

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

4^{ta}
EDICIÓN



DISTRIBUCIÓN GRATUITA



REVISTA DE DERECHO PÚBLICO DEL DISTRITO JUDICIAL
ADMINISTRATIVO DEL META

CUARTA EDICIÓN

VILLAVICENCIO, SEPTIEMBRE DE 2020

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
ISSN: 2539-3472

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

NELCY VARGAS TOVAR

Presidenta

TERESA HERRERA ANDRADE

Vicepresidenta

CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

Magistrada

HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO

Magistrado

CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Magistrado

JUECES DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

CARLOS ALBERTO HUERTAS BELLO

Juez Primero Administrativo

LICETH ANGÉLICA RICAURTE MORA

Jueza Segunda Administrativa

NILCE BONILLA ESCOBAR

Jueza Tercera Administrativa

CATALINA PINEDA BACCA

Jueza Cuarta Administrativa

YELITZA MORENO CÓRDOBA

Jueza Quinta Administrativa

GUSTAVO ADOLFO ARIZA MAHECHA

Juez Sexto Administrativo

CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO

Jueza Séptima Administrativa

ANA MARÍA TUJILLO DÍAZ-GRANADOS

Jueza Octava Administrativa

GLADYS TERESA HERRERA MONSALVE

Jueza Novena Administrativa

COMITÉ EDITORIAL

Nelcy Vargas Tovar – Editora

Carlos Enrique Ardila Obando

Claudia Patricia Alonso Pérez

Martha Isabel García Velásquez

Stella Mercedes Castro Quevedo

Gladys Teresa Herrera Monsalve

Gustavo Russi Suárez

COLABORADORES ESPECIALES

Alma Yelena Ramirez Tello

Victor Januario Hoyos Castro

Diana Fabiola Millán Suárez

Yenssy Milena Flechas Manosalva

Freicer Gómez Hinestroza

Adriana del Pilar Gutiérrez Hernández

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN -----	7
Nelcy Vargas Tovar	
EL IMPACTO DEPARTAMENTAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO -----	11
Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez	
LA HONESTIDAD COMO VALOR EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE JUSTICIA UNA EXPRESIÓN DENTRO DE LA ESTÉTICA DEL DERECHO -----	21
Sandra Lisset Ibarra Vélez	
APUNTES SOBRE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY -----	29
Gladys Teresa Herrera Monsalve	
EL PRECEDENTE JUDICIAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA -----	43
Carmen Emilia Montiel Ortiz	
LOS LÍMITES AL CONTROL DISCIPLINARIO DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA DEL JUEZ -----	55
Diana Fabiola Millán Suárez	
ELEMENTOS DE LA FALTA DISCIPLINARIA DE REPRODUCIR ACTOS ADMINISTRATIVOS SUSPENDIDOS O ANULADOS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA -----	69
Freddy Jesús Ruiz Villamizar	
CRÍTICA DE LA INCLUSIÓN DE LA ACCIÓN DE GRUPO COMO ACCIÓN CONSTITUCIONAL ----	85
Martha Isabel García Velásquez	
PRISIÓN PERPETUA: ESTRATEGIA PARA LA REDUCCIÓN DE LA CRIMINALIDAD O POPULISMO PUNITIVO -----	95
Ana María Jiménez Triana	

PRESENTACIÓN

Nelcy Vargas Tovar ¹

En el tiempo actual, cuando la prestación del servicio público de la justicia al igual que otros servicios, se han visto impelidos al uso innegable de la tecnología, es motivo de orgullo presentar la Cuarta Edición de la Revista de Derecho Público del Tribunal Administrativo del Meta, proyecto gestado por el anhelo de servidores judiciales, particularmente de la jurisdicción contenciosa administrativa de este Distrito Judicial, de crear un espacio académico que coadyuve a la formación de pensamientos originales en los diferentes escenarios del Derecho, haciendo partícipes tanto a las Instituciones Educativas como a las autoridades locales, órganos de control, abogados litigantes y jueces de la República.

Se trata de una construcción de diferentes disciplinas del derecho, que parte de lo expresamente objetivo hasta confluir en una realidad jurídica imparcial que se obtiene de la ejecución, aplicación y estudio evolutivo de normas, figuras, fuentes, entre otros, gracias a la exposición de ideas, críticas, pensamientos e interpretaciones plasmadas por quienes aceptan unirse al reto de una composición neutral, especialmente, de aquellos temas de connotación nacional e internacional.

Recordemos que la primera edición se emitió en plena fase de Post Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia con las FARC, por lo que se centró en los retos de la jurisdicción contenciosa administrativa frente a la aplicación de dicha figura.

Año seguido, en la segunda edición, teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016 "Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana", la revista otorgó la oportunidad de opinar sobre la nueva concepción del Derecho Político.

Por su parte, la tercera edición permitió la libre elección temática, con el propósito de ampliar el espectro de los escritores, no siendo la cuarta edición la excepción, pues se decide guardar la misma línea, encontrando con satisfacción que la participación de los colaboradores se incrementó y con ello, también se acrecentó el compromiso y responsabilidad por parte del Comité Editorial en el proceso de selección de los artículos sometidos a publicación, con miras a asegurar el reconocimiento y credibilidad de la revista, pero sobre todo, a la contribución en la divulgación y debate de diversos temas de actualidad jurídica nacional e internacional.

¹ Presidenta del Tribunal Administrativo del Meta.

El primero de los artículos de esta edición, rotulado “El impacto departamental de la Jurisprudencia del Consejo de Estado” de autoría de la Consejera de Estado, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, inicia haciendo un sucinto recuento histórico con el objetivo de resaltar el origen geográfico que vincula al Consejo de Estado con la entidad Político- Administrativa, para continuar con la exposición hilada de providencias de este Alto Tribunal que han tenido incidencia en la creación y delimitación de competencias de los departamentos, en temas particulares como el financiamiento departamental de las universidades públicas, la competencia de los departamentos frente a la prevención de riesgos causados por las alteraciones del clima, el servicio público de alcantarillado, la estructura organizacional del departamento, determinación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Asamblea Departamental, en materia tributaria y electoral. Concluye la autora, que existe una sólida relación entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y los departamentos, a tal punto que los modela mediante la fijación de parámetros establecidos por vía judicial, cumpliendo una función pedagógica que determina los derroteros de las funciones conductuales que pueden ser desarrollados por los entes territoriales.

En el segundo artículo denominado “La honestidad como valor en la prestación del servicio de justicia una expresión dentro de la estética del Derecho”, la Consejera de Estado, Sandra Lisset Ibarra Vélez, en un discurso propositivo sobre el valor estético del derecho, explica que no por estar el derecho sometido a la gran tensión que le impone el formalismo jurídico, deba despojarse de la belleza; exalta que ella está contenida en principios como la verdad, el bien y la honestidad y en ese entendido, un actuar estético como la honestidad en el derecho, es un elemento dignificante frente a la comunidad y al hombre, por ser el reflejo de lo correcto y de lo justo, invitando a que la belleza expresada en la honestidad, sea una manifestación constante de la imagen que la justicia debe proyectar frente a la comunidad jurídica y frente a la sociedad, encerrando el valor de la verdad en cada una de sus expresiones.

Seguidamente, la Jueza Novena Administrativa del Circuito de Villavicencio, Gladys Teresa Herrera, en su artículo “Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, realiza una exposición de la teoría procedimental de dicho autor a partir del análisis de la revisión crítica expuesta por Eveline Feteris en su libro Fundamentos de la Argumentación Jurídica, concluyendo que en la teoría del discurso práctico general, se formulan reglas que sirven de base para la creación de cánones que son los que rigen el discurso jurídico y que tras las dificultades que ellas mismas generan, emerge la necesidad de un discurso específico que se convierte en la teoría de la argumentación jurídica.

Siguiendo el hilo discursivo, sobre las decisiones judiciales, Carmen Emilia Montiel Ortiz, Jueza Quinta Administrativa de Neiva- Huila, en el artículo “El precedente judicial frente a la administración pública”, destaca el instrumento jurídico de la extensión de la jurisprudencia de creación del legislador a través de las leyes 1395 de 2010 -derogada- y 1437 de 2011, como

una herramienta contributiva a la descongestión judicial, con base en la cual se procura que la autoridad administrativa, sin necesidad que el usuario acceda a un proceso judicial, aplique el precedente para solucionar su caso. Allí cuestiona al lector, sobre el alcance del apartamiento del precedente por parte de la administración al que da lugar el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, pues en criterio de la autora, no debe existir oportunidad de interpretar por ser una labor legal y constitucionalmente entregada únicamente al operador judicial y en pro del derecho a la igualdad, a la seguridad jurídica y a la confianza legítima, además, considera que el buen funcionamiento del Estado en parte, depende de que las autoridades administrativas respeten las líneas jurisprudenciales trazadas en los eventos considerados como indiscutibles ante la misma instancia judicial.

En el artículo siguiente, denominado “Los límites al control disciplinario de la actividad interpretativa del Juez”, presentado por Diana Fabiola Millán Suárez, Procuradora 17 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Bucaramanga y pionera de la revista, identifica con fundamento en la jurisprudencia nacional, los parámetros legalmente permitidos al control disciplinario que se efectúa a las decisiones judiciales en defensa de la independencia judicial, como derecho fundamental de los justiciables a favor de la sociedad en su conjunto, advirtiendo que las únicas interpretaciones susceptibles de control disciplinario, son las que no pueden entenderse amparadas en los principios de independencia y autonomía, es decir, aquellas que vulneran ostensiblemente el ordenamiento jurídico.

De otra parte, dentro del margen de la temática de las providencias judiciales y sus efectos, en pro de la liberalidad del discurso jurídico que propicia este espacio académico, Freddy Jesús Ruiz Villamizar, abogado oriundo de Cúcuta, Norte de Santander, participa en esta edición con el artículo llamado “Elementos de la falta disciplinaria de reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”, donde de manera muy práctica, partiendo de la naturaleza subjetiva del derecho disciplinario, plantea al lector que la estructuración de la conducta reprochable contenida en los artículos 35 numeral 19 de la Ley 734 de 2002 y 39 numeral 16 de la Ley 1952 de 2019, parte de establecerse si el sujeto disciplinable reprodujo en su esencia y con el mismo fundamento jurídico el acto administrativo previamente suspendido o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para continuar definiendo si lo hizo a título de dolo, culpa gravísima o culpa grave.

Por su parte, Martha Isabel García Velásquez, Oficial Mayor del Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, participa en esta oportunidad con el artículo “Crítica de la inclusión de la acción de grupo como acción constitucional”, en el que pone en tela de juicio, el rango constitucional al que fue elevada la acción de grupo; sostiene que el hecho que los demandantes presenten características comunes del daño y que según la jurisprudencia del

Consejo de Estado, con su uso se evitaría fallos contradictorios, se garantizaría la economía procesal y el derecho a la igualdad, dichas razones *per se* no resultan suficientes para elevar la acción a esa dignidad constitucional. Concluye entonces, que esa connotación debe ser replanteada por el legislador, en el entendido que están involucrados derechos patrimoniales, no propugna por derechos colectivos, amén que se presenta un desuso de la figura jurídica y los resultados han sido intrascendentes en la resolución de problemáticas socialmente relevantes.

Finalmente, pero no por ello menos importante, en contexto con la polémica aprobación de la prisión perpetua para delitos de homicidio y acceso carnal en menores de edad, Ana María Jiménez Triana, Defensora del Pueblo Regional Meta, contribuye en esta oportunidad con el artículo "Prisión perpetua estrategia para la reducción de la criminalidad o populismo punitivo", con la intención de fomentar en el lector, la reflexión sobre la verdadera razón de la prisión perpetua bajo fundamentos jurídicos, económicos y sociales de orden nacional como internacional, que en su criterio, resultan insuficientes para que dicha figura sea incorporada como herramienta efectiva para resolver la criminalidad, pues por el contrario, socavan la resocialización, principal propósito constitucional de la pena.

Clausuro esta introducción, extendiendo mis más sinceros agradecimientos a todas las personas que han contribuido en la elaboración, emisión y financiación de esta edición, con la fe de que la revista tenga vocación de permanencia y se convierta en una fuente de desarrollo de investigación nacional e internacional, coadyuvando a la formación de pensamientos críticos hacia la construcción de un derecho sentido y humanizado.

EL IMPACTO DEPARTAMENTAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

THE DEPARTMENTAL IMPACT OF THE JURISPRUDENCE OF THE STATE COUNCIL

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.²

Resumen:

Tanto los departamentos como el Consejo de Estado disponen de un origen geográfico común: Francia. Este vínculo de procedencia se robustece con el pasar de los años, mediante el desarrollo de la labor jurisdiccional asignada al Consejo de Estado, que cuenta con un fuerte impacto departamental en diversos ámbitos, como podrían serlo el presupuestal, el competencial, e incluso el electoral.

Summary:

Departments as well as the State Council have a common geographical origin: France. This link of source is strengthened over the years, through the development of the jurisdictional work assigned to the State Council, which has a strong departmental impact in several fields, as the budget, the capability, and even the electoral domain.

Palabras clave:

Departamentos, Consejo de Estado, presupuesto, competencias, elecciones, régimen salarial.

Keywords:

Departments, state council, budget, capability, elections, salary.

² Abogada de la Universidad La Gran Colombia de Bogotá. Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Magistrada del Consejo de Estado desde el año 2013, presidenta de esa Corporación en el año 2019, ha tenido a su cargo, como ponente, importantes procesos como la demanda de nulidad contra los resultados del plebiscito por la paz en Colombia, el proceso con el que pretenden que se regrese la personería jurídica al "Nuevo Liberalismo", partido fundado por el líder asesinado Luis Carlos Galón y actualmente es ponente de la demanda de nulidad electoral contra en Senado de la República 2018-2022, como lo fue para el periodo 2014-2018. Fue funcionaria de la Procuraduría General de la Nación por 18 años, donde ejerció diversos cargos; fue capacitadora, conferencista y docente de diversas instituciones; ha publicado artículos, investigaciones y cartillas en temas de defensoría pública, acción de tutela, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conciliación, delitos electorales, proceso electoral y control electoral.

La importación de instituciones jurídicas provenientes de diversas latitudes ha sido una constante en el derecho colombiano. Piénsese, a manera de ejemplo, en el Código Civil que rige en la actualidad, de influjo netamente francés³, acogido por el Estado federal de Antioquia en 1860, tras la traducción del venezolano Andrés Bello y, posteriormente, adoptado como ley de la República a través de la Ley 57 de 1887⁴.

Este rasgo importador no ha sido exclusivo del Derecho civil y se ha extendido al Derecho público colombiano, en el que los casos ilustrativos se multiplican. Basta citar el tratamiento normativo que hasta 1993⁵ se otorgó a los contratos suscritos por las autoridades públicas para convencerse de ello, caracterizado por la adopción de la “*suma divisio*” erigida en otros hemisferios⁶, en los que se distinguía entre los contratos propiamente administrativos y aquellos de derecho privado celebrados por los órganos estatales.

Los paradigmas del carácter importador del Derecho público nacional no se agotan allí, irradiando además la estructura organizacional propia de nuestro Estado, como lo corrobora la categoría territorial de departamento, que, lejos de ser el producto de la inventiva colombiana, responde a construcciones foráneas nacientes en Francia, una vez la Revolución de 1789 obtuvo la victoria⁷.

Incluso, la existencia de nuestra propia Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en especial la del Consejo de Estado, responden a esta dinámica, pues se sabe que su implantación –en lo que corresponde por lo menos al último– tuvo como fuente la reproducción del sueño napoleónico en el marco de la incipiente República de Venezuela y de la Nueva Granada, el 30 de octubre de 1817.

La descripción histórica que precede no tiene por objetivo negar la naturaleza igualmente exportadora con la que cuenta, y ha contado, el ordenamiento jurídico nacional a lo largo de los años, por cuanto, su tarea en el mundo normativo occidental ha ido un poco más allá de ser un simple “receptor” de influencias extranjeras, para convertirse en un verdadero hacedor de instituciones jurídicas⁸.

³ “*Code Civil*”, promulgado por Napoleón el 21 de marzo de 1804.

⁴ Ver al respecto: Laura Galindo, “Evolución del Código Civil”. Universidad de los Andes. Págs. 1-4.

⁵ La Ley 80 de 1993 elimina las categorías de contrato propiamente administrativo y contrato de derecho privado de la administración, para acoger en su literalidad la noción de contrato estatal que, sin importar el régimen jurídico aplicable al negocio, se decanta por un criterio subjetivo según el cual, son contratos estatales todos aquellos perfeccionados por las autoridades públicas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º del referido cuerpo normativo.

⁶ En Francia, los contratos de la administración podrán ser contratos propiamente administrativos de acuerdo con la relación que su objeto tenga con el desarrollo de un servicio público; o contratos de derecho privado de la administración, cuando dicho vínculo no exista. Ver, en ese sentido: José Luis Benavides, “*El contrato Estatal: entre el derecho público y el privado*”. 2º ed. Universidad Externado de Colombia. Pp. 39-40.

⁷ Gaceta constitucional N.º. 46 de 15 de abril de 1991.

⁸ En ese orden, se tiene la acción pública de inexequibilidad, creada por el Acto Legislativo 03 de 1910, que otorgó la facultad a los ciudadanos para demandar leyes o decretos que contrariaban la Constitución ante la

No. El trasegar solo pretende resaltar el origen geográfico común que vincula desde su propia génesis al Consejo de Estado y a la entidad político-administrativa conocida bajo la denominación de departamento –identificada, como se comentó, en el país galo, y que no parece extraña, si se toma en cuenta la tendencia francófila del Libertador–, y subrayar, en el marco de la Revista de Derecho Público del Distrito Judicial Administrativo del Meta, los impactos de la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en los entes departamentales, y sus consecuencias que irradian una multiplicidad de temáticas, que se extienden desde lo laboral y hasta lo tributario; desde lo organizacional hasta las finanzas públicas de éstos.

En otros términos, el vínculo originario se fortalece con el pasar de los días, como consecuencia de las funciones jurisdiccionales desempeñadas por el Consejo de Estado, y en general por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, encargada, según lo prevén los postulados normativos del artículo 103 del CPACA, de la preservación del orden jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley.

Dentro de la polivalencia de asuntos que han permitido relacionar a los departamentos con la labor de la Corporación que, en la actualidad, presido, pueden encontrarse los que siguen, en una dinámica que esboza la actualidad de la materia contencioso-administrativa en el plano regional, y en especial en el departamental. En ese orden, diversos son los impactos del derecho pretor, los cuales pueden ser abordados desde las siguientes perspectivas:

Desde la perspectiva presupuestal, el derecho de origen jurisprudencial ha señalado los parámetros y presupuestos que deben observar dichos entes territoriales para la financiación de las universidades públicas que se ubican en sus jurisdicciones.

En ese sentido, la Sección Quinta – en descongestión, mediante providencia de 12 de julio de 2018⁹, explicó, de cara a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta por la Universidad de Cundinamarca contra la Ordenanza N° 070 de 2010 –mecanismo judicial mediante el cual buscó el aumento de la partida presupuestal que le había sido asignada para 2011–, que el financiamiento departamental debía exclusivamente comprender los valores establecidos en la ley para la operación de los entes universitarios, motivo por el que la base para liquidar anualmente el presupuesto de las universidades no podía estar constituida por aquellos montos

Corte Suprema de Justicia. Es decir que en Colombia se efectúa control abstracto de constitucionalidad mucho antes de que apareciera el Tribunal Constitucional Austriaco, cuyo origen se acuña a Kelsen. Sin duda alguna los ejemplos que acreditan de la inventiva colombiana no fenecen allí, pues el juicio de pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas, y en especial de los congresistas, a cargo de autoridades jurisdiccionales, es otra de las situaciones conspicuas que han sido moldeadas por el imaginario colombiano.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta – Descongestión. Rad. 25000-23-24-000-2012-00784-01. Demandado: Departamento de Cundinamarca.

que, por circunstancias económicas particulares –v.gr., la existencia de superávits–, hubieren sido introducidos en los años anteriores.

Por lo anterior, el Consejo de Estado denegó las súplicas de la acción contenciosa elevada por el referido ente universitario, con las que buscaba acrecentar las transferencias dinerarias que le habían sido asignadas para la vigencia presupuestal del año 2011.

Asimismo, la decisión sostuvo que la liquidación del presupuesto de los establecimientos de educación superior de carácter departamental requería de la aplicación anual del IPC, como medida tendiente para la conservación del poder adquisitivo del dinero, de conformidad con el artículo 86¹⁰ de la Ley 30 de 1992.

En otros escenarios, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha ponderado las órdenes que se desprenden de la protección y salvaguarda de los derechos e intereses colectivos en los trámites de las acciones populares con las prescripciones administrativas y presupuestales que orientan el cumplimiento de las competencias en los departamentos.

Así, mediante sentencia de 7 de marzo de 2019¹¹, el Consejo de Estado modificó el numeral 4° de la sentencia de 9 de diciembre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, consistente en la construcción del alcantarillado pluvial en uno de los sectores de la isla, al corroborar que, tal y como lo alegó el ente departamental, éste no contaba con las apropiaciones en el presupuesto de ese año que le permitieran cumplir fehacientemente la prescripción referida, motivo por el que sostuvo que su observancia debía realizarse una vez el Departamento adelantará todos los trámites administrativos y presupuestales para la obtención de los recursos necesarios para ello¹².

Todavía en el plano de lo presupuestal, el Consejo de Estado, en el marco de una acción popular¹³, revocó la decisión del Tribunal Administrativo del Meta, ordenando a la Lotería de dicho departamento efectuar los traslados correspondientes a la comercialización de juegos de azar, luego de corroborar que no habían sido efectuados, a pesar de que contaban con una destinación específica, a saber, el financiamiento del sector salud en ese Departamento.

¹⁰ “Las universidades estatales u oficiales recibirán anualmente aportes de los presupuestos nacionales y de las entidades territoriales, que signifiquen siempre un incremento en pesos constantes, tomando como base los presupuestos de rentas y gastos, vigentes a partir de 1993.”

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 88001-23-33-000-2016-00022-01(AP). Demandado: Departamento de San Andrés y otros.

¹² En relación con la acción popular, hoy medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, podrá próximamente consultarse la obra editada por el Consejo de Estado sobre la materia, en la que se sintetizan las decisiones con mayor trascendencia en este punto.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 50001-23-31-000-2000-0446-02(AP-0446). Demandado: Lotería del Meta y otros.

Se decanta de este recuento jurisprudencial, una cierta voluntad proteccionista de las finanzas de los departamentos, pues el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo no solo ha impedido el flujo de los capitales que pertenecen a las arcas de estos entes territoriales, sino que, a la vez, ha prescrito la entrega de dineros, cuya transferencia no ha sido efectuada en su favor, que, en definitiva, benefician el cumplimiento de las funciones misionales que les han sido otorgadas por parte de la Constitución y la ley.

Pero más allá de los impactos presupuestales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido el diagrama competencial que se atribuye a los departamentos, ordenando su intervención, a pesar de la concurrencia que, en el desarrollo de las funciones, pueden existir, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, denominada competencial, el máximo órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo ha afirmado que la prevención de los riesgos causados por las alteraciones del clima no es un asunto exclusivo de los municipios, sino que esta labor involucra igualmente a los departamentos, encargados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13¹⁴ de la Ley 1523 de 2011, de responder por la implementación de los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y de manejo de desastres.

Bajo este argumento, la Sección Primera, mediante decisión de 12 de julio de 2018¹⁵, confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda, en la que se ordenó al ente departamental efectuar el acompañamiento técnico y ambiental en la adopción de la solución del problema de erosión, deforestación, socavamiento, prevención de derrumbes y de regulación del cauce de la quebrada Condorcillo del municipio de Dosquebradas, que afectaba a la comunidad residente en esa ribera.

Sin perjuicio de lo anterior, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha indicado que las cargas de prevención de desastres que pesan sobre los departamentos, no pueden extenderse a la ejecución de los trabajos requeridos para ese efecto, toda vez que éstas competen, en principio, a los municipios, limitándose la función de los departamentos al acompañamiento; premisa que permitió modificar la decisión de 9 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la que se prescribía al ente departamental la puesta en marcha e implementación

¹⁴ “Los gobernadores son agentes del Presidente de la República en materia de orden público y desarrollo, lo cual incluye la gestión del riesgo de desastres. En consecuencia, proyectan hacia las regiones la política del Gobierno Nacional y deben responder por la implementación de los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y de manejo de desastres en el ámbito de su competencia territorial.”

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 66001-23-31-000-2010-00385-02(AP). Demandado: Departamento de Risaralda y otros

de las obras necesarias para paliar los efectos de la ola invernal acaecidos sobre la vía que comunica a los municipios de Balboa, La Celia y La Virginia de ese departamento¹⁶.

Pero más allá de estas precisiones efectuadas por la jurisprudencia administrativa, debe sostenerse que la determinación de los linderos competenciales de los entes departamentales ha sido definida en materia del servicio público de alcantarillado. Así, en fallo de 31 de enero de 2019¹⁷, el Consejo de Estado manifestó que si bien la prestación de ese servicio correspondía normativamente a los municipios que conformaban los departamentos, éstos últimos disponían de obligaciones de asistencia, asesoría, seguimiento y evaluación de la labor desplegada por los entes municipales, razón por la que las deficiencias atribuibles a los municipios podían igualmente comprometer su responsabilidad, como garantes del correcto funcionamiento de la red de servicios públicos domiciliarios en su jurisdicción.

Por lo anterior, el Alto Tribunal encontró que la providencia de 5 de abril de 2018 del Tribunal Administrativo de Casanare, debía ser confirmada en punto de la carga de asistencia y acompañamiento impuesta al Departamento en los trabajos de readecuación del Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales del municipio de Maní - Casanare, con el objetivo de cumplir los parámetros de remoción de carga contaminante de las aguas vertidas en el río Cusiana.

Las implicaciones de los fallos judiciales proferidos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo han llegado a determinar **la estructura organizacional de los Departamentos**, estableciendo la naturaleza jurídica de las Dependencias que hacen parte de éstos.

Así, en decisión de 21 de junio de 2018¹⁸, declaró la nulidad de las disposiciones reglamentarias que adscribían la Fábrica de Licores de Antioquia a la Secretaría de Hacienda de ese Departamento, pues al desarrollar actividades de naturaleza industrial y comercial, cuyo objeto era la ejecución del monopolio rentístico del Estado en punto de los licores, la Fábrica debía ostentar la calidad de Empresa Industrial y Comercial, de conformidad con las disposiciones constitucionales en la materia.

Los impactos de las decisiones del Consejo de Estado en el orden departamental se extienden incluso a **la determinación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Duma Departamental**.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 66001-23-33-000-2013-00070-02(AP). Demandado: Departamento de Risaralda y otros. Sentencia de 15 de noviembre de 2018.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 85001-23-33-000-2014-00034-01(AP). Demandado: Departamento del Casanare. Sentencia de 31 de enero de 2019.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 05001-23-31-000-2006-93419-01. Demandado: Departamento de Antioquia.

En ese orden, las sentencias del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo han explicado que la variación de la categoría de los Departamentos afecta de forma directa la remuneración de los miembros de las Asambleas departamentales, siempre y cuando dicha alteración no se produzca en el periodo constitucional para el cual fue elegido el diputado, caso en el cual, por dicho periodo, éste tendrá derecho a sufragar la retribución existente para el momento de su posesión.

A la luz de esta premisa, el Consejo de Estado negó, mediante sentencia de 20 de septiembre de 2018¹⁹, las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por un ex diputado del Departamento del Huila, quien pretendía la nivelación de su remuneración a 25 SMLMV, monto que correspondía a la categoría que ese ente territorial ostentaba durante el primer periodo en el que había fungido como integrante de la Asamblea, y el cual había sido reducido a 18, como consecuencia de una pérdida de categoría del departamento.

La Sala manifestó que en el asunto puesto a su consideración se había demostrado que, desde el momento en el que el demandante tomó posesión, el departamento ya no disponía de categoría 2, sino de 3, lo que conllevaba una reducción en su remuneración, sin que ello significara desconocimiento del principio de progresividad que orienta la materia.

Asimismo, y en punto de las retribuciones salariales dentro de los Departamentos, la Corporación ha señalado que las Asambleas son las entidades encargadas de fijar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate y con respeto de los límites máximos fijados por el Gobierno Nacional.

