



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

***La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente a la
protección de los Derechos Fundamentales.***

Jaime Hiram De Santis Villadiego

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Barranquilla, Colombia

2012

***La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente a la
protección de los Derechos Fundamentales.***

Jaime Hiram De Santis Villadiego

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de

Magister en Derecho – AP en Derecho Administrativo

Director:

Doctor Gregorio Mesa Cuadros

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Barranquilla, Colombia

2012

Resumen

Sin lugar a dudas, la creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aparece como necesaria, ya que se constituye en un instrumento de control de la legalidad de los pronunciamientos de la administración, llevando consigo que también se garantice la protección de los derechos fundamentales en los actos de la administración como fin esencial del Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta que estos derechos se caracterizan por ser universales, indivisibles y solidarios, como desarrollo de la declaración universal de derechos del hombre y del ciudadano. Con la constituyente de 1991, se introduce en la Carta Política, atendiendo el afán de asegurar el reconocimiento de estos derechos y la protección de los individuos, un cuerpo colegiado para esta tarea, como lo es la Corte Constitucional. Siendo su esfuerzo baladí, ante una crisis judicial, que en ocasiones enfrentan organismos colegiados como dicha corte y la Corte Suprema de Justicia en sus definiciones constitucionales y ordinarias, lo que genera que se deriven y se erijan los pronunciamientos constitucionales encontrados en la mayoría de las veces. Lo anterior refleja en la sociedad inseguridad jurídica, teniendo en cuenta que se profieren fallos constitucionales por parte de los operadores de justicia de primer orden (en este caso jueces civiles, laborales o penales), que conocen de asuntos administrativos a través de las acciones de tutela, de grupo o de cumplimiento, que se interponen contra los actos administrativos propiamente dichos o fallos de procesos administrativos ordinarios, que desdibujan los presupuestos procesales de la jurisdicción contencioso administrativa ya reglada con anterioridad, al presentar decisiones fundamentadas en una visión del orden social “justo”, que derivan consecuencias fatales al erario público, lo cual se vislumbrará en este trabajo de investigación cuando se trate el tema de fallos de tutela que ordenan reintegros de personal administrativo por ejemplo, cuando ya se han vencido los términos de las acciones administrativas como tal, lo que ocasiona una

sensación social de incertidumbre, es por ello que mis ideas apuntan a analizar dicha problemática.

Lo anterior me permite concluir, que se ponen en riesgo postulados que entraña la sociedad y los principios fundantes del mencionado Estado Social de Derecho, como son la confianza, pues resulta absurdo que propendiendo la protección de los derechos fundamentales se genere el desconocimiento de los procedimientos administrativos, así por ejemplo, si estamos frente a una demanda de acción y restablecimiento del derecho, en el proceso éste, se analiza indiscutiblemente con mayor profundidad, el caso concreto, lo que no sucede con el estudio que el juez constitucional, hace de dicha situación y que las acciones constitucionales no deben perder su finalidad de inmediatez y garantía como naturaleza de su creación, el evento de su efecto y aplicación.

Palabras Clave: Acción de Tutela, Autoridad, Constitución Nacional, Derechos Fundamentales, Derechos Humanos, Jurisprudencia Constitucional, Poder.

Abstract

Undoubtedly, the creation of administrative Contentious Jurisdiction, appears to be necessary, since it constitutes an instrument of control of the legality of the administration's pronouncements, taking also to ensure the protection of fundamental rights in the administration acts as the essential objective of the rule of law, given that these rights are characterized as universal, indivisible and united, as the development of the universal declaration of human and citizen rights. With the constituent of 1991, is introduced into the Constitution, the effort taken to ensure recognition of these rights and the protection of individuals, a collegial body for this task, as is the Constitutional Court. As its trivial effort, before a judicial crisis, which sometimes faces collegial bodies as such court and Supreme Court in its constitutional and common definitions, creating derived and erected constitutional pronouncements found in most times. This reflects a society in legal uncertainty, given that constitutional decisions are uttered by the judicial officers of the first order (in this case civil, labor or criminal judges), which deal with administrative matters through the actions of guardianship, or compliance group, which are brought against administrative acts or failures in ordinary administrative process, that blur the procedural requirements of the administrative court ruled as before, to present choices in a "fair" vision of social order, deriving fatal consequences to the public treasury, which had been foreshadowed in this research when it comes to the issue of custody rulings, ordering reinstatement of administrative staff for example, when the terms of administrative actions as such have expired, resulting in a social sense of uncertainty, which is why my ideas point to analyze this problem.

This allows me to conclude that threaten principles involved in society and the founding principles of the said rule of law, such as confidence, because it is

absurd that tending the protection of fundamental rights generated by the lack of administrative procedures, so for example if we are facing a class action and restoration of rights, in this process the case is analyzed in greater depth unquestionably, what does not happen with the study that the constitutional judge makes of this situation and those actions should not lose their constitutional purpose of immediacy and assurance as the nature of its creation, the event of its effect and application.

Keywords: Protection of Fundamental Rights Action, Authority, National Constitution, Fundamental Rights, Human, Rights, Constitutional Jurisprudence, Power.

Contenido

Resumen	III
Introducción	9
1. Capítulo Primero	13
1.1. Consideraciones previas	13
1.2. La revolución francesa: relación entre Estado, sociedad y derecho.....	22
1.2.1. Origen de los Derechos Fundamentales	27
1.2.2. Carácter fundamental	30
1.2.3. Carácter de fundamental en Colombia	31
1.3. Los conceptos de persona y sociedad como magnitudes normativas del Estado Social	33
2. Capítulo Segundo	37
2.1. Alcances del poder político y del poder de la administración frente a los Derechos Fundamentales	37
2.1.1. El Poder del Estado	41
2.1.2. La función de administrar y el ciudadano	43
3. Capítulo Tercero	49
3.1. El Estado como garante de los Derechos Fundamentales.....	49
3.2. El Estado y su función de garante de los Derechos Fundamentales a través del Derecho Administrativo	52
3.3. Los Derechos Fundamentales frente a los particulares	54
4. Capítulo Cuarto	57
4.1. El agotamiento de la acción de tutela como medida de eventual avance de lo Contencioso Administrativo	57
4.2. Mecanismos de protección de los Derechos Fundamentales.....	60
4.3. Los Derechos Fundamentales: Vía Contenciosa, Vía Constitucional	63
4.4. Integración armónica de conceptos. Derecho Fundamental Constitucional	64
5. Capítulo Quinto	67
5.1. El Estado frente a la jurisprudencia de las altas cortes.....	67

5.2. La actividad reguladora de operación de justicia frente a la protección de los derechos fundamentales.....	69
5.3. El conflicto de las altas cortes frente a la protección de los derechos fundamentales	71
6.1. Solución judicial de fondo mediante la interpretación de los fallos de las altas cortes en Colombia	75
6.2. Control político a la función pública en virtud del acto administrativo lesivo de los derechos fundamentales.....	76
6.3. Las decisiones en el Tribunal Administrativo y Juzgados Administrativos de la ciudad de Barranquilla frente a los Derechos Fundamentales.	76
6. Conclusiones	83
Glosario	87
Bibliografía	89

Introducción

Dentro del horizonte conceptual-teórico que pretendo abordar, aflora el complejo y sensible tema de mi trabajo, que he denominado **LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Mi tema, lejos de divagaciones teóricas y más bien cercanas a la preocupación por la praxis, desprende la importancia del estudio de las garantías propias de un Estado de Derecho, y se analiza el amplio margen de libertad (no de arbitrariedad) al juez, a fin de que interprete la ley, a la luz de su conciencia jurídica material para que su decisión – enseña el representante del realismo sociológico, ALF ROSS- “pueda ser aceptada no solo como correcta sino también como justa o socialmente deseable”¹, ya que la interpretación judicial es una cuestión eminentemente práctica; su objeto no es el conocimiento del derecho, sino su aplicación, teniendo en cuenta que, algunas veces, se utiliza una norma que en un determinado caso no afecta al individuo que la demanda y allí el operador de justicia no le da la razón y en otro caso, estando en la misma situación, le da la razón al ciudadano por ser la protección de un derecho fundamental. Es así como hoy en día se han dado surgimiento a conceptos tan claros como son “el retén social, madre o padre cabeza de hogar, entre otros”. Lo antes dicho no es una tarea nada fácil, ya que la justicia es el valor central de todo ordenamiento, pero su materialización ha de satisfacer otros requisitos: protección a los derechos fundamentales, seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc.

¹ ALF ROSS, Sobre el derecho y la justicia, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pág. 133.

