribunal Administrativo de Arauca

Abogada de la Universidad Católica de Colombia

Especialista en Derecho Constitucional y Parlamentario U. Externado de Colombia

Maestranda de Derecho Administrativo Universidad Libre

Resumen: Este artículo propone una reflexión jurídica sobre el principio de discrecionalidad administrativa en la contratación estatal en Colombia, a partir del concepto general de discrecionalidad administrativa en revisión con los principios de la contratación estatal, con fundamento en los cuales se analizan los límites a dicha discrecionalidad en materia contractual.

Palabras claves: Derecho administrativo, discrecionalidad administrativa, contratación estatal.

Abstract: This article proposes a juridical reflection on the rule of administrative discretion in government contract in Colombia. It begins with the general concept of administrative discretion in review with the rules of state contracting, based on which the limits to said discretion in contractual matters are analyzed.

Key Words: Administrative Law, discretion administrative, government contract.

Colombia en tanto Estado Social de Derecho ha fijado como sus fines esenciales (artículo 2 Superior) el 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 decisiones que los afectan y en la vida de la Nación en el ámbito económico, político, administrativo y cultural; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Para cumplirlos se establecen políticas públicas, planes, programas y proyectos que permiten concretar los anhelos comunes de la Nación, y que son ejecutados por la Administración a través de la contratación estatal, que se erige entonces como una actuación de suma relevancia.

La celebración de esos contratos estatales corresponde a una actuación de la administración, que goza de potestades regladas y de discrecionalidad.

Respecto de la segunda de las mencionadas potestades de la Administración (discrecionalidad), de acuerdo con la definición de la Real Academia de la Lengua Española *discrecional* es aquello “*Que se hace libre y prudentemente*” o “*Dicho de una potestad gubernativa: Que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas*”. Ahora, el Derecho Administrativo entiende el principio de discrecionalidad administrativa como todas aquellas facultades que se otorgan a la Administración para permitirle atender oportuna y eficazmente las circunstancias que le son propias en la procura de alcanzar la satisfacción de los intereses públicos.

De esta manera la potestad discrecional de la Administración no riñe con el ideario de Estado de Derecho, ya que por regla general es la misma ley la que explicita o implícitamente otorga o concede márgenes para adoptar las decisiones que convengan a los intereses públicos, bajo el entendido cierto que a menudo la Administración se enfrenta con situaciones no previstas por el legislador, o reguladas de manera general, y que por lo tanto, atendiendo a la particularidad de cada caso, deben ser resueltas bajo el criterio político o técnico de quien administra, sin transgredir el ordenamiento jurídico. En ese sentido se destaca que algunas de esas facultades se ejercen conforme a la discrecionalidad que se reconoce a la propia Administración para que determine la oportunidad y conveniencia de acuerdo con los aspectos fácticos de cada caso, y decida actuar (de qué manera) o no hacerlo, adoptando así una decisión -administrativa- dentro del margen que la ley le otorga.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, no se trata ya de las *cuestiones políticas no justiciables*, pues a esa libertad absoluta que se reconocía inicialmente a la Administración, le ha sobrevenido la limitación de su ejercicio (discrecionalidad relativa), precisamente para prevenir que en un Estado de Derecho las decisiones de la Administración se tornen arbitrarias y caprichosas, y puedan llegar a contrariar el interés público, lo cual implica que la Administración ejerce la discrecionalidad completando el mandato legal con una decisión propia que está sujeta a un control judicial.

Ahora bien, en lo que respecta a la gestión en materia de contratación estatal, se destaca que ella se desarrolla a través de actos administrativos que son -o deben ser- motivados, y se orientan por los principios generales del derecho, los propios del derecho administrativo, las reglas de interpretación de la contratación, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos,

los postulados que rigen la función administrativa, y los principios de transparencia, economía y responsabilidad inherentes a la actuación contractual de las entidades estatales (artículo 23 de la Ley 80 de 1993).