En consonancia con ello, la Sección Segunda descartó, mediante providencia de 28 de septiembre de 2017²⁰, la nivelación salarial que pretendía establecerse entre los cargos de la Contraloría Departamental de Boyacá y aquellos existentes en la Contraloría General de la República, pues la facultad para establecer los primeros era de la Asamblea de ese ente territorial, que había optado por establecer salarios más bajos, observando para ello los parámetros erigidos por el Gobierno Nacional, al tenor de lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Las decisiones del alto Tribunal han igualmente irradiado aspectos procesales que benefician a los órganos departamentales, tal y como ha sucedido en los trámites jurisdiccionales en los cuales se pretende el pago de la sanción moratoria por consignación tardía de cesantías parciales a

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Rad. N.º. 41001-23-31-000-2011-00200-01(2742-15).

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Rad. N.º. 15001-23-31-000-2008-00311-01(2326-14).

docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se demanda a la vez a los departamentos.

En dichos casos, la Corporación ha sostenido que, teniendo en cuenta que el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y totales no recaen sobre estos últimos, los departamentos deben ser desvinculados de los procesos en que se busca la indemnización por mora en el pago de esa prestación, pues ningún tipo de responsabilidad puede asignárseles²¹.

De otra parte, el derecho jurisprudencial del Consejo de Estado ha salvaguardado la **autonomía normativa de las entidades territoriales, luego de que las regulaciones establecidas se avienen a los parámetros fijados en sus decisiones.**

Lo anterior, puede ejemplificarse con la providencia de 19 de julio de 2018²², por medio de la cual la Sección Tercera denegó las pretensiones de la demanda de nulidad que buscaban la anulación de la circular con la que el Departamento de Antioquia determinaba el tratamiento de los imprevistos para la conformación del presupuesto y precio de los contratos estatales que suscribieran sus dependencias, pues, en sentir del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dicha circunstancia no afectaba el principio de la equivalencia económica de los contratos, toda vez que, en todos los casos, los proponentes podían fijar el precio de sus propuestas con base en los costos de las prestaciones necesarias para ejecutar los contratos y la utilidad que éste esperaba, ejes centrales en ese contexto.

En materia tributaria, la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Cuarta, ha señalado el alcance de la facultad impositiva de las Asambleas Departamentales, al considerar que, de conformidad con el Decreto 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, tienen, en principio, prohibido, establecer gravámenes a artículos, objetos o industrias que sean materia de impuestos de la Nación.

Con fundamento en ese motivo, la Sala Especializada en Impuestos del Consejo de Estado declaró, mediante providencia de 23 de agosto de 2018²³, la nulidad de los apartes de la Ordenanza N.º. 014 de 2018, expedida por la Asamblea del Departamento de Norte de Santander, que gravaba el servicio aéreo que se prestaba en esa jurisdicción con la estampilla "Pro-desarrollo Fronterizo", comoquiera que la prestación de éste ya se encontraba cobijada por el impuesto al valor agregado.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Rad. N.º. 73001-23-33-000-2014-00622-01(3818-15). Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección "A". Rad. N.º. 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576).

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad. N.º. 54001-23-33-000-2012-00082-01(21189). Sentencia de 23 de agosto de 2018.

Por otro lado, y en relación con la estampilla “Pro Hospitales”, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha afirmado que el hecho generador del tributo lo constituye no solo la realización de ciertas actividades en el territorio del Departamento que lo establece, sino igualmente la participación en estas de funcionarios de ese mismo nivel.

De allí que haya encontrado como contrario a los preceptos de la Ley 645 de 2004, la Ordenanza N°. 005 de 2005 del Departamento del Quindío, con la que se gravaba con dicho tributo las actividades desarrolladas en la Corporación Autónoma Regional de ese Departamento, así como en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos allí establecidas, toda vez que se trataba de autoridades del orden nacional, en las que no intervenían servidores departamentales²⁴.

Finalmente, los impactos jurisprudenciales se han centrado en el campo de lo electoral²⁵, estableciendo los contornos de las condiciones de inelegibilidad que impiden a los ciudadanos que así lo pretenden participar en las campañas proselitistas que conllevan la elección de Gobernador departamental.

En ese orden, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo denegó cualquier vocación de prosperidad a los argumentos dirigidos a la declaratoria de nulidad del acto de elección del Gobernador del Atlántico, periodo 2016-2019, pues de cara a la causal de inhabilidad alegada, numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, no se acreditó la celebración del contrato que habría conllevado ello, presupuesto indispensable para la anulación del acto eleccionario desde esta perspectiva²⁶.

Asimismo, el Consejo de Estado validó, en decisión de 14 de septiembre de 2017²⁷, la designación de gobernador encargado hecha por el Presidente de la República para el Departamento de La Guajira, a pesar de que éste no pertenecía a la agrupación política de aquel sobre el cual se había dictado medida de aseguramiento.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad. 63001-23-33-000-2017-00065-01(23274). C.P. Julio Roberto Pízzaro Rodríguez. Sentencia de 26 de julio de 2008.

²⁵ Para una mayor profundidad en el tema consultar: “ELECCIONES TERRITORIALES. Circunstancias que le afectan. Jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado.” Compilación editada por el Consejo de Estado en el año 2019. El libro es consultable a través del siguiente link: http://www.garanteselectorales.com/doc/libro_elecciones_territoriales.pdf

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2016-00030-00. Sentencia de 6 de octubre de 2016.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2017-00012-00

En aquella oportunidad, la Sala Especializada en los Asuntos Electorales explicó que si bien se ha insistido en el deber que le asiste al Presidente de la República, ante una vacancia, de designar el reemplazo por otro perteneciente al mismo partido, movimiento político o coalición que avaló la postulación, dicha situación hay que diferenciarla de aquélla en la que tal designación se realiza de urgencia, única y exclusivamente mientras la colectividad política envía la terna correspondiente, con el propósito de evitar la acefalia en el ente departamental durante ese período.

El anterior recuento permite observar una fuerte relación entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y los departamentos, que no solo sanciona ante el incumplimiento de los mandatos constitucionales y legales en la materia sino que, a la vez, los modela mediante la fijación de parámetros establecidos por vía judicial, en una función que puede ser denominada como pedagógica, determinando los derroteros de las funciones conductuales que a futuro deben ser desarrollados por los entes territoriales.

En otros términos, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no solo reprime los comportamientos de los órganos departamentales que afrontan las pautas normativas que conforman el ordenamiento, sino que, igualmente, guía y orienta, mediante su labor jurisdiccional, la puesta en marcha de las actividades que le son asignadas, como medidas inexcusables para la prevención del daño antijurídico, reduciendo los índices de litigiosidad, cuya fuente pueda encontrarse en su labor administrativa, que tiene como último propósito, la satisfacción de los intereses y necesidades generales del conglomerado social que se agolpa en su interior, en una fiel materialización de la fórmula política adoptada por el Constituyente de 1991, consistente en el Estado Social y Democrático de Derecho que, a medida de los tiempos, es construido por la acción mancomunada de jueces, autoridades administrativas y legislativas, e incluso de los ciudadanos, mediante los mecanismos que encontraron vigencia al amparo de la democracia participativa.

LA HONESTIDAD COMO VALOR EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE JUSTICIA UNA EXPRESIÓN DENTRO DE LA ESTÉTICA DEL DERECHO

HONESTY AS A VALUE IN THE PROVISION OF EXPRESSION OF THE JUSTICE SERVICE WITHIN THE AESTHETICS OF LAW

Sandra Lisset Ibarra Vélez²⁸

Resumen:

La honestidad como valor dentro de la prestación de justicia desde la mirada de la estética del derecho, se aprecia bella a pesar del formalismo jurídico al convertirse en un elemento dignificante frente a la comunidad, el jurista tiene la inmensa responsabilidad de preocuparse por esas expresiones estéticas siendo que de ellas la sociedad crea el imaginario sobre la justicia, sus funcionarios finalmente, serán así expresión de la justicia y parte de esa estética.

Abstract:

Honesty as a value in the provision of justice from the point of view of the aesthetics of law, is appreciated as beautiful in spite of legal formalism as it becomes a dignified element in front of the community, the lawyer has the immense responsibility to worry about these aesthetic expressions being that from them society creates the imaginary about justice, its officials will finally be an expression of justice and part of that aesthetic.

Palabras clave:

Honestidad, justicia, prestación de justicia, estética, estética del derecho, filosofía del derecho.

Keywords:

Honesty, justice, provision of justice, aesthetics, aesthetics of law, philosophy of law.

²⁸ MAGISTRADA DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Abogada. Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo. Especialista en Gestión Financiera Pública. Amplia experiencia en el sector de la Administración y Gerencia pública en cargos de dirección, coordinación, asesoría y toma de decisiones a nivel de la política administrativa y de control. Exmagistrada de los Tribunales Administrativos de Boyacá, Cundinamarca y Santander de Colombia. Docente de Maestría y Especialización Universidades del Rosario, Javeriana, Magdalena, Santo Tomás de Aquino y Libre de Colombia. Huesped de Honor Universidad Santiago del Estero y Universidad San Miguel de Tucumán - Argentina. Formadora de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla - Colombia.

Cuando se aborda el problema de la «*estética del derecho*», son muchos los interrogantes que se presentan producto del breve desarrollo que sobre la materia impera. No obstante, al emprender desde su perspectiva diferentes problemáticas que aquejan el mundo jurídico se exhibe imponente su análisis para generar nuevas concepciones desde una óptica diversa y seguro interesante que enriquece su desarrollo.

Sin pretender entrar a dilucidar el inmenso universo de estudio que implica la materia, si es posible abordar temas de profunda importancia jurídica desde sus adentros, como generar un acercamiento desde esa perspectiva al concepto de «*la honestidad como valor en la prestación de la justicia*». Será pues desde una dinámica sencilla, más no simple, que abordaremos el tema, que como se expresó con antelación, no pretende esclarecer una generalidad de cuestiones que le son propias a la filosofía del derecho.

Continuemos diciendo que el derecho es una creación humana y por tanto es susceptible de ser valorado estéticamente. Pero qué es la estética? ²⁹, sin lugar a dudas el debate ya está dado y bastará con afirmar que es «una filosofía del arte», es decir, una autoreflexión sobre las conductas valorativas, teóricas y prácticas del ejercicio artístico en general y que además se presenta como una disciplina que estudia «la naturaleza de la belleza y la percepción de la misma por parte de los individuos, por lo cual se relaciona estrechamente con el arte»³⁰.

Entonces inevitablemente se formula la cuestión de si existe una estética del derecho, o mejor, si es posible inferir una visión estética del derecho, aquí aunque el tema no es pacífico, es factible atender a que al ser una producción humana como se expuso, será posible acercarnos a él también desde esa visión estética. Siendo que el derecho posee una elevada carga de «racionalidad instrumental» - porque su misma práctica lo conlleva - no deja de enmarcarse como «actuar humano», que entre otras expresiones tiene, *la aplicación de justicia, el trasfondo de la decisión judicial y la generación o producción jurisprudencial*, solo por citar algunas.

Es así y desde ese actuar humano que se abre una puerta para acercarnos estéticamente al derecho, citando al filósofo y jurista, Darío Botero Uribe³¹, o mejor, desarrollando su razonamiento en cuanto todo actuar humano se encuentra impregnado de tres elementos cuales son: razón, sensibilidad e imaginación, el mundo actual se muestra gobernado por la razón instrumental en

²⁹ La palabra estética deriva del latín moderno *aestheticus*, y éste del griego *aisthētikós* que significa "percepción o sensibilidad" a través de los sentidos.

³⁰ Andrea Imaginario. Especialista en Artes, Literatura Comparada e Historia

³¹ BOTERO, D. *Filosofía vitalista*. Bogotá, (2006). **Darío Botero Uribe** (julio de 1938, Calarcá, Quindío-21 de junio de 2010) fue un escritor, pensador, profesor emérito y maestro de la Universidad Nacional de Colombia; recibió el doctorado de la Universidad Nacional con el título de maestro; estudió derecho, ciencias políticas y filosofía -curso de magister- en la misma universidad, en la cual ocupó el cargo de decano de la Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales, 1986- 1988. Desarrollo un proyecto filosófico original que denominó Vitalismo Cósmico. Fue vitalista y utopista. Dejó un legado importante al pensamiento Colombiano y Latinoamericano.

detrimento de los otros elementos por lo cual se hace necesario reivindicarlos también frente a las ciencias jurídicas. Es ineludible entonces, que el estudio del derecho no atienda solo a dicha razón instrumental si no que aborde otros aspectos que se expresan en su estética.

Es aquí donde caben conceptos como la 'honestidad' que enmarcan belleza, verdad, bondad y que son propios de la ética del derecho porque el derecho lleva implícitos actos de verdad, o sería de su 'deber ser' manifestarse mediante actos de verdad, en efecto, tal como lo abordan modernos pensadores como Juan Ramón Rodríguez³², «desde la ética a la estética y desde la bondad a la belleza, el derecho muestra la verdad y qué duda cabe que esto implica belleza».

Ya el libertador en 1803, el mismo año de la muerte de su esposa María Teresa, y al tener que enfrentar un pleito contra el Teniente de Justicia Mayor en Santa Lucía, porque permitió la construcción de un rancho en su hacienda de *Seuse* para favorecer a sus amigos, incorpora pensamientos referidos a la administración de justicia cuando escribe al Capitán Guevara Vasconcelos: "Así es como abusan de la autoridad aquellos hombres que careciendo de todo tino y toda constancia de ánimo que requiere el delicado ejercicio de la administración de justicia, se ven investidos de algunas facultados contenciosas por limitadas que ellas sean...". Esta es una expresión de la necesidad de "el actuar honesto dentro de la administración de justicia".

Pero bien, dicho concepto no fue observable solo en la modernidad, desde la Antigua Grecia las relaciones jurídicas se manifestaron estéticamente mediante el símbolo o la alegoría y los preceptos jurídicos se recitaban o se transmitían a modo de versos para hacerlos precepto en las gentes. En la historia existieron precisos similes entre la música³³, por ejemplo y el derecho, como cuando Jerome Frank realiza el comparativo entre compositor - interprete, y legislador - juez: «el primero deja la interpretación a cargo del segundo», particularmente «en los Tribunales que son los que a través de sus decisiones, procuran la efectividad del derecho de manera que el derecho cobra vida a través de la sentencia, de la misma manera que la música no existe hasta que es ejecutada», así como en la música es inevitable la interpretación para hacer realidad las notas musicales, «en el ámbito jurídico es inevitable la interpretación para adecuar las normas jurídicas a las situaciones reales concretas», Francesco Carnelutti también refirió³⁴ en cuanto arte y derecho el paralelismo legislador - pintor, al código - galería de arte, ley - música interpretada y al jurista - director de concierto³⁵.

³² LLAMOSÍ, J. *Es bello el derecho?. Notas sobre Derecho y estética*. Madrid, (2008).

³³ JEROME, F. *Palabras y Música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes*, (1947).

³⁴ CARNELUTTI, F. *Arte del derecho*, Roma, (1948)

³⁵ *Ibidem*

Hacia principios del año 1987, bajo el estudio de Carlos Cossio, en un novedoso artículo titulado «*fenomenología de la sentencia*»³⁶ el autor considera el derecho como un objeto cultural, igualándolo a una obra de arte y señaló que para la comprensión de ambas era necesaria la labor de interpretación de los jueces, la que comparaba a la del músico, y conceptuaba de 'esencial' en razón a que el derecho no es algo concluso sino que se está haciendo - renovando constantemente; al respecto así lo refirió el Magistrado español Juan Ramón Rodríguez³⁷: «Cossio apuntaba que el músico que ejecuta a Schumann tiene varias posibilidades no contradictorias con la partitura pero que, no obstante su destreza, no puede sacar de ella "La Marsellesa", porque las diferentes interpretaciones que caben en una partitura musical no son todas convincentes. De la misma manera el juez tiene una franja limitada de sentidos posibles respecto de la conducta que menciona o representa conceptualmente la sentencia».

Tal planteamiento es interesante observarlo dentro de la perspectiva desde la cual la interpretación de las normas es limitada para el juez o magistrado, pero en ese espacio de maniobra se ejerce una de las producciones estéticas más hermosas del derecho "La Sentencia" o "Providencia", que incorpora un inmenso grado de abstracción creativa y conduce a la evolución del ejercicio jurídico, si no al producto estético del derecho más importante: "la jurisprudencia". Estas son verdaderas piezas literarias que combinan tal como lo expone Botero Uribe, razón, sensibilidad e imaginación (creatividad), lo cual será materia de estudio no solo de la comunidad jurídica sino en el conglomerado social en general, es por eso de suma importancia que contengan 'belleza' es decir, sean estéticamente agradables dentro del constructo del derecho, el cual contiene también la oratoria forense, fórmulas jurídicas y un lenguaje propio y es que el derecho al estar al servicio de la comunidad es interdisciplinar e incorpora cultura, supeditado entonces a valores, principios, reglas, ética, entre otras, siendo la sentencia y su escritura la fuente del acercamiento al usuario de justicia.

Justamente al acudir a otro concepto: la «arquitectura del derecho», cabe resaltar que en cuanto lo estético, las sedes judiciales intentan o procuran obedecer a una unidad de elementos o espacios adecuados para su ejercicio, dando muestra identitaria en cuanto integran elementos únicos para el desarrollo de la actividad judicial, inmenso y oportuno resulta citar al Palacio de Justicia de Bogotá como ejemplo y muestra de la belleza del «ritual jurídico»³⁸:

«Pocas semanas después del incendio y de la batalla que acabaron con el Palacio, el gobierno convocó a equipo de expertos para decidir qué hacer con lo que quedó del edificio: reconstruir o demoler y construir de nuevo.

³⁶ COSSIO, C., *La teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Buenos Aires, (1944).

³⁷ LLAMOSI, J. *Es bello el derecho?. Notas sobre Derecho y estética*. Madrid, (2008).

³⁸ *Ibidem*.

(...) Al mismo tiempo, un equipo de arquitectos dirigido por Roberto Londoño, y asesorado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, comenzó a trabajar en el diseño. Este debía ceñirse a las nuevas tendencias arquitectónicas, marcadas ahora por el comienzo del posmodernismo.

Aunque reconstruir era más rápido y económico, el informe técnico echó por tierra esa posibilidad. Lo mejor era demoler y construir de nuevo.

El arquitecto Peralta Martínez, quien en aquella época tenía 27 años, dice que el equipo de diseño comenzó a trabajar bajo dos conceptos: que el espacio de la plaza de Bolívar se proyectara hacia el interior del Palacio y que mantuviera la identidad con la arquitectura de la plaza. Querían que el diseño recordara de alguna forma los patios coloniales, las cúpulas de las primeras edificaciones de Santafé de Bogotá y las galerías y pasajes, típicos del centro de Bogotá, que permitían el tránsito en las frecuentes temporadas de lluvias que azotaban a la capital.

Con esas ideas se levantó el actual Palacio de Justicia. Tiene un gran patio central que atraviesa toda la cuadra, entre calles 11 y 12, y permite observar un amplio panorama de la Plaza de Bolívar. Por el costado occidental, que da a los almacenes de ropa y restaurantes de la carrera octava, se construyó una galería que casi empata con la galería del Palacio Liévano, sede de la alcaldía de Bogotá.

El proyecto tiene tres estructuras para oficinas en forma de U. La mayor de estas tiene diez pisos y las otras se elevan cinco niveles³⁹.

Este es ejemplo de lo citado por el Magistrado Español Juan Ramón Rodríguez: «en la arquitectura judicial, ha de haber gusto por la belleza y hay que respetar y cuidar los espacios comunes que expresan la solemnidad de las sedes judiciales y refuerzan la convicción del respeto a las normas»⁴⁰.

En fin que de lo que se trata, es de entender que no por estar el derecho sometido a la gran tensión que le impone el formalismo jurídico, tenga *per se* que despojarse de la belleza, y es que puede haber una bella expresión de los principios normativos, por demás desarrollados en ese aspecto creativo (imaginativo al decir de Darío Botero), que encuentra oídos en la formas de expresión que le son propias al derecho, «el lenguaje de la ley y el lenguaje de los juristas»⁴¹.

Pero bien, si asumimos que dentro de esta dinámica encontramos que el acercamiento con la belleza del derecho - la «*estética del derecho*», contiene en sus manifestaciones principios como la *verdad, el bien y la honestidad*, entre otros, estamos demostrando que el actuar 'estético' es un actuar cimentado en **valores**, justamente porque son manifestaciones directas de esa estética. Este aspecto tan neurálgico para esta discusión se encamina a afirmar que el actuar 'injusto',

³⁹ ¿Cómo fue la reconstrucción del Palacio de Justicia?. Periódico el Universal. 1º de noviembre de 2015.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ RADBRUCH, G, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, (2002).

'deshonesto' en la administración de justicia se aparta de la belleza - 'estética' connaturales al mismo.

Citando a Rodríguez, en su estudio sobre "la belleza del derecho", ya había dejado planteado el tema cuando diserta la idea de que *«para tratar sobre la belleza del derecho en sentido auténtico y fundamental se debe superar lo arbitrario y lo subjetivo (...), y es que en la admiración de la belleza del derecho somos correspondidos con la bondad y la verdad (...) el derecho no es ajeno nunca lo ha sido, a los valores de verdad y bien»*, lo cual es apreciable a la honestidad como valor, entendiéndose que parte del 'deber ser' del derecho se encuentra representado en sus valores éticos.

Y de contera resulta necesario hacer referencia que un actuar de carácter ético como la honestidad será parte de la estética del derecho "*nulla aethetica sine ethica*", al convertirse en un elemento dignificante frente a la comunidad y que provee dignidad al hombre. El jurista tiene la inmensa responsabilidad de preocuparse por las expresiones estéticas del derecho porque es de ellas que la sociedad crea el imaginario sobre la justicia, sus jueces y sus funcionarios finalmente, también serán expresión de la justicia y parte de esa estética.

Retomando a Rodríguez cuando señala que *«la relación que existe entre el derecho y la belleza nos lleva a considerar todas las expresiones o elementos externos que se ponen al servicio del derecho»*⁴², la primera y más importante sin duda es la justicia, *«cuando el derecho se exterioriza, cuando se hace presente a través de la justicia, irradia una belleza sobre la ya consustancial al propio derecho»*, existe razón en afirmarlo pues la justicia supone la 'forma del derecho', bajo este entendido la *«belleza en el derecho reclama para sí tanto VALOR COMO LA VERDAD»*.

De tal forma, la honestidad indudablemente es una manifestación importante de la estética del derecho, la cual se refleja en la prestación del servicio que finalmente es lo que una sociedad entenderá como bello como correcto y por tanto reflejo de 'lo justo', en tanto se aprecia justamente como VALOR, Gadamer dijo: *«lo bello es la visibilidad de lo ideal»*⁴³.

Siendo que *«La honestidad es un valor o cualidad propia de los seres humanos que tiene una estrecha relación con los principios de verdad y justicia y con la integridad moral. Una persona honesta es aquella que procura siempre anteponer la verdad en sus pensamientos, expresiones y acciones. Así, esta cualidad no sólo tiene que ver con la relación de un individuo con otro u otros o con el mundo, sino que también puede decirse que un sujeto es honesto consigo mismo cuando tiene un grado de autoconciencia significativo y es coherente con lo que piensa. Lo contrario de*

⁴² Ibidem.

⁴³ GADAMER, H. G., *La actualidad de lo bello*, Barcelona, (1991)

la honestidad sería la deshonestidad, una práctica que comúnmente es repudiada en las sociedades contemporáneas, ya que se la asocia con la hipocresía, la corrupción, el delito y la falta de ética»⁴⁴

Finalmente se dirá que no es posible abordar un tema de tantas aristas y complejidades jurídicas y filosóficas en unos breves párrafos, pero es interesante que al repensar el derecho se impliquen además de las consabidas estructuras del pensamiento jurídico el análisis estético del derecho, integrándose a la ciencia normativa y positiva.

Quiero concluir haciendo una invitación a propender porque la belleza expresada en la honestidad sea una manifestación constante de la imagen que la justicia debe proyectar frente a la comunidad jurídica y frente a la sociedad, conservando el valor de la verdad en cada una de nuestras expresiones.

Referencias bibliográficas

RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, (2002).

BOTERO, D. *Filosofía vitalista*. Bogotá, Produmeditos, (2006).

LLAMOSÍ, J. *Es bello el derecho?. Notas sobre Derecho y estética*. Madrid, (2008).

JEROME, F. *Palabras y Música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes*, (1947).

CARNELUTTI, F. *Arte del derecho*, Roma, (1948)

COSSIO, C. *La teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Buenos Aires, (1944).

ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (1989).

GADAMER, H. G., *La actualidad de lo bello*, Barcelona, (1991)

⁴⁴Autor: Victoria Bembibre | Sitio: Definición ABC | Fecha: diciembre. 2008 | URL: <https://www.definicionabc.com/general/honestidad.php>

APUNTES SOBRE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY⁴⁵

Gladys Teresa Herrera Monsalve⁴⁶

Resumen:

La argumentación de las decisiones de los jueces, es quizás uno de los más discutidos actualmente por parte de los teóricos y filósofos del derecho, es por ello que desde mi rol de jueza, presento este escrito en el que pretendo realizar una exposición de la teoría procedimental de Robert Alexy, a partir del análisis de la revisión crítica expuesta por Eveline Feteris en su libro *Fundamentos de la Argumentación Jurídica* (Feteris, 2007, 1999) y del propio texto del autor en cita, enfatizando en los aportes que realiza a la justificación de las decisiones judiciales.

Abstract:

The argumentation of the decisions of the judges, is perhaps one of the most discussed topics currently by law theorists and philosophers, that is why from my role as judge, I present this writing in which I intend to make an exposition of the procedural theory by Robert Alexy, based on the analysis of the critical review presented by Eveline Feteris in his book *Fundamentals of Legal Argumentation* (Feteris, 2007, 1999) and the own text of the author in quotation, emphasizing the contributions made to the justification of judicial decisions.

Palabras Claves:

Argumentación, decisión judicial, racionalidad, teoría procedimental, reglas.

Keywords:

Argumentation, judicial decision, rationality, procedural theory, rules.

⁴⁵ Publicado en 1978, cuyo manuscrito fue presentado en 1976, como tesis de doctorado en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität de Göttingen.

⁴⁶ La autora es Colombiana, abogada de la Universidad Nacional de Colombia, actualmente cursa la maestría en Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho en la Universidad Externado de Colombia, se desempeña como Jueza Novena Administrativa del Circuito de Villavicencio.

Antecedentes de la Teoría del Discurso Práctico

Para la construcción de la teoría procedimental en estudio, Alexy adopta como punto de partida la revisión de algunos postulados del discurso práctico en general; entre ellos, las consideraciones que sobre el tema se exponen en la ética analítica, en la teoría consensual de la verdad de Habermas, en la deliberación práctica de la Escuela de Erlangen, y en los postulados de Argumentación de Perelman. El estudio de estas escuelas lo conduce a lo que denominó un bosquejo de una teoría del discurso práctico racional general, temática que desarrolla en la segunda parte de su texto en análisis.

Finalmente arriba a su Teoría de la Argumentación Jurídica, en la que toma como punto de partida, la necesidad de la racionalidad de los discursos jurídicos en general, por lo que formula las reglas que propone como propias de este tipo de discursos, a partir de las normas que orientan la discusión práctica en general. Además en ella "describe como se adaptan las reglas y formas generales a los requisitos de la argumentación jurídica" (Feteris, 2007, 1999, pág. 152), en un contexto, en el que no es posible afirmar que las decisiones judiciales racionales sean sustentables únicamente en la subsunción lógica de las premisas jurídicas que las orientan.

Al momento de abordar el discurso práctico desde la ética analítica, Alexy se pregunta: ¿Es posible la justificación de convicciones morales, y, en caso de que lo sea, cómo es posible? a este interrogante, responde que en efecto es factible desde los postulados del naturalismo⁴⁷ y el intuicionismo⁴⁸; sin embargo, considera que tales aproximaciones no son suficientes para la fundamentación de las decisiones judiciales, dado que en últimas terminarían siendo superfluas (Alexy, 2007, pág. 67). De las teorías de la filosofía lingüística, extrae que como quiera que los juegos del lenguaje desarrollados por Wittgenstein se rigen por reglas, entonces, los discursos morales y jurídicos son guiados también por cánones, (Alexy, 2007, pág. 91), premisa que complementa con la teoría de los actos de habla, de la que toma las diferencias que se presentan entre: a) actos locucionarios⁴⁹; b) ilocucionarios⁵⁰; y, c) perlocucionarios⁵¹. (Alexy, 2007, pág. 93),

⁴⁷ Lo bueno, lo debido que puede ser definido a través de expresiones descriptivas. La tarea de la ética se centra en traducir expresiones normativas en descriptivas. Moore reprocha al naturalismo la falacia naturalista, en el famoso argumento de la cuestión abierta. (Alexy, 2007, pág. 68) Aduce que las discusiones sobre el tema dejan claro que existen buenas razones que indican que el significado de las expresiones normativas, no coinciden completamente con el de las expresiones descriptivas.