La nueva orientación argumentativa de los jueces debe responder al marco normativo de la Constitución Política independiente a la materia a que corresponda el asunto y a su jurisdicción. Al respecto, se han presentado enormes dificultades, como el recién nombrado choque de trenes que a veces subsiste entre operadores de justicia como es bien sabido, encontrando situaciones en las cuales sobre el mismo tema previamente conoce la jurisdicción constitucional, garante del concepto de dignidad humana a través del mecanismo de la acción de tutela, y luego, la jurisdicción contencioso administrativa. Igual dificultad se presenta cuándo existiendo una decisión definitiva de la jurisdicción contencioso administrativa, por ser el tema central de mi trabajo, existe una revisión que cambia el sentido de dicha decisión en una interpretación absolutamente constitucional, cuando esta ha sido tutelada ante otra instancia para que se genere dicha revisión, planteamiento que actualmente no ha podido llegar a una solución pacífica en torno a cuál de las decisiones se impone. Al respecto encontramos a mi entender después de haber estudiado dicho tema, dos teorías: la de los partidarios de que por ser órganos judiciales de cierre, como es el caso del Consejo de Estado, máxima instancia de la jurisdicción contencioso administrativa, sus decisiones pasan a ser cosa juzgada y por consiguiente no pueden ser objeto de revisión; así mismo, la Corte constitucional se fundamenta en que cuando se trate de vulneración a derechos fundamentales, sin importar la jurisdicción, las providencias deben ser revisadas por esta corporación.

Finalmente el tema se agudiza cuando la decisión de proteger un derecho fundamental al ciudadano, por parte del juez constitucional, es contraria a la decisión del juez contencioso, situación que pone en riesgo el principio de confianza que enmarca las relaciones entre Hombre-Sociedad-Estado, igualdad en la aplicación de la ley y de unidad del poder judicial; tema central de nuestro estudio.

De allí surge el interés de desarrollar mi trabajo y la inquietud de analizar si es el legislador quién debe marcar pautas entre los órganos máximos del poder judicial y buscar el equilibrio armonioso y necesario entre el artículo 237 numeral 1 (funciones del Consejo de Estado) y el artículo 241 (funciones de la Corte Constitucional) ambos de rango constitucional. Dicho estudio impone el descubrir las nuevas necesidades, las nuevas teorías y los cambios que en torno al tema se presentan, ya que entran en un dinamismo no solo las normas reguladoras a través de la Constitución nacional sino también la normatividad ordinaria reglamentada en los códigos, como el contencioso administrativo, que tiene su procedimiento claro, pre estructurado y exegéticamente determinado; sin embargo, en la práctica se vienen presentando una serie de fallos constitucionales (llamados así porque se generan a través de los mecanismos de acción constitucional – la acción de tutela, de grupo, de cumplimiento) que sin entrar a mover el aparato jurídico ordinario hacen tránsito a cosa juzgada sin límite de cuantía-tiempo y amparando la defensa y amenaza a un derecho fundamental.

Sin embargo, se hace necesario, estructurar mi trabajo en temas concretos que no nos permiten un estudio más a fondo pero debatiendo el tema de manera sustancial en los próximos seis capítulos, en los cuales se tratarán las razones que le dieron origen y surgimiento tanto a los derechos fundamentales, como a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, teniendo en otros capítulos la explicación del Estado en su condición de garante de dichos derechos fundamentales y sus mecanismos de protección y aplicación. También realizaré un esbozo filosófico de los aspectos del control político de la función pública y sus métodos de aplicación, finalizando mi temática en la ciudad de Barranquilla, donde el Tribunal Administrativo del Atlántico se ha pronunciado en muchas ocasiones negando acciones de tutelas y a contrario sensu concediendo y profiriendo fallos de tutela que generaron, por ejemplo, reintegros de

trabajadores de la Universidad del Atlántico después de más de dos años de haberse dado la existencia de una resolución que hizo una restructuración general en la planta de personal de la misma y que están encaminadas al presente tema de estudio, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente a la protección de los Derechos Fundamentales.

1. Capítulo Primero

1.1. Consideraciones previas

La revolución francesa se plantea como punto de referencia del surgimiento del derecho administrativo y, como consecuencia de dicha revolución, el sometimiento del Estado a reglas de derecho distinguiendo entre el absolutismo, en donde había confusión y concentración de los poderes, y el sistema de tridivisión del poder. Algunos autores como Jean Riveró, al igual que Georges Vedel, André de Laubadere y Gastón Jeze, toman esta concepción como el origen de sistemas democráticos que permanecen en el tiempo, es decir, parten de la idea de que “en Francia la jurisdicción administrativa nació de un conjunto de circunstancias históricas; y ha sobrevivido por razones prácticas”². Estos sistemas se soportan en la necesidad de brindar un servicio público; La tesis fundamental es que todo el Derecho Administrativo se explica a partir del concepto de "servicio público"³; este direccionamiento se extrae de los contenidos del “Fallo Blanco” del tribunal de Burdeos⁴.

"[...] la separación del poder judicial supone una garantía constitucional; implica que no cabe pronunciarse en última instancia sobre ciertos derechos de los ciudadanos sino mediante procesos judiciales ante los tribunales ordinarios. Si la Constitución especificara claramente que todas las decisiones que afectan los derechos fundamentales del individuo a la vida, a la libertad y a la propiedad corresponden a una serie limitada y definida de órganos judiciales que actúan

² RIVERO, JEAN. Derecho Administrativo, Traducción de la Universidad Central de Caracas, Venezuela, 1984. P. 148

³ VEDEL George. Derecho Administrativo Biblioteca Jurídica. Aguilar. 1980. P. 67.

⁴ 8 de febrero de 1873 D.L 873, 3.17, S 1.873, 2.153 ; con el David GA Núm. 1

según su procedimiento determinado y si estuviera claro cuáles son dichos derechos, entonces el tribunal constitucional tendría que señalar que la separación del poder judicial está claramente prescrita en la Constitución y ha de entenderse como está prescrita con independencia de sus méritos”⁵.

Es a partir de esta serie de episodios generados por la revolución francesa, que se empieza a dar inicio a la teoría del servicio público, con la que se prepara esta tendencia reformista que estimuló la creación de la escuela que lleva ese nombre, encabezada por teóricos como León Duguit y Gastón Jeze. La finalidad de la administración gira en torno al interés público, es la determinación libre de las iniciativas privadas las que le permiten atender algunas de sus necesidades, gracias a la división del trabajo y a los intercambios sociales. Estas iniciativas privadas no constituyen el dominio propio de la administración porque responden a la comunidad entera y para cada uno de sus miembros, es lo que se conoce como “interés público”. Sin embargo, existen otras, que no pueden recibir satisfacción por esta vía, sea porque, siendo comunes a todos los miembros de la colectividad, ellas exceden por su amplitud las posibilidades de cualquier particular o porque su satisfacción no permita, por su naturaleza, obtener ganancias, de tal manera que nadie se ofrecerá a asegurarla.

Georges Vedel es más explícito, construye su explicación sobre los dos pilares: la concepción francesa de la separación de los poderes, herencia política de Montesquieu, y lo que se entiende en la concepción moderna como los controles de poder, a través de la historia de Aristóteles en su obra la política⁶.

⁵ MARSHALL, Geoffrey, *Constitutional Theory*. 1971. Traducido y editado por Editorial Espasa-universitaria, *Teoría Constitucional*, Madrid, 1982. Pág, 157.

⁶ Aristóteles, *La Política, Libro VII, Cap I, De la organización del poder en la democracia*.

Algunos países europeos han estructurado su sistema de derecho sobre esta concepción. En el ordenamiento español no cabe hablar de la consagración de auténticos "derechos fundamentales", en estricta técnica jurídica, sino tras la promulgación de la Constitución Española de 1978. Si es cierto que, con anterioridad, durante el régimen dictatorial que surge y subsiste tras la desgraciada contienda civil, algunos de sus productos normativos llegaron a denominarse "Leyes Fundamentales"⁷; y que, además, las líneas inspiradoras de la política del régimen se denominaban "Principios Fundamentales"⁸. Lo que caracteriza a los derechos fundamentales es que la constitución los reconoce y garantiza; la aproximación sustantiva que nos va a decir que su constitucionalización permite concretar los valores sobre los cuales se estructura el sistema político.

De lo anterior se deriva el nuevo direccionamiento de la función de control y garantía de los derechos fundamentales, que en Colombia aparece con la constitución de 1991, "de esta manera, la nueva orientación de la Administración trae consigo nuevas formas de ejercicio del control judicial, con la incorporación de lo que alguna parte de la doctrina colombiana denomina las acciones constitucionales. Nos referimos, entonces, a las acciones de cumplimiento, populares y de grupo, por una parte, y a la acción de tutela por la otra. Estas acciones son concebidas como instrumentos ágiles, de fácil acceso para los administrados y en una expresión de fácil acceso a la justicia"⁹.

⁷ la Ley Orgánica del Estado de 1967 (España) aludía reiteradamente a las mismas.