El principio de transparencia comporta el sub principio de selección objetiva, en virtud del cual la contratación estatal se surte a partir de procesos que se rigen por los trámites legal y reglamentariamente previstos, y en la que los "actos administrativos que se expidan en la actividad contractual con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia", y las "autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos" en el estatuto de contratación (numerales 7 y 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993).

Por su parte, el principio de economía hace referencia a que para la escogencia del contratista la administración debe cumplir los procedimientos y etapas previstos en las normas y en el pliego de condiciones, evitando la dilación en el trámite y garantizando que se cuente previamente con los permisos y la disponibilidad presupuestal necesarios para adelantar el proceso contractual.

El principio de responsabilidad se predica de ambos extremos del proceso contractual, de un lado, los servidores públicos de la administración tienen la obligación de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, velar por la protección de los derechos de todos los que se vean involucrados en la ejecución del contrato y vigilar por la correcta ejecución de éste, so pena de verse incurso en las sanciones legales. Por otra parte, los contratistas son responsables de la formulación de sus propuestas (no deben incurrir en propuestas artificialmente bajas o fundadas en información falsa, por ejemplo) y por la buena calidad del objeto contratado.

Así pues, los principios -además de servir de inspiración de la actividad contractual del Estado- constituyen límites que encausan la actuación de la administración y previenen la discrecionalidad absoluta de aquélla.

De manera que, por ejemplo, amén de la planeación que se deriva del sub principio de selección objetiva, la Administración debe elaborar pliegos de condiciones que obedezcan a la necesidad a satisfacer y propendan por la elección de la mejor opción para la ejecución del objeto contractual, por ello en el documento regla del proceso de selección deben fijarse con claridad requisitos de comparación de las ofertas, que cumplidos lleven a la escogencia de la propuesta que resulte ser la mejor, luego de aplicar esos criterios de ponderación y examinar los beneficios y ventajas ofertados por quienes participan en el proceso; por el contrario, si en el pliego de

condiciones no se establecen criterios claros y acordes a la necesidad que se busca suplir, la Administración desbordará la discrecionalidad que le es propia, por establecer criterios inocuos de calificación que dan al traste con la selección objetiva, aspecto reprochable a través de procesos de naturaleza penal, disciplinaria y ante la justicia contencioso administrativa (medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho).

Además de lo ya dicho, el artículo 1602 del Código Civil prevé que los contratos legalmente celebrados son ley para las partes, y sus estipulaciones no pueden alterarse (modificarse, interpretarse) sino mediante acuerdo de éstas; pero también el legislador estableció una excepción a dicha regla general, de manera que por el deber que tiene la Administración de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de evitar la afectación grave o paralización de los servicios públicos que le corresponden y asegurar su adecuada, inmediata y continua prestación, se le dotó de ciertas cláusulas de privilegio que la facultan para -de manera unilateral- interpretar sus contratos, introducirles modificaciones e incluso, terminarlos. Visto así, bien podría decirse que las cláusulas exorbitantes son una manifestación de la discrecionalidad administrativa en materia contractual.

De esta manera, la entidad contratante -durante la ejecución del negocio jurídico- se reserva la potestad de interpretar unilateralmente algunas cláusulas contractuales que puedan afectar gravemente el servicio público que se procura satisfacer con el contrato o que conduzcan a la paralización de aquél, pero esa prerrogativa sólo puede ejercerla si no se alcanza un acuerdo con el contratista y se concreta en un acto administrativo debidamente motivado en el que se establezcan puntualmente las estipulaciones contractuales sobre las que existe diferencia (artículo 15 de la Ley 80 de 1993).