⁴⁸ Según esta tesis, expresiones como "bueno" o "debido" no pueden definirse mediante expresiones empíricas, puede suponerse que expresen otras propiedades o relaciones de tipo no empírico. (Alexy, 2007, pág. 71). La crítica indica que el intuicionismo no suministra criterios para diferenciar lo correcto de lo falso, por ejemplo.

⁴⁹ Expresión de un enunciado con un significado determinado. Austin lo define como el acto de "decir algo".

⁵⁰ Es lo que se hace diciendo algo. Austin los define como aquellos actos de habla en los que "decir algo es hacer algo, o al decir algo hacemos algo, e incluso porque decimos algo hacemos algo" (Words, 99)

⁵¹ En términos de Astin, el acto perlocucionario es aquél que está encaminado a lograr "ciertos efectos subsiguientes sobre los sentimientos, pensamientos y acciones del auditorio, del hablante o de otras personas" (Words, 99)

diferenciación que cobra importancia, al momento de analizar a qué tipo de acto de habla pertenecen las normas jurídicas⁵².

Posteriormente, del examen de la teoría de la argumentación moral, principalmente de los aportes de Hare, el autor asume que los juicios morales implican imperativos (Alexy, 2007, pág. 99). De allí extrae dos reglas fundamentales que usamos los juristas con bastante frecuencia en la toma de decisiones: el **principio de universalidad**⁵³, según el cual, al momento de la toma de la decisión judicial, las razones que se aducen para la misma, deben ser aplicables a todos los demás casos análogos, siendo este uno de los sustentos del principio de igualdad en la aplicación del derecho, que en últimas repercute en el respeto, por parte de los jueces, del precedente⁵⁴; y, el **principio de prescriptividad**, los que adopta, como se verá más adelante, para la justificación de algunas de las reglas de la argumentación jurídica (Alexy, 2007, pág. 108).

De otra parte, acoge la regla de la transición de las discusiones prácticas, según la cual es permitido pasar de discusiones fácticas a discusiones normativas:

"Como ya se ha expuesto, TOULMIN defiende la tesis de que hay reglas morales de inferencia especiales para el paso de proposiciones sobre hechos (C) a proposiciones normativas (N). La existencia de estas reglas posibilitaría el diferenciar argumentos morales válidos de inválidos...una proposición moral es verdadera si se pueden aducir buenas razones para la misma..." (Toulmin, citado por (Alexy, 2007, pág. 132)

En este trayecto hacia la Teoría de la Argumentación Jurídica, aborda, también, la teoría consensual de la verdad de Habermas, de la que toma la definición de verdad, que el autor alemán expresa como la concordancia entre enunciados y hechos, así un hecho es lo que expresa una proposición que puede ser fundamentada discursivamente (Alexy, 2007, pág. 164), en una situación ideal de diálogo, en la que todos los hablantes tienen los mismos derechos, sin que exista ningún tipo de coacción, siendo este el sustento de las reglas generales y de las reglas de la fundamentación del discurso práctico general, en el que se busca llegar a un consenso argumentativo.

Si bien Alexy asume los cánones que rigen el discurso práctico, considera que la teoría de Habermas debe ser complementada, tarea que emprende a través de la construcción de las normas del discurso jurídico que desarrolla en su obra, en la que retoma los principios de razón y

⁵² Esta clasificación de los actos del habla que posteriormente es tomada por John Searle (Searle), en su artículo Una Taxonomía de los Actos Illocucionarios, permite llegar a la conclusión que las normas jurídicas, y el derecho en general, hace parte de este tipo de actos de habla.

⁵³ El principio de universalidad exige que las razones que se aducen para considerar algo como tal, deben ser aplicadas en todos los casos. Tiene un esquema deductivo.

⁵⁴ En nuestro caso, del auto precedente, es decir, aquél propio del Despacho judicial; y del precedente vertical, esto es, del emanado del Superior Jerárquico y del respectivo órgano de cierre de la jurisdicción.

el principio de moral de la teoría de la deliberación práctica, para deducir con más detalle, las reglas de la transición y las de la fundamentación, reforzadas por el principio de inercia propuesto por Perelman, según el cual, una idea aceptada no puede ser rechazada posteriormente sin un motivo suficiente, (PERELMAN, citado en (Alexy, 2007, pág. 248)).

Teoría del Discurso Práctico General

Como ya se expuso, el resultado del análisis de las teorías sobre el discurso práctico en general, llevan a la formulación de las reglas aplicables a las disertaciones jurídicas, ello en razón principalmente, a que en "las proposiciones normativas (juicios de valor y de deber) aparecen expresiones normativas como "bueno" o "debido" que no designan objetos, propiedades o relaciones no empíricas, ni tampoco pueden reducirse - como lo afirma el naturalismo- a expresiones empíricas." (Alexy, 2007, págs. 251-252), a las cuales, según el mismo autor, se une una pretensión de corrección; por lo tanto, es posible, "una discusión sobre su justificación" (Alexy, 2007, pág. 252), en la que se pueden "aducir razones (G) en pro y en contra de las proposiciones normativas controvertidas (N)." (Alexy, 2007, pág. 252)

Así la teoría en estudio, es condensada en los cinco primeros grupos de reglas de la argumentación práctica y en un grupo de formas de argumento (Feteris, pág. 152), en ella se enuncian las reglas fundamentales o básicas; las de razón o de racionalidad; las relativas a la carga de la argumentación o de la carga de la prueba; las atinentes a la fundamentación o justificación de la decisión; y, las reglas de la transición, las cuales se expresan como sigue:

1) Las reglas fundamentales:

- 1.1. Ningún hablante puede contradecirse.
- 1.2. Todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- 1.3. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto (a) debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a (a) en todos los aspectos relevantes.
- 1.4. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

2) Las reglas de la razón:

Todo hablante debe, cuando se le pida, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

- 2.1. Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
- 2.2. (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.
(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades. A ningún hablante puede impedirsele ejercer sus derechos establecidos en 1) y 2), mediante coacción existente dentro o fuera del discurso. (Alexy, 2007, pág. 196)

3) Reglas sobre la carga de la argumentación

- 3.1. Quien pretende tratar a una persona A de manera diferente que a una persona B está obligado a fundamentarlo.
- 3.2. Quien ataca a una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.
- 3.3. Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.
- 3.4. Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

En este punto, previo a la exposición de las restantes reglas del discurso, indica las formas de los argumentos, así:

- | | |
|---|---|
| <p>(4) G
 R
 N.</p> | |
| <p>(4.1.) T
 R
 N</p> | <p>(4.2.) F
 R
 N</p> |
| <p>(4.3.) FR
 R'
 R</p> | <p>(4.4.) T'
 R'
 R</p> |
| <p>(4.5.) R_i PRK o bien R'_i P R'k</p> | |
| <p>(4.6.) (R_i PRK) o bien (R'_i PR'k)C</p> | |

Lo importante en este aspecto, dice Feteris, es la formalización de las dos formas de argumento para justificar los enunciados normativos singulares, esto es, las proposiciones normativas (N). En la primera forma de fundamentación, se toma como referencia la regla R, la cual valga aclarar debe ser aceptada como válida, para ello se acude a las razones de aplicación de R que se simbolizan como G, siendo la forma más básica de este tipo de argumentos, la vista en la forma 4), a la vez que las formas "(4.1) y (4.2) son subformas de la forma más general (4)." (Alexy, 2007, pág. 279) Siendo de relevancia en este tipo de formas de argumentos, la justificación de R, es decir, las

razones que se emplean en la toma de decisión de la aplicación de dicha norma específica en el contexto del caso concreto, aquí estamos hablando únicamente de la elección de una norma de derecho como aplicable a la solución del caso.

En los argumentos justificativos presentados bajo la forma (4.3) y (4.4)⁵⁵, denominados por el autor como argumentos de segundo nivel, se añade el campo de razonamiento práctico, para ello introduce las consecuencias de F de seguir el implicado en N. Admitiendo que quien aduce una regla como razón, presupone como verdadero un enunciado T que describe tales características, estado de cosas o acontecimientos (Alexy, 2007, pág. 278).

"las diferentes reglas no solo pueden arrojar resultados diferentes e inconsistentes cuando los argumentos justificativos son de la misma forma, sino también cuando son de formas diferentes. En tales casos se debe decidir cuál de los argumentos justificativos tiene precedencia. Las reglas invocadas para justificar tales decisiones se denominan reglas de prioridad".

Indica que las reglas de prioridad pueden tener las dos formas, las cuales se encuentran condensadas en las formas (4.5.) $R_i PRK$ o bien $R_i P R'k$ y (4.6.) $(R_i PRK)$ o bien $(R_i PR'k)C$. En la primera de ellas, se presupone que existen "reglas (que) gozan de preferencia sobre otras en cualquier condición", en tanto, que en otros casos, "hay también reglas de prioridad que prescriben que determinadas reglas tienen preferencia sobre otras solamente bajo determinadas condiciones (C)" (Alexy, 2007, pág. 282), estas se ven representadas en la forma (4.6.), por lo que si hay conflictos sobre reglas de prioridad, hay que aplicar reglas de prioridad de segundo nivel.

Luego, elabora los dos grupos de reglas faltantes, en las cuales expone las relativas a la fundamentación de la decisión y las de transición:

5. Las reglas de fundamentación

5.1.1. Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

5.1.2. Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas para todos.

5.1.3. Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

5.2.1. Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórica - crítica.

⁵⁵ Los que a su vez constituyen sub formas de la forma básica 4. (Alexy, 2007, pág. 281)

5.2.2. Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual.

5.3. Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

Estas reglas vienen a ser una variante del principio de generalizabilidad, en sus diferentes versiones propuestas por Hare, Habermas y Baier. (Alexy, 2007, pág. 285), las que se consignan en las reglas (5.1.1.) a (5.1.2.); Sin embargo, lo dicho no es suficiente para la garantía del acuerdo racional, por ello formula una nueva regla del discurso (5.2.), y es la relativa a que las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales deben pasar la prueba de su génesis histórico crítica, y ello ocurre en condiciones de socialización justificables, precisando que estas condiciones no se cumplen cuando el interesado no esté dispuesto, o no pueda, tomar parte en el discurso.

Como quiera que el postulado de que el discurso práctico se desarrolla con la finalidad de resolver cuestiones prácticas realmente existentes, ello impone el respeto de los límites de la realizabilidad dados, lo que se ve reflejado en la regla (5.3.) (Alexy, 2007, pág. 288). Finalmente presenta, como ya se dijo, las reglas de transición en el discurso:

6. Las reglas de transición

6.1. Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

6.2. Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

6.3. Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

Concluye la teoría expresando que si bien las reglas citadas en precedente y la utilización de las formas de los argumentos expuestas, contribuyen a la posibilidad de lograr un acuerdo sobre cuestiones prácticas, ello no garantiza que pueda lograrse el fin citado, menos que los acuerdos a que se llegue sean definitivos e irrevocables. Ello es así, porque las reglas de la razón (2.1.)-(2.3.), solo pueden cumplirse parcialmente, aunado al hecho de que no todos los pasos de los discursos están determinados, adicional a que todo discurso inicia de concepciones normativas cambiantes; por lo que siempre es imperativa la revisión de los mismos. Aunado a lo anterior, señala, ha de tenerse presente los casos de imposibilidad discursiva y de posibilidad discursiva, esta última exige la existencia de normas que permitan decidir entre dos decisiones discursivamente posibles, las cuales pueden ser dadas, por ejemplo, por las reglas jurídicas. Siendo ello así, los límites del discurso práctico general fundamenta la necesidad de reglas jurídicas. (Alexy, 2007, págs. 291-292)

Teoría de la Argumentación Jurídica

El fundamento básico de esta teoría se fundamenta, está dado por el postulado según el cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, es decir, aquél relacionado con las discusiones propias de la (i) dogmática; (ii) las realizadas por los jueces; (iii) los debates entre los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en el órgano legislativo; las discusiones de la academia; (iv) así como aquellas discusiones en los medios de comunicación en las que estén inmersos argumentos jurídicos. (Alexy, 2007, págs. 293-294)

Disputas a las que se les reconocen las siguientes características: a) Algunas, como las que se dan en los debates ante los tribunales, están institucionalizadas; b) en algunas, se trata de lograr un resultado en determinado tiempo; c) en otras tienen decisiones vinculantes; d) en otras más, está permitido pasar en cualquier momento de la argumentación jurídica a la argumentación práctica general (Alexy, 2007, pág. 294); lo común entre todas ellas, es que exigen un resultado claro y definitivo (Feteris, 2007, 1999, pág. 163) conforme al derecho vigente, siendo ésta la principal diferencia, con la argumentación práctica general. En tales características funda la tesis del caso especial, según la cual, la discusión jurídica tiene lugar bajo condiciones de limitación, como las anotadas. (Alexy, 2007, pág. 295)

Adiciona que el discurso jurídico comprende también una pretensión de corrección, la cual se asegura a través de la fundamentación razonada de la decisión, a la que se llega siguiendo las reglas del discurso jurídico, en el marco del ordenamiento vigente (Alexy, 2007, pág. 304).

Dentro de los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica, Alexy, distingue dos tipos de fundamentación, la interna⁵⁶ y la externa; No obstante, precisa que su teoría se enfoca en la segunda de ellas, es decir, en la fundamentación externa. Para ello diseña seis grupos de reglas y formas de justificación de los argumentos, en las cuales tiene en cuenta los cánones de la interpretación, la argumentación dogmática, el uso de los precedentes, así como el uso de formas de argumentación jurídicas especiales.

Para la justificación interna, parte de la premisa que ella se realiza a través de reglas extraídas del derecho, a las cuales llama *reglas y formas de la justicia formal*, precisando que la forma más simple de este tipo de justificación, tiene la siguiente estructura:

- (J.1.1.) . (1) $(x) (Tx \rightarrow \blacktriangle ORx)$
 . (2) Ta
 (3) $Ora (1), (2)$

⁵⁶ La justificación interna, verifica si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, precisando a su vez que los problemas ligados a este tipo de justificación han sido estudiados por la lógica del silogismo jurídico aplicando los métodos de la lógica moderna. (Alexy, 2007, pág. 306)

En la cual (x) es una variable de individuo; (a) es una constante de individuo; (T) un predicado tan complejo como se quiera, que representa el supuesto de hecho de la norma (1) en cuanto propiedad de persona; y (R) un predicado igualmente complejo, que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma. (Alexy, 2007, pág. 307)

Feteris precisa que la regla anterior, sólo es aplicable cuando no se cuestiona que la norma universal (1) es aplicable a los hechos (2), adicionando que la norma universal, puede no ser clara por tres razones: a) La expresión que se usa en la norma puede ser ambigua; b) la expresión puede ser vaga; y, c) la expresión puede ser abierta a la evaluación, razón por la cual, se hace necesaria la formulación de una norma semántica, la cual indica que cuando se aplica ciertas características (M), algo es (T), así:

$$(x) (Mx \rightarrow Tx)$$

Aunado, a que cuando no es claro si algo es (M) se requerirá de la aplicación de una regla que lo determine, al tiempo que el mismo procedimiento se seguirá siempre que sea necesario dilucidar el significado de un término. (Feteris, págs. 165-166)

En este contexto se explica que la justificación interna de las decisiones jurídicas se sigue, de la aplicación del principio de universalidad, el cual concreta en las siguientes reglas de justificación formal:

- J.2.1. Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
- J.2.2. La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.
- J.2.3. Siempre que exista duda sobre si una a es T o M, hay que aducir una regla que decida la cuestión.
- J.2.4. Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.
- J.2.5. Hay que articular el mayor número de pasos de desarrollo.

El paso más importante, según el autor, consiste en la fundamentación de las premisas no extraídas del derecho positivo, a lo que responde la *fundamentación externa*, la que se corresponde con aquellas reglas que tienden un paso entre las normas y la descripción del hecho. El objeto de la justificación externa es la justificación de las premisas usadas en la justificación interna (Alexy, 2007, pág. 318). Dichas premisas, pueden ser: i) Reglas de derecho positivo; ii) enunciados empíricos; iii) premisas que no son ni reglas del derecho positivo ni enunciados empíricos, las cuales

a su vez tendrán sus respectivos tipos de fundamentación, haciendo énfasis que la teoría de la argumentación jurídica se enfocará en las premisas que no son ni normas de derecho positivo ni enunciados empíricos, lo cual, constituye el núcleo de la argumentación jurídica. Es decir, una decisión judicial será racionalmente aceptable por la comunidad jurídica, siempre que se encuentre bien fundamentada, no solamente desde el punto de vista de las premisas internas, sino que adicionalmente requiere que sus premisas externas estén bien sustentadas.

Las reglas y formas de la justificación externa, permiten tal y como lo informa (Feteris), la justificación de una regla como norma del derecho positivo, en tanto satisface los criterios de validez del ordenamiento jurídico (pag. 169), las cuales divide en seis grupos, el primero de ellos, está dado por los cánones y formas de la interpretación de las normas jurídicas, a partir de los métodos de interpretación, veamos:

(J.3.1.) R' debe aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_i.

(J.3.2.) R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_k.

(J.3.3.) Es posible aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni W_i ni W_k.

Así mismo, diseña las formas del argumento basado en la interpretación genética y en la interpretación teleológica, para seguir con el siguiente grupo de reglas, las que se formulan como sigue:

(J.6.) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación.

(J.7.) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

(J.8.) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

(J.9.) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

Continúa con las reglas de la **argumentación dogmática**:

(J.10.) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico general.

(J.11.) Todo enunciado dogmático debe pasar por una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto, como en sentido amplio.

(J.12.) Si son posibles enunciados dogmáticos, deben ser usados.

Aquí debe tenerse en claro que los argumentos dogmáticos a que se refieren las normas anotadas, son aquellos que se ocupan: i) de la descripción del derecho vigente; ii) de su análisis sistemático y conceptual; iii) de la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos, y que a la vez se corresponde con tres dimensiones: i) empírico descriptiva; ii) analítico - lógica; iii) práctico - normativa⁵⁷. Incluye a los principios como enunciados dogmáticos, en tanto, tienen tanto nivel de generalidad que no pueden ser aplicados sin añadir otro tipo de premisas normativas.

Luego formula las **reglas más generales del uso de los precedentes**, las que funda en el principio de universalidad que impone tratar igual a lo igual, aceptando que ello también presenta un problema, en la medida que en la práctica nunca hay un caso igual, por lo que la dificultad se traslada a la relevancia de las diferencias. No obstante, la pretensión de corrección de la decisión judicial, permite que el operador jurídico se aparte del precedente, evento en el cual, la carga de la argumentación recae sobre quien no lo sigue, con lo cual aquí se aplica el principio de inercia perelmaniano (Alexy, 2007, pág. 380). Estos son tales cánones:

(J.13.) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse.

(J.14.) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

Las normas sobre uso de los precedentes en las discusiones jurídicas, y en particular, en la toma de decisión judicial, gozan de una relevancia cada vez mayor, pues como ya se advirtió buscan de un lado garantizar la seguridad jurídica y el principio a la igualdad en la aplicación del derecho, dado que en los sistemas es cada vez más aceptado que las reglas derivadas de los precedentes judiciales hacen parte de las fuentes del derecho, por lo que en todos los casos en los que el juez decida apartarse del precedente, deberá asumir además de la carga de claridad, la carga argumentativa que le es propia, en armonía con la regla (J.14.).

Así por ejemplo, el jurista colombiano Bernal Pulido, precisa que *“los precedentes se utilizan como ‘enunciados jurídicos autoritativos que pueden servir como buenas razones jurídicas para decisiones futuras’*, enunciados jurídicos que se encuentran en la *ratio decidendi* de la decisión y que según precisa el autor tienen la estructura de reglas aplicables hacia futuro en la toma de decisión judicial. (2015, pág. 106)

⁵⁷ Para Alexy, la “dogmática del derecho es una serie de enunciados que se refieren a normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no puede identificarse con su descripción; están entre sí en una relación de coherencia mutua se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y contiene contenidos normativos” (Alexy, 2007, pág. 353)

El cuarto grupo de reglas contiene las normas especiales que se usan para la interpretación de las normas jurídicas; a saber, la argumentación por analogía, el argumento a contrario, el argumento a *fortiori* y el argumento *ad absurdum*, como formas especiales del argumento. Precisa que ellos pueden expresarse bajo la forma de una inferencia lógica, para lo que se necesita de una especial preparación de las premisas, en especial de la identificación de las premisas implícitas del argumento (Alexy, 2007, pág. 384). Las cuales se condensan en las formas (J.15), (J.16) y (J.17), veamos sus esquemas:

Argumento a contrario:

- (J.15.) . (1) $(x) (OGx \rightarrow Fx)$
 . (2) $(x) (-Fx \rightarrow -OGx)$

Argumento por analogía:

- (J.16.) . (1) $(x) (Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx)$
 . (2) $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x)$
 (3) $(Hx \rightarrow OGx)$

Argumento ad absurdum:

- (J.17.) . (1) $O - Z$
 . (2) $R' \rightarrow Z$
 (3) $-R'$

Estas formas de argumentos le permiten al operador jurídico, y en específico al juez, aplicar las normas de interpretación jurídica. Por ejemplo, en el caso del argumento en contrario, para demostrar que el caso concreto objeto de análisis, no encaja en la norma presupuesta, igual sucede con los demás esquemas de argumentos expuestas por Alexy, formalizan la manera en que se aplica la metodología interpretativa en el derecho.

Concluye la Teoría de la Argumentación Jurídica, con la regla:

(J.18.) Según la cual, las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

En este sentido, cuando los enunciados no son completos, se hace necesario completarlos, a esto es lo que le llama *requisito de saturación*, adicionando que la validez de los argumentos en las diversas formas depende de la validez de los enunciados que se establecen para dicha saturación (Alexy, 2007, pág. 329).

El autor en estudio, en su teoría acepta que si bien las reglas propuestas no conducen al resultado de la argumentación en todos los casos, ellas contribuyen a excluir aquellos enunciados

normativos catalogados como discursivamente imposibles y a tomar en consideración los catalogados como necesarios, en tanto, que permiten lograr el resultado esperado, que no es otro que el de la racionalidad de la argumentación en general y en especial de la argumentación jurídica (Alexy, 2007, pág. 48).

Entre los límites que reconoce Alexy, tiene su teoría, expone que son los mismos que afectan la argumentación práctica general, que si bien se suavizan en el discurso jurídico, nunca son eliminadas. Destaca que si la discusión se corresponde con las reglas y formas de la argumentación jurídica, el resultado alcanzado en la misma puede designarse como correcto, en razón a que las reglas y formas del discurso jurídico constituyen un criterio de corrección para las decisiones jurídicas, esto es, de racionalidad de sus resultados (Alexy, 2007, pág. 401).

Feteris (págs. 181-183), plantea que la Teoría de la Argumentación jurídica, adolece de los siguientes problemas: i) Que es difícil trazar una distinción entre el esquema de justificación interna y externa de las premisas utilizadas en la decisión judicial; ii) Que parecen existir dos niveles de justificación externa, al tanto que no indica cómo se relacionan los diversos modos de justificación externa con la forma básica, por lo que se deberían describir con mayor detalle algunas de las formas de argumentación de la justificación externa; así como aclarar cuáles tipos de afirmaciones son relevantes en la justificación de las decisiones.

Conclusión

Hemos visto como en el esbozo de la teoría aquí estudiada, Alexy, tiene como punto de partida las teorías del discurso práctico general, de las cuales extrae aquellos elementos, reglas y formas del objeto de estudio, que va a tomar para la formulación de sus razonamientos sobre la argumentación jurídica. Se presentaron aunque muy someramente los aportes de la ética analítica, pasando por la teoría consensual de la verdad de Habermas, así como de la deliberación práctica de la Escuela de Erlangen y la de Perelman, a partir de cuyos postulados formula las reglas del discurso práctico general que toma como base para los cánones que indica rigen el discurso jurídico.

Así mismo se dilucidó que la Teoría de la Argumentación Jurídica, nace de la necesidad del planteamiento de un discurso específico, ante las deficiencias propias de las disertaciones prácticas generales, en el que la pretensión de corrección, está dada por el cumplimiento de las reglas preestablecidas en su teoría para ello, las cuales fueron recapituladas ampliamente a lo largo de este escrito, aplicables tanto a la justificación interna como a la externa de las decisiones jurídicas, enfatizando en aquellas de esta última naturaleza. Si bien, la Teoría de Alexy, no es completa, si permite que el funcionario judicial, tenga en consideración que el asunto de la racionalidad de las decisiones está íntimamente ligado con el de su fundamentación, es decir, una decisión bien fundamentada tanto desde el punto de vista interno como desde el punto de vista externo, será considerada racionalmente aceptable por parte de la comunidad jurídica.

Bibliografía

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Bernal Pulido, C. (2015). El Precedente y la Ponderación. En C. Bernal Pulido, & T. Bustamante, *Fundamentos filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial* (págs. 105-124). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Feteris, E. T. (2007, 1999). *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Searle, J. (s.f.). Una Taxonomía de los Actos Illocucionarios.

EL PRECEDENTE JUDICIAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

THE JUDICIAL PRECEDENT AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION

Carmen Emilia Montiel Ortiz⁵⁸

Resumen:

La Ley 1437 de 2011, introdujo la herramienta de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, cuyo fin es que los casos donde ya se ha generado una regla jurisprudencial sean resueltos en la instancia prejudicial. No obstante, la ley permite un margen de discrecionalidad de la autoridad administrativa que debe aplicar el precedente, en menoscabo de la funcionalidad y eficacia de dicha herramienta.

Palabras claves:

Extensión de la jurisprudencia, regla jurisprudencial, precedente, discrecionalidad, autoridad administrativa.

Summary:

Law 1437 of 2011, introduced the tool for the extension of the jurisprudence of the Council of State to third parties, whose purpose is that cases where a jurisprudential rule has already been generated are resolved in the preliminary ruling. However, the law allows a margin of discretion of the administrative authority to be applied by the precedent, undermining the functionality and effectiveness of said tool.

Keywords:

⁵⁸ Abogada egresada de la Universidad Surcolombiana de Neiva - Huila, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Especialista en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Bogotá y Máster en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás de Bogotá - Konstanz de Alemania, con tesis de grado meritoria. De nacionalidad Colombiana, Jueza Quinta Administrativa de Neiva - Huila, y ha sido catedrática de la Universidad de la Amazonia de Florencia, de la Universidad Surcolombiana de Neiva y de la Fundación Universitaria La Navarra de Neiva.

Extension of jurisprudence, jurisprudential rule, precedent, discretion, administrative authority.

Introducción

La principal característica de la Ley 1437 de 2011, en comparación con el Decreto 01 de 1984, fue la creación o actualización de algunas instituciones del derecho administrativo que ya venían siendo introducidas desde la Ley 1395 de 2010 *-esta última Ley consagraba la vinculación de los jueces y las autoridades administrativas a los precedentes-*.

En las discusiones que se suscitaron en torno al proyecto de Ley del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, se dejó sentada la intención del legislador por crear mecanismos eficaces y sencillos que posibilitaran la realización de las garantías y principios constitucionales (Gaceta del Congreso 1173, 2009). Uno de los principales temas de la Comisión de Reforma, fue el de la función de unificación jurisprudencial, la cual trajo aparejada la creación de una herramienta jurídica denominada sentencia de unificación (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2014, p. 23).

En los debates del Senado y la Cámara de Representantes, donde se discutió el proyecto de Ley 198 de 2009 y 135 de 2010, respectivamente, que daría lugar a la expedición del Código en comento, se estableció la necesidad de i) hacer efectivo el respeto a las decisiones judiciales y a su cumplimiento (Gaceta del Congreso 264, 2010), y ii) de establecer un recurso extraordinario de anulación o de unificación jurisprudencial (Gaceta del Congreso 683, 2010).

Así, la exposición de motivos del proyecto de ley 198 de 2009 contenido en la Gaceta del Congreso 1173 de 2009, se refiere a la necesidad de establecer mecanismos de unificación jurisprudencial que aseguren el acatamiento de las decisiones judiciales, manifestando que para garantizar su respeto, se deben crear mecanismos como el derecho a solicitar la extensión y adaptación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en un fallo de unificación jurisprudencial en el que se haya reconocido una situación jurídica, siempre que, en lo pretendido exista similitud de objeto y causa con lo ya fallado. El trasfondo de la discusión que se suscitó en el legislativo en torno a la unificación de las decisiones del Consejo de Estado fue la necesidad de proteger el derecho a la igualdad constitucional, el cual lleva implícito el tratamiento igualitario de las personas ante la administración y el deber por parte de las autoridades de la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Esto obliga a las autoridades a resolver de manera igual aquellos casos iguales, observando para el efecto las decisiones judiciales emitidas, tanto las de constitucionalidad, como las sentencias de unificación y los precedentes del Consejo

de Estado. Este principio de “aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia”, quedó consagrado en el artículo 10 de Ley 1437 de 2011. Dicho pensamiento fue recogido por el Consejo de Estado en el Auto de abril 12 de 2013, dentro del radicado 2013-00019, Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, al mencionar que el principio de igualdad se hace operativo en la medida en que al proferir las decisiones en conflictos jurídicos puestos a consideración de las instituciones públicas, se tenga a la Jurisprudencia, como eje clave para la resolución de esos asuntos.