⁸ Según la Ley de procedimiento administrativo español del 17 de julio 1958, hoy derogada por la ley 6 de 1997, que solemnemente los proclamaba, consistía en la plasmación de una serie de relevantes derechos de los españoles. Es por esta causa que se han tildado de fundamentales, plasmación que, como se comprenderá, siempre resultó ser más retórica que otra cosa.

⁹ Civilizar. La nueva administración pública y la jurisdicción contencioso-administrativa. Ponencia presentada por Carlos Ariel Sánchez Torres dentro del "Homenaje a los 90 años del Consejo de Estado" realizado en la Universidad del Rosario. Revista electrónica de difusión científica – Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, 2005. [Recuperado el 10 de julio de 2009]: En http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/nueva_administracion_publica.pdf

La existencia de un régimen de derecho Constitucional y Administrativo, como el que nos rige, implica que la administración, a través de pronunciamientos, cree situaciones jurídicas generales, impersonales y abstractas o defina situaciones jurídicas subjetivas, es decir, que imponga obligaciones o reconozca derechos a favor de particulares o de la ciudadanía en general. Es por esto que se genera la necesidad de hacer prevalecer los intereses públicos o sociales sobre los intereses particulares y de responder en forma inmediata a la satisfacción de las necesidades urgentes de los ciudadanos, conforme o no a las formalidades jurídicas determinadas por la ley, esto en el entendido de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades propias de cada proceso, como en el caso de la insuficiencia argumentativa de las acciones promovidas por vía de tutela. En este sentido la Corte Constitucional ha reconocido su carácter de veedor de la efectivización de las garantías constitucionales; así, “tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos, debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente [...]”¹⁰.

Existe una gran necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, imponiendo un cambio de concepción desde la constitucionalización de las formalidades propias de la institución contenciosa, lo cual solo se lograría si se realizara un estudio profundo de las normas que fueron proferidas antes de la constitución de 1991, en el caso de Colombia, y al dinamismo propio de los intereses generales que con esa misma constitución, hoy veinte años después, también se den en la práctica; para ello, se requiere una adaptación de los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional, el cual solo es posible en la medida de que la

¹⁰ Corte Constitucional. M. P. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-197 del 7 de abril de 1999. Expediente No. D-2172.

administración de justicia contenciosa administrativa disponga su interés al cambio y la definición de elementos claros al momento de establecer garantías para los derechos fundamentales, analizándose desde el mismo orden jurídico y de los organismos que los aplican.

Los Derechos Fundamentales se miran entonces en relación con el marco legal y teleológico desde la interpretación constitucional. El fundamento que articula la actividad administrativa, la jurisdicción contenciosa y la constitucional, muestra los derechos fundamentales y los mecanismos para su protección como un “derecho de acción vinculante”, por lo cual el Estado debe hacer extensiva su efectividad en cualquier esfera jurídica, *“El Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales”*¹¹, garantizando su participación complementaria y ampliadora de los contenidos sustanciales que se materializan mediante las acciones constitucionales. Estos instrumentos básicos de la teoría constitucional, fundamento del orden jurídico, se plantean de forma tal que responden acertadamente a la imposibilidad de aplicar a cabalidad el estudio dogmático-comparativo debido a la marcada diferencia de competencias de cada una de las partes que la conforman, y a la notoria disimilitud de las realidades administrativas, legales y disciplinarias que regulan.

A pesar de que la disposición normativa a la que se hace alusión, en este caso la Constitución Nacional, se caracteriza por los juicios de constitucionalidad, también resulta aplicable en los asuntos de tutela como tal la revisión de este aspecto por parte de la Corte Suprema de Justicia, convirtiéndose así en un deber ser, el garantizar la plenitud de dichos ordenamientos superiores como

¹¹Corte Constitucional, Sentencia No. C-587/92, Mag.P. Ciro Angarita Barón.

son, los Derechos Fundamentales de los asociados; en el evento en que se configure un desconocimiento de éstos, encontramos por ejemplo algunas acciones en el ámbito contencioso como la de nulidad de un acto administrativo o de reparación, teniendo en cuenta que se trata de una afectación, directa o indirecta, donde media una exigente carga obligacional del Estado¹². Juega entonces papel importante la re-conceptualización de la violación del derecho fundamental y la procedibilidad de las acciones contenciosas/constitucionales para su salvaguarda, queriendo decir con esto, que se impone y amplía la obligación de ejercer el control de legalidad por parte de la administración de justicia, de tal modo que toda decisión judicial esté orientada al respeto, protección e integración de mandatos de orden superior y por lo tanto, a la protección efectiva de los derechos fundamentales, aunque medie, como ya se dijo, una decisión estatal.

Se observa una construcción desarrollada sobre una sólida base teórica que parte de la concepción objetiva o funcional de la doctrina francesa sobre el concepto amplio de servicio público de comienzos del siglo XX, que pasa por la concepción subjetiva u orgánica que acompañó el enorme desarrollo de la intervención del Estado en la economía, hasta llegar a la reciente revalorización de posiciones objetivas condicionadas por inspiraciones teleológicas, así como por una nueva sensibilidad por los derechos de las personas.

Se muestra entonces una nueva visión de la administración pública, esto es, al servicio del pueblo, consistente en la participación activa de los ciudadanos en la consecución de los fines estatales, en la eficiencia de la utilización de los recursos del Estado, y como garante del respeto a la dignidad humana y demás

¹² Cfr. Autos 162/03 MP. Rodrigo Escobar Gil, 146ª/03 MP. Clara Inés Vargas, 029ª y 031ª de 2002 MP. Eduardo Monte alegre Lynett, 256/01 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

derechos fundamentales; todo esto, soportado en resultados y eficiencia, transformando de esta manera el control judicial, con dualidad de formas, por la implementación de acciones hacia la gestión de la Administración, o por el cambio en la finalidad de los medios de control dentro de la jurisdicción contenciosa.

Este tipo de direccionamiento del “pensamiento de las instituciones” identifica la importancia de la adecuación de los medios de control judicial al nuevo modelo de administración pública que ha implementado en Colombia el sistema de constitucionalización del derecho, atendiendo el precedente de las Altas Cortes en materia de protección de los derechos fundamentales.

El discurso ideológico que caracterizó a la revolución francesa, facilitó sin lugar a dudas la apertura de los sistemas tanto políticos como jurídicos y la transformación histórica de una época marcada por la necesidad de limitar y frenar el poder absoluto del rey. De ésta manera se orientó el concepto de *autoridad* con lo público, es decir, el concepto de poder estatal se integra y debe responder al interés general, interactuando además lo común y lo colectivo, pues no podía ser entendido como un acto unilateral que se impone, sino como un proceso que se constituye por el consenso y la satisfacción de las necesidades sociales, que conforme al pensamiento posmoderno, que no es más que la recuperación del sujeto, la respuesta jurídico-política a la actividad intervencionista del Estado, fundamentada en nuevos valores y derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y manifestada institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la

organización política¹³, se materializan también mediante el control jurisdiccional directo de que hoy están investidos los jueces por la vía de los derechos fundamentales; es por eso que se habla del llamado cogobierno de los jueces, explicado por el profesor Carlos Gaviria en estos términos "...en la tendencia del derecho moderno, las funciones de los tribunales constitucionales actuales, implican el ejercicio de la tarea judicial de una manera diferente de como se hacía tradicionalmente. Concretamente, cuando se dice que los jueces están gobernando o cuando se les tacha de activistas, se hace por una consideración: porque de muchos fallos, especialmente en el campo de tutela, se siguen órdenes para funcionarios de la administración". Vemos que de una mentalidad lineal, se pasa a otra circular, de interacción comunicativa- holista¹⁴ transversal, pues el nuevo derecho es dinámico, diacrónico y evolutivo, entendiendo que el ritmo evolutivo de la sociedad se concibe como un proceso comunicativo e interrelacionado.

En esa línea de pensamiento aparece la historia del derecho administrativo como causa de la revolución francesa, porque surge como derecho especial ante la necesidad de regular las relaciones que se dan entre la administración pública y los particulares, como también las que se dan entre las mismas instituciones administrativas; sin embargo, al mismo tiempo se contrapone una

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil: Sentencia de mayo 24 de 1980, Magistrado Ponente Germán Giraldo Zuluaga.