Así mismo, en tratándose de la modificación unilateral del contrato (artículo 16 de la Ley 80 de 1993), la entidad sólo puede acudir a ella ante la amenaza de paralización del servicio público inherente al negocio jurídico, y siempre que previamente no hayan podido pactar entre las partes las variaciones contractuales que se necesitan para evitar la afectación del servicio. De la misma manera, la modificación (que podrá consistir en supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios) debe adoptarse mediante acto administrativo debidamente motivado, y si supera el 20% del valor inicial, el contratista puede renunciar a continuar con su ejecución, procediendo la terminación y liquidación del contrato.

También la Administración cuenta con la prerrogativa de terminar unilateralmente el contrato (artículo 17 de la Ley 80 de 1993), en cuatro eventos fijados por la Ley, así: (i) Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; (ii) Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de

la persona jurídica del contratista; (iii) Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista; y , (iv) Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

De igual forma, ante la ocurrencia de hechos que constituyan incumplimiento de las obligaciones del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato o que puedan conducir a su paralización, la Administración -mediante acto administrativo debidamente motivado- dará por terminado el contrato y dispondrá su liquidación en el estado que se encuentra (artículo 18 de la Ley 80 de 1993), o en su defecto -si se abstiene de declarar la caducidad- adoptará las medidas de control e intervención necesarias para garantizar su ejecución.

Ante la declaratoria de caducidad del contrato, la entidad contratante puede tomar el control de la ejecución del contrato, seguirla con el garante del mismo, sin que haya lugar a indemnizar al contratista. La caducidad declarada constituye siniestro de incumplimiento.

Se resalta igualmente como cláusula exorbitante de la Administración, la potestad de reversión (artículo 19 de la Ley 80 de 1993), prevista para contratos de explotación o concesión de bienes estatales, en los que se pacta que al finalizar el plazo contractual los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad sin efectuar compensación alguna.

Lo hasta aquí expuesto, sin que sea preciso examinar un caso particular, demuestra que aunque en apariencia las cláusulas de privilegio del Estado en materia contractual den lugar al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, ésta no es absoluta sino reglada y opera con las limitantes fijadas de manera general en los principios que rigen la contratación pública, y de manera concreta por las reglas fijadas por el legislador para cada una de éstas prerrogativas, siendo en todos los casos necesario que se adopte a través de un acto administrativo debidamente motivado, que consulte la satisfacción del interés general, so pena de que la decisión -que es justiciable- sea considerada arbitraria y se expulse del mundo jurídico (por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, a través de un proceso judicial).

Luego entonces, esa limitada discrecionalidad que tiene el Estado para obrar con *libertad* en la adopción de medidas que propendan por la satisfacción de los intereses públicos a través de la celebración de contratos, se ve aún más reducida por la concreción que de la misma ha hecho la jurisprudencia del Consejo de Estado -en la cual no se detendrá este escrito, pese a reconocer su importancia y fuerza vinculante- y además de ella, también los documentos, que si bien no ostentan el rango de legales o reglamentarios sí constituyen una disuasión del propio Estado en el ejercicio de las libertades de la Administración.

Vale reiterar que si bien se predica que las entidades estatales, atendiendo a la debida planeación que debe orientar todo proceso contractual tiene la potestad de establecer aspectos puntuales que determinarán la escogencia objetiva del contratista (experiencia general y específica, garantías, capacidad de contratación, criterios de desempate, por citar solo algunos), órganos de control como la Procuraduría General de la Nación expiden cartillas que contienen *recomendaciones* para que la Administración aplique correctamente el principio de planeación en esa fase incipiente del contrato estatal (estudios previos), lo que se constituye en verdaderas orientaciones en procura de la adecuada tramitación de la contratación, o bien, una limitante a la discrecionalidad administrativa para adelantar los procesos contractuales, debido a la fuerte persuasión que ejerce el órgano del cual emanan esas recomendaciones.

A lo anterior se suman las reformas legislativas introducidas recientemente a través de la Ley 1882 del 15 de enero de 2018, *"por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones"*, que en su artículo 4 establece aspectos determinantes para la discrecionalidad de la administración en materia contractual.