Al tiempo que el legislador creaba la categoría de sentencia de unificación jurisprudencial, y los mecanismos procedimentales para su acatamiento, y se facultaba al Consejo de Estado, para que avocara el conocimiento de los asuntos tramitados en los tribunales administrativos, que ameritaran la expedición de sentencias de unificación jurisprudencial; al interior de esta Corporación se proponían mecanismos de unificación interna con la finalidad de eliminar cualquier tipo de incoherencia o tratamiento diverso ante casos iguales *-función a cargo de la Sala Plena-*, igualmente se buscaba unificar las diferencias surgidas entre las secciones de la corporación.

Así las cosas, quedó plasmado en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, que las sentencias de unificación jurisprudencial son aquellas decisiones que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. Es decir, se establecieron las fuentes objetivas de producción de las sentencias de unificación jurisprudencial.

El precedente ante las autoridades administrativas

Es importante destacar, que una de las preocupaciones que siempre ha existido en la Rama Judicial en Colombia ha sido la congestión judicial, preocupación que se ha acompañado y acrecentado por las críticas y denuncias, no solo por parte de los usuarios de la administración de justicia, sino de las otras ramas del poder público. Es un hecho visible, la cantidad de procesos sin solución, el tiempo prolongado de su tramitación, y el desequilibrio entre los ingresos y los egresos reportados por los Despachos judiciales del país. Se han generado soluciones coyunturales como la creación de despachos transitorios, pero quien ha dado pasos hacia la creación de soluciones estructurales ha sido el legislador, o eso se pretendió con la figura de la extensión de la jurisprudencia.

Hay que empezar por decir, que la Ley 1395 de 2010 –derogada–, y la Ley 1437 de 2011, se encargaron de estructurar la obligación que tienen las autoridades públicas –entendidas todas aquellas que conforman las ramas del poder público–, de obedecer y aplicar en sus decisiones los precedentes judiciales emitidos por el Consejo de Estado, aspecto que no tenía, con anterioridad a estas leyes, una consagración en nuestra legislación nacional. Y esta proclama de valor obligatorio de la decisión judicial, no se trató de un revés al artículo 230 constitucional, sino una salida real a la problemática de congestión judicial, pues la intención loable del legislador fue procurar que la autoridad administrativa, sin necesidad de que el usuario acudiera a un proceso judicial, aplicara el precedente para solucionar su caso, además de brindar una solución igual para todos aquellos que acudieran a la administración con una petición análoga.

La primera mención de la sujeción de las autoridades administrativas al precedente, se encuentra en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 –actualmente derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011–, el cual disponía:

“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”.

Esta norma utilizaba viejas reglas numéricas propias de las doctrinas⁵⁹, lo que genera la percepción que para el legislador ello da un margen de estabilidad a la decisión judicial. Sin embargo, distan de los conceptos que las altas Cortes han tratado de estructurar, tales como el precedente o las sentencias de unificación, que no implican una reiteración en la decisión, sino más bien la adopción de una *ratio decidendi* por los órganos de cierre mediante la cual se definen criterios objetivos para la resolución de los casos.

Pese a la falta de claridad de la Ley 1395 de 2010, frente a la doctrina del precedente judicial ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional, lo trascendental de la norma citada es la consagración en ley de la obligación de observancia y aplicación por parte de la autoridad

⁵⁹ El artículo 10 de la Ley 153 de 1887, consagró la figura de la **doctrina legal más probable**, la que estaba constituida por tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación. Posteriormente, la Ley 105 de 1890 en su artículo 371 cambió el nombre de doctrina legal más probable a **doctrina legal**, en esta ocasión hacía referencia a dos decisiones uniformes. Más tarde, en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 se consagró la facultad de los jueces inferiores y de la Corte Suprema para apartarse de las decisiones de ésta última, y la institución de la doctrina legal fue remplazada por la de **doctrina probable** la que estaba conformada por tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho.

administrativa del precedente judicial, lo cual ya había sido manifestando por la Corte en fallos anteriores a la expedición de dicha previsión. El artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, fue objeto de examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-539 de 2011, en la cual se declaró exequible la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa”, condicionada a que se debía entender que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional. Ahora bien, en cuanto al tema del precedente dijo el alto Tribunal:

“El problema jurídico planteado hace referencia directa a la aplicación del precedente judicial en materia administrativa, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, y no a la aplicación del precedente en materia judicial. Estos problemas, si bien presentan unos elementos comunes, como se puso en evidencia en el recuento jurisprudencial realizado en la parte motiva de esta sentencia, constituyen situaciones jurídicas bien distintas, tanto por los sujetos obligados a aplicar el precedente, que en este caso son las autoridades administrativas, como por el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial, que en el caso de las autoridades administrativas es estricto, en razón a que éstas se encuentran sujetas, como todas las autoridades públicas y servidores públicos en el país, a la Constitución y a la ley, más no gozan de la autonomía que se predica de las autoridades judiciales, en virtud de la cual les es permitido a estas últimas apartarse del precedente judicial impuesto por las Altas Cortes en ciertos casos excepcionales y razonablemente justificados” (2011, p. 54).

López Medina, considera que como consecuencia de estas interpretaciones condicionadas de la Corte Constitucional, el precedente en general resulta obligatorio para las autoridades administrativas de forma más estricta que para las autoridades judiciales, además, esta obligación administrativa de obediencia cubre, no solamente las sentencias del Consejo de Estado, sino también (y especialmente) las de la Corte Constitucional, y además, las de las demás altas Cortes (Eslabones del Derecho, 2016, p. 128). Así, en consideración de la Corte Constitucional existe una mayor sujeción de las autoridades administrativas a las decisiones de las Cortes de cierre, lo cual se explica por la inexistencia de una norma que les otorgue autonomía e independencia, como quedó previsto para los jueces de la república.

Actualmente en la Ley 1437 de 2011, encontramos varios artículos tendientes a crear una disciplina jurisprudencial en la Administración pública. Se puede citar, en este sentido, el artículo 3 de la normativa en mención, el cual señala que “en virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento”. En armonía con esta norma, se encuentra el artículo 10 *ibidem*, que reza que “al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de

su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas". Esta norma evoca el derogado artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, pero enmendando los errores advertidos, pues aquí no se incluye la fórmula numérica, ni se delimitan los asuntos en los cuales se deben observar los precedentes. Y al igual que acaeció con el mencionado artículo 114, la Corte⁶⁰ tuvo que proclamar la obligación por parte de las autoridades administrativas de observar de manera preferente sus decisiones, donde se interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia, esto sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

Para Hernández Becerra, "la Administración está llamada a decidir, oficiosamente, de conformidad con las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, esta es su obligación, que deberá cumplir sin necesidad de que el interesado esté obligado a realizar trámites especiales" (2011, p. 242).

Sumado a los anteriores artículos, el artículo 102 del mismo código regula el procedimiento administrativo para que las personas soliciten ante las autoridades que se les extiendan los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, siempre que acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. El legislador al haber vinculado a las autoridades administrativas les impuso el deber de observancia de las decisiones de unificación del Consejo de Estado, con la finalidad de evitar que ante la identidad de presupuestos fácticos y jurídicos, las personas deban acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento de derechos que ya han sido aceptados de manera previa en sede judicial. El procedimiento administrativo de extensión de los efectos de un precedente, se diferencia del deber general de observancia de la jurisprudencia -artículo 10 ibídem-, debido al carácter no oficioso de la extensión en la instancia administrativa. La anterior afirmación resulta de los términos del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el cual se indica que es precisamente el interesado sobre quien recae la obligación de realizar la petición de extensión de efectos de la sentencia, con el cumplimiento de los requisitos previsto en la norma. Hay dos observaciones frente a esta norma: la primera, que la extensión debe hacerse frente a las sentencias de unificación, las cuales están delimitadas en la ley comentada -artículo 270-, y son las decisiones proferidas por el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión de las acciones populares y de grupo. Sin embargo, como se vio, el mismo

⁶⁰ Sentencia C-634 de 2011, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado, ha ampliado el concepto de sentencias vinculantes. En segundo lugar, al igual que ocurrió con los artículos atrás analizados, la Corte Constitucional también examinó esta norma y declaró su exequibilidad condicionada mediante la Sentencia C-816 de 2011 advirtiendo nuevamente que las autoridades administrativas deberán observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

Finalmente mediante el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, la ley consagró un procedimiento especial en caso de que la Administración niegue la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o guarde silencio. Cuando esto ocurra, el interesado puede acudir ante el Consejo de Estado para que esta Corporación, previo un trámite que incluye el traslado a la Administración para que se pronuncie, ordene la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta norma está ligada al procedimiento de extensión en vía administrativa contenido en el artículo 102 ya visto. Ahora bien, ambas normas permiten el apartamiento de la Administración al precedente, en tres eventos, el primero cuando esta considere que no puede adoptar alguna decisión sin que se surta un período probatorio, el segundo exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada, y finalmente exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación.

Como se observa, el primer caso, para negar la extensión de jurisprudencia, se debe a aspectos probatorios que deben quedar claramente expuestos; en el segundo obedece a la falta de identidad fáctica y jurídica entre el caso nuevo y el contenido en la sentencia cuya aplicación se solicita, es decir, que el caso del interesado no guarde relación con el precedente, y finalmente en el tercer caso, obedece a una discrepancia de interpretación entre la administración y aquella dada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación.

Resulta insólita la última hipótesis contemplada en el artículo 102 *ibidem*, si se tiene en cuenta que es precisamente la interpretación de las altas Cortes la que define el alcance y contenido de las normas legales y constitucionales, así que variar dicho sentido -o *apartarse*- es un contrasentido, y un desconocimiento al valor obligatorio del precedente. Este tema no ha sido pacífico, y la doctrina ha registrado tres momentos, en los cuales la jurisprudencia ha tocado el tema de la mayor o menor vinculación de la administración pública a los precedentes judiciales.

Para Santaella Quintero, el primero obedece a una vinculación relativa de la Administración, el segundo a una sujeción absoluta, y el tercero a un planteamiento intermedio (2014, p. 153- 157). Este doctrinante trae a colación las Sentencias T-566 de 1998, T-569 de 2001 y SU-1122 de

2001, en las cuales la Corte Constitucional reconoce que la autoridad administrativa puede apartarse de las decisiones judiciales siempre que justifique tal determinación con argumentos contundentes, dejando a salvo las sentencias expedidas con base en el artículo 243 Constitucional, de obligatoria observancia. Posteriormente, viene el momento de la sujeción absoluta de la Administración a la jurisprudencia, lo cual se evidenció con las Sentencias C-539 de 2011 y C-634 del mismo año, donde la Corte Constitucional manifestó que "...las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada" (Sentencia C-539 de 2011, p. 31). La Corte hace con esto una diferenciación entre las autoridades judiciales y las administrativas, arguyendo que en el primer caso estas gozan de autonomía e independencia derivada de la misma carta constitucional, principios que no fueron otorgados por el constituyente a las autoridades administrativas, las cuales están sujetas a la ley y a la Constitución para el cumplimiento de sus funciones, es decir, no tienen ese margen de liberalidad o libertad relativa de que goza la decisión judicial. Así, no queda otra opción a la Administración pública que aplicar el precedente sin que pueda apartarse del mismo, so pena de incurrir en sanciones de índole penal o disciplinaria. Esta sujeción estricta tiene respaldo en la Ley 1437 de 2011 y en las interpretaciones que de ella ha hecho la Corte Constitucional, según se vio. Para Santaella Quintero, esta posición tiene varios problemas: de un lado, sin fundamento jurídico claro otorga carácter prevalente a las interpretaciones judiciales y, de otro lado, termina por reducir el papel de la Administración al de "mero aplicador o "boca" de los precedentes; algo que no solo riñe con su legitimidad democrática, sino también con su legitimidad técnica (derivada de sus conocimientos especializados -meritocracia-) y con la dificultad propia de muchas de las responsabilidades a su cargo" (2014, p. 157). Pese a estas consideraciones del autor, que sin duda defiende la labor de la administración como un actor principal de la problemática social, económica y política de la sociedad (2014, p. 157), lo cierto es que la sujeción estricta a los precedentes obedece al cumplimiento de principios superiores como el derecho al trato en igualdad de condiciones de los administrados, la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, que imponen una actuación uniforme y coherente por parte del Estado. Además, considerando que las altas Cortes mediante sus fallos crean verdaderas subreglas, la administración debe aplicar los fallos judiciales del mismo modo que debe cumplir la constitución y la ley. El tercer momento jurisprudencial supone un planteamiento intermedio, el cual fue adoptado en la Sentencia C-816 de 2011, mediante la cual se analizó la constitucionalidad del artículo 102 parcial de la Ley 1437 de 2011. De acuerdo con este autor, la Corte Constitucional en este fallo reitera que las autoridades administrativas no pueden ignorar las decisiones jurisprudenciales en las cuales se hayan señalado reglas aplicables por analogía a los casos que aquellas deben conocer. Sin embargo estas pueden disentir y

apartarse de forma razonada de los precedentes vinculantes, en virtud del reconocimiento de la autonomía que ostenta la administración. La Corte así se manifestó con relación a este tema:

“Al igual que en el ámbito de lo judicial, el apartamiento administrativo de la decisión judicial precedente se halla reglado, debiendo ser expreso y razonado. El artículo 102 citado, prescribe los fundamentos admisibles de una decisión negativa a la solicitud de extensión jurisprudencial: (i) necesidad de un período probatorio para refutar la pretensión del demandante; (ii) falta de identidad entre la situación jurídica del solicitante y la resuelta en la sentencia de unificación invocada; (iii) discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado respecto de las normas aplicables -quien podrá decidirla, con “los mismos efectos del fallo aplicado” (Art 269, Ley 1427/11)-. En todo caso, la negación de la solicitud de extensión jurisprudencial debe ser suficientemente motivada por la autoridad administrativa competente, al igual que ocurre cuando un juez se aparta de la jurisprudencia vinculante.

En suma, la autonomía de las autoridades de la Administración respecto del precedente judicial, basada en la separación de los poderes y el principio de legalidad, halla reconocimiento en esta posibilidad de apartamiento administrativo, removiendo así la objeción constitucional planteada” (Sentencia C-816 de 2011, p. 40).

El alto tribunal tiene razón, en cuanto a que fue la misma Ley 1437 de 2011 que consagró a favor de la administración unas hipótesis –artículo 102 ib.-, que más que permitirle un apartamiento del precedente, impide su aplicación por razones objetivas y taxativas. La primera, referente a la necesidad de probar el derecho, hecho que no tiene nada que ver con una potestad razonada de desconocimiento de la regla jurisprudencial; la segunda, por la falta de identidad entre el caso del petente y el precedente, lo cual también es una simple constatación de identidad fáctica y jurídica, y finalmente la tercera razón, donde radica una verdadera posibilidad de alejamiento en términos similares a la otorgada a los jueces, que se produce cuando hay discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado respecto de las normas aplicables. Sin embargo, como ya se había mencionado párrafos atrás, se itera que permitirle a la administración apartarse de la interpretación autorizada efectuada por los órganos judiciales de cierre, es una negación a la postura de la misma Corte frente a la facultad autorizada y exclusiva que recae en estas corporaciones para interpretar la Constitución Política y la Ley. Y debemos reflexionar en este punto, acerca de la función legal y jurisprudencial de las altas Cortes para interpretar con autoridad vinculante las normas, pues si sólo ellas lo pueden hacer, cómo es que se autoriza en el artículo en comento, a la autoridad pública -*autoridad administrativa*-, obligada a cumplir la constitución y la ley, a discrepar de dicha interpretación.

Se deja al lector la inquietud acerca del alcance del apartamiento del precedente por parte de la administración pública, siendo claro que a la fecha no existen muchos insumos que en la práctica aporten a esta discusión, debido a que el desarrollo de este importante instrumento se ha

visto frenado por el poco uso del mismo, pues contrario a lo esperado, lo que se evidencia por parte de los operadores judiciales es que a pesar de la expedición de varias sentencias de unificación que reconocen derechos, no se ha disminuido, por cuenta de la figura procedimental de la extensión de la jurisprudencia, el número de asuntos cobijados por estas decisiones que llegan a los estrados judiciales.

En línea de lo argumentado, se considera que la sujeción estricta garantiza en mejor medida la coherencia del sistema jurídico, además que responde al carácter de fuente de derecho que se ha pretendido dar a la jurisprudencia de las altas cortes. No hay mejor garantía en el ejercicio de la igualdad, la certeza jurídica, la buena fe, la confianza legítima y la efectividad de los derechos fundamentales, que el ejercicio de las funciones de una entidad estatal conforme a los causes trazados por las autoridades judiciales al momento de actualizar las normas generales. El buen funcionamiento del Estado, en parte depende de que las autoridades administrativas respeten las líneas jurisprudenciales trazadas en los eventos considerados como indiscutibles ante la misma instancia judicial, que finalmente es quien tiene la competencia para dirimir estas controversias. Al tiempo que esto obedece a criterios prácticos en la resolución de las peticiones, también ayuda a descongestionar la justicia⁶¹.

Cuando la Administración es vigilada por los jueces de la República, y éstos ya han establecido criterios de orden constante en la interpretación y análisis hermenéutico de referentes jurídicos, lo más apropiado para la función administrativa, es el hacer buena acogida de estos, con lo cual se garantiza la estabilidad de sus propias decisiones y la satisfacción real de los derechos de sus asociados.

⁶¹ Que fue la consideración para que desde la Ley 1395 de 2010 se consagrara esta clase de disposiciones, según se lee en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Ministro del Interior y de Justicia, para justificar la necesidad de la existencia de esta clase de norma (Hoyos Duque, 2013, p. 460).

Conclusiones

En la Ley 1437 de 2011, específicamente, se establecieron mecanismos para que los usuarios de la Administración exijan la aplicación extensiva de los fallos del Consejo de Estado en caso de haber unificado criterios o haber señalado precedente judicial. Igualmente, imponen la carga a la autoridad de observar de forma obligatoria las decisiones de este tribunal de cierre y además las proferidas por la Corte Constitucional *-condición introducida por esta Corporación al analizar la constitucionalidad de las normas que contienen tal previsión-*.

La Ley 1437 de 2011 respondió a la necesidad de salvaguardar el derecho a la igualdad de trato y el principio de la seguridad jurídica, mediante la creación de la sentencia de unificación jurisprudencial como regla jurídica de aplicación obligatoria por parte de los falladores y las autoridades administrativas.

El Consejo de Estado a partir de la Ley 1437 de 2011, asumió un proceso consiente de producción de reglas judiciales, apoyado en figuras como el recurso de unificación y la extensión de jurisprudencia, herramientas procesales creadas para obligar al aplicador a observar las sentencias de unificación que profiere. Sin embargo, se ha visto en la práctica, que la expedición por parte del Consejo de Estado de reglas jurisprudenciales que podrían aplicarse dentro del procedimiento administrativo, no ha generado un impacto significativo en la disminución del ingreso de demandas a la rama judicial, lo que podría atribuirse al desuso de la figura de la extensión de la jurisprudencia, y al incumplimiento de la autoridad administrativa de aplicar de manera oficiosa las sentencias de unificación.

Referencias bibliográficas

Hernández Becerra, A. (2011). La jurisprudencia en el nuevo código. En Consejo de Estado (Ed.), Seminario Internacional Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (pp. 233-244). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Hoyos Duque, R. (2013). El valor del precedente judicial en la ley 1437 de 2011: ¿es la jurisprudencia fuente

de derecho?. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/18ricardohoyos-duque.pdf>.

López Medina, D. E. (2016). *Eslabones del Derecho: El deber de coherencia con el precedente judicial*. Bogotá: Uniandes-Legis Editores.

Santaella Quintero, H. (2014). La sujeción de la administración a los precedentes judiciales. En J. L. Benavides (Comp.). *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo* (pp. 141-178). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gaceta del congreso de la república:

Gaceta del Congreso 683 de 2010. Recuperado el 23 de septiembre de 2010 de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=683&v_anog=2010.

Gaceta del Congreso 264 de 2010. Recuperado el 27 de mayo de 2010 de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=264&v_anog=2010.

Gaceta del Congreso 1173 de 2009. Recuperado el 17 de noviembre de 2009 de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=1173&v_anog=2009.

LOS LÍMITES AL CONTROL DISCIPLINARIO DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA DEL JUEZ⁶²

THE LIMITS TO THE DISCIPLINARY CONTROL OF THE JUDGE'S INTERPRETIVE ACTIVITY

Diana Fabiola Millán Suárez⁶³

Resumen:

Con fundamento en la jurisprudencia nacional, identificar los límites al control disciplinario de la actividad interpretativa del juez.

Abstract:

Based on national jurisprudence, identify the limits to disciplinary control of the judge's interpretative activity.

Palabras clave:

Independencia judicial, control disciplinario.

Keywords:

Judicial independence. Disciplinary control.

La separación de poderes como principio político trajo consigo la necesidad de control y equilibrio entre éstos. El control y, en general, las distintas formas de responsabilidad hoy son vistas como contrapartida de la independencia que a cada poder le corresponde y, en esa medida, incluso como fuente de legitimidad de sus respectivas instituciones.

⁶² En cumplimiento de la instrucción g) de las "Pautas para la presentación de artículos", informo que este documento fue elaborado como parte de la investigación que concluirá con la monografía exigida para obtener el título de Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

⁶³ Colombiana, Procuradora 17 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bucaramanga, 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).

En ese marco, es claro que en un Estado de Derecho la disciplina de los jueces es herramienta indiscutible para controlar su sujeción a la ley y, como servidores públicos que son, el control disciplinario respecto de ellos se justifica aún más por la especialísima misión que ejercen para el cumplimiento de los fines del Estado.

No obstante, simultáneamente con esa legítima necesidad de control de la actividad judicial, hoy se reconoce de manera igualmente generalizada que la adhesión incondicional del juez al imperio de la ley no puede ser asegurada sino en medio de condiciones reales de independencia en su interpretación del derecho. Ciertamente, en un contexto democrático, para el administrado es tan importante la existencia de controles de la actividad judicial como la garantía de jueces competentes, independientes e imparciales a la hora de interpretar las leyes.

¿Cómo articular, entonces, el necesario control disciplinario de los jueces con la garantía de su independencia a la hora de interpretar el derecho?

Para abordar esa problemática, en un primer capítulo de este artículo intentaremos hacer algunas breves precisiones sobre el concepto de independencia judicial como garantía de los justiciables. Ello permitirá avanzar luego en la identificación, si los hay, de los límites al control de la actividad interpretativa de los jueces por razón de la naturaleza independiente de esa actividad.

I. El concepto de independencia judicial

Tradicionalmente la independencia del juez ha sido entendida como una consecuencia natural de la interpretación estricta del principio de separación de poderes, pilar del Estado de Derecho. Los orígenes de ese principio, como bien se sabe, se remontan a los tiempos en que Jonh Locke proponía en su *"Tratado sobre el Gobierno Civil"* la creación de tres poderes, concepción que luego sería acogida y desarrollada por Montesquieu en *"El Espíritu de las Leyes"*.

No obstante, el concepto actual de la independencia del juez 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 garantizar que los conflictos entre las personas y entre éstas y el Estado o en el interior del propio Estado sean resueltos por jueces independientes, como presupuesto necesario de un juicio justo.

En efecto, los jueces no son personas distintas de los justiciables. Unos y otros, por vivir en la misma época política y cultural, están determinados por una concepción más o menos común de los valores que rigen la sociedad en la que viven y, por tanto, tienen frente a la vida prejuicios similares, resultado de una realidad histórica común. En ese contexto, la independencia judicial que

reclama el Estado de derecho no es precisamente aquella independencia abstracta, construida a partir de la separación de poderes. La sociedad exige una garantía que sea más adecuada a los intereses en juego del justiciable.

De modo que lo determinante de la independencia judicial, en una sociedad que se pretenda democrática, es que los jueces sean libres de proferir sus decisiones, de interpretar el derecho, fundados únicamente en el derecho. Y para ello la sociedad debe reivindicar la ausencia de toda sumisión del juez a poderes exteriores en el ejercicio de su función jurisdiccional. La independencia judicial es, entonces, un corolario necesario de la protección de los derechos, en cuanto asegura que las decisiones del juez sean fundadas únicamente en el derecho.

Dicho de otro modo, según lo hasta aquí expuesto, la independencia judicial dejó de ser exclusivamente un principio del Estado de Derecho, para convertirse en un verdadero derecho subjetivo. Más concretamente, en un derecho fundamental de los justiciables.

Bajo ese entendido la Declaración de los Derechos Humanos define la independencia judicial así:

"Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

"Artículo 14.

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exindependencia judiciala el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia (...)"

Ahora bien, ¿independencia frente a quién? No hay duda de que la independencia judicial no se reduce a una independencia institucional, ni está referida exclusivamente a las relaciones del poder judicial con los otros poderes públicos. El derecho fundamental a la independencia judicial implica la ausencia de toda forma de sumisión a cualquier poder, presión o influencia externa o

interna, proveniente de la esfera política, económica, mediática o de los lazos familiares o sociales del juez.

Conviene también preguntarse: ¿independencia en favor de quién? La independencia judicial no constituye una libertad otorgada al cuerpo judicial en su propio interés, sino para asegurar la preeminencia del Estado de derecho en beneficio de los justiciables y de la sociedad. En otras palabras, aun cuando está establecida en cabeza del poder judicial, la independencia judicial no es una prerrogativa corporativa ni un derecho del juez, sino un derecho fundamental de los justiciables en favor de la sociedad en su conjunto.

En ese orden de ideas, dependiendo del origen de las injerencias indebidas a las que podría verse expuesto el juez, la literatura jurídica distingue entre la independencia judicial externa y la independencia judicial interna.

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 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.

En este punto conviene precisar algunas condiciones que garantizan la independencia judicial interna, en el entendido de que tales garantías, en cuanto ligadas más estrechamente a la relación jurídico-procesal que las de la independencia judicial externa, son de más fácil percepción por parte del justiciable, titular del derecho fundamental a la independencia judicial.

Para los fines de este artículo, nos referiremos a las siguientes tres garantías:

Primera garantía: La inamovilidad de los jueces. Decir que un juez es inamovible significa que él no puede ser objeto de una medida individual de revocación, suspensión, traslado o retiro anticipado, por fuera de los casos y las condiciones previstos por la ley.

Se trata de una verdadera garantía del derecho fundamental de los justiciables a la independencia judicial interna, pues gracias a ella el justiciable tiene la confianza de que a lo largo de todas las etapas de la instancia correspondiente su proceso será tramitado bajo un mismo criterio interpretativo y, además, que el juez de su causa tramitará y decidirá el asunto con independencia de cualquier presión que pueda estar relacionada con su permanencia en el aparato judicial.

El juez que puede ser removido por causas ajenas a la ley o sin cumplir con el procedimiento debido, no es un juez independiente, pues en el ejercicio de sus labores él puede ser fácilmente influenciado por las motivaciones impuestas por quienes tienen la potestad de mantenerlo en su cargo.

Segunda garantía: El reclutamiento adecuado de los jueces. El procedimiento de selección de los jueces no es una cuestión ajena al derecho fundamental de los justiciables a la independencia judicial interna, pues una de las finalidades de todo proceso de selección de jueces debe ser la de asegurar que la persona nombrada tenga las calidades y competencias necesarias para cumplir la función de administrar justicia alejada de todo tipo de presión indebida.

Nadie pensará que un juez es independiente si su acceso a la carrera judicial depende de la mera voluntad de una persona o de un grupo de personas, sin referencia a criterios objetivos y transparentes en su selección. Dicho en otros términos, si el acceso a la carrera judicial está basado en el mérito y la capacidad de la persona llamada a ejercer la función jurisdiccional, el justiciable puede estar seguro de que el juez de su caso no será un juez fácilmente influenciado por motivos indebidos.