¹⁴ Se distingue entre un *holismo ontológico*, para el cual, según Aristóteles, "el todo es más que la suma de las partes", en un sentido *metafísico*, del *holismo pragmático* o globalismo, entiende por tal a una forma de percibir la realidad sociopolítica, para la cual el Estado es una totalidad que no solo representa más que la suma de las partes, sino que tiene prioridad teleológica, causal y jerárquica sobre estas. No son las personas o los individuos los que dan lugar al Estado, sino viceversa, y el bien supremo es el bien de la totalidad que completamente independiente del de los individuos que de ella forman parte se impone sobre estos, pero al mismo tiempo, afirma que la persona humana individual es un fin en sí misma y no un simple medio para el bien del todo, con lo que se trata de hacer compatible la existencia de una totalidad estatal y social y la autonomía y libertad de sus integrantes. Véase, REALE, Introducción a Aristóteles, ob.cit (Cap. V, La filosofía moral: análisis de la **Ética a Nicómano**. Relaciones entre ética y política), págs. 97 y ss. También, Armando Aranda Anzaldo, *La complejidad y la forma*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

idea bien distinta que entiende que el derecho administrativo es un asunto muy antiguo, *la polémica sobre esta cuestión, no es más que una representación de la discusión entre perspectiva subjetiva u objetiva, como criterios definidores del Derecho Administrativo*, expone Jaime Rodríguez – Arana Muñoz¹⁵.

Dentro de este contexto, no es el propósito de las próximas páginas repetir un tema ampliamente estudiado como lo es la Revolución Francesa, sino que, como soporte del objetivo general del trabajo, se realiza una reseña indispensable para examinar la evolución de los conceptos sobre los derechos fundamentales frente a fallos de la justicia administrativa en un Estado Social de Derecho.

Lo dicho líneas arriba, significa que los conceptos fundamentales que inspiraban el Estado liberal tienen que ser replanteados a la luz del nuevo realismo social, científico y constitucional propio de las sociedades de elevada complejidad que culmina en la globalización¹⁶, la constitución ya no admite visualizarse desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización o la legitimación de un gobierno en cuanto a su origen, pues también debe darse la legitimación del poder; el cual es ejercido respetando el núcleo material de los valores, principios y derechos señalados y asignados en la misma Carta, pues nos encontramos en la aceptación de una sociedad de cambio, de fortalecimiento de una nueva ideología, que no permite mantener la idea de conceptos a partir del contractualismo de Rousseau o del mero

¹⁵ Rodríguez – Arana Muñoz Jaime, Derecho Administrativo Español, Tomo I, Introducción al Derecho Administrativo Constitucional, Pág. 8 y 9, Netbiblo.

¹⁶ ULRICH BECK, ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós, 1998, Pág., 177.

iusnaturalismo¹⁷, que ha ejercido siempre un efecto conservador dentro del ámbito jurídico.

1.2. La revolución francesa: relación entre Estado, sociedad y derecho

El Estado Social centrado en el interés general, viene a ser la respuesta a la crisis del individualismo¹⁸ inserto en el Estado moderno, fruto de la Revolución francesa, donde se inaugura la conciencia moderna como conciencia del sujeto individual. Dicha conciencia entiende la sociedad fruto de un producto del pacto social entre competidores individuales y autosuficientes, cuya consecuencia final ha sido la irresponsabilidad social que hoy trata de superarse mediante la cultura de la responsabilidad¹⁹, la solidaridad, la confianza y la legalidad, con alcance de principios fundantes para enseñar a vivir en democracia.

Este individualismo democrático, como filosofía liberal que se forjó durante el siglo XVII, del que somos herencia de libertad, concibe un Estado que tenga como prioridad la protección de los individuos y de sus derechos frente a los

¹⁷ NORBERTO BOBBIO, Thomas Hobbes, trad. De Manuel Escrivá de Romaní, Barcelona, Plaza y Janés, 1991 (El modelo iusnaturalista), págs.17 y ss.

¹⁸ Gilles Lipovetski. (1969 pp 115). *La era del vacío*. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo, Barcelona, Ed. Anagrama, 1986. Se parte de la idea central del individualismo, que consideraba que los intereses individuales formaron el Estado y las instituciones jurídicas, como se lo describe en el Contrato Social de Rousseau. Esta tesis fue criticada por ROSCOE POUND, al considerar que esta idea no tenía justificación histórica. “Por el contrario-dice- el principio, el factor primordial es la necesidad del grupo social de asegurarse contra esas formas de acción y líneas de conducta que amenazan su existencia”. Del autor: Examen de los intereses sociales, Buenos Aires, Abeledo-perrot (Génesis de la promoción comunitaria como forma de integración y participación de la comunidad).

¹⁹ Una de cuyas manifestaciones es la ética del ambiente, que pretende instaurar un nuevo camino en la relación hombre-naturaleza, que inspiran el título XI del C.P.

grupos, situando la práctica del poder dentro del contexto de “cultura política” y “esfera pública”²⁰.

Enseña ARNAUD “...Nuestros derechos están fundados en una filosofía jurídica y política elaborada desde la baja Edad Media hasta la Ilustración. Las circunstancias económicas, políticas y sociales que rodearon las emergencias de este pensamiento no tenían, claro está, nada que ver con la globalización tal y como se impone en nuestra época...”²¹; lo público es lo que viene a tener interés general, pues es lo que afecta, siguiendo a HABERMAS, al ciudadano como miembro de una sociedad y no solo como sujeto particular privado (individualismo vs. Egoísmo) o como miembro de un grupo de intereses particulares.

Lo expuesto recuerda entonces, que la Revolución Francesa, fue la expresión de conquista popular del poder, del desmoronamiento total y sin precedentes de siglos de gobierno de la realeza, que abre paso a un Estado que como diría HEGEL “...es efectivamente real y su realidad consiste en que el interés del todo se realiza en los intereses particulares. La realidad efectiva es siempre la unidad de la universalidad a la particularidad, el desprendimiento de la universalidad en la particularidad que aparece como si fuera independiente, aunque es llevada y mantenida exclusivamente por el todo”²².

Sin embargo, las drásticas transformaciones sociales, no permiten la continuidad idéntica del Estado que se gestó en esa época, como lo era el

²⁰ Peter Mcphee. (2009 pp. 8). *La Revolución Francesa, 1789 – 1799*, Barcelona.

²¹ Jean – André Arnaud (2000 pp. 46). *Entre modernidad y globalización*, Bogotá, Universidad Externado.

²² G.W.F. Hegel (1988: 258 y 320). *Principios De Filosofía Del Derecho O Derecho Natural Y Ciencia Política*, Barcelona, Edhasa.

liberal, un Estado que no deseaba intervenir en la sociedad; nos obliga entonces a estructurar un ente como el actual, donde Estado y Sociedad ya no son realidades separadas y opuestas. En el marco liberal el Estado no podía modificar el orden social natural y espontáneo dotado de racionalidad, puesto que, - en la teoría – y solo en la teoría- , con el único reconocimiento de la libertad y la igualdad formal, el equilibrio se sostenía. Resulta hoy de gran interés intelectual revisar el significado de la libertad expuesto por HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU Y ROUSSEAU, ante el actual, donde aquella se conquista a partir de los derechos reconocidos en la Carta, sumada a la protección internacional que hoy se dispensa a los derechos humanos.

Pero al mismo tiempo, este escenario nos remite a otro resultado de la contienda francesa, y me refiero al control de poderes que se impone conforme a la concepción política de MONTESQUIEU, según la cual “el poder que no tiene contrapoder, abusa del poder”. Pensamiento hoy más que nunca vigente en la teoría política del Estado, pues si la Constitución prevé un esquema básico de división de poderes, es precisamente para generar un equilibrio y compensar el poder²³ .

El tema implica afirmar, que las decisiones de un Estado se subordinen al control democrático del poder, como limitación del que se generan controles sociales, políticos y jurídicos, bases de las garantías que el derecho consagra. Y cuando dichos controles y garantías no son reconocidos, en la práctica, se presenta no solo la crisis de la república, sino la misma revolución y los orígenes del totalitarismo dentro de la visión profética que nos presenta la influyente politóloga contemporánea, HANNA ARENDT, que bien puede observarse en el devenir histórico de América Latina, en su lucha por la

²³ Manuel Aragón (1995: pp 44). *Constitución Y Control del Poder*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina.

democracia, el reconocimiento de los derechos fundamentales y de participación ciudadana como límites al poder, conquistas a mi parecer alcanzadas en Colombia, a partir de la Constitución de 1991.