De acuerdo con la exposición de motivos, la Ley 1882 de 2018 (promovida por la Cámara Colombiana de Infraestructura) responde a la necesidad de eliminar los sesgos interpretativos que han propiciado el debilitamiento de la contratación pública y de contera han truncado la satisfacción de los fines del Estado; de manera que la reforma propende por el fortalecimiento, la eficiencia y transparencia de la gestión contractual para la satisfacción de las necesidades públicas y el provecho de los inversionistas, luego del ejercicio contractual.

Con ese propósito el artículo 4 de la ley en comento adiciona al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 (modalidades de selección en materia de contratación estatal) el párrafo 7, referido al documento tipo de pliego de condiciones que deberán utilizar todas las entidades sometidas al estatuto general de contratación de la Administración Pública, para los procesos de selección de obras públicas, interventoría para éstas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, y consultoría en ingeniería para obras. En dichos pliegos tipo se adoptarán de manera general, y con obligatoria observancia, las condiciones habilitantes, los factores técnicos y económicos de escogencia (según la modalidad de selección) y su ponderación, según la naturaleza y cuantía del contrato a celebrar.

Elo significa que como respuesta a los escándalos por la creciente corrupción que se ha presentado en el trámite de los procesos de contratación estatal (lo que se reitera, constituye no sólo un abuso, sino también el quebrantamiento a la discrecionalidad de la administración), el legislador ha previsto la adopción de documentos regla uniformes, que contengan aspectos

inmodificables respecto de los factores habilitantes y los propiamente técnicos y económicos para la selección del contratista, como garantía de transparencia y seguridad jurídica.

Vale decir que esa estandarización de pliegos de condiciones ya ha sido adoptada en otras latitudes, y resulta acorde a las políticas de buenas prácticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), del cual Colombia es un miembro novel. Pero lo cierto es que al margen de lo loable y pertinente que pueda resultar la novedad normativa, su establecimiento conlleva a que desde el punto de vista jurídico, inevitablemente se estudie su implicación en la limitación a la discrecionalidad administrativa de las entidades.

Así, por disposición constitucional a los entes territoriales se les reconoce el goce de autonomía para la gestión de sus intereses, para la cual tienen derecho -entre otras facultades- a gobernarse por autoridades propias y ejercer sus competencias (artículo 287 Superior). De acuerdo con esto, algunos sectores de la vida pública han entendido que el hecho de que el gobierno central imponga pliegos de condiciones homogéneos en materia de contratación de consultoría para estudios y diseños, interventoría y contratos todos relacionados con obra pública (infraestructura), da al traste con la prerrogativa Superior que le permite a las administraciones locales decidir autónomamente la forma en que satisfacen las necesidades de la comunidad (el interés público).

Y es que la autonomía que desde la reforma de 1986 se pretendió reconocer a las entidades territoriales, y de manera concreta a los municipios, se ha transformado y reducido paulatinamente, por ejemplo, en materia contractual, el artículo 273 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) disponía que los Municipios, y sus establecimientos públicos, se sometían a la ley en lo relativo a la clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios, cláusulas exorbitantes, régimen de responsabilidad de los funcionarios y contratistas; pero conservaba autonomía en lo atinente a la formación, adjudicación y celebración de los contratos. Posteriormente el desarrollo legislativo que ha sucedido a la Constitución de 1991 (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1508 de 2012 y 1882 de 2018, por citar algunas) ha significado una permanente transición de la discrecionalidad administrativa -en sentido lato- en materia contractual a una potestad (o mejor, competencia) reglada.

Corolario de lo expuesto, y en procura de responder ¿cómo opera el principio de la discrecionalidad administrativa en los contratos estatales? Se destaca que si bien el principio de discrecionalidad comprende aquellas facultades que ejerce la Administración de manera libre y prudente para la satisfacción del interés público, que hacen parte de sus competencias pero no están regladas, no ocurre así en la contratación estatal ya que ésta se desarrolla a través de un conjunto de normas legales y reglamentarias, cada vez más detalladas y omnímodas (regladas), a las que se obliga el Estado.