Tercera garantía: Imposibilidad de discutir las decisiones jurisdiccionales por vías diferentes a las de los recursos previstos por la ley. Reconocer la independencia judicial interna como derecho fundamental de los justiciables implica aceptar que éstos tienen derecho a que el juez de su caso no se vea obligado a decidir de acuerdo con el criterio de sus superiores funcionales o el de sus investigadores disciplinarios, sino de acuerdo con el criterio que libremente se forme en la interpretación de los hechos y del derecho.

Respecto de la independencia frente al criterio de los superiores funcionales debe precisarse que si bien la organización de la jurisdicción es jerárquica, ello responde, sin más, al ejercicio de los recursos. Por tanto, salvo el ejercicio de esa vía procesal y la fijación de precedentes obligatorios, los jueces de los niveles superiores no están autorizados a dictar la conducta que deben seguir los jueces de los niveles inferiores. En ese sentido, el artículo 5 de nuestra Ley Estatutaria de Administración de Justicia ordena que *"Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias"*.

Y, respecto de la independencia frente al criterio de las autoridades disciplinarias, fácil se advierte que el juez que al resolver está condicionado por los requerimientos de quien puede sancionarlo o destituirlo por lo que resuelva, no es un juez independiente.

Habiéndonos referido a esta nota característica de la actividad interpretativa del juez, intentaremos revisar si ella introduce límites al control disciplinario de la actividad interpretativa del juez.

II. La garantía de la independencia judicial como límite del control disciplinario de la actividad interpretativa del juez

A fin de identificar si el control disciplinario encuentra límites en la garantía de la independencia judicial, en su dimensión interna, revisaremos los pronunciamientos judiciales más relevantes, la mayoría de ellos emanados de la Corte Constitucional.

Sea lo primero destacar que la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-417 de 1993 indicó:

"La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno. Si se comprueba la comisión de un delito al ejercer tales atribuciones, la competente para imponer la sanción es la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria. Ello resulta de la autonomía garantizada en los artículos 228 y 230 de la Constitución".

De manera que una consideración contraria a la anterior afirmación, esto es, aquella que acepte como válido el cuestionamiento que en sede disciplinaria se haga de la interpretación judicial, en determinadas circunstancias ha sido considerada una violación del derecho al debido proceso disciplinario de los funcionarios judiciales. Y tal violación es susceptible de amparo por vía de tutela, como lo ha precisado la Corte Constitucional en varios pronunciamientos, destacándose especialmente los siguientes:

La sentencia T-751 de 2005:

"4. El principio de autonomía e independencia judicial y su relevancia en los procesos disciplinarios adelantados en contra de los funcionarios judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

En diferentes pronunciamientos esta Corporación ha hecho ver cómo la labor interpretativa del ordenamiento que cumplen los jueces en el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando se ejerza dentro de parámetros de razonabilidad, resulta inmune al poder disciplinario del Estado.

4.1 Inicialmente, en los albores de su actividad, la Corte Constitucional en la Sentencia C-417 del 23 de agosto de 1993, se refirió de la siguiente manera a la autonomía funcional de los jueces en la interpretación de las normas jurídicas, dentro de su misión constitucional de administrar justicia (...)

4.2 Posteriormente, en la Sentencia T-249 de 1995 la Corte resolvió la solicitud de tutela presentada por dos magistrados de la Sala Dual de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, quienes alegaban que una decisión adoptada en contra suya por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura era constitutiva de vías de hecho. En dicha ocasión, tales magistrados, dentro de un proceso sucesorio, habían reconocido como interesado al hijo del causante, con fundamento en 'fotocopia auténtica del registro civil de nacimiento y una partida de bautismo', aplicando lo dispuesto en los artículos 588 numeral 3o. y 590 numeral 3o. del Código de Procedimiento Civil. Esta actuación, a juicio de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, constituía una irregularidad, por lo cual los magistrados de la Sala de Familia fueron sancionados con suspensión de quince días en el ejercicio de sus funciones.

La Corte, reiterando lo dicho en el fallo de constitucionalidad antes citado, estimó que la competencia del juez disciplinario no iba hasta permitirle analizar y calificar el contenido de la decisión de jueces y magistrados, pues, como lo señalaba el artículo 256 numeral 3o. de la Constitución Política, a él correspondía solamente 'examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial' y en ningún momento dicha facultad abarcaba 'la de revisar el contenido de los fallos judiciales y de controvertir el análisis probatorio realizado por el juez o tribunal'.

4.3. Mas adelante, en la sentencia T-094 de 1997, en similar sentido a lo dicho en el fallo anterior, la Corte vertió los siguientes conceptos, que explican por qué las interpretaciones plausibles o razonables del ordenamiento, aunque no sean compartidas por otros jueces, no dan lugar a que las decisiones que en ellas se funda sean constitutivas de vías de hecho, ni tampoco pueden servir de fundamento para el inicio de procesos disciplinarios:

'En el ámbito de sus atribuciones, los jueces están autorizados para interpretar las normas jurídicas en las que fundan sus decisiones. Ello hace parte, justamente, de la autonomía que la Constitución les garantiza. Por supuesto, al buscar el sentido de la normatividad, aunque no coincida con el alcance que a las disposiciones correspondientes podrían dar otros jueces, el juez de conocimiento, mientras no se aparte de ella, la aplica en sus providencias y, por tanto, la interpretación a partir de la cual lo haga mal puede tomarse como una vía de hecho, o como una transgresión del ordenamiento jurídico. Si ello es así, no cabe la tutela contra la interpretación que un juez, en el ejercicio de sus funciones, haya hecho de las normas que gobiernan el proceso a su cuidado. Esa es la misma razón para que esta Corte haya sostenido que tampoco es posible iniciar procesos disciplinarios contra los jueces con motivo de las providencias que profieren o a partir de las interpretaciones que en ellas acogen'

4.4 Nuevamente la Corte reiteró la anterior doctrina, cuando en la sentencia SU-257 de 1997, refiriéndose a la obligación de acatar las decisiones del juez constitucional, sostuvo:

'...la Corte debe reiterar, en guarda de la autonomía funcional de los jueces, que, 'en el ámbito de sus atribuciones (...), están autorizados para interpretar las normas en las que fundan sus decisiones' (Cfr. Sentencia T-094 del 27 de febrero de 1997), lo cual hace parte de la independencia que la Constitución les garantiza, por lo cual, inclusive, 'tampoco es posible iniciar procesos disciplinarios contra los jueces con motivo de las providencias que profieren o a partir de las interpretaciones que en ellas acogen'.

Se repite que 'la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del Derecho según sus competencias'. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno' (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993).'

4.5 En la Sentencia T-625 de 1997, la Corte resolvió la solicitud de tutela de un juez de la República, que había sido sancionado con destitución por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

El mencionado funcionario judicial se desempeñaba como Juez Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos cuando conoció de un proceso de pertenencia promovido contra personas indeterminadas. El demandante había alegado ser poseedor del bien y había aportado como título la promesa de venta de unos derechos herenciales. El proceso se tramitó siguiendo las prescripciones de los decretos 508 de 1974 y 1250 de 1970, es decir como un proceso de 'saneamiento de pequeña propiedad agraria' -y no de pertenencia-, habiendo concluido el trámite cuarenta y un (41) días después con fallo favorable al actor. Contra dicha sentencia los herederos del propietario inscrito del inmueble interpusieron el recurso de revisión ante la Sala Agraria del Tribunal Superior de Antioquia, la cual revocó la providencia.

Los mencionados herederos presentaron denuncia ante la Procuraduría Provincial de Medellín, quien después de abrir la investigación presentó acusación ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia. Éste Tribunal consideró que el saneamiento del derecho de dominio en propiedades rurales constituía simplemente una forma de adquirir el dominio por prescripción, y que, por tanto, el trámite que el juez había impartido no era adecuado, pues había debido integrarse debidamente el contradictorio, citando a los herederos.

Para conceder la tutela deprecada, la Corte, entre otras consideraciones, adujo lo siguiente:

'3. Improcedencia del proceso y de las sanciones disciplinarias respecto de la interpretación que de la ley hagan los jueces al adoptar sus decisiones

Debe anotarse finalmente que tanto las decisiones de tutela objeto de revisión como las adaptadas en primera y segunda instancia dentro del proceso disciplinario ignoraron el mandato constitucional sobre autonomía funcional de los jueces (arts. 228 y 230 C.P.), toda vez que entendieron aplicables las sanciones disciplinarias a la tarea judicial de interpretar los alcances de la normatividad legal que rige la controversia materia de su conocimiento.

'De ninguna manera la jurisdicción disciplinaria puede tener el alcance ni el sentido de última instancia respecto de las decisiones judiciales en las distintas especialidades del Derecho, ni su papel puede constituir motivo ni razón válida para que, a través de ella, tome para sí el nivel -que no le da la Constitución- de supremo e incontrovertible intérprete de la normatividad legal en todos los órdenes y en todas las ramas de la jurisdicción, arrasando las competencias y coartando a los jueces la libertad que la Carta Política les garantiza en el análisis de los hechos y del Derecho aplicable en los asuntos que son sometidos a su consideración.'

4.6 Una vez más, en la Sentencia T-001 de 1999, la Corte insistió en que *'es evidente que dentro de ese concepto constitucional de autonomía, que impide al juez de tutela ingresar en el terreno propio del examen que únicamente atañe al juez competente ordinario, éste goza de independencia cuando, en el ámbito de sus atribuciones, interpreta las disposiciones legales que le corresponde aplicar. Por ese motivo, no cabe tampoco proceso disciplinario alguno que busque responsabilizarlo por el entendimiento que, dentro de su competencia y autonomía, haya dado a determinado precepto.'*

4.7 Sobre la autonomía judicial en materia de valoración probatoria, la Corte se ha pronunciado en varias oportunidades, explicando que la misma escapa a la competencia del juez disciplinario. Así por ejemplo, sobre ese particular en la Sentencia T-056 de 2004, al respecto dijo lo siguiente:

(...)

4.8. En conclusión, el exhaustivo recuento anterior indica claramente cuáles son los límites de la función disciplinaria ejercida respecto de los jueces y magistrados de la República, cuando en ejercicio de la función judicial interpretan las normas jurídicas, y con base en su propia interpretación adoptan las decisiones que les competen: dicha interpretación, cuando resulta razonable u plausible, no puede dar lugar a investigación disciplinaria alguna, pues cae dentro de la órbita de la autonomía e independencia judicial".

Este nutrido recuento de casos da cuenta de la efectiva aplicación de la *ratio decidendi* de la sentencia C-417 de 1993, pues se defiende en cada uno de ellos que la responsabilidad disciplinaria no puede abarcar el campo funcional de la interpretación del derecho por parte del juez.

En sentencia T-238 de 2011:

"Los anteriores ejemplos ilustran suficientemente el criterio sostenido por esta corporación en el sentido de que, por regla general, no es posible procesar ni sancionar disciplinariamente a los jueces y Magistrados que en ejercicio de su autonomía funcional interpreten las normas jurídicas y adopten decisiones con base en tales interpretaciones. Como consecuencia de esta consideración, se entiende entonces que todas aquellas decisiones en las que so pretexto de ejercer la función disciplinaria se cuestionen los criterios a partir de los cuales los jueces dictan sus providencias, o el contenido de éstas, violan el derecho al debido proceso de los funcionarios así cuestionados y constituyen una extralimitación en el ejercicio de la susodicha potestad disciplinaria".

En sentencia T-120 de 2014:

"52. Debe resaltarse entonces que el control de las interpretaciones que realiza el juez de las reglas legales no corresponde a los órganos sancionatorios del Estado. Ello implicaría una restricción inaceptable a la actividad judicial, pues el funcionario no podría asumir alternativas interpretativas sin poner constantemente en riesgo bienes como su libertad y sus derechos políticos frente al derecho sancionatorio penal; o su cargo y su salario, ante el derecho disciplinario".

En sentencia T-450 de 2018:

"5.4. Siendo ello así, claro es que los operadores jurídicos se encuentran sometidos a la referida potestad disciplinaria. Sin embargo, esa relación especial de sujeción surgida por la atribución de la función pública, no tiene la virtualidad de extenderse al contenido de las decisiones y providencias que profieran en ejercicio de sus atribuciones, dentro de la probidad, transparencia, objetividad, imparcialidad, autonomía e independencia que, tal y como ya tuvo la oportunidad de explicarse brevemente, caracterizan la labor judicial.

5.5. El planteamiento de esta última premisa, en todo caso, no impide reconocer que, bajo ciertas y determinadas circunstancias, las decisiones de las autoridades judiciales pueden antojarse arbitrarias, excesivas o irrazonables. Justamente, en ese contexto, es que la autoridad disciplinaria puede intervenir y adelantar las indagaciones a que haya lugar con el fin de hacer efectivo el sistema de control de tales servidores públicos y asegurar que la administración de justicia se cña a los principios de eficiencia, diligencia, celeridad y debido proceso sin dilaciones injustificadas (...).

5.6. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha sostenido en su jurisprudencia, de manera reiterada y unívoca, que las providencias judiciales y su contenido se sustraen, por regla general, a la función disciplinaria, precisamente por cuenta de los recién referidos fines y principios constitucionales. De esta suerte, el derecho disciplinario no puede cuestionar el proceso decisional de un funcionario judicial en cuanto que su motivación y contenido sea exclusivamente el resultado de la interpretación y aplicación razonable de la ley a un caso concreto.

(...)

5.7. Ahora bien, en desarrollo de ese mismo paradigma conceptual, contrario sensu, la Corte Constitucional igualmente ha expresado que, de manera excepcional, cuando se profieren decisiones judiciales por completo incompatibles con los principios de la interpretación razonable, suscitándose con ello una grave afectación a los principios de la administración de justicia, es posible que la potestad disciplinaria pueda ocuparse de su contenido por infringir la Constitución y las leyes, incluso si se trata de una extralimitación en el ejercicio de la función pública asignada al operador jurídico (...).

Con ese enfoque, la Corte ha denegado aquellas acciones de tutela en las que se pretende la aplicación extensiva del principio de autonomía e independencia judicial a situaciones de hecho en las que se ha producido una conducta o actuación material con incidencia dentro del respectivo proceso que, sin embargo, no constituye un acto válido de interpretación de una norma jurídica, evidenciándose un apartamiento indiscutible del derecho, en los marcos que lógica y objetivamente guían su aplicación.

(...)

5.8. Ha sido pues, sobre la base de las consideraciones traídas a colación que esta Corte ha afianzado una dogmática con alcance general que se mantiene inmutable en la jurisprudencia y que tiene que ver con el hecho de que, en materia de autonomía e independencia judicial, los jueces no son susceptibles de control disciplinario por las opciones hermenéuticas que asuman en el marco de su

ámbito funcional, regla que aunque no es absoluta, sí propugna por un máximo de protección a la autonomía y un mínimo de injerencia disciplinaria en materia interpretativa.

Esto último, implica que la falta disciplinaria solo puede originarse por incumplimiento de deberes legales o constitucionales incompatibles con los principios de la administración de justicia. Es decir, la abierta separación de los deberes del cargo, eventualmente encubierta bajo decisiones de apariencia jurídica, pero materialmente lejanas del imperio del derecho y la justicia”.

Como se aprecia, la Corte Constitucional defiende que el juez, en la interpretación del derecho, no esté subordinado a las presiones indebidas que pueden provenir de su propio campo institucional, como podrían ser las que emanan de la autoridad que lo disciplina. Por tanto, para evitar ese tipo de injerencia indebida considera que la actividad interpretativa del juez no puede ser objeto de reproche disciplinario sino de manera excepcional: en aquellos eventos de comprobada irracionalidad o arbitrariedad.

En similar sentido encontramos providencias de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Veamos:

El auto dictado el 13 de septiembre de 2010 en el expediente 110010102000201000960 00 (2285-07):

“Conforme a lo anterior, es preciso señalar para eventos como el que nos ocupa, que cuando del mismo texto de la queja no se advierten sino factores de inconformidad o insatisfacción frente a la determinación judicial, definitivamente no es procedente, ni consecuente desgastar la jurisdicción disciplinaria, con riesgo de penetrar en el fondo de todo un proceso que fue adelantado dentro de la órbita funcional de la autoridad judicial correspondiente, así pertenezca a esta jurisdicción (...)

En este orden de ideas, sólo son susceptibles de acción disciplinaria las providencias judiciales donde el funcionario vulnera el ordenamiento jurídico, incurriendo con ello en lo que doctrinalmente se ha denominado vía de hecho, o cuando, para cimentar su decisión, distorsiona ostensiblemente los principios de la sana crítica, orientadores de la valoración probatoria, supone indebidamente pruebas inexistentes en el expediente o desconoce groseramente las que obran en el plenario.

Por fuera de esas situaciones, las interpretaciones de la ley o el valor asignado por el funcionario a las pruebas, así tales comportamientos en un momento determinado puedan juzgarse equivocados, escapan del ámbito de control de la jurisdicción disciplinaria”.

En el auto dictado el 20 de octubre de 2010 en el expediente 11001010200020110016600 (2899-09):

“En ese entendido, no encuentra la Sala razón alguna para invadir la autonomía funcional del funcionario inculpada, en tanto su decisión no concreta la presencia de una grosera, abierta o

protuberante irregularidad, yerro o arbitrariedad, por cuanto sólo se han limitado a efectuar un ejercicio de valoración dentro de su marco funcional de sus competencias.

En tal orden de ideas, cuando del mismo texto de la queja se advierten factores de irrelevancia para el derecho disciplinario no es procedente, ni consecuente desgastar la jurisdicción disciplinaria, en una investigación disciplinaria, con riesgo de penetrar en el fondo de todo un trámite que fue adelantado dentro de la órbita funcional de las autoridades judiciales”.

En el auto dictado el 26 de octubre de 2011 en el expediente 110010102000201101081-00 (3105-10):

“Así pues, es preciso advertirle al quejoso que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria puede referirse a cuestiones evidentemente violatorias al debido proceso, o al derecho de defensa, y al procedimiento en general, pero no puede entrar a cuestionar las decisiones judiciales razonadas y razonables, ya que dichas decisiones son autónomas e independientes, siéndole connaturales al ejercicio soberano de la facultad de administrar justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Es por ello que la jurisdicción disciplinaria no puede ser utilizada como un medio de presión para que los funcionarios judiciales adecuen sus decisiones en uno u otro sentido, pues tal orientación iría en abierta contradicción con los principios de autonomía e independencia previstos en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política.

Pacíficamente esta S. ha aceptado su imposibilidad de inmiscuirse, dar órdenes o revocar las decisiones de los funcionarios judiciales y por el contrario, defiende que cualquier desavenencia presentada contra sus determinaciones, debe ser ventilada agotando los recursos previstos por la ley para tal efecto”.

En el auto dictado el 30 de julio de 2014 en el expediente 110010102000201400630 00:

“Esta Corporación, siempre ha sido enfática en manifestar que, respeta la libre interpretación que los funcionarios judiciales hacen tanto de las pruebas como de la ley, siempre que sea razonable, lógica y acorde con las reglas hermenéuticas que comparten la doctrina y la jurisprudencia en cada especialidad.

Por eso, esta S. en armonía con la jurisprudencia constitucional, ha precisado que solo son susceptibles de acción disciplinaria las providencias donde el funcionario judicial vulnera de manera ostensible el ordenamiento jurídico incurriendo en vía de hecho, o en los casos que con la intención de fundar su decisión, distorsiona expresamente los principios de la sana crítica, orientadores de la valoración probatoria, supone pruebas inexistentes o desconoce groseramente las pruebas que obran en el expediente.

Entonces, al margen de las situaciones señaladas, las interpretaciones de la ley o el valor concedido a la realidad procesal escapan del ámbito de control de la jurisdicción disciplinaria.

La autonomía funcional de los funcionarios judiciales, respecto de la interpretación de las normas aplicadas y la valoración del acervo probatorio en cada caso concreto, goza de la presunción de legalidad, razonabilidad, autenticidad, imparcialidad y seguridad jurídica, como lo ha subrayado la Corte Constitucional”.

De acuerdo con este recorrido es claro que en el escenario disciplinario los límites que al control de la actividad interpretativa del juez impone el principio de la independencia judicial son muy estrictos. Ciertamente, de acuerdo con lo considerado por la Corte Constitucional y por el Consejo Superior de la Judicatura, es posible identificar los siguientes límites:

- Por regla general, la responsabilidad disciplinaria de jueces no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias
- Solamente por vía de excepción es posible el control disciplinario de la interpretación judicial, siempre y cuando se cumplan los siguientes supuestos, puesto que la injerencia disciplinaria debe ser mínima: (i) que no se trate de interpretaciones razonables, esto es, de una opción hermenéutica razonable, (ii) que no implique revisar, a la manera de una instancia procesal, el contenido de la decisión judicial, (iii) debe tratarse de interpretaciones arbitrarias, excesivas o irrazonables de manera evidente, (iv) debe tratarse de interpretaciones que resulten incompatibles con los principios de la administración de justicia.

Fácil se concluye, entonces, que las únicas interpretaciones susceptibles de control disciplinario son las que no pueden entenderse amparadas en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional, entendiéndose por tales aquellas que vulneran ostensiblemente el ordenamiento jurídico, bajo las condiciones anotadas.

Bibliografía

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Autos dictados el 13 de septiembre de 2010 en el expediente 110010102000201000960 00 (2285-07), el 20 de octubre de 2010 en el expediente 11001010200020110016600 (2899-09), el 26 de octubre de 2011 en el expediente 110010102000201101081-00 (3105-10) y el 30 de julio de 2014 en el expediente 110010102000201400630 00.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencias C-417 de 1993, T-462 de 2003, T-751 de 2005, T-358 de 2007, SU-817 de 2010, T-238 de 2011, T-936 de 2013, T-120 de 2014 y T-450 de 2018.

GÓMEZ P., Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Sexta Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017.

MILLÁN S., Diana Fabiola. *L'indépendance interne du juge, est-elle un droit fondamental?* Master de Droit public approfondi. Université Panthéon-Assas, 2013.

MONROY C., Marco Gerardo. *Aplicación, interpretación e integración del derecho*. En: Curso de Capacitación para Jueces de la República. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Hermenéutica Jurídica. Imprenta Nacional, Bogotá, 1988.

MORA M., Luis Paulino. "La independencia del juez como derecho humano". Ensayo publicado por la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 1998.

ELEMENTOS DE LA FALTA DISCIPLINARIA DE REPRODUCIR ACTOS ADMINISTRATIVOS SUSPENDIDOS O ANULADOS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA⁶⁴

ELEMENTS OF THE DISCIPLINARY LACK OF PLAYING ADMINISTRATIVE ACTS SUSPENDED OR CANCELED BY THE CONTENT-ADMINISTRATIVE JURISDICTION

Freddy Jesús Ruiz Villamizar⁶⁵

Resumen:

Las Leyes 734, 2002 (artículo 35, numeral 19), y 1952, 2019 (artículo 39, numeral 16), consagran como falta disciplinaria el "reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la jurisdicción contenciosa-administrativa". En ese sentido, en el presente escrito, se hace una aproximación a este tema, que permitirá a los servidores públicos y comunidad en general, conocer los elementos de dicha falta disciplinaria, como son, las características de la conducta de realización del respectivo tipo disciplinario, y lo que es necesario para adecuar la conducta oficial de los primeros hacia la atención del deber funcional que subyace a dicha falta.

Para los anteriores fines, el presente escrito se divide en cuatro partes: en la primera se hace una descripción de cada uno de los componentes dogmáticos de la falta disciplinaria, entendido como un elemento tripartito: tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad; seguidamente, a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se fijan los supuestos que permiten establecer cuándo se entiende reproducido un acto administrativo suspendido o declarado nulo, en un acto posterior; luego se caracteriza la falta disciplinaria prevista en los artículos señalados anteriormente; y finalmente, se plantean unas breves conclusiones sobre la temática de la investigación.

⁶⁴ Este escrito fue producto del seminario de investigación de la Especialización en Derecho Disciplinario de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

⁶⁵ Nacido en Cúcuta (Norte de Santander, Colombia). Abogado de la Universidad Libre - Seccional Cúcuta, con Especialización en Derecho Público de la Universidad Libre - Seccional Cúcuta, y Especialización en Derecho Disciplinario de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. E-mail: abogafreddyruiz@gmail.com

Abstract:

Laws 734, 2002 (article 35, numeral 19), and 1952, 2019 (article 39, numeral 16), establish as a disciplinary offense the "reproduce administrative acts suspended or annulled by the contentious-administrative jurisdiction". In this sense, in this paper, an approach is made to this issue, which will allow public servants and the community in general to know the elements of said disciplinary offense, such as the characteristics of the conduct of the respective disciplinary type, and what is necessary to adapt the official behavior of the former towards the attention of the functional duty that underlies such failure.

For the above purposes, the present document is divided into four parts: in the first one a description is made of each of the dogmatic components of the disciplinary offense, understood as a tripartite element: typicality, substantial illegality and guilt; then, on the basis of the jurisprudence of the Council of State, the assumptions that allow establishing when an administrative act suspended or declared void, in a subsequent act are reproduced are established; then the disciplinary offense foreseen in the articles indicated above is characterized; and finally, some brief conclusions are raised on the subject of research.

Palabras clave:

Falta disciplinaria, Consejo de Estado, tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad.

Keywords:

Disciplinary offense, Council of State, typicality, substantial illegality and guilt.

I. La estructura tripartita dogmática de la falta disciplinaria

1.1. Tipicidad

El proceso de adecuación típica de la conducta en el tipo disciplinario, entraña un principio cuán importante como necesario, en la estructura de la falta disciplinaria, a saber: el principio de legalidad, que debe ser visto a partir de sus dos dimensiones; i) como principio rector de todo derecho sancionador, y, ii) como expresión del derecho fundamental al debido proceso del sujeto disciplinable.

Dada la importancia del principio en comento, es sobre este que se desarrollan otros sub principios importantísimos en el proceso de tipicidad, a saber; el principio de especialidad y el principio de subsidiariedad, presentes en el artículo 9 (Ley 1952, 2019).

El derecho disciplinario, a diferencia del penal, goza de un margen de maniobra amplio en la adecuación típica de la conducta en los tipos disciplinarios, por cuanto estos últimos, casi siempre, están dados en tipos abiertos. Pero, y lejos de ser una adecuación subjetiva o dejada al arbitrio de la autoridad disciplinaria, busca que la misma se haga con descripción precisa o exacta de las conductas que impliquen la existencia de una obligación, deber, prohibición, incompatibilidad o inhabilidad.

En palabras de las máximas autoridades y de la doctrina especializada, se ha considerado el proceso de adecuación típica como un ejercicio de razonamiento, en donde la autoridad disciplinaria deberá adecuar la conducta del disciplinado a través de un proceso técnico - jurídico en el tipo disciplinario. Para hacer una aproximación a una idea, se cita el siguiente a parte de la sentencia del Honorable Consejo de Estado en el caso del ex alcalde de Medellín, Alonso Salazar:

...(1) establecer en detalle y expresamente el alcance de cada uno de los componentes de las normas invocadas, a la luz de los criterios textual, sistemático y teleológico de interpretación y de acuerdo con la jurisprudencia relevante proveniente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; y (2) establecer, a la luz de cada uno de los componentes normativos identificados en cada una de dichas normas, por qué la conducta probada de Alonso Salazar constituyó una violación de la ley, esto es, por qué sus actos encajaban bajo las definiciones legales de cada uno de dichos componentes normativos de los tipos disciplinarios invocados. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 0263-13, 2011).

En ese sentido, y a la luz del nuevo constitucionalismo, en la actualidad para alcanzar el mejor juicio de adecuación típica, no basta con que la autoridad disciplinaria emplee los criterios tradicionales de interpretación, sino que estos deberán armonizarse con los derechos, principios y valores de raigambre constitucional.

En conclusión, el proceso de adecuación típica debe hacerse en dos momentos; en primer lugar, determinando el alcance de cada uno de los componentes normativos de los tipos disciplinarios a la luz de los criterios de interpretación y en armonía con los derechos, principios y valores constitucionales; y luego, pasar a un segundo escenario, que consiste en establecer por qué la conducta que se reprocha encaja en las definiciones legales de cada uno de los componentes normativos de los tipos disciplinarios invocados.

1.2. Ilícitud Sustancial

Normativamente está regulada en el artículo 5 (Ley 734, 2002), la ilicitud sustancial como: "La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna". Debe decirse que la definición dada por el legislador resulta bastante exigua para lo que exige este elemento en la estructura de la falta disciplinaria. De ahí, que el Código General Disciplinario, lo haya definido de una mejor manera, así: "La conducta del sujeto disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna. Habrá afectación sustancial del deber cuando se contraríen los principios de la función pública". De la definición que antecede, surgen las siguientes inquietudes: ¿Qué es el deber funcional y cuando se afecta sustancialmente el mismo? y, ¿Cuándo un comportamiento reprochado halla justificación en el juicio de valoración del ilícito disciplinario?