Cobra vigencia en este contexto la justicia administrativa, que recordemos, surge en Francia con la Ley 1624 de agosto de 1790, que distancia tajantemente la Administración y la Justicia; tiene como precedentes razones esquematizadas por el brillante catedrático EDUARDO GARCÍA de ENTERRÍA, cuando enseña que “...el principio de legalidad es con toda claridad, una consecuencia del dogma rousseauiano de la voluntad general, en virtud del cual no se aceptan ya poderes personales; ... La ley otorga y a la vez limita, la autoridad de los agentes, que, como tales son sólo servidores de la Ley...”. “...En segundo lugar, el principio de la libertad como garantía jurídica. Este derecho público subjetivo comienza configurándose como un derecho a la legalidad, en el sentido de un derecho a oponerse a la opresión que no venga en nombre de la ley, a oponerse a toda posibilidad de ser afectados en la esfera de los intereses personales si no es por disposición expresa de la Ley”.²⁴

Como consecuencia de todo lo expuesto, se reconoce en las democracias modernas la legitimidad de la autoridad impuesta mediante una dinámica que mira como mejor defensa de la institucionalidad, el armar a la sociedad y los ciudadanos que la conforman con derechos efectivos. Solo así la sociedad se integra en lo material con el Estado, de tal forma que hace suya la suerte de éste, dado que la comunidad jurídica, tal como lo expresa el autor alemán

²⁴Eduardo García de Enterría (1989:14 y s.s.) *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Edit. CIVITAS, Madrid.

HABERMAS, “no se constituye por vía de un contrato social, sino sobre la base de un acuerdo discursivamente alcanzado”²⁵.

Asumida en estos términos la ideología política por el Estado social, característico de la época actual, hace entonces que no se entiendan justificadas las soluciones jurídicas por el solo hecho de haber sido establecidas por alguna autoridad o por haber sido obtenidas por técnicas interpretativas cuyo uso generalizado, sean válidas o no, garantiza cierto grado de previsibilidad y, por tanto, de seguridad jurídica que desemboca en lo que HOFMANN denomina “seguridad en lugar de justicia”²⁶.

Y el tema nos lleva, a manera de control conceptual, a abordar, así sea tangencialmente, una tarea política entendida como ciencia (techné) que se remonta a Platón, para quien la *práctica política* y, por tanto, el recto proceder- la justicia- puede basarse en el conocimiento, no en la opinión, y si los gobernantes poseen ese conocimiento, pueden usarlo sabiamente para el *bien común*²⁷.

²⁵ Habermas, Jürgen, (1998), “*Facticidad y validez*”, Edit. Trotta, Madrid.

²⁶ Hoffman E., Roberto, (1998), *Introducción al Derecho*, Edit. Universidad Iberoamericana de derecho, México.

²⁷ Platón, *La República*.

1.2.1. Origen de los Derechos Fundamentales

Dentro de este contexto se explica la necesidad de un análisis de los hechos de la vida social, política, económica y cultural de la comunidad y su entorno, y observamos el reconocimiento y desarrollo de principios que constituyen la manera correcta de cómo debemos establecer las reglas jurídicas que emanen de una autoridad que tenga a su vez la competencia para desarrollarlas e imponer su eficacia; ésta implementación sería sin duda la legitimación de la constitución como normas de normas y a su vez la constitucionalización de los derechos fundamentales como una parte que la compone y los hace posible.

De esta manera y siguiendo el discurso con el que inicié, se hace necesario entrar a analizar cómo los pilares de la revolución francesa le dieron vida al resultado de las libertades personales que poco a poco se fueron perfeccionando hasta darle surgimiento a esos derechos fundamentales, pero en este caso lo haremos desde el ámbito de lo ya construido etimológicamente hablando, con respecto a la aplicabilidad de dicho origen o surgimiento.

Por ello, se habla en algunas doctrinas de una clasificación del origen a través de fundamentos²⁸:

²⁸ Estas clasificaciones se analizan en el resultado del ensayo sobre el origen de los Derechos Humanos por parte de la Federación de ONG de desarrollo de la comunidad de Madrid – FONGDCAM. http://fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.1%20DEFINICIONES%20TEORIAS%20CARACTERISTICAS/2.1.1%20fundamento%20de%20los%20Derechos%20Humanos_iepala.pdf

La fundamentación ético – jurídica o iusfilosófica: Es la que establece el origen de los derechos del hombre a través de dos corrientes, la iusnaturalista, que genera los derechos a través del carácter metafísico de los mismos, o sea los que le corresponden en razón de su naturaleza “per se” y, la corriente iuspositivista que al contrario de la primera, analiza dichas fuentes en las normas o en el derecho positivo que los reconocen.

La fundamentación jurídico – positiva, se refiere al fundamento legítimo que se tiene para que dichos derechos sean regulados y reglados.

La fundamentación jurídico – política, tratada por HABERMAS, lo justifica a través del consenso de la sociedad para que dichos derechos humanos se den al igual que el poder que se genera de cada sujeto como ente capaz.

Por último, tenemos la fundamentación ético – religiosa, que manifiesta, entre otros aspectos, el fundamento de los derechos humanos como el que - proviene de Dios y su destino está en Dios, cuya conclusión la podemos ampliar en la obra de MICHAEL SCHMAUS “Teología Dogmática”.

En su libro, Jacobo Pérez Escobar manifiesta: “...Con acierto nos dice Sáchica que un análisis limitado y escueto, fundado exclusivamente en el texto constitucional, carece de sentido y deja vacíos en el esquema de las bases de un orden jurídico total, “Derecho” y “Estado” no son una creación mágica, ni estructura de formas legales vanas, ni una ordenación estática; uno y otro son la resultante de presupuestos y factores reales que determinen y condicionan su aparición y su desenvolvimiento en un proceso continuo, sus modos, su

actuación y tendencia, según hechos sociales insoslayables, “espacio – tiempo histórico”, valores éticos, sociales y políticos que impregnan la vida toda de una comunidad civil”²⁹.

Debido a lo anterior, es nuestro pensar además, que deben conjugarse toda una serie de elementos y presupuestos para, de una forma no elemental, entrar a considerar cada una de esas libertades que están surgiendo a la vida jurídica de manera natural; el entorno jurídico le llama el neo – constitucionalismo, que respalda y apoya las reglas y sustentaciones de decisiones jurídicas y del derecho, no de manera aislada, sino en la vida de la comunidad, y en especial por los entes que están encargados de darles su aplicación; esto se materializa, cuando ya los ciudadanos contamos con herramientas jurídicas para actuar y controvertir todo el ordenamiento jurídico de manera natural, directa y global.

Situación esta nueva e interesante que se viene observando no solo en los fallos de tipo constitucional en sí, sino también en otras esferas del derecho que conllevan a que se analicen las situaciones entorno a las libertades individuales y se justifiquen a la luz de lo que consagra la Constitución. Indiscutiblemente, habrán muchos que no comparten este tipo de definiciones o pareceres, debido a la metodología establecida y procedimental que cada rama del derecho tiene ya reglada, este es el caso del Derecho Administrativo que encuentra sus bases en el orden constitucional, sin embargo en este estado resulta prematuro entrar a definir dicha situación; lo haremos más adelante.

²⁹ Jacobo Pérez Escobar (1987: 187 y s.s.). *Derecho Constitucional Colombiano*, Cuarta edición, Ed. Librerías El profesional.

1.2.2. Carácter fundamental

Teniendo como base principal el hecho o la realidad social que hoy en día muestra la importancia que el derecho moderno da al individuo con respecto a la dignidad, e impone contenidos para que la misma sea reconocida, respetada y promovida en su conjunto, sin miras a distinción, reparos y con proyección a su desarrollo siempre abierto y perfectible, se da a éste el carácter de fundamental y de derecho fundamental en el ser humano, considerándose tal vez, el más importante en las constituciones contemporáneas.

Nuestro país en aras de plasmar las voluntades de la comunidad, decidió por medio de la constituyente de 1991 imprimir en el capítulo II, título I de la Constitución, el desarrollo de los principios básicos, y expresó la definición de esos “derechos fundamentales” en su artículo 94 así “...*la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos...*”³⁰.

Sin embargo, hay opiniones que sostienen que fue voluntad de la misma (la constituyente) el hecho de ponerlos textualmente como punto de inicio y mejor aún, que los mismos se desarrollasen a través de nuestra norma de normas; es decir, existen además en la Constitución, otros derechos reconocidos a los que se le imprime el carácter de fundamental sin estar dentro de los que están taxativamente relacionados, ejemplo de ello, es lo consagrado en el artículo 44 que se refiere a los derechos de los niños como derechos fundamentales, consagrados además en tratados internacionales, constituyéndose en un

³⁰ Ver Constitución Política de Colombia. Artículo 94. 1991.

derecho de aplicación inmediata. Así mismo, para que un determinado derecho sea tenido como fundamental, la Corte Constitucional colombiana considera que debe reunir tres requisitos: “conexión directa con los principios constitucionales, eficacia directa y contenido esencial (Núcleo Básico del Derecho)”³¹.

1.2.3. Carácter de fundamental en Colombia

Con respecto a los derechos y sus garantías establecidas en Colombia, desde 1936 se han venido implementado los “derechos y garantías sociales”, dejando de lado el carácter egoísta³², estando a tono poco a poco nuestro país con respecto a las prerrogativas internacionales como son asegurar la salvaguarda de los derechos humanos; sin embargo, existía una limitante bipartidista que imponía su voluntad y la misma se ve reflejada en la constitución de esos derechos.