No obstante ello, subyace alguna discrecionalidad que le es reconocida a la Administración en las distintas fases de la contratación. Verbi gratia, en la etapa precontractual de manera unilateral fija un pliego de condiciones en el que establece un cronograma y el plazo de ejecución del contrato, que resultan obligatorios para el oferente que participa en el proceso de contratación y para quien obra como garante. Esa discrecionalidad se ve, sin embargo, crecientemente mermada y condicionada por las nuevas reglamentaciones legales y por las recomendaciones establecidas por los órganos de control, como la Procuraduría General de la Nación.

Posteriormente, en la etapa contractual el Estado cuenta con las facultades excepcionales o de privilegio (de orden legal, como ya se vio) para -por razones exclusivas de interés público- interpretar, modificar, terminar unilateralmente el contrato, declarar la caducidad del mismo, su nulidad absoluta, liquidar unilateralmente el negocio jurídico, imponer multas, cobrar la cláusula penal pactada, la reversión del contrato. En estos eventos, cuando la decisión administrativa afecte al contratista, la entidad pública contratante debe mantener o restablecer el equilibrio financiero del contrato y reparar los perjuicios generados al contratista.

Más adelante, en la etapa pos contractual de manera general no opera la discrecionalidad administrativa, pues se entiende que ya ha finalizado el contrato de manera que no pueden aplicarse las cláusulas excepcionales ni las sanciones que no se hayan decretado en la vigencia y liquidación del negocio jurídico. En este evento, la discrecionalidad de la administración se limitará en hacer exigibles las pólizas y demás garantías otorgadas por el contratista.

Así, para concluir, en materia de contratación estatal la discrecionalidad administrativa obra con mucha mayor restricción, amén de la regulación legal y reglamentaria que se ha previsto para esta actividad que ejerce el Estado para la satisfacción del interés general y la consecución de sus fines. A la doctrina de discrecionalidad relativa de la Administración, se suma la lectura que de la misma ha dado la jurisprudencia del Consejo de Estado, y los condicionamientos que hacen los órganos de control, bien sea a través de su potestad sancionatoria, ora como actividad pedagógica, lo que en busca persuadir a la administración, y las obligaciones adquiridas por el Estado Colombiano al pertenecer a organismos como la OCDE que promueven políticas de bienestar económico y social, a través de las mejores prácticas, lo que conlleva a la adopción de estándares que deben observar la Administración para prevenir arbitrariedades, con lo que se ratifica la consolidación de la relatividad del concepto de *discrecional*.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia [Código]. (2013). (30 Ed.) Bogotá. Colombia: Ed. Legis.

Güecha, C. (2015) Contratos Administrativos: control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación. (3 Ed.) Bogotá. Colombia: Ed. Ibáñez.

Rodríguez, L. (2017) Derecho Administrativo General y Colombiano, Tomo I. (20 Ed.) Bogotá. Colombia: Ed. Temis.

Vidal, J. (2005) Derecho Administrativo. (12 Ed.) Bogotá. Colombia: Ed. Legis.