En primer lugar, es oportuno señalar que el deber funcional es el objeto protegido por el derecho disciplinario, en una de las expresiones del *ius puniendi* del Estado. Ahora, el deber funcional, lejos de ser, o quedar reducido a las funciones o deberes explícitos que incumben a los disciplinados, ~el deber funcional~ recoge una idea mucho más amplia en el juicio de ilicitud, pues no basta con que el disciplinado incumpla un deber, o incurra en una prohibición, o abuse de un derecho, o incurra en un comportamiento tipificado como falta, para que se estructure el ilícito disciplinario, ya que, a más de lo anterior, se exige que la conducta disciplinada, sea sustancialmente ilícita, noción que no es equiparable a la lesividad de bienes jurídicos del derecho penal.

Partiendo de lo anterior, ¿Cuándo se afecta sustancialmente el deber funcional? Es evidente que en este punto nos encontramos frente al juicio de valoración más importante en la estructura de la falta disciplinaria, y es el que se refiere a la sustancialidad de la misma. Sobre el particular, es prudente citar el siguiente aparte del escrito: "*Justicia Disciplinaria: De la ilicitud sustancial a la sustancial de la ilicitud*", del Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado:

La lectura correcta del instituto analizado debe armonizarse con el artículo 22 del Código Disciplinario Único, donde se establece que la garantía de la función pública descansa en la salvaguarda, por parte del sujeto disciplinable, de los principios que la gobiernan, a los cuales se suscribe el cumplimiento de sus deberes y demás exigencias constitucionales y legales. A ello se contrae, en consecuencia, el objeto, fin o interés jurídico protegidos por el derecho disciplinario, norma concordante con el artículo 209 de la Constitución Política.

En una palabra, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan, deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial. (Ordoñez, 2009, pp. 26-27).

Expuesto lo anterior, es dable concluir que habrá afectación sustancial del deber funcional, cuando se perturbe la función pública y se desconozcan los principios que la gobiernan⁶⁶.

Ahora, frente al segundo cuestionamiento: ¿Cuándo un comportamiento reprochado halla justificación en el juicio de valoración del ilícito disciplinario? Hay que decir que dicha situación hace referencia al aspecto negativo de la ilicitud sustancial, es decir, cuando la conducta investigada halla justificación en una de las causales de exclusión de responsabilidad (artículo 28, Ley 734, 2002). No obstante, en este punto es prudente hacer la siguiente precisión, citando palabras del profesor John Harvey: "toda causal de justificación es una causal de exclusión de responsabilidad, pero no toda causal de exclusión de responsabilidad es una causal de justificación" (Pinzón, 2018, p. 152). Dicho de otro modo, y siguiendo el criterio unívoco de la doctrina especializada, las causales de exclusión de responsabilidad que tienen vocación de prosperidad, en el escenario de la ilicitud sustancial, son: i) En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, y ii) En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

En este orden de ideas, se puede concluir que, en la actualidad, el apropiado juicio de valoración de la ilicitud sustancial, exige no solo una afectación formal del deber, sino una afectación sustancial del mismo, y, además, que el comportamiento del sujeto disciplinable no se halle en una causal de justificación. Todo lo anterior, para que se considere que la conducta reprochada es ilícita y disciplinaria.

1.3. Culpabilidad

Normativamente, en el artículo 13 (Ley 734, 2002) se tiene la siguiente apreciación de la culpabilidad en materia disciplinaria: "En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

De lo anterior, *prima facie*, se puede sacar la siguiente conclusión; pasado el juicio de adecuación (tipicidad) y valoración (ilicitud sustancial), llegamos al juicio de reproche de la conducta (culpabilidad). De ahí, que se estipule en toda expresión del derecho sancionador que "...queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva...", en el sentido que no basta con que se configure el elemento objetivo del tipo para que se estructure la falta disciplinaria, sino que será necesario demostrar el grado de culpabilidad del sujeto disciplinable en alguna de las siguientes modalidades. Para mayor ilustración, se cita un cuadro implementado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 00032, 2018, referente a la culpabilidad en materia disciplinaria.

⁶⁶ Artículo 209 (Const., 1991), artículo 22 (Ley 734, 2002), y artículo 3 (Ley 1437, 2011).

CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

	FORMA DE CULPABILIDAD	DESCRIPCIÓN	SUSTENTO JURÍDICO
1	Dolo	Conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y querer su realización. (Conocimiento y voluntad).	Artículo 22 de la Ley 599 de 2000 - código penal-
2	Culpa gravísima	Ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.	Ley 734 de 2002, artículo 44, parágrafo.
3	Culpa grave	Inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.	Ley 734 de 2002, artículo 44, parágrafo.

II. La reproducción de un acto suspendido o declarado nulo según el artículo 237 de la ley 1437 de 2011

Previo ahondar sobre la prohibición de reproducir Actos Administrativos suspendidos o anulados, es necesario hacer una breve descripción sobre las generalidades del Acto Administrativo.

2.1. Acto Administrativo

El Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo define al Acto Administrativo:

...como expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto, se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 19950, 2017).

El artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437, 2011), señala que: "salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Concurriendo al anterior precepto normativo, en el artículo 88 ibidem, se dice que “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

De esta manera, se puede concluir que el acto administrativo goza de una cualidad importantísima en el mundo jurídico, y por obvias razones en la investigación que acá se adelanta, y es el que se refiere a la presunción de legalidad que lo arropa.

2.2. Elementos principales de la prohibición de reproducción de actos administrativos suspendidos o anulados

Normativamente, se tiene que el artículo 237 (Ley 1437, 2011), establece la prohibición de reproducir actos administrativos previamente suspendidos o anulados, así:

ARTÍCULO 237. PROHIBICIÓN DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO O ANULADO. Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

La proposición normativa que antecede, se puede dividir, al menos para el objeto de esta investigación, en tres partes; i) ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido, ii) pero esta prohibición es vinculante si ese acto posterior conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, iii) a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación.

De la primera parte, ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido, se puede precisar lo siguiente; uno es el procedimiento en caso de reproducción del acto suspendido y otro el procedimiento en caso de reproducción del acto anulado, así:

ARTÍCULO 238. PROCEDIMIENTO EN CASO DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO. Si se trata de la reproducción del acto suspendido, bastará solicitar la suspensión de los efectos del nuevo acto, acompañando al proceso copia de este. Esta solicitud se decidirá inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso **y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de ambos actos.**

La solicitud de suspensión provisional será resuelta por **auto** del juez o Magistrado Ponente, contra el cual proceden los recursos señalados en el artículo 236, los que se decidirán de plano.

ARTÍCULO 239. PROCEDIMIENTO EN CASO DE REPRODUCCIÓN DEL ACTO ANULADO. El interesado podrá pedir la suspensión provisional y la nulidad del acto que reproduce un acto anulado mediante escrito razonado dirigido al juez que decretó la anulación, con el que acompañará la copia del nuevo acto.

Si el juez o Magistrado Ponente considera fundada la acusación de reproducción ilegal, dispondrá que se suspendan de manera inmediata los efectos del nuevo acto, ordenará que se dé traslado de lo actuado a la entidad responsable de la reproducción y convocará a una audiencia, con el objeto de decidir sobre la nulidad.

En esa audiencia, el juez o Magistrado Ponente decretará la nulidad del nuevo acto cuando encuentre demostrado que reproduce el acto anulado, y compulsará copias a las autoridades competentes para las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar.

La solicitud será denegada, cuando de lo debatido en la audiencia se concluya que la reproducción ilegal no se configuró.

En principio se puede decir que la primera diferenciación entre el procedimiento en caso de suspensión y el procedimiento en caso de anulación, será la providencia que lo resuelve; mientras que en el primero ~suspensión~ se hace a través de Auto, en el segundo -anulación- se hace a través de sentencia. Y es lógico, por la sencilla razón que, en el evento de suspensión, el acto que erige el reproducido, simplemente está suspendido, mas no anulado, luego, solo, será en sentencia donde se defina la suerte de ambos, de ahí la consagración de lo comentado en la parte final del inciso 1 del artículo 238. Mientras que, en la reproducción del acto anulado, el interesado puede solicitar tanto la suspensión provisional como la nulidad.

De la segunda parte, si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, se puede decir que, de entrada, se observa uno de los requisitos más importante del contenido normativo del presente artículo: la esencialidad. Sobre el particular, es necesario citar algunos pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado, para aproximarnos a la idea de la esencialidad:

Del artículo transcrito deriva que la reproducción no sólo ocurre cuando el texto del nuevo acto sea idéntico al suspendido o anulado, sino que se refiere a que su contenido normativo conserve su "esencia". En otras palabras, la reproducción de acto suspendido o declarado nulo ocurre cuando el texto del nuevo acto es idéntico al anterior o, cuando no siendo así, las disposiciones contenidas en él reproducen sus efectos jurídicos a pesar de haber sido proscritos del ordenamiento jurídico mediante sentencia o auto ejecutoriado. (Subrayado fuera del texto original). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 22054 del 3 de agosto de 2016).

Concurriendo al anterior pronunciamiento, se tiene otro en el mismo sentido, así:

Esta disposición consagra la prohibición de reproducir, en esencia, un acto anulado o suspendido, esto es, poner en vigencia un texto que conserva, en esencia⁶⁷, el efecto jurídico que de manera provisional o definitiva ha sido retirado del ordenamiento jurídico, salvo cuando con posterioridad a la sentencia o auto de suspensión provisional, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión. (Subrayado fuera del texto original). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 22082, 2018).

Por otra parte, se tiene el siguiente caso que sugiere un análisis especial, en el sentido que no basta con que el estudio de la esencialidad se limite a la comparación textual de los actos administrativos, sino que este ~estudio~ deberá hacerse, incluso, en la motivación de aquellos. Para mayor ilustración se citará in extenso el pronunciamiento en cita (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 00025, 2011):

De la comparación de los textos transcritos con los demandados, encuentra la Sala que, en efecto, estos últimos reproducen el sentido de los suspendidos en el citado Expediente 2007-00524, pero las circunstancias jurídicas en uno y otro evento son diferentes.

La suspensión de los efectos de las Resoluciones No. 0012 de 23 de enero y 131 de 28 de mayo de 2007, tuvo como fundamento que el Municipio de Bucaramanga no obtuvo la autorización del Concejo Municipal, para proceder a la declaratoria de urgencia manifiesta que permitiera iniciar la expropiación por vía administrativa, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 388 de 1997; en tanto que en el asunto que ocupa la atención de Sala, el Alcalde ad hoc de Bucaramanga, previa autorización del Concejo efectuada mediante Acuerdo núm. 062 de 29 de septiembre de 2009, declaró la utilidad pública e interés social de los predios Andalucía, La Providencia, Pradalandia, El Paraíso y Buenos Aires del Municipio de Bucaramanga, es decir, se ajustó al procedimiento señalado en la citada norma.

En consecuencia, no puede considerarse, en estricto sentido, que se haya reproducido el contenido de los actos administrativos que fueron suspendidos, porque la motivación de aquellos y los que son objeto de la presente demanda, difiere a tal punto que, los primeros eran manifiestamente ilegales, porque contrariaban el artículo 64 de la Ley 388 de 1997, que consagra el requisito de la autorización previa del Concejo Municipal, mientras que los segundos cumplen a cabalidad con dicho requisito. (Subrayado fuera del texto original)

En síntesis, es evidente que el estudio de la esencialidad no se queda en el simple paralelo o ejercicio comparativo del acto administrativo suspendido o anulado; con el acto administrativo que lo reproduce, sino que exige un estudio más a fondo de ambas disposiciones ~administrativas~. Así, el Juezador a la hora de resolver una solicitud de reproducción de acto

⁶⁷ Una de las acepciones de la palabra esencia, según el Diccionario de la Lengua Española, es lo permanente e invariable de una cosa.

administrativo suspendido o anulado, cualquiera sea, deberá ir más allá de lo que textualmente consagran las disposiciones, y determinar si el efecto jurídico del acto administrativo suspendido o anulado, a pesar de haber sido expulsado del ordenamiento jurídico, persiste en el acto administrativo reproducido.

De la tercera parte, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación, se puede decir que es el complemento subsiguiente de la prohibitiva que se viene estudiando, es decir, no siempre que se reproduzca un acto administrativo nulo o suspendido, *per se*, se configuraría nulidad o suspensión del acto nuevo, ya que existe la posibilidad de que haya ocurrido un cambio normativo: constitucional o legal, en el fundamento que erigió el acto previamente anulado o suspendido, y es allí donde el Juez de conocimiento deberá indagar si en el ordenamiento jurídico actual descansan los motivos de nulidad o suspensión del acto reproducido.

En conclusión, se tiene que el juicio que hace el Juez Administrativo en los procedimientos de los artículos 238 y 239 (Ley 1437, 2011), se limita a verificar si el acto administrativo cuya nulidad o suspensión se solicita, reprodujo en su esencia, el efecto jurídico del acto administrativo previamente suspendido o declarado nulo, y, además, si en el ordenamiento jurídico vigente persiste el fundamento que nulitó o suspendió el acto administrativo reproducido.

III. Aproximación a la estructura de la falta disciplinaria contenida en el numeral 19 del artículo 35 de la ley 734 de 2002 y numeral 16 del artículo 39 de la ley 1952 de 2019

Sea lo primero manifestar que como el objeto de la investigación no se trata de un caso concreto, difícilmente se podrá llevar a cabo los juicios de adecuación (tipicidad), valoración (ilicitud sustancial) y reproche (culpabilidad) de una conducta en específico. Por tanto, solo se dará una aproximación a la estructura de la falta disciplinaria contenida en el numeral 19 del artículo 35 (Ley 734, 2002) y numeral 16 del artículo 39 (Ley 1952, 2019).

3.1. Tipicidad

En el escenario de tipicidad, frente a los artículos 35, numeral 19 (Ley 734, 2002) y 39, numeral 16 (Ley 1952, 2019) que consagran como falta disciplinaria el “reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la jurisdicción contenciosa-administrativa”, se deberá definir como primera medida: (i) en qué consiste la acción de “reproducir”, y (ii) cuando se entiende que un acto administrativo reproduce uno previamente suspendido o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Para alcanzar lo anterior, será indispensable observar las definiciones legales y las interpretaciones jurisprudenciales de los elementos normativos del artículo 237 (Ley

1437, 2011), concretamente, las nociones de "esencialidad", y vigencia del fundamento jurídico que suspendió o nulitó el acto administrativo reproducido.

Pues bien, sobre el primer punto, en que consiste la acción de reproducir, es prudente traer a colación la definición que la Real Academia Española - RAE (2005) ofrece de la palabra "reproducir": **Reproducir (se)**. 'Producir (se) de nuevo'; 'producir [una cosa que es copia de otra]', 'ser una cosa copia [de otra]' y, como intransitivo pronominal, dicho de los seres vivos, 'engendrar nuevos seres'. Verbo irregular: se conjuga como conducir.

Ahora, respecto al segundo punto, cuando se entiende que un acto administrativo reproduce uno previamente suspendido o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como se dijo entre líneas, difícilmente se podrá llevar a cabo dicho análisis, como quiera que la presente investigación no se trata de un caso concreto. Sin embargo, no por eso se dejará de ofrecer una aproximación, y es que en toda investigación o proceso disciplinario que se adelante bajo este tipo, la autoridad disciplinaria ~siempre~ deberá observar el complemento normativo del artículo 237 (Ley 1437, 2011). Concretamente, las nociones de "esencialidad", y vigencia del fundamento jurídico que suspendió o nulitó el acto administrativo reproducido, a fin de completar el juicio de adecuación - tipicidad. Complemento desarrollado en el capítulo antecesor.

En este punto, es prudente hacer las siguientes precisiones: En el proceso de tipicidad, del tipo disciplinario en referencia. La primera de ellas radica en que indefectiblemente para que se adecue típicamente la conducta de reproducir un acto administrativo suspendido o anulado por la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, es condición *sine qua non* para la autoridad disciplinaria verificar que el acto administrativo reproductor sea también suspendido o anulado por la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, toda vez que la autoridad disciplinaria, de ninguna manera, podría referirse sobre la legalidad del acto administrativo reproductor, sino que es el Juez Administrativo el único facultado para ello. En tal sentido, sin que se verifique lo anterior, la conducta disciplinada no se podría subsumir en el tipo disciplinario.

Por otra parte, y por lógico que parezca, es indispensable que la sentencia que declara la nulidad deberá estar en firme, es decir que contra ella no se hayan interpuesto recursos, o que interpuestos ~recursos~, ya se hayan resueltos. O que la providencia que decreta la suspensión provisional esté debidamente notificada, pues sin ello, tampoco podría subsumirse la conducta en el tipo disciplinario.

En conclusión. Se tiene que una vez determinado el alcance jurídico de los elementos normativos descritos, la Autoridad Disciplinaria deberá proceder a examinar el acervo probatorio para establecer, punto por punto, si el sujeto disciplinable reprodujo en su esencia, y con el mismo fundamento jurídico, el acto administrativo previamente suspendido o declarado nulo por la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

3.2. Ilícitud sustancial

Frente a la ilícitud sustancial, es prudente hacerse la siguiente pregunta: ¿Cuándo la reproducción de un acto administrativo suspendido o anulado por la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa afecta sustancialmente el deber funcional?

Una respuesta sencilla, y si se quiere superficial, podría ser que cuando se perturbe la función pública y se desconozcan los principios que la gobiernan. Pero, como lo que se intenta con la presente investigación es de aproximarnos a la estructura de la falta disciplinaria del numeral 19 del artículo 35 (Ley 734, 2002) y numeral 16 del artículo 39 (Ley 1952, 2019), se deberá ir un poco más allá, y establecer cual, o cuales principios, se desconocen cuándo se reproduce un acto administrativo previamente suspendido o anulado por la Jurisdicción. A continuación, los principios que se pueden desconocer con dicha conducta típica.

Con la salvedad de que cada caso merece un análisis particular, podría decirse que los principios que se desconocen cuándo se reproduce un acto administrativo suspendido o anulado son los de legalidad (artículo 22, Ley 734, 2002) y responsabilidad (artículo 3, Ley 1437, 2011), como quiera que el comportamiento esperable del sujeto disciplinable es el de actuar conforme al respeto de ~la legalidad y responsabilidad~ con las decisiones de otras autoridades. Concretamente, de los fallos de los Jueces Administrativos. En la medida, que el orden jurídico no podría subsistir sin la garantía de sumisión de las demás autoridades con las decisiones de esta Jurisdicción. Máxime si se trata de la máxima autoridad en la revisión de legalidad de los actos administrativos.

En conclusión, se tiene que la conducta de reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, en modo alguno contraviene los principios de legalidad y responsabilidad, y por ende la afectación sustancial del deber funcional.

3.3. Culpabilidad

En el escenario de la culpabilidad, si que resultara difícil llevar a cabo el ejercicio en referencia, debido a la inexistencia de una conducta concreta. Empero, tampoco se dejará de ofrecer un intento de lo que sería el juicio de reproche del tipo disciplinario contenido en el numeral 19 del artículo 35 (Ley 734, 2002) y numeral 16 del artículo 39 (Ley 1952, 2019).

Luego de tener calificada la gravedad o levedad de la falta, pues las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en el artículo 43 (Ley 734, 2002), le corresponde a la autoridad disciplinaria establecer la culpabilidad del sujeto disciplinable, y la modalidad de esta.

Para alcanzar lo anterior, la autoridad disciplinaria deberá determinar más allá de toda duda, y conforme al mérito que ofrezca el acervo probatorio existente, si el sujeto disciplinable siendo una persona imputable, y conociendo de antemano la ilegalidad que representaba reproducir un acto administrativo suspendido o anulado, a pesar de estar obligado a actuar conforme a derecho, optó voluntariamente por ejecutar dicha conducta. Lo anterior, en el evento que se halle culpable a título de dolo.

Ahora, de hallarse culpable -el sujeto disciplinable- a título de culpa gravísima, deberá determinarse más allá de toda duda, y conforme al mérito que ofrezca el acervo probatorio existente, si el sujeto disciplinable siendo una persona imputable, y violando el deber objetivo de cuidado, incurrió en dicha prohibición por ignorancia supina⁶⁸, desatención elemental⁶⁹ o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento⁷⁰.

Finalmente, tratándose de culpa grave, es prudente citar al profesor Isaza (2009, p. 154), quien advierte que esta "se estructura como un estado psicológico en el que se consiente un riesgo de afectación al deber funcional, creado por la inobservancia del cuidado necesario que un servidor público ideal le daría al ejercicio de sus funciones, sin referencia a regla alguna de obligatorio cumplimiento".

IV. Conclusiones

El deber funcional es el objeto protegido por el derecho disciplinario, en una de las expresiones del *ius puniendi* del Estado.

El principio de legalidad debe ser observado a partir de dos dimensiones; i) como principio rector de todo derecho sancionador, y ii) como expresión del derecho fundamental al debido proceso del sujeto disciplinable.

En el escenario de tipicidad, en la estructura de la falta disciplinaria, el juicio que se realiza es; el juicio de adecuación.

⁶⁸ "La que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse" RAE.

⁶⁹ "Cuando el servidor público no realiza lo que resulta obvio, imprescindible hacer, lo que es común que otra persona hiciera, es aquello que evidentemente la persona debió hacer". PGN. Procuraduría Segunda Delegada para la Estatal. Radicación. 089-03884-06 del 07 de julio de 2010.

⁷⁰ "Contratación Cuando el servidor público desatiende el cumplimiento de una norma que impone ese deber" PGN. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Radicación. 089-03884-06 del 07 de julio de 2010.

En el escenario de ilicitud sustancial, en la estructura de la falta disciplinaria, el juicio que se realiza es; el juicio de valoración.

La sustancialidad que exige el ilícito disciplinario no es equiparable a la lesividad de bienes jurídicos del derecho penal.

En el escenario de culpabilidad, en la estructura de la falta disciplinaria, el juicio que se realiza es; el juicio de reproche.

En el derecho disciplinario, como en cualquier otra expresión del derecho sancionador, queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

La culpabilidad en el derecho disciplinario, solo será sancionable a título de dolo o culpa.

La resolución de la solicitud de reproducción de actos suspendidos se hace mediante auto, mientras que la resolución de la solicitud de reproducción de actos anulados se hace mediante sentencia.

El juicio que hace el Juez Administrativo en los procedimientos de los artículos 238 y 239 (Ley 1437, 2011), se limita a verificar si el acto administrativo cuya nulidad o suspensión se solicita reprodujo en su esencia, el efecto jurídico del acto previamente suspendido o declarado nulo.

La autoridad disciplinaria, en el juicio de adecuación de este tipo disciplinario, deberá examinar si el sujeto disciplinable reprodujo en su esencia, y con el mismo fundamento jurídico, el acto administrativo previamente suspendido o anulado por la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

Los principios que se desconocen cuándo se reproduce un acto administrativo suspendido o anulado son: los de legalidad y responsabilidad. No obstante, que en otros eventos se puedan desconocer otros principios que gobiernan la función pública.

En el derecho disciplinario, se incurre en dolo cuando se tiene el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y se quiere su realización (conocimiento y voluntad).

En el derecho disciplinario, se incurre en culpa gravísima por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

En el derecho disciplinario, se incurre en culpa grave cuando no se observa el cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actos.

Referencias bibliográficas

- Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.
- Congreso de Colombia. (5 de febrero de 2002) Código Disciplinario Único. [Ley 734 de 2002]. DO: 44.708.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (26 de marzo de 2014) Sentencia 0263-13. [MP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (31 de enero de 2018). Sentencia 00032 de 2018. [MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (12 de octubre de 2017). Sentencia 19950. [MP. Stella Jeannette Carvajal Basto].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (3 de agosto de 2016). Sentencia 22054. [MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (21 de marzo de 2018). Sentencia 22082. [MP. Milton Chávez García].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (15 de septiembre de 2011). Sentencia 00025. [MP. María Elizabeth García González].
- Constitución Política de Colombia. [Const.] (1991) 2da Ed. Legis.
- Isaza Serrano, C. M. (2009). *Teoría General del Derecho Disciplinario*. Aspectos históricos, sustanciales y procesales. Segunda edición. Editorial Temis S.A. Bogotá.
- Ordoñez Maldonado, A. (2009). *Justicia Disciplinaria: De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Colombia: Procuraduría General de la Nación, - IEMP - Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Pinzón Navarrete, J. H. (2018). *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario*. Colombia: Intermilenio - Grupo Ibáñez.

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la contratación estatal.
Fallo de segunda instancia del 07 de julio de 2010. Radicación. 089-03884-06. Antonio
Gómez Merlano, Procurador Delegado.

Real Academia Española. (2005). Reproducir(se). Recuperado de
<http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=reproducir>

CRÍTICA DE LA INCLUSIÓN DE LA ACCIÓN DE GRUPO COMO ACCIÓN CONSTITUCIONAL

REVIEW OF THE INCLUSION OF THE CLASS ACTION AS CONSTITUTIONAL

Martha Isabel García Velásquez⁷¹

Resumen:

Elite, minoría selecta, solo cinco acciones en todo el ordenamiento jurídico nacional ostentan la dignidad de hallarse incrustadas en la cumbre de la constitucionalidad, ¿Merecido o injustificado?, ¿Privilegio para la Acción de Grupo?

Summary:

Elite, select minority, only five actions in the entire national legal system, have they the dignity of being embedded in the summit of the Constitutionality, deserved? Or unjustified! Privilege for the class actions?

Palabras clave:

Crítica, acción de grupo, injustificada inclusión.

Keywords:

Criticism, class actions group action, unjustified inclusion.

Impactante a primera vista, magnificada por su incursión en la Carta Política de 1991, a la que fue introducida como novedad, la Acción de Grupo, una figura jurídica que prometía soluciones

⁷¹ Colombiana, Escribiente Nominada de la Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta, abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia con sede en esta misma capital, especialista en Derecho Público en la Universidad Autónoma de Colombia.

masivas entregadas en tiempo record a través de jurisdicción y procedimiento especial, pero... ¿tiene o no razón de ser su clasificación como acción constitucional? y ¿qué tan eficaz resulta?

La crítica de la inclusión de la Acción de Grupo como Constitucional, radica principalmente en el hecho que ella propugna por el amparo de intereses particulares y no generales o comunitarios.

Importada de modelos extranjeros, es una herramienta constitucional que, se supone, permite a un número plural de personas que reúnen condiciones uniformes respecto la causa generadora de daño, bien se trate de un hecho, omisión, operación administrativa o un acto de la misma naturaleza, que les ocasionó perjuicios individuales, acudir ante la justicia en acción única para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de esos perjuicios, pero en la práctica, en gran medida por incidencia del criterio de los jueces, no ha resultado tan eficaz como pregona para garantizar esos derechos.

A diferencia de la demás acciones constitucionales, la de grupo es **de carácter principal, no residual**, porque procede a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial aptos para obtener la reparación del daño sufrido; mediante su ejercicio se **persigue una indemnización**, dado que tiene por objeto la reparación de los daños ocasionados por la vulneración de derechos de carácter subjetivo susceptibles de valoración patrimonial y **únicamente puede ser presentada a través de abogado**, con tarjeta profesional vigente, no de manera directa por el afectado, como ocurre en el caso de las demás de ese raigambre.

De otra parte, en coincidencia con la acción de reparación directa individual, la de grupo **tiene un término de caducidad** de dos (2) años contabilizados a partir del acaecimiento del hecho, es decir, debe ejercerse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulneradora que lo ocasionó, si este proviene de un hecho, omisión u operación administrativa y de cuatro (4) meses contados desde el día siguiente al de la notificación del acto administrativo particular en el evento que la causa generadora del daño, provenga de un acto administrativo, que haya ocasionado perjuicios individuales o afectado a 20 o más personas, para solicitar su nulidad, siempre que alguna de ellas hubiera "agotado el recurso obligatorio", con base en reglas del artículo 145 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para contabilizar dicho término, debe identificarse el hecho generador de los perjuicios reclamados en la demanda a fin de establecer si éste se produjo instantáneamente o su acción vulneradora se prolongó en el tiempo, aludiendo a sus efectos y consecuencias para finalmente poder **determinar la reparación del daño individualizadamente**, en razón a que lo que se

protege es el daño subjetivo de cada uno de los miembros del grupo, siendo entonces, ordinarios los criterios de regulación, en consonancia con el hecho.

Los paralelos antes mencionados evidencian que se está ante una acción *sub generis*, mediante la cual invocando una noble acción constitucional, se persiguen intereses pecuniarios individuales y privados, que bien pueden ser reclamados mediante procedimientos ordinarios, cosa que la hace totalmente distinta a las demás acciones constitucionales.