La mayor o menor amplitud con que debían reconocerse estas garantías y derechos fue motivo de controversia entre los partidos. Generalmente, el liberal ha aparecido como adalid de las libertades ciudadanas, los derechos individuales y las garantías sociales; y el conservador, el cual se asigna una tendencia autoritaria, se le ha señalado como un grupo que restringe el ejercicio de esas atribuciones. En el fondo ambos reconocen las mismas libertades y garantías; solo que el conservador aspira a regularizar su ejercicio, a contraerlo, dentro del lema “libertad y orden”, dando prelación al segundo, y el liberal pretendió conceder de absolutos e incontrolables a dichas prerrogativas³³.

³¹ Ver Corte Constitucional. Sentencia T- 778 de Junio de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón

³² Luis Carlos Sáchica (1991: 278) *Constitucionalismo Colombiano*.

³³ Ob citada (1991: 282).

Es entonces como poco a poco en el transcurrir de las amplias discusiones constitucionales y políticas, se le va dando forma a los derechos de la personalidad, posteriormente llamados libertades personales hasta aterrizar en los derechos individuales humanos o fundamentales.

“La Constitución de 1991 le da a toda persona, un conjunto de garantías fundamentales y la acción correspondiente para hacerlas valer sin importar, nacionalidad, sexo, raza, condición u origen. Entre ellos y con diferente modo de aplicación podemos enumerar los siguientes: Derecho a la vida, integridad personal, igualdad, reconocimiento de personalidad jurídica; intimidad; hábeas data; al libre desarrollo de la personalidad: a la libertad personal en todas sus formas; a la libertad de conciencia; de expresión y de información; y de cultos; a la honra y buen nombre; al derecho de petición; de libre circulación; al trabajo; la libertad de escoger profesión y oficio; de enseñanza, aprendizaje investigación y cátedra; al hábeas corpus; al debido proceso; a no ser sometido a sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación; al asilo, en los términos previstos por la ley; a las libertades de reunión y manifestación; y a los derechos políticos. Los derechos de los niños, que incluyen derechos prestacionales como la salud. Las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos; Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra; La Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y sus cuatro protocolos; La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva; Convenio 138 de la OIT sobre edad mínima de admisión de empleo; Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. La Dignidad Humana; el mínimo vital;

la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios; y la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional (trabajadores con fuero sindical, personas discapacitadas, la mujer embarazada y los portadores de VIH - SIDA). El derecho a la seguridad social en salud y la vida; el derecho a la seguridad social en pensiones y el mínimo vital; derecho al pago oportuno de pensiones y el mínimo vital; derecho al pago de la licencia de maternidad y el mínimo vital; derecho a la educación; y derecho a un medio ambiente sano...”³⁴.

1.3. Los conceptos de persona y sociedad como magnitudes normativas del Estado Social

PLATÓN Y ARISTÓTELES creían, en su época, que el mejor orden social era aquel que experimentaba menos transformaciones³⁵. En esta visión del mundo había poco lugar para el concepto de cambio y crecimiento continuo, pues no se tenía tanta claridad de las relaciones circulares-holistas, como hoy; pero la necesaria realidad devela no solo crisis de los paradigmas epistemológicos, sino también la desintegración de muchos referentes conceptuales y por supuesto, la necesaria transformación e incorporación de ciertos criterios filosóficos, teniendo en cuenta que es cada vez más difícil regular las situaciones con las estructuras conceptuales antiguas por cuya mediación hoy

³⁴ Ver Corte Constitucional Sentencia T-778 de Junio de 1992, Mag. Ponente *Ciro Angarita*.

³⁵ Esta interpretación platónico-aristotélica, la replantea GIOVANNI REALE, en su obra: *Por una nueva interpretación de Platón*, en donde, textualmente sostiene: “...ya no podrán resolverse todos los problemas que los diálogos platónicos dejan voluntaria programáticamente en suspenso recurriendo a convicciones teóricas del intérprete, porque la tradición indirecta nos dice precisamente lo que falta en los diálogos (ob.cit. Pág. 61 y ss. y Pág. 795).

resulta imposible la determinación del equilibrio social y personal del ciudadano en una sociedad de creciente riesgo y complejidad.

Estas razones llevan a considerar el derecho hoy en su dimensión de realidad y no de abstracción; el Estado social está llamado a derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad mediante su intervención en esferas fundamentales como las previstas en los artículos 15, 333, 334 y 335 de la Carta Fundamental; que evidencian, sin embargo, la concepción del Estado como totalidad organizada que involucra, a su turno, la *grund norm* (o norma-base) como unidad del derecho.

Ahora bien, la Constitución (que tiene explícito un plexo de valores, y el derecho tiene que partir de esta como norma de normas) no puede interpretarse desde el poder, sino desde la persona. Esto viene a representar un límite del derecho-democrático dada la relatividad del derecho conectada con la idea platónica de la justicia³⁶, que hoy se vincula también con los derechos fundamentales³⁷, incluyendo los sociales.

El sistema jurídico, incluyendo la Constitución, aparece, en consecuencia, dentro de este contexto despojado de rigidez y dotado de una flexibilidad que permite su constante adecuación a los hechos sociales que debe regir, pues el contenido de sus mandatos evoluciona y se transforma en consonancia con los cambios de la realidad, sin que sea indispensable un acto de voluntad del

³⁶ Hasso Hofman, *Filosofía del derecho y del Estado*, ob. Cit., págs.113 y ss. Debe recordarse, de otro lado, que PLATÓN considera los diferentes puntos de vistas sobre la naturaleza de la justicia, y trata de demostrar que lo mejor y lo más natural es ser justos.

³⁷ Luigi Ferrajoli (2001: pp 95), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*: debate con Luca Baccelli y Michelangelo Bovero, Madrid, Edit. Trotta.

legislador. Esto se vislumbra cuando la honorable Corte Constitucional emite las conocidas sentencias constitucionales de unificación.

Se trata de una sociedad en transición, se avanza hoy, de los métodos idealistas, positivistas y neopositivistas al holismo circular, interactivo, con una Carta Política contentiva de postulados ideológicos pluralistas, con una ética que preside el Estado Social de Derecho. Expresa en efecto, ERNST TUGENDHAT³⁸ puede afirmarse que el derecho, dentro de este horizonte, viene a concebirse actualmente, más que nunca, a partir del fundamento de libertad y dignidad humana, siendo necesario su reconocimiento como ciudadano con plenos derechos y libertades políticas³⁹ (el hombre como persona), al plantear una nueva ética, que el hombre de hoy ya no dice “qué tengo, qué debo hacer, qué quiero hacer” (que fue el fracaso del estado liberal-individualista), sino “qué tenemos, debemos o queremos hacer”. Es decir, asume lo político como única opción de vida posible.

De ahí surge la fuerza normativa de la Carta, en virtud de la constitucionalización del entero ordenamiento jurídico, cuyas repercusiones implican que toda labor de interpretación debe afrontarse procurando, fundamentalmente la conformidad de la Constitución, “fundada, no solamente en el respeto de la dignidad humana” (Const. Pol., art. 1°), sino en la existencia de nuevas fuentes del derecho. Es la norma en función de la persona, y no al contrario. Dicho de otra manera: el referente central es la persona humana, socialmente integrada, en la visión aristotélica, base de todo el andamiaje

³⁸ Diálogo en Leticia, Barcelona, Revista iberoamericana de discurso y sociedad, volumen 1, Ed., Gedisa, 1999, Pág. 32.

³⁹ Francisco Cortes Rodas (1999: pp 167), *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Un ensayo sobre los límites del liberalismo, Medellín, Universidad de Antioquía.

constitucional, centrada en la fórmula kantiana de que el hombre no debe ser tratado por el Estado como un objeto formal, sino con dignidad y respeto.

Como es sabido, la dignidad constituía en la teoría kantiana (que concebía al hombre fin en sí mismo) la dimensión moral de la personalidad, pero lo advierte KAUFMANN, refiriéndose a KANT, solo “se interesó propiamente por el hombre como persona moral, pero no por los hombres en cuanto criaturas humanas”⁴⁰ y en esa visión restringida, el hombre tiene por fundamento su propia libertad y autonomía en la más pura concepción individualista que hoy se enfrenta al altruismo y a la inclusión del otro, en términos de HABERMAS.