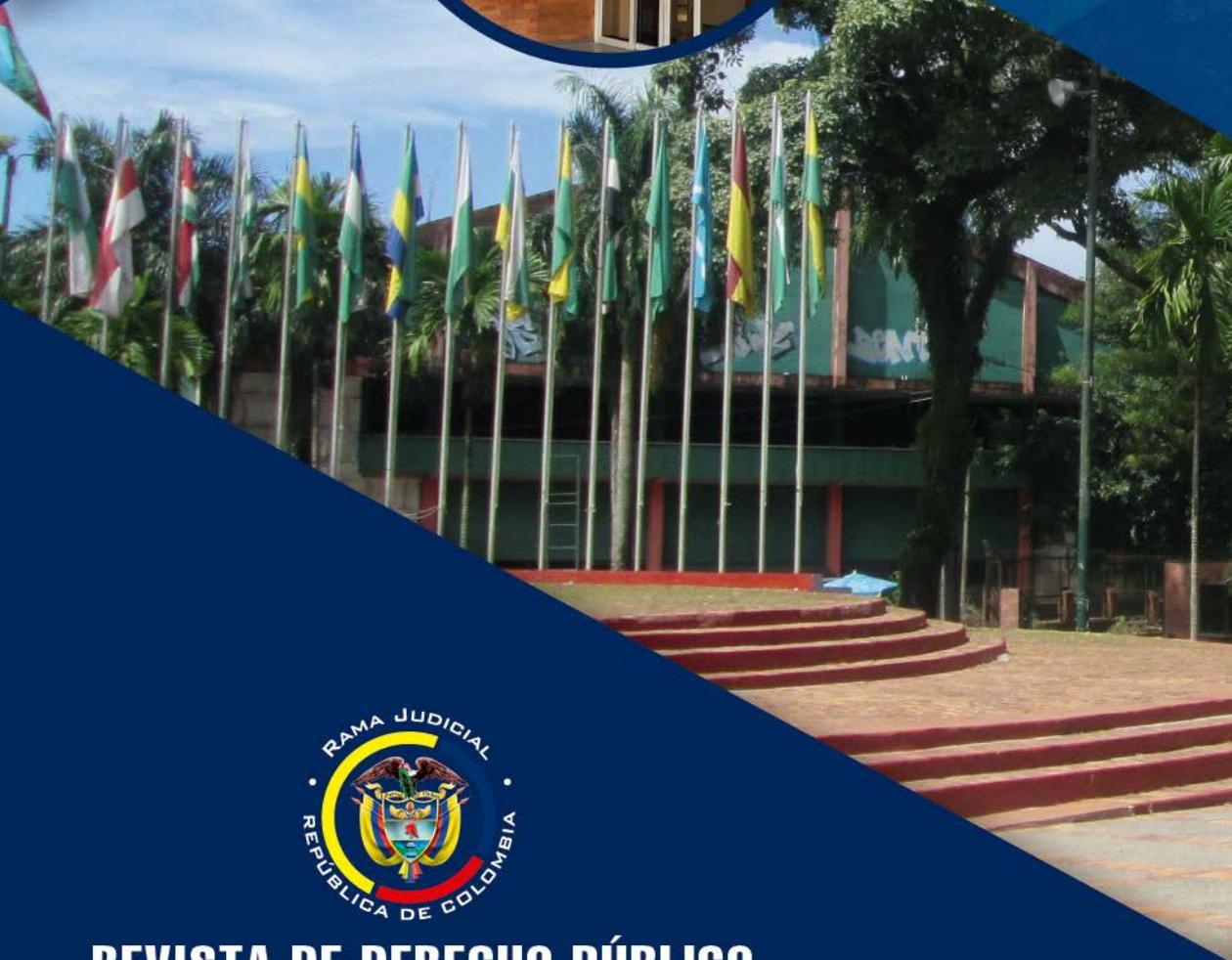
REVISTA DE DERECHO PÚBLICO **DEL DISTRITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DEL META**

NOTA DEL EDITOR

Revista De Derecho Público Del Distrito Judicial Administrativo Del Meta es un proyecto de iniciativa de sus integrantes a título personal. Fue financiada exclusivamente con recursos particulares y no fue utilizado ningún tipo de recurso público para su diseño e impresión.

La opinión de los autores es personal y no compromete su responsabilidad institucional. Tampoco constituye la opinión ni la postura oficial de los operadores judiciales del Distrito Judicial del Meta.

TERCERA EDICIÓN



REVISTA DE DERECHO PÚBLICO
DEL DISTRITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DEL META