El hecho que los demandantes en la Acción de Grupo presenten como característica común la causa del daño y la pretensión porque este sea resarcido, no cambia el carácter privado o particular de los intereses que se persiguen mediante su implementación, y aunque esos criterios probablemente justifiquen la actuación judicial conjunta de los afectados, cuyas ventajas, como lo ha expresado el Consejo de Estado, alivianarían la hipercongestión judicial, evitarían fallos contradictorios, garantizando la economía procesal y el derecho a la igualdad, se considera que esas solas razones resultan insuficientes para efectos de argumentar que la acción haya sido elevada a rango Constitucional.

Así las cosas, la acción de grupo se constituye en un híbrido mecanismo procesal que, a diferencia de la acción popular cuya nominación comparte en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, no involucra ningún derecho colectivo o que atañe al conglomerado social, relacionado con el ambiente sano, la moralidad administrativa, el patrimonio cultural, la seguridad y salubridad, el espacio o los servicios públicos.

Tampoco propugna por la defensa de derechos fundamentales inherentes al ser humano, centro de protección en nuestro Estado Social de Derecho, como la libertad, la vida o la salud, cuya protección puede invocarse a través de acciones constitucionales especialísimas al verse conculcados o amenazados, sino que busca solamente la fútil indemnización de perjuicios patrimoniales de las víctimas, por afectación de cualquier derecho.

Ello conduce a concluir el sin sentido de la incrustación de la Acción de Grupo en la alta dignidad de la Constitución Política de nuestro país y a vaticinar su necesaria reevaluación.

Contrapostura

La impresión que cualquier desprevenido se lleva de la lectura de la Ley 472 de 1998, en el sentido que la acción de grupo fue diseñada simplemente para la garantizar la indemnización de perjuicios patrimoniales es rebatida vehementemente por autores como los profesores Juan Carlos Henao y Javier Tamayo Jaramillo quienes han criticado la redacción de la misma, por expresar que

se ejerce "exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios" (Jaramillo, 2001, pág. 203).

Indican que ello ha generado incertidumbre en su aplicación, por ejemplo para eventos en los cuales numerosas personas busquen la nulidad contractual frente a una cláusula abusiva o hacer efectivos derechos prestacionales, ejercicios que no han sido admitidos por la jurisprudencia (Consejo de Estado, 28 de octubre de 1999) que interpreta, "equivocadamente" el precepto de por sí confuso, calificando de improcedente la acción para dirimir demandas laborales.

Añaden, que lo que una buena legislación debe hacer es exigir que haya una pretensión común basada en unas condiciones uniformes, sin que sea necesario que haya de por medio una indemnización de perjuicios y le atribuyen ese error a la ignorancia respecto de los esquemas procesales foráneos.

Concluyen que la procedencia de las acciones de grupo no debería circunscribirse al evento de que tengan por objeto la indemnización de perjuicios, necesariamente pecuniaria, sino que esta debe ser entendida en el sentido amplio de la palabra y que la compensación de daños no supone necesaria y exclusivamente resarcimiento de esa naturaleza. Es decir, no debiera admitirse que se excluyan del ámbito de la acción de grupo las demandas que pretenden, el restablecimiento de un derecho o aún la nulidad de negocios jurídicos o las de declaratoria de obligaciones de hacer o de no hacer, porque con ello se garantiza igualmente la indemnización a la víctima.

El problema reside entonces, desde su punto de vista, en que se ha interpretado de manera restrictiva la ley, limitando el concepto de indemnización de perjuicios a los eventos en los cuales procede una indemnización por equivalente pecuniario, lo cual es errado precisamente porque la indemnización también puede proceder *in natura*, esto es, restableciendo el derecho, o también, estableciendo obligaciones de hacer que no necesariamente tienen equivalencia pecuniaria (Henaar, mayo de 2001) y opinan que:

El consejo de estado con su excesivo rigor exacerbó la problemática

"Aunque las ventajas de la acción de grupo alivianarían la hipercongestión característica de la justicia administrativa permitiendo el acceso a la misma, la economía procesal, el derecho a la igualdad, la garantía de que se evitarían fallos contradictorios y el beneficio que reporta tanto para los actores como para el demandado que exista un único proceso y no una multitud significativa de ellos, la eficacia de los derechos depende de la eficacia de las acciones, y éstas a su vez de los criterios de los Jueces.

Sin embargo en Colombia, esta posibilidad se vio restringida por el excesivo rigor de la posición del Consejo de Estado que interpretando los artículos 3º y 46 de la Ley 472 de 1998, edificó la "teoría de la preexistencia del grupo", según la cual para que procediera la acción, era necesario que las personas que conformaran el grupo reunieran condiciones uniformes, esto es que respecto de ellas se presentaran características especiales que permitieran identificarlas como un grupo **preexistente** a la ocurrencia del hecho que originara los perjuicios individuales para cada una de ellas." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, 17 de mayo de 2002)

Así, ocurrió en el denominado caso del carro bomba de la Avenida Pepe Sierra (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de octubre de 2001), en la que el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, indicó:

"En el caso sub-judice, la acción de grupo interpuesta no es procedente, pues a pesar de que el hecho causó daños a los demandantes, que superan el número mínimo establecido en la ley, no se trata de un conglomerado significativo que logre configurar un grupo o clase..."

Situación que se reiteró en el denominado caso Quebrada La Minita (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 24 de enero de 2007), respecto del cual el Consejo de Estado indicó:

"... No obstante, la Sala encuentra que los actores no expusieron, ni demostraron, al momento de presentar la demanda, las condiciones que los identifican como grupo, por lo cual no se cumplió uno de los requisitos de procedibilidad de la acción, consagrados en el artículo 46 de la ley, que consiste en reunir condiciones uniformes respecto una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.

... las condiciones que se precisen en la demanda, para justificar la procedencia de la acción, deben remitir al juez a deducir que se trata de un grupo que hubiera podido ser identificado como tal antes de la ocurrencia del daño cuya indemnización se pretende. Siendo que la esencia de ésta acción es permitir la protección de un conjunto de personas que se identifiquen por ciertas condiciones específicas preexistentes a la ocurrencia del daño, ellas, (las condiciones) deben indicársele al juez en la demanda, para que éste pueda determinar si la acción es admisible".

El Consejo de Estado declaró la invalidez de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, en su lugar decidió admitir la demanda, y ordenar su adecuación, teniendo en cuenta que la acción procedente era la de reparación directa.

"Frente a todo daño sufrido por un número plural de personas puede intentarse su reparación a través de la acción de grupo, pues se reitera, para tal efecto se requiere que el daño se haya

producido en unas circunstancias y con una dimensión que por su impacto social justifique la utilización de esta vía procesal específica que busca garantizar la eficacia en la justicia y evitar la inseguridad jurídica al favorecer una solución igual para problemas similares. Como quiera que los demandantes acudieron en tiempo a reclamar la indemnización del daño que consideran fue causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la Constitución) y con fundamento en el artículo 5 de la ley 472 de 1998, el cual le otorga una potestad especial al juez para que en cualquier estado del proceso pueda adecuar su trámite, se ordenará que a la demanda se le dé el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa”

Caso operativos militares en la región de sumapaz (Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de mayo de 2004)

Mediante acción de grupo, los demandantes solicitaron que se declarara la responsabilidad de los perjuicios causados a raíz de los operativos militares, realizados en la región del Sumapaz durante los años 2000 y 2001.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, con fundamento en que no se reunían las condiciones previstas en la Ley 472.

El Consejo de Estado confirmó tal decisión considerando que:

“...sólo están legitimados para ejercer la acción, los miembros de un grupo preexistente a la ocurrencia del daño; toda vez que no es el daño lo que origina el grupo, sino que éste se ha formado alrededor de una situación común en la que se han colocado sus miembros y con ocasión de la cual posteriormente, todos o algunos de ellos, sufren un daño.

La intención del constituyente al consagrar las acciones de grupo, fue la de proteger sectores importantes singular, sectores que no resultan, claro está, de la simple reunión de un número plural de personas, es decir de la simple reunión de un número plural de personas, es decir, de la simple yuxtaposición de intereses que, ya encuentra tutela en mecanismos como la acumulación subjetiva de pretensiones en el procedimiento ordinario.

De acuerdo con lo dicho, no es suficiente que 20 o más personas interpongan la acción para obtener el resarcimiento de los perjuicios individualmente sufridos, pues la simple pluralidad de personas perjudicadas, no conforman el grupo legitimado para ejercerla, en tanto que dada la finalidad para la cual fue estatuido, se requiere que tal pluralidad de personas reúna condiciones específicas que los identifique como grupo con antelación a la ocurrencia del daño.

...En conclusión, al momento de admitir la demanda, el juez de la acción de grupo deberá evaluar si ésta se ejerció por 20 o más personas integrantes de un sector especial de la población que conforme un grupo, para quienes por lo mismo, se cumplen las exigencias legales, consistentes en la existencia de condiciones uniformes respecto de la causa del perjuicio que reclaman, e identidad en los elementos de la responsabilidad (...) concluye la Sala que se presenta en éste caso, la causal de nulidad prevista en el numeral 4 del artículo 140 del C.P.C. aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 472 de 1998, puesto que no se encuentran reunidos los requisitos de la acción de grupo y, sin embargo la demanda se tramitó por el proceso previsto en ella”

Caso Bojayá

En otra oportunidad, el 16 de diciembre de 2002, el Defensor del Pueblo regional Chocó, presentó ante el Tribunal Administrativo del Chocó, demanda en ejercicio de la acción de grupo contra el Ministerio del Interior y de Defensa Nacional; el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Policía Nacional, pretendiendo que se declarara su responsabilidad por los daños causados con ocasión de los enfrentamientos ocurridos en el corregimiento de Bellavista, municipio de Bojayá, Chocó, entre los miembros de un grupo paramilitar y las FARC, ocurrido el 2 de mayo de 2002, en el que perecieron 119 personas y 114 resultaron heridas.

Mediante auto del 15 de julio de 2003, el Tribunal decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, diciendo:

“...las causas que agrupan a los demandantes no son preexistentes al daño sufrido, en el presente proceso podemos afirmar sin duda que lo que permitió la conformación del grupo fue el daño; todos los reclamantes afirman ser damnificados por los hechos, pues en los mismos sufrieron la pérdida de algún familiar: abuelos, padres, hijos, compañeros, hermanos, tíos, etc. Luego, a pesar de la trascendencia nacional e internacional de la causa que originó el proceso por las condiciones en que se dieron los sucesos, en donde resultó afectado un número considerable de personas que perdieron la vida y que resultaron heridas, entre ellas más de 50 menores de edad que en total indefensión acudieron a refugiarse a la iglesia del pueblo y que de manera inmisericorde fueron atacados por un grupo al margen de la ley, no es la acción de grupo el mecanismo judicial para acceder a la indemnización por los perjuicios, sino la acción ordinaria de reparación directa que igual tiene carácter resarcitorio, (sic) pues hace falta el elemento fundamental que determina la procedencia de éste tipo de acción y es el correspondiente a la determinación del grupo, que incluso podríamos decir que sirve para identificarlo, por la manera que la ausencia de la causa uniformadora impide nominar el grupo a partir de la característica que los hace uniforme”.

El Consejo de Estado confirmó la providencia impugnada, argumentando:

“Uno de los requisitos esenciales para que proceda la acción de grupo es que el conjunto de personas que se presentan como actores esté conformado por un mínimo de 20 personas, que cada uno de ellos haya sufrido un perjuicio individual y, que esas personas reúnan condiciones uniformes respecto de la misma causa que originó los perjuicios y de los elementos que configuran la responsabilidad.

...Así las cosas no puede hablarse en este caso de preexistencia del grupo, ni de condiciones uniformes y, mucho menos de igualdad en la causa de los perjuicios, ni en los elementos que configuran la responsabilidad, razón suficiente para que se confirme la nulidad del proceso declarada por el Tribunal y, para que este examine la posibilidad de readecuación del trámite de la demanda como acción de reparación directa en aplicación de lo preceptuado en el inciso final del artículo 5° de la Ley 472”

La Corte Constitucional salvó la situación con su intervención

Sólo el pronunciamiento de la Corte Constitucional, efectuado el 8 de junio de 2004 (Corte Constitucional, Sala Plena, 8 de junio de 2004), salvó la situación que venía presentándose al declarar inexequible la expresión “Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuren la responsabilidad” contenida en el artículo 3° y su similar del artículo 46 de la Ley 472, dejando sin fundamento jurídico la teoría de la “preexistencia del grupo”, por considerar que era fuente del desproporcionado e innecesario requisito de procedibilidad que le restaba efectividad a la acción y reñiría con el diseño constitucional e implicaba una indudable limitación al derecho a la administración de justicia y era violatorio al principio de igualdad.

Como consecuencia de dicho pronunciamiento, se alteró la naturaleza de la acción de grupo, porque a partir de entonces, se decantó que no se trata de “grupos de especial entidad”, sino que retirados del ordenamiento tanto el requisito de procedibilidad relacionado con la preexistencia del grupo, y la necesidad de que se presenten condiciones uniformes respecto de los elementos de la responsabilidad, la acción es sencillamente la interpuesta por un conjunto de por lo menos 20 personas que reúnen condiciones uniformes respecto de la misma causa jurídica que les originó perjuicios individuales, concepto más amplio que el de la causa fáctica que les originó perjuicios individuales.

Conclusiones

Con base en lo anteriormente expuesto, se arriba a la conclusión que no hay razón jurídica para que la Acción de Grupo haya sido elevada a la especialidad de Constitucional, equiparándolas con la Acción de Habeas Corpus, Cumplimiento y Tutela, e incluso abordándola paritariamente dentro del mismo artículo constitucional con las Populares.

Las condiciones antes aludidas hacen de la acción de Grupo un híbrido mecanismo procesal que, a la larga, tendrá que ser replanteado por el legislador si se tiene en cuenta que de la lectura de la ley que la reglamenta, se infiere que a diferencia de las demás acciones constitucionales, involucra derechos eminentemente patrimoniales.

Inexplicablemente, la Acción de Grupo comparte nominación con la Acción Popular en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, sin propugnar por derecho colectivo alguno, llámese ambiente sano, moralidad administrativa, patrimonio cultural, seguridad y salubridad públicas, espacio y servicios públicos, siendo que a través de ella se busca la ordinaria indemnización de perjuicios de índole económico, por la violación de un derecho "colectivo o de cualquiera otro", por lo que se estima que las razones de economía procesal no son suficientes para argumentar su inclusión en el Texto Constitucional.

A juzgar por la baja frecuencia con que se impetran acciones constitucionales de grupo, puede concluirse que la comunidad jurídica ha advertido la realidad de su inoperancia y silenciosa, pero contundentemente han ido relegando la figura, prefiriendo acudir a los medios individuales y ordinarios de reclamación de perjuicios, razón por la que ella ha caído en desuso y está en vía de extinción.

La Acción de Grupo no constituye un método idóneo y eficaz para lograr la defensa de los derechos e intereses colectivos; después de 28 años de haber sido introducida en el texto Constitucional y a 21 años de su regulación por medio de la Ley 472 de 1998, puede afirmarse que sus resultados han sido intrascendentes en la resolución de problemáticas socialmente relevantes, razón por la que deberá reevaluarse su clasificación como acción constitucional, pues no supera el test de razones para haber sido elevada a esa dignidad.

Referencias bibliográficas

Consejo de Estado. (28 de octubre de 1999). *Sentencia del 28 de octubre de 1999 radicado AP-003 (C.P. Javier Diaz Bueno)*.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. (17 de mayo de 2002). *Auto del 17 de mayo de 2002 radicado No. 25000-23-24-000-2002-9009-01 (C.P. Darío Quiñones Pinilla).*
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (18 de octubre de 2001). *Sentencia del 18 de octubre de 2001, radicado 25000-23-23-000-2000-0023-01 (C.P. Ricardo Hoyos Duque).*
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de enero de 2007). *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2007, radicado 19001-23-31-000-2006-00171-01 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez).*
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (13 de mayo de 2004). *Auto del 13 de mayo de 2004, radicación No. 25000232500020030304701 (C.P. Alir Eduardo Hernández).*
- Corte Constitucional. (28 de abril de 2010). *Sentencia del 28 de abril de 2010.*
- Corte Constitucional, Sala Plena. (8 de junio de 2004). *Sentencia C-569 del 8 de junio de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).*
- Henao, J. C. (mayo de 2001). *La defensa de los Derechos Colectivos y de los de Grupo en la Responsabilidad Civil del Estado en Derecho Combianco y Francés.* Bogotá: Actividad de Investigación .
- Jaramillo, J. T. (2001). *Las Acciones Populares y de Grupo en la Responsabilidad Civil.*

PRISIÓN PERPETUA: ESTRATEGIA PARA LA REDUCCIÓN DE LA CRIMINALIDAD O POPULISMO PUNITIVO

LIFE IMPRISONMENT: CRIME REDUCTION STRATEGIC OR PUNITIVE POPULISM

Ana María Jiménez Triana⁷²

Resumen:

Este artículo analiza la implementación de la prisión perpetua en Colombia para enfrentar crímenes graves como los cometidos contra niños, niñas y adolescentes. Las largas condenas, vigentes en Colombia, no han demostrado ser efectivas para resolver la criminalidad, en cambio, socavan la resocialización, que es el propósito constitucional más importante de la pena. El mensaje para los responsables de diseñar las políticas públicas es: evaluar e implementar estrategias apropiadas para prevenir y contrarrestar la delincuencia.

Summary:

This article analyzes the use of life imprisonment in Colombia to face serious crimes such as those committed against children. Long-term sentences, in force in Colombia, have not proven effective in resolving criminality, instead undermines rehabilitation which is the most important constitutional purpose of the criminal punishment. The message to public policy makers is: to evaluate and implement appropriate strategies to prevent and counteract crime.

Palabras claves:

Prisión perpetua, resocialización, pena, políticas públicas, prevención.

⁷² Colombiana. Defensora del Pueblo Regional Meta. Abogada de la Universidad Nacional, especialista en derecho penal en esa misma institución y tiene una maestría en derechos humanos e intervención humanitaria en la Universidad de Bolonia, Italia. Tiene más de 10 años de experiencia en el sector público en instituciones ligadas a los derechos humanos y al derecho penal, también ha participado como docente en seminarios y ha impartido cátedra sobre derecho penal y procesal penal. Desde octubre de 2018, se desempeña como Defensora del Pueblo Regional Meta.

Key words:

Life imprisonment, rehabilitation, punishment, public politics, prevention.

Introducción

El marco normativo penal de nuestro país ha sido objeto de constantes reformas, recientemente se ha puesto en consideración la propuesta de variar el contenido de la Constitución Política para introducir en nuestro ordenamiento las penas privativas de la libertad permanentes. Tal iniciativa no es novedosa, pues desde hace varios años el legislativo ha discutido diversos proyectos de ley que, si bien difieren en algunos de sus elementos, apuntan hacia una misma línea: la prisión perpetua. En el año 2009, su incorporación fue planteada por vía de referendo, el cual fue sometido a control constitucional y declarado inexecutable, sin embargo, la conclusión del Máximo Tribunal Constitucional se basó en vicios de forma y no se estudió si existía incompatibilidad de su contenido con la Constitución, razón por la cual no se descarta que nuevamente se apele al constituyente primario para modificar la Carta Magna con idéntica finalidad.

Quienes apoyan la reforma aseguran que tal iniciativa surge de la necesidad de atender el clamor social, y que la voluntad del pueblo implica respuestas estatales de mayor contundencia frente a las conductas que generan un elevado daño social. A renglón seguido afirman, que el Estado debe proteger a la sociedad de las personas que han encontrado en la delincuencia un modo de vida, ya que muchos criminales que pasan por una pena leve reinciden al recuperar su libertad. Finalmente, indican que en la normatividad internacional no existe óbice para una modificación de esta naturaleza, porque en ningún instrumento internacional se prohíbe, incluso el Estatuto de Roma contempla la prisión perpetua entre sus penas. A continuación se presentarán algunas consideraciones respecto a la reforma planteada.

La pena de prisión perpetua en el ámbito internacional y nacional

Preliminarmente conviene hacer algunas precisiones terminológicas. El apelativo cadena perpetua tiene un sentido literal, fue acuñado cuando los reclusos permanecían encadenados a muros - lo cual no se concibe en ningún sistema penitenciario actual-. Pese a no ser un concepto jurídico⁷³, hoy por hoy es usado con cierta regularidad para hacer referencia a la pena de prisión perpetua. En algunos países se diferencian los términos prisión perpetua y reclusión o presidio perpetuo, se entiende que la prisión perpetua refiere la condena sin que implique su ejecución de

⁷³ Perú es el único país que utiliza el término de cadena perpetua en su marco normativo, se estableció a través del Decreto Legislativo 921 de 2002, el cual modifica el artículo 29 del Código Penal peruano. Adicionalmente, en dicha reforma se incorpora el artículo 59 A al Código de Ejecución Penal que prevé el procedimiento para la revisión a los 35 años de reclusión.

por vida en un recinto penal, mientras que la reclusión perpetua, no admite beneficios ni revisiones de ninguna índole por lo que conlleva a la privación de la libertad de manera permanente. Algunos sistemas penales contemplan la prisión perpetua como penas de larga duración en las que después de un período de tiempo (que normalmente oscila entre 15 a 35 años) se revisa la pena, y si se encuentra que el condenado cumple ciertos requisitos puede recuperar su libertad con o sin restricciones. En otros la libertad condicional opera de forma automática después de cumplido el plazo establecido en el estatuto penal. Pese a que los términos y las condiciones varían en las jurisdicciones que prevén esta clase de castigo, crecen las voces que claman su uso para hacer frente a conductas penales altamente reprochables.

Un estudio realizado por becarios de la facultad de derecho de la Universidad de San Francisco en 2012 revela que 38 países contemplan la figura de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, en tanto en 145 países se prohíbe ya sea por vía constitucional legal o jurisprudencial, además, indica que Colombia es de los pocos países que prohíben constitucionalmente el uso de la pena de prisión perpetua:

"De los 193 países del mundo, sólo Estados Unidos y otros 37 contemplan el estatuto de prisión perpetua sin derecho a libertad condicional (LWOP por sus siglas en inglés), lo que representa el 20% de países. Muchos países prohíben expresamente las condenas de reclusión por vida, ya sea en el estatuto penal, en la constitución, o en la jurisprudencia constitucional. Treinta y tres países fijan penas máximas en un número limitado de años. Las constituciones de 10 países, Angola, Brasil, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Portugal, Santo Tomé y Príncipe, Timor Oriental, y Venezuela, prohíben la prisión perpetua. Aquellos países que permiten la LWOP generalmente tienen números muy bajos de reclusos que cumplen esas condenas. Holanda tiene 37, Inglaterra tiene 41 y en Australia se han conocido 59 casos. En comparación, Estados Unidos tiene más de 41.000 casos" (De La Vega, Solter, Kwon y Isaac, 2012, p.25).

Cabe anotar que esta comparación no incluye las enormes diferencias en la eficacia de los sistemas de justicia penal ni da cuenta de las dispares condiciones de reclusión. Tampoco hace alusión a las penas máximas establecidas en los distintos Estados que no contemplan la figura de la reclusión perpetua, o que la incorporan en la modalidad de revisable. Así las cosas, aunque pueda parecer que la política criminal en Colombia es más democrática y favorable con los derechos de los reclusos, basta con contrastar el *quantum* punitivo máximo que contempla la legislación penal de nuestro país -que actualmente se fija en 60 años-, con el límite temporal de 25 años para la revisión de la prisión perpetua, establecida en el Estatuto de Roma.

Si se observa de manera comparativa la regulación internacional sobre los marcos punitivos, Colombia es uno de los países con penas de prisión altas. Tan solo en la región Sudamérica el plazo de presidio es el más severo entre los 12 países, rebasa los límites temporales incluso de aquellos que contemplan la pena de reclusión perpetua. Esta drasticidad en materia punitiva

contrasta con el hecho de que constitucionalmente se prohíba la imposición de la pena de prisión perpetua. El cuadro a continuación, ilustra la duración de la pena máxima en los doce países de la región y cuáles de ellos incluyen la prisión perpetua en su normatividad:

País	Pena de prisión perpetua	Pena máxima
Argentina	Existe	El condenado a prisión perpetua podrá obtener la libertad por resolución judicial después de 35 años de prisión si cumple con los requisitos legales.
Bolivia	No existe	La pena máxima vigente en Bolivia es de 30 años de cárcel y se aplica en caso de parricidio entre otros delitos graves.
Brasil	Prohibida constitucionalmente	Pena máxima de 30 años se eleva a 40 si el condenado reincide durante el cumplimiento de la pena inicial.
Chile	Existen dos tipos de prisión perpetua	1. Prisión perpetua Imposibilidad de que el condenado sea objeto de algún beneficio penitenciario por 20 años. 2. Presidio perpetuo calificado. El condenado no podrá acceder a ningún beneficio por el plazo de 40 años
Colombia	No existe	La pena máxima de prisión es de 50 años, la cual, en caso de concurso de delitos puede extenderse a los 60 años.
Ecuador	No existe	Puede alcanzar un máximo de 40 años cuando se acumulan las penas.
Guyana	Existe la pena de muerte	
Paraguay	No existe	La pena privativa de la libertad tiene una duración máxima de 25 años.
Perú	Prisión perpetua revisable	La pena de cadena perpetua será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de la libertad, si el órgano jurisdiccional resuelve mantener la condena, después de transcurrido un año, se realizará una nueva revisión, de oficio o a petición de parte.
Surinam	Existe	Recientemente se abolió la pena de muerte, la cual no había sido impuesta desde 1982. La pena máxima de prisión se estableció en 30 años.
Uruguay	No existe	La pena máxima es de 30 años de prisión.
Venezuela	No existe	Según la constitución actual el tiempo máximo por el que una persona puede ser encarcelada es de 30 años.

A nivel internacional ningún tratado ha establecido límites temporales máximos para la pena de reclusión que sirva de barrera para los legisladores nacionales en materia penal. El único tratado de derechos humanos que incorpora lo relativo al uso de la prisión perpetua sin posibilidad de libertad es la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en su artículo 37 prohíbe su imposición en contra de personas menores de 18 años. Es así como, a la luz de la normatividad internacional, cada jurisdicción tiene una amplia potestad para señalar los términos máximos de las penas privativas de la libertad. Lo anterior no sugiere que la comunidad internacional sea indiferente frente a las medidas punitivas establecidas para los delincuentes adultos, prueba de ello es lo estipulado en instrumentos internacionales y regionales de Derechos Humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁵, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁶, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁷⁷, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁷⁸ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷⁹.

Adicionalmente, existen estándares internacionales como las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁸⁰, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos⁸¹, el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión⁸², las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad reglas de Tokio⁸³, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)⁸⁴ y a nivel regional, los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.⁸⁵

Finalmente, para el propósito de este documento conviene hacer mención del informe sobre prisión perpetua emitido en 1994 por la Oficina de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y

⁷⁴ Artículo 5 y 9.

⁷⁵ Artículo 10, numeral 1º.

⁷⁶ Artículo 5.

⁷⁷ Artículo 11

⁷⁸ Artículo 6

⁷⁹ Artículo XXV.

⁸⁰ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

⁸¹ Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.

⁸² Adoptados por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 43/173, del 09 de diciembre de 1998.

⁸³ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

⁸⁴ 70 reglas aprobadas por la Asamblea General de la ONU en Diciembre de 2010 a favor de las mujeres reclusas.

⁸⁵ aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08 en su 131º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Justicia Penal⁸⁶. El texto contiene una serie de recomendaciones respecto de esta medida para la consideración de las jurisdicciones nacionales. Indica que la política criminal solo debe concebir la prisión perpetua con el propósito de proteger a la sociedad y garantizar la justicia, y únicamente debe ser impuesta en contra de los delincuentes que han cometido los crímenes más graves. Además, señala que las personas condenadas a prisión perpetua deben tener el derecho de apelar y solicitar la revisión o la conmutación de la pena. Cuestiona la aplicación de penas sin posibilidad de beneficios al advertir que si los Estados no prevén la posibilidad de liberación se abre la puerta para la detención arbitraria al ignorar dos de los propósitos del encarcelamiento como son la rehabilitación y reintegración en la sociedad⁸⁷.

El informe recomienda que los Estados tomen las medidas necesarias para generar una mejor comprensión por parte de la comunidad en general respecto a los problemas y circunstancias especiales a las que se ven sometidas las personas condenadas a prisión perpetua, para de este modo contribuir a un clima favorable para su tratamiento, además de adecuar el sistema penitenciario nacional para propender hacia la resocialización.