En síntesis, no ofrece duda entonces, que el hombre sigue teniendo vocación de libertad⁴¹. Desde Esquilo, en la antigua Grecia, era ella una de las tres fuerzas (con el destino y la providencia) que equilibran y dominan la vida de aquel. Esto explica y justifica el compromiso de los sistemas sociales democráticos, a manera de ejemplo, con los derechos humanos y la posibilidad real de participación social, en lo que HANNA ARENDT denomina “el espacio público de aparición”. Se da en dicho espacio, la promoción del hombre, y cuando esta es inhibida o restringida a grandes núcleos sociales que cada día toman más conciencia de las situaciones de inferioridad e injusticia en que se encuentra, generan conflictos precipitadores de la criminalidad que agobia hoy sociedades como la colombiana, signadas por la desigualdad, la marginalidad y carencia de oportunidades para iniciar el proceso evolutivo que permita la realización humana.

⁴⁰ <http://mundifrases.com/autor/immanuel-kant/324>

⁴¹ Danilo Zolo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Ferrajoli, en Los fundamentos de los derechos fundamentales, ob. cit., págs. 75 y ss.

2. Capítulo Segundo

2.1. Alcances del poder político y del poder de la administración frente a los Derechos Fundamentales

Desde que nacemos, las personas estamos en constante contacto con el Estado, es decir, somos sujetos de derecho y de todo lo que ello comprende con respecto a las prerrogativas que él mismo tiene en sus fines para con todos los ciudadanos.

Esta protección del Estado, se ve claramente establecida cuando surgió la necesidad de descentralizar el poder para obtener mayores garantías en la aplicación de los objetivos y los fines para lo cual se creó dicha institución. Para ello, tal como lo conceptúa Luis Carlos Sáchica, “El Estado representa la culminación, no definitiva, del proceso de perfeccionamiento de las formas de organización política y ejercicio del poder”⁴².

Fundamentadas en lo anterior, nacen las tres ramas del poder del Estado definidas en la Rama Ejecutiva, la Rama Legislativa y la Rama Judicial, cada una desde su ámbito de aplicación y junto con las instituciones de control, desarrolladas por la Constitución, son facultadas como detentadores⁴³ de dicho

⁴² Luis Carlos Sáchica. (1991:131). *Constitucionalismo Colombiano*.

⁴³ Según Diego Valadés, (1998: 669) “A partir de Lowenstein, se ha generalizado la utilización de la expresión “detentadores del poder”. Es evidente que Lowenstein no utilizó el verbo “detentar” ni el sustantivo “detentador” en el sentido peyorativo que tiene en español. Lo que quiso significar con la utilización de esa voz en la traducción fue sinónimo de titularidad en un cargo, en una función o un derecho. Reservas terminológicas aparte, el científico alemán plantea un concepto de fondo referente a

poder y las encargadas de la materialización de lo que hoy llamamos las garantías de los derechos en general y de la sociedad, que antes se encontraba difusa en la Constitución de 1886 y hoy se tiene de ella un concepto completamente claro, que impone como objetivo fundamental la protección a la dignidad humana.

Pero para que todas esas libertades individuales tengan razón de ser en esta constitución consagrada para ello, se convierte entonces el Estado en un fenómeno variable que con el tiempo debe tener impreso un dinamismo para el perfeccionamiento de sus fines. Hay quienes manifiestan que el Estado de por sí, ya cuenta con un poder impreso que le reviste de legitimidad para operar y para desarrollarse. Para pensadores como Jacques Maritain, “La autoridad y el poder son dos cosas diferentes: el poder es la fuerza mediante el cual se puede obligar a otro a obedecer; la autoridad es el derecho a dirigir y mandar, de ser oído u obedecido por otro. La autoridad requiere el poder⁴⁴”. Y un Estado sin poder no tendría razón de ser, es allí, cuando se da surgimiento los distintos tipos de regímenes políticos, que podrían ser de índole dictatorial, democrático o participativo.

En nuestro país, este Estado no es de facto no es lo *Statu*, el poder inerte; es poder en acto, normado, proyectado hacia el bien común⁴⁵, lo cual se vio en la forma como se construyó nuestra actual constitución a través de la constituyente de 1991. Por consiguiente en la normativización de todos los derechos fundamentales, se estableció el bien común como objetivo fundamental de nuestra norma de normas, incluyendo directamente desde el

la Constitución”. Véase “El Poder de Controlar” Líber Ad Honorem. SERGIO GARCIA RAMIREZ, México, UNAM, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*.

⁴⁴ Maritain Jacques (1983:144). *El hombre y El Estado*, Madrid Ediciones Encuentro.

⁴⁵ Luis Carlos SÁCHICA (1991:135). *Constitucionalismo Colombiano*. Temis.

artículo 11 al 44 de la misma, la primera generación de los derechos humanos, elevados por nuestra doctrina constitucional a derechos fundamentales; posteriormente, gracias a la jurisprudencia y su teoría de la conexidad de derechos, que otros mal llamarían analogía, se da una protección reforzada, como lo llama la Corte Constitucional en la sentencia T-032 de 2012⁴⁶, a los derechos económicos, sociales y culturales, dejándoles una especial protección a los derechos de los niños y a la mujer en estado de gestación. Es allí, a entender del suscrito, cuando el Estado encuentra su verdadera legitimación y dinamismo para ejercer su poder de manera correcta.

La Constitución de 1991 fue la respuesta a las crisis sociales que en otrora eran afrontadas por las injusticias sociales que no eran respaldadas por la constitución anterior; es decir, se dio la necesidad de crear la constituyente para que analizaran dichas problemáticas sociales, que consistían, en mejor y mayor participación ciudadana, crear órganos de control que aseguraran mayores garantías (como la creación de la Fiscalía) entre otros aspectos que con la promulgación de ésta se corrigieron y surgieron a la vida jurídica de manera reglamentada.

Esta doble conformación entre defensa de los derechos y realización de los mismos define las dos caras del constitucionalismo moderno, en el cual los derechos fundamentales aparecen como límites al poder del Estado de frente a los demás individuos y garantizados con la implementación de la ACCIÓN DE TUTELA; claro está, existen otros factores que se podrían mencionar como los mecanismos de participación ciudadana que sirven de soporte y le dan la seguridad jurídica a lo que en ella se plasmó, pero fue con la ACCIÓN DE

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-032-2012, expediente T-3.257.055 Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, del primero de Febrero de 2012.

TUTELA como se ve la defensa a la amenaza, vulneración o puesta en riesgo de dichos derechos fundamentales individuales para la cual esta instituida; sin embargo, esa defensa y protección frente a las violaciones y amenazas de tales derechos, ha conllevado a que nuestra jurisprudencia haya presentado evoluciones constantes y sistémicas que en su conjunto le van dando prioridad a la defensa de los mismos (derechos fundamentales) frente a los funcionarios que la ponen en práctica y frente a los ciudadanos que reciben dichos efectos, lo cual delimita el poder de la administración frente a los administrados desde el punto de vista de sus derechos consagrados.

Sobre este particular, nuestra Honorable Corte Constitucional lo explica y aclara de una forma mucho más detallada y acertada a través de la Sentencia C-551 del 2003, por medio de la cual pone "...de presente que la doctrina y la jurisprudencia constitucionales han distinguido entre el poder constituyente en sentido estricto, o poder constituyente primario u originario, y el poder de reforma o poder constituyente derivado o secundario. Señaló la corte que en el mundo contemporáneo, en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados. Y en relación con el poder de reforma, precisó que el mismo "...se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trate de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma; tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos, etc. se trata por lo tanto, de un poder de reforma de la propia

constitución, y en ese sentido es constituyente; pero se encuentra instituido por la constitución existente y es por ello derivado ilimitado...”⁴⁷.

De allí se analizaría entonces esos dinamismos de cambios y limitaciones del poder de la administración que supone unos parámetros claros, pues en definitiva se pueden ir regulando poco a poco de conformidad a los intereses de la mayoría; es decir, del bien común.

2.1.1. El Poder del Estado

Para hablar del Poder del Estado como tal, tenemos que referirnos a las distintas épocas en que el mismo ha dejado su huella, desde el punto de vista que nos compete, sobre la institucionalización o administración, que es la forma como el Estado da vida a su razón de ser y además a las formas como se puede establecer.

Se podría hablar entonces de tres grandes etapas⁴⁸ que se analizan para que el Estado ejerza su poder o se determine: la primera, es la histórica, antes de la revolución francesa, cuando los monarcas tenían la absoluta condición y decisiones sobre los administrados, a quienes no se les tenía en cuenta sus voluntades, por ende, el poder público exclusivamente se encontraba en cabeza del rey, teniendo como única vía por parte del administrado la opción de acatarlo, sin poder decidir y con la necesidad de obedecerlo.

⁴⁷ Ver *Revista Jurisprudencia y doctrina*. Tomo XXXIV- Nº 399 de marzo de 2005, págs. 385 y 386.

⁴⁸ Libardo Rodríguez. *Estructura del poder público en Colombia*. Edición 10. 2006. Temis. Bogotá.