Es decir que lo que existe en la comunidad internacional es un profundo respeto hacia la dignidad de las personas privadas de la libertad que propugna por la erradicación de condenas de larga duración sin posibilidad de recuperar la libertad, ya que éstas van en detrimento de la dignidad del individuo y de los fines de resocialización y readaptación de la pena privativa de la libertad.

Antecedentes de proyecto y trámite legislativo

En los últimos quince años se han presentado ante el Congreso de la República más de 20 iniciativas legislativas orientadas a variar, de manera directa o por vía de referendo, el precepto constitucional que impide la imposición de penas de prisión perpetua. La mayoría de estos proyectos, se han archivado por vencimiento de términos sin agotar plenamente los debates en Senado y Cámara, otros no han sido objeto de discusión en ninguna de las células legislativas y se han retirado por sus autores, sólo uno de ellos se convirtió en Ley de la República para después ser extraída del ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional al encontrarla inexecutable. A continuación se hará referencia a algunos de las iniciativas presentadas frente a esta temática y su curso legislativo:

- **Proyecto de Acto Legislativo No. Cámara 09/06⁸⁸, No. 34/06 Cámara⁸⁹, No. 23/07 Cámara⁹⁰**

⁸⁶ Disponible en inglés en el siguiente sitio web <http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/UNODC-1994-Lifers.pdf>

⁸⁷ *Ibidem*, párrafos 69 y 70.

⁸⁸ Proyecto publicado en las siguientes Gacetas: 599/06, 369/06, 249/06.

Como respuesta al posible retorno a la libertad por el cumplimiento de la pena impuesta a un confeso homicida y abusador de niños⁹¹, en 2006 y 2007 surgieron distintas iniciativas de reforma constitucional que tenían como propósito incluir la prisión perpetua como una de las medidas sancionatorias del sistema judicial colombiano. Los proyectos de acto legislativo pretendían modificar el artículo 34 de la Constitución Política para confinar de por vida en una prisión a quien cometiera violación sexual de niños seguida de muerte o lesión grave, así como hechos punibles atroces y de lesa humanidad. Conforme a dichas iniciativas la pena de prisión perpetua debía ser revisada por un órgano jurisdiccional cuando el condenado hubiere purgado treinta y cinco (35) años de privación de la libertad. Estos fueron los primeros proyectos de acto legislativo que recogieron la figura en procura de amparar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, fueron retirados por sus autores por vencimiento de términos, en virtud de los requisitos establecidos de trámite que para los actos legislativos establece la Ley 5ª de 1992 en sus artículos 218 y siguientes.

- **Proyecto de Ley No. 260/09 Cámara y No. 311/09 Senado⁹²; No. Cámara 260/11 No. 206/10 Senado⁹³**

En 2009 y 2010 el órgano legislativo propuso que la decisión sobre la variación del término máximo de las penas en Colombia recayera en el constituyente primario y presentó dos proyectos de ley que tenían por consigna convocar a un referendo constitucional para someter a consideración del pueblo la reforma constitucional. El primer proyecto surtió todos los debates y fue aprobado y sancionado como Ley 1327 el 13 de julio de 2009. Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-397-10 del 15 de mayo de 2010 declaró inexecutable dicha Ley, la decisión tuvo lugar al encontrar que en el trámite legislativo se presentaron dos vicios de forma insubsanables, el primero derivado de la presentación extemporánea e informal del certificado expedido por el Registrador sobre el cumplimiento de los requisitos y el otro originado por la vulneración de los principios de identidad flexible y de consecutividad por los cambios sustanciales en el contenido de la propuesta inicial.

⁸⁹ Texto del proyecto disponible en la Gaceta 259/06.

⁹⁰ Proyecto y ponencia de primer debate publicados en las gacetas 595/07, 519/07 y 339/07.

⁹¹ Luis Alfredo Garavito Cubillos confesó haber abusado y asesinado a 172 niños, fue condenado a 40 años de prisión, y se encuentra privado de la libertad desde abril de 1999. Dado a que fue procesado por múltiples crímenes pesan otras 48 condenas ejecutoriadas en su contra. Adicionalmente, existe un requerimiento de la justicia de Ecuador.

⁹² El Proyecto de ley y sus distintas ponencias fueron publicadas en las gacetas 620/09, 835/09, 861/09, 514/09, 515/09, 560/09, 737/09, 467/09, 660/09, 406/09, 313/09, 542/09, 243/09, 243/09, 547/09, 182/09, 80/09. Se convirtió en la Ley 1327 de 2009, la cual fue declarada inexecutable.

⁹³ Proyecto de Ley disponible en las Gacetas 55/12, 623/11, 641/11, 656/11, 425/11, 467/11, 246/11, 199/11, 246/11, 1099/10, 1001/10

El segundo proyecto, presentado en 2010, subsanó los vicios de trámite que condujeron a la inconstitucionalidad del primero. El proyecto avanzó hasta tercer debate, fue archivado el 1° de diciembre de 2010 en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes con una votación del 58% en contra del 42 % de los representantes de esa colectividad⁹⁴.

- **Proyecto de acto legislativo No. 36/13 Cámara⁹⁵**

Este proyecto retomó la idea de modificar directamente el artículo 34 de la Constitución para permitir la prisión perpetua, revisable a partir de los 40 años de prisión, ante la comisión de delitos de homicidio, acceso carnal violento, secuestro o explotación sexual en contra de un menor de 14 años o menor de 18 años con discapacidad. El proyecto de ley en mención se planteó, como un homenaje a la senadora Gilma Jiménez, quien fuere la principal promotora de esta medida. La iniciativa no surtió ningún debate y fue retirada por su autor.

- **Proyecto de acto legislativo No. 204/15 Cámara⁹⁶**

Por medio del proyecto de acto legislativo, se pretendía la supresión de la prohibición de la pena de prisión perpetua, para dotar al legislador de una herramienta de elaboración de la política criminal. En el proyecto se desliga el mecanismo de prisión perpetua de los delitos en contra de menores de edad, para que el legislador decida cuales conductas revisten una mayor gravedad y merecen tal sanción. De igual modo, establecía que la pena debería ser revisable conforme lo dispusiera la ley. Esta iniciativa fue archivada, nuevamente por vencimiento de términos.

Como se puede apreciar, estas propuestas han tenido una mayor resonancia en la sociedad y en los medios de comunicación que en el escenario legislativo, donde no se han surtido los debates suficientes o dentro del término reglamentario. Entre las principales justificaciones que fueron esbozadas en los distintos proyectos para avalar esta medida se encuentran el principio de prevalencia de los derechos de los menores y la proliferación de la criminalidad grave en su contra, los altos índices de reincidencia la cual evidencia un fracaso en la resocialización de los delincuentes, además se señala que en otras latitudes se aplica la prisión perpetua e incluso el Estatuto de Roma la contempla. En las siguientes líneas intentaré aproximarme a estos argumentos y sentar una posición crítica al respecto, partiré de la hipótesis de que estas iniciativas apuntan hacia la instrumentalización del derecho penal o a su uso simbólico siendo poco efectivos en lo que atañe a la reducción de episodios grotescos de criminalidad como los delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexual en menores de edad.

⁹⁴ De 24 representantes miembros de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes que votaron por el proyecto, 10 se mostraron partidarios de su contenido y 14 votaron en su contra.

⁹⁵ Texto del proyecto y ponencia de primer debate publicados en 112/14 825/13, 870/13 y 582/13

⁹⁶ Proyecto de acto legislativo disponible en las Gacetas 268/15, 63/15. Archivado el 18 de junio de 2015

La prevalencia de los derechos de los menores

Los promotores de la prisión perpetua sustentan la necesidad de implementarla en la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños. En las iniciativas legislativas se alude a la obligación del Estado de proteger a los menores para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. En tal sentido, el marco normativo penal debe orientarse a endurecer las penas de los delitos cuyas víctimas sean los menores de edad con el ánimo de persuadir a los infractores e impedir la comisión de tales conductas.

Es innegable que el Estado debe asumir las acciones necesarias para proteger los derechos de los menores y que el principio *pro infants* puede ser una de las alternativas en el diseño de la política criminal. Sin embargo, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, las medidas que se adopten deben guardar coherencia con los postulados constitucionales uno de los cuales es el principio de dignidad humana que comprende la función resocializadora de la pena. Reiteradas providencias de la Corte Constitucional han puesto de relieve el propósito humanístico y resocializador de la pena privativa de la libertad⁹⁷ así que, la adopción de políticas penales ligadas a la protección de los infantes, deben ser sopesadas con los derechos de los delinquentes y se debe demostrar su conveniencia atendiendo a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Cuando el alto tribunal estudió la constitucionalidad de los llamados muros de la infamia⁹⁸ concluyó que esta medida, prevista para enaltecer los derechos de los menores de edad víctimas de afrentas sexuales, no resultaba proporcional frente a los derechos fundamentales que conculcaba, teniendo en cuenta que existen otros medios con los que se puede asegurar el cumplimiento del propósito de prevención, además indicó que no existía evidencia de que el medio escogido para brindar protección a la población infantil tuviera una efectividad tal que justificara la instauración de la medida⁹⁹.

Como se observa, pese a que las múltiples iniciativas tendientes a incorporar la prisión perpetua en el ámbito nacional justifican la necesidad de esta figura en la prevalencia de los derechos de los menores de edad, lo cierto es que ninguna presenta un análisis que refleje la idoneidad de la introducción de la prisión perpetua para disuadir a las personas de cometer ilícitos contra los niños. Planteamientos que implican la restricción de derechos, como en este caso los de los infractores de la ley penal, indefectiblemente deben acompañarse de sustentos sobre su

⁹⁷ Entre otras: Sentencia C-261 de 1996, Sentencia C-144 de 1997, Sentencia C-312 de 2002, Sentencia C-806 de 2002, T-1303 de 2005, T-896A de 2006, T-061 de 2009, T-213 de 2011, T-448 de 2014

⁹⁸ Proyecto de Acuerdo que se había aprobado en el Concejo de Bogotá, por medio del cual se ordenaba la publicación en vallas de los todos los condenados por violación a menores de edad. Se aprobó la fijación de un aviso de este tipo en cada una de las localidades de la ciudad.

⁹⁹ Sentencia C-061 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla

razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, demostrando porque tendrían una mayor eficacia para contrarrestar el delito que aquellas medidas que no contienen connotaciones penales, a contrario sensu la limitación de derechos de los delincuentes sería excesiva y devendría contraria a la Constitución Política.

La Constitución, límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal

La privación de la libertad, como resultado de una afrenta a las normas penales, es una medida que se adopta con diversos fines, sin embargo, tanto el ordenamiento doméstico como el internacional, convergen al establecer que su propósito esencial es la readaptación del recluso.

En términos del artículo 9 del Código Penitenciario y Carcelario, la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización, y el tratamiento penitenciario es el medio por el cual se alcanza tal objetivo. En esa misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento internacional ratificado por Colombia en 1969, en su artículo 10.3 establece que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Así mismo, el artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos- Pacto de San José, señala que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

La prisión permanente elimina la posibilidad de resocialización de los condenados, ya que su objetivo es que los reclusos nunca recuperen su libertad, lo cual constituye una vulneración de las consignas que sobre la materia incorporan los tratados internacionales mencionados. Así las cosas, emerge claramente que la propuesta resulta inconveniente. Pero adicionalmente, cuando la pena privativa de la libertad entraña principalmente la retribución o la prevención general, subyace la transgresión al principio de dignidad humana, porque implica utilizar al interno como medio para un fin, bien sea para generar sosiego en la víctima, para que la sociedad advierta que la criminalidad irá en descenso, o para que los delincuentes potenciales concluyan que de un comportamiento criminal se pueden derivar consecuencias semejantes, y se abstengan de delinquir. En consecuencia, la dignidad humana como principio fundante en un Estado Social y Democrático de Derecho, debe fungir como talanquera para la incorporación de la prisión perpetua como medida sancionatoria. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-288 de 2015, señaló:

“Ello significa que la Constitución le fija una serie de límites a la facultad del Estado para imponer penas a las personas. De tal modo, los seres humanos no pueden ser utilizados como ejemplos, lo cual significa que no se les pueden imponer “penas ejemplificantes” con el propósito de prevenir que otros cometan los mismos delitos. Por otra parte, el principio de dignidad humana también supone que el ser humano está dotado con la capacidad para arrepentirse, enmendar sus errores, resocializarse y volver a contribuir a la sociedad. En esa medida, el artículo 34 de la Constitución prohíbe las penas de prisión perpetua, dándole a cada individuo la oportunidad de adaptarse nuevamente a la vida en sociedad.”

La resocialización de la persona condenada, como objetivo principal del ius puniendi del Estado está fuertemente arraigada en nuestro ordenamiento jurídico. Ha sido reconocida por diversos tratados de derechos humanos que conforme al artículo 93 de la Carta, hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Otro de los principios constitucionales que podría subvertirse al adoptar una iniciativa como la que se tramita, y debería ser un límite para su imposición, es el principio de legalidad de las sanciones. La Corte Constitucional ha señalado que: *“El principio de taxatividad penal implica no sólo que las conductas punibles deben estar descritas inequívocamente sino que las sanciones a imponer deben estar también previamente predeterminadas, esto es, tiene que ser claro cuál es la pena aplicable, lo cual implica que la ley debe señalar la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos”*¹⁰⁰. La pena a perpetuidad supondría indeterminación en el monto máximo, ya que la duración de la pena no se conoce, se materializa únicamente en el tiempo que permanezca con vida el recluso. *En nuestra legislación las penas deben tener un término concreto y claro, un principio y un final, de manera que la privación de libertad y todo lo que supone ella, debe estar enmarcado temporalmente, y no supeditado a una condición imprecisa.*

Algunos de los que defienden la incorporación de la pena de prisión perpetua, aducen que las personas que han cometido conductas aberrantes no se resocializan, prueba de ello es que al recuperar su libertad vuelven a delinquir. Frente a tal aserto conviene anotar dos cosas, en primer lugar que no es dable acudir a la vía de la sanción penal exclusivamente de manera preventiva, el derecho penal opera como consecuencia de la realización de un acto contrario a las previsiones del Código Penal, de tal suerte que una sanción no se puede sustentar en la mera posibilidad de que un sujeto despliegue una acción delictiva, a *contrario sensu*, todas las personas que se perciban como proclives al delito podrían, por ese solo hecho, verse expuestos a una pena.

En segundo lugar, las personas no pueden cargar con las falencias del Estado, los establecimientos de reclusión de Colombia no cuentan con condiciones mínimas de dignidad humana, los índices de hacinamiento superan el 50%, la mayor parte de la población reclusa esta desprovista de servicios básicos, lo anterior ha motivado a que la Corte Constitucional haya declarado en dos ocasiones la existencia de un estado de cosas inconstitucional en las cárceles y penitenciarias del país. En estas condiciones es imposible poner en marcha un verdadero programa de resocialización y, se reitera, la resocialización es, entre los objetivos que la ley le endilga a la pena, el principal, y es el Estado, quien tiene la obligación de proporcionar a la persona que ha sido condenada a pena de prisión, los medios indispensables para su adecuada readaptación.

¹⁰⁰ Sentencia C- 843 de 1999. M.P Alejandro Martínez Caballero.

En consecuencia, para que el Código Penal se encuentre en armonía con la Constitución y con los tratados internacionales, las modificaciones que se planteen deberían apuntar a la humanización del sistema penitenciario y a penas que promuevan la resocialización del delincuente, dando aplicación a los lineamientos que sobre la materia se consagran en la normativa nacional e internacional. Respaldo iniciativas de esta naturaleza sería una manera diversa de trazar la política pública: una política penitenciaria respetuosa de los derechos humanos, que de resultar efectiva conllevaría a reducir los niveles de reincidencia y por ende a incrementar la seguridad ciudadana.

- **La cadena perpetua en el Estatuto de Roma**

Finalmente, intentar incorporar una medida como la cadena perpetua, bajo el argumento de que el Estatuto de Roma la concibe entre sus sanciones, no es consecuente con la función que cumple la pena en el ámbito nacional e internacional, además parte de una apreciación fragmentada de las medidas punitivas que incorpora dicho instrumento. En primer lugar, el Estatuto de Roma es un Tratado Internacional, en su consolidación participaron países con distintos estamentos constitucionales por lo cual muchos de sus aspectos se establecieron de la manera más abierta posible, ese es el caso del *quantum* punitivo. En segundo lugar, el Estatuto no establece la pena que es atribuible a cada delito, como debe hacerse en la legislación interna para dar cumplimiento al principio de legalidad, existe así un amplio margen de discrecionalidad en cabeza de los jueces de la Corte. Si se observa el Artículo 77 del Estatuto, en donde se consagran las penas por las conductas que constituyan crímenes de genocidio, de agresión, de lesa humanidad y de guerra, se establece un término de reclusión suficientemente abierto, en el literal a del numeral 1 prevalece el uso reduccionista de la prisión, en tanto se establece que la privación de la libertad no debe superar los 30 años, en el segundo literal se prevé la prisión perpetua, a condición de que la conducta sea de extrema gravedad y que se justifique por las circunstancias personales del condenado, pero adicionalmente, en el Artículo 110.3 se incluye la posibilidad de reducir la pena impuesta, tal examen opera una vez el recluso cumpla las dos terceras partes del tiempo impuesto o, en caso de cadena perpetua, cumplidos 25 años de prisión. Cabe mencionar que la competencia de la Corte es sobre crímenes que constituyen crasos atentados contra la humanidad, y que en sus 17 años de funcionamiento, ninguna de las cuatro sentencias condenatorias que se han impuesto supera los 18 años de reclusión.

Simbolismo del derecho penal

Existen diversas acepciones para el derecho penal simbólico, autores como Zaffaroni o Pérez Pinzón se centran en el hecho de que es un instrumento de política criminal que busca generar expectativas en la sociedad, orientándose hacia objetivos altamente deseables, pero que en realidad no se pueden alcanzar por esta vía, lo que genera un efecto placebo en la opinión pública:

"[...] a la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión, o sea, un efecto simbólico, con lo cual se acaba en un Derecho penal simbólico, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, más claramente, se miente, dando lugar a un Derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías" (Zaffaroni, 2000 pp.336-337)

"El derecho penal simbólico es el que se confecciona para hacer creer a la gente que criminalizando y amenazando con penas severas los comportamientos desviados, obtiene seguridad y sosiego." (Pérez Pinzón, 2005, p.312).

Otros tratadistas indican que una de las consecuencias del derecho penal simbólico es que las políticas punitivistas emergen como soluciones aparentes, y se justifican por la percepción favorable de la ciudadanía frente a la eficacia estatal en la solución de problemas de índole social:

"Los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados al fin o a la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que produciría emociones o, cuando más, representaciones mentales." (Diez, 2002, p.409).

Desde esta perspectiva, el delito deja de ser la puesta en peligro de un bien jurídico para pasar a ser una amenaza a la integridad y a la estabilidad social, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho. También la pena aparece, a su vez, como una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito cuya función es el restablecimiento de la confianza institucional violada por el delito". (Baratta, 1985, p. 9).

A pesar de que se reconoce que es legítimo que al derecho penal se le atribuyan fines simbólicos, promover una reforma de esta naturaleza no puede atender únicamente al propósito de generar una sensación de tranquilidad colectiva, máxime porque nos encontramos en un Estado Social y Democrático de Derecho, donde las modificaciones que entrañen la afectación a los derechos individuales de las personas, merecen un análisis mucho más ponderado.

Cabe preguntarse si el derecho penal, dotado con herramientas de mayor severidad, es el instrumento idóneo para proteger a la sociedad de los delitos más graves. Propuestas de este tipo generan falsas expectativas en los ciudadanos, quienes las reciben con júbilo al sentirse resguardados por el manto de protección estatal. Lo anterior es sumamente riesgoso, en primer lugar, porque no se parte de sustentos empíricos serios y concluyentes que reporten una incidencia favorable en la criminalidad, como resultado de maniobras sobre el *quantum* punitivo de los delitos. En segundo lugar, porque el derecho penal sólo actúa una vez se ha vulnerado un bien jurídico, o, al menos, ante una efectiva amenaza de su vulneración, y dado que la sociedad orienta sus esperanzas de modular los comportamientos sociales en un ejercicio de modificación legislativa en materia penal, es permisiva en no exigir mayores políticas públicas de prevención. Hoy por hoy las reformas penales se han convertido en la política pública por excelencia, y al ser implementadas con un efecto simbólico deviene innecesario probar su efectividad, lo que conduce a un abandono en los esfuerzos de consolidar medidas distintas a las penales, que muy seguramente tendrían un mayor impacto en la prevención de la delincuencia.

La prisión perpetua plantea un panorama similar, el proyecto de acto legislativo elevaría a nivel constitucional una medida que pese a no estar contemplada como tal y estar prohibida en la Carta Magna, existe, y se aplica en los estrados judiciales. Como se expuso previamente, el estatuto punitivo de nuestro país contempla penas altamente prolongadas que pueden alcanzar un cumplimiento efectivo de 50 o 60 años. De acuerdo al Código Penal Colombiano la duración máxima de la pena de prisión es de cincuenta años que en caso de concurso de delitos, puede extenderse a los sesenta años¹⁰¹; además, frente a determinados tipos penales como aquellos en que la víctima sea un menor de edad no hay lugar a la aplicación de beneficios o subrogados judiciales o administrativos, así que su ejecución puede ser plena. Para clarificar la situación casos como el secuestro extorsivo cometido en contra de un menor de 18 años la pena puede ser hasta de 50 años, en caso de que exista concurso conductas punibles la pena puede alcanzar los 60 años.

Cabe anotar que el más reciente estudio del DANE¹⁰² concluyó que la expectativa de vida en promedio es de 76 años. Así las cosas, muchas de las personas condenadas a esta clase de penas, muy probablemente no volverán a encontrar la libertad, pero a pesar de que las penas en Colombia sean más prolongadas que en la gran mayoría de países, se pretende hacer las variaciones necesarias para que se puedan nominar como lo que son, una verdadera prisión perpetua. Si la razón en la que se sustentan estas iniciativas es el clamor social, entonces el efecto útil de esta medida sería generar tranquilidad en la sociedad, que se siente protegida de las

¹⁰¹ Código Penal, Artículo 37, La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso.

¹⁰² Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE Colombia. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020. Disponible en el sitio web <http://www.dane.gov.co/index.php/poblacion-y-demografia/series-de-poblacion>

atrocidades que se cometen en nuestro país, encerrando de por vida a los reclusos, aunque alcanzar tal tranquilidad implique anular por completo el derecho fundamental a la libertad de un individuo sometiéndolo a un instituto que reduce su humanidad y lo instrumentaliza.

Conclusiones

En consecuencia, la prisión a perpetuidad no se vislumbra como un mecanismo apto para conseguir la reducción de los altos niveles de criminalidad, en cambio, subvierte principios propios de Estados con una concepción prevalentemente humanista como el colombiano. Las modificaciones que hasta la fecha ha sufrido el Código Penal han traído como resultado condenas que sobrepasan el límite temporal de lo que a nivel internacional se considera como cadena perpetua, lo que ha conducido a que esta figura se aplique *de facto*. Una medida como la que se propone no puede emerger de episodios delictivos de gran connotación mediática, en cambio, resulta imprescindible que se sustente en estudios sobre los resultados que ha generado el incremento en el marco punitivo de los delitos y la supresión de los subrogados y beneficios administrativos, -donde lo único concluyente hasta el momento es el impacto negativo que estas reformas han tenido en la situación penitenciaria- además las iniciativas de esta naturaleza deben sopesarse con respeto absoluto de los principios recogidos en el cuerpo constitucional. Así las cosas, las razones que se han expuesto para motivar una reforma que tenga por cometido la incorporación de la pena de reclusión perpetua, no son categóricas y son insuficientes para justificar un cambio de la Carta Política en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Bibliografía

- Zafarroni. Eugenio Raúl; (2000). *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, Argentina. 1126 páginas.
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando; (2005) *Introducción al derecho penal*, Universidad Externado de Colombia. 372 páginas.
- Díez Ripollés, José Luis; (2002). *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXV enero - abril, 409-447. 36 páginas.
- Baratta, Alessandro (1985) *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. *Revista Doctrina Penal*, año 8, n° 29, Buenos Aires, Argentina. 772 páginas.
- De la Vega C. Solter, A. Isaac D. y Kwon S. (2012) *Cruel and unusual, U.S. sentencing practice in a global context*, disponible en el sitio web <https://www.usfca.edu/sites/default/files/law/cruel-and-unusual.pdf>. 88 páginas.



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

NOTA DEL EDITOR

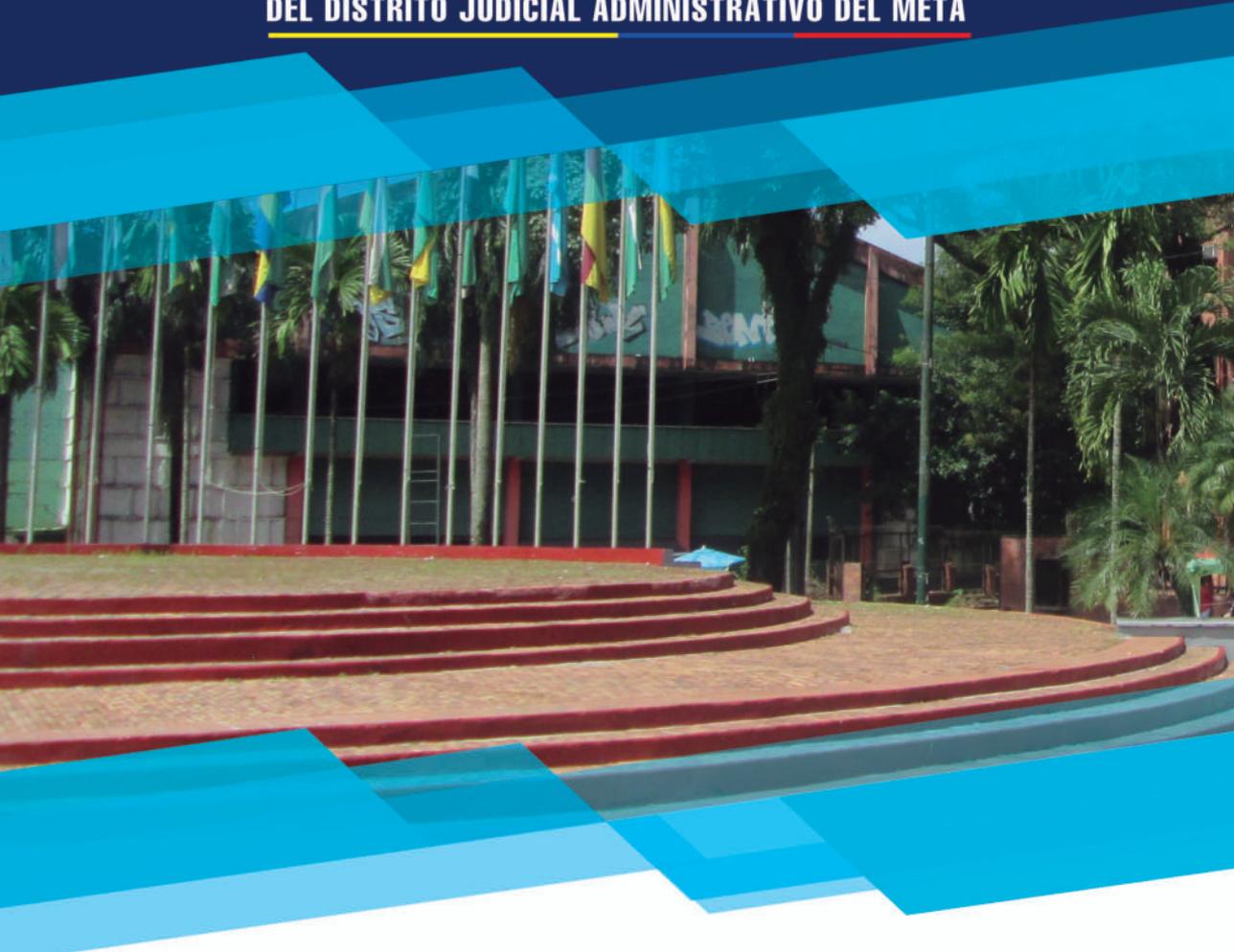
Revista De Derecho Público Del Distrito Judicial Administrativo Del Meta es un proyecto de iniciativa de sus integrantes a título personal. Fue financiada exclusivamente con recursos particulares y no fue utilizado ningún tipo de recurso público para su diseño e impresión.

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.



REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

DEL DISTRITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DEL META



4^{ta}
EDICIÓN