La segunda etapa de dicho Poder Estatal surge del progresivo concepto de Estado de Derecho en donde la participación del soberano es aún más notoria y la crítica se va teniendo más en cuenta. Esto se observa solo hasta finales del siglo XIX en algunas instituciones que decidieron imitar formas de gobierno o peor aún, fusionarlas, como es el caso de países asiáticos (como el caso de Japón) que antes tenían una marcada tendencia global hacia el poder del administrado (comunismo - socialismo) para después trasladarse a un mercado capitalista que aparentemente le imprimió una participación más liberal a los ciudadanos, pero en la práctica, la situación anterior (el comunismo) no quedó abolida del todo ya que se vislumbran en la costumbre y en la actividad consuetudinaria.

Además de lo anterior, en la tercera etapa de este poder del Estado, encontramos la idea democrática de la acción administrativa, esto es, creándole espacios de mayor participación e independencia que se siguen teniendo en cuenta hasta hoy.

Para que este poder del Estado llegue a su máxima expresión, debe no solo asegurarle la soberanía de sus administrados, sino que las instituciones encargadas de que sus fines se lleven a cabo tengan un buen funcionamiento. Así mismo, se consagran y se otorgan potestades a otro tipo de instituciones, con el objetivo de controlar y vigilar el actuar de las entidades del Estado; me refiero a los llamados entes de control: Contraloría, Procuraduría y Personería entre otros.

2.1.2. La función de administrar y el ciudadano

“El Derecho Administrativo aparece, a primera vista como la rama del derecho público que rige la administración”⁴⁹. De tal manera que para entrar a desarrollar cuál es el objetivo de este Estado para administrar, se tendría que analizar a la administración propiamente dicha, esto es, desde el punto de vista de lo más fundamental para él, es decir, el ciudadano, entendido en su condición de miembro del grupo. Esto conlleva a que se tengan que estudiar las estructuras de las normas del derecho que ponen en marcha la función administrativa, refiriéndose en este caso a la administración del Estado.

“Sin embargo, cualesquiera que sean las vías que pueda utilizar, directas o indirectas, la democratización de la Administración en el estado actual del derecho es de una extrema prudencia en su conjunto. El administrado no se convierte en el coautor de la decisión que le concierne, como lo exigiría una democratización absoluta. A lo sumo es informado de su preparación, lo que le permite hacer conocer su punto de vista. Dos explicaciones existen para esta prudencia: la una más psicológica que jurídica; la otra ligada a la soberanía del Estado, aún democrático...”⁵⁰

Para que se dé precisamente dicha participación, no es que se conceda todo el poder al administrado como una solución baladí, o peor aún, que esté mal concentrarlo en las mencionadas instituciones, se trata entonces que los fines para los cuales fueron creados se lleven a cabo y se respeten, que es, en definitiva, la razón de ser de la administración.

⁴⁹ Rivero, Jean, (1984:9), *Derecho Administrativo*. Editorial Universidad Central de Caracas - Venezuela.

⁵⁰ Rivero Jean. Ob. citada. Pág. 11

Pero la función de administrar no solo se puede circunscribir al concepto derivado del derecho administrativo. La función de administrar es aún más amplia y compleja; es el caso por ejemplo del poder judicial (Art. 228 de la Const. Pol.), que controla los actos realizados por el legislativo y el ejecutivo, en un sentido garantista, protector de los derechos fundamentales y del orden jurídico en general. Control que fue dejado a los jueces, para que con la llamada interpretación evolutiva de la ley, que nace de deslindar la propia ley de la figura del legislador que la ha producido, puedan atribuirle a aquella una ratio en consonancia con los tiempos.

Pero el punto cobra especial importancia para mí, atendiendo un tema candente y actual; y es el que permite el esbozo de todas estas ideas, cuando cabalgando sobre la misma función de administrar, el concepto de justicia, vocablo nada fácil de definir, y quizás HANS KELSEN, defensor de la democracia y de los derechos humanos, al preguntarse por el significado del término, haya acertado en afirmar: "...no sé si puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta ese hermoso sueño de la humanidad. Debo, pues, darme por satisfecho con una justicia relativa y decir qué es para mí la justicia. Puesto que mi vocación es la ciencia, y por consiguiente lo más importante de mi vida, me refiero a esa justicia bajo cuya protección la ciencia, y con ella la verdad y la sinceridad, pueden florecer. Me refiero a la justicia de la libertad, a la justicia de la paz, a la justicia de la democracia, a la justicia de la tolerancia"⁵¹, se sitúa como punto final de decisiones distintas, que se desprenden tanto de la jurisdicción que vela por el respeto a los derechos fundamentales del ciudadano como punto de partida de un Estado Social de Derecho (Corte Constitucional) y la atribución constitucional del Consejo de Estado de garantizar el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho.

⁵¹ Kelsen Hans (1982:61) *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Edit. Ariel.

Igualmente cabe pensar qué pasa con aquellas decisiones que quizás con una ratio decidendi distinta conlleve a decisiones iguales, entonces, en este evento el ciudadano común sin mucho análisis, ve garantizado el concepto de justicia por parte del Estado. El conflicto para el ciudadano se suscita, cuando por ejemplo al ser desvinculado de una entidad estatal, siente que fueron desconocidos derechos fundamentales y decide recurrir al juez constitucional en espera de lo justo, que se materializa en una efectiva protección a su derecho invocado y obliga al ente estatal a restablecer el derecho violado mediante el reintegro, a la espera de que dicha decisión sea ratificada por la jurisdicción competente, que para el desarrollo de mi trabajo, es la contenciosa administrativa; sin embargo, recibe una decisión diferente que dista de los argumentos constitucionales expuestos en la primera sentencia, tal y como ocurrió en el caso de una exfuncionaria de la Universidad del Atlántico, a quien la sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, resolviendo una acción de tutela a través de sentencia del 15 de noviembre de 2007⁵², estudiando cada una de las subreglas jurisprudenciales⁵³ establecidas

⁵² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Penal. Acción de Tutela. Ref. No. 08-001-31-04-008-2007-00246-02. M.P. Julio Ojito Palma.

⁵³ La vista de la doctrina anterior permite elaborar las siguientes subreglas jurisprudenciales en relación con la procedibilidad de la acción de tutela para solicitar la aplicación del retén social: **i)** El retén social es una medida de protección establecida a favor de las madres cabeza de familia, por guardar una estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Igualmente se creó la medida de protección para las personas disminuidas física y mentalmente y para aquellos servidores públicos que estuviesen próximos a pensionarse, que gozarían del beneficio, éstos últimos, de la estabilidad laboral hasta que se dé el reconocimiento de la pensión o vejez, en los términos del artículo 12 de la Ley 7909 de 2002. **ii)** El retén social previsto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, comporta una estabilidad laboral reforzada que da el derecho a la mujer cabeza de familia de no ser desvinculada con ocasión del proceso de renovación de la administración pública; **iii)** Se ha demostrado que en estos eventos existe perjuicio irremediable, pues con la aplicación del Decreto 190 de 2003, que establece el 31 de enero de 2004 como límite temporal para la aplicación de la protección especial a que alude el artículo 12 de la Ley 790 de 2003, las madres cabeza de familias como beneficiarias del retén social pierden el empleo “del que derivan su único sustento”, con lo que queda desprotegido su núcleo familiar y en particular se ven afectados los derechos fundamentales de sus hijos menores. **iv)** Según la jurisprudencia que se ha citado, no pueden coexistir el pago de una indemnización y además la posibilidad de reintegro, por ello, las sentencias mencionadas optaron en unos casos por conceder plenamente la protección solicitada hasta la terminación definitiva del último acto de liquidación de la empresa, cuando se demostró que no tenían aún la indemnización correspondiente (T-792 de 2004), en otros casos fueron denegadas en punto a la petición de reintegro ante la comprobación

por la Corte Constitucional en la sentencia SU-389 de 2005, en relación con la procedibilidad de la acción de tutela para solicitar la aplicación del retén social, le reconoció la calidad de madre cabeza de familia y por consiguiente amparó su derecho constitucional:

“...En este orden de ideas podemos afirmar que a la accionante le asiste el derecho de madre cabeza de familia, circunstancia que no se puede desconocer con el número plural de pruebas de la actuación, las cuales han sido estudiadas de manera detallada por la sala.

El acervo probatorio nos ha enseñado que existe una conducta antijurídica para la protección especial que por madre cabeza de familia se le garantiza..., pues se desconoció que tal condición le asistía, y se le desvinculó de sus labores sin tener de presente que bajo su dependencia y manutención se encuentra su hijo, quien lastimosamente adolece de retardo mental...”.

No obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia del 27 de abril de 2012⁵⁴, que resuelve la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la misma exfuncionaria de la Universidad del Atlántico a la cual se le reconoció su condición de madre cabeza de familia por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, negando las pretensiones de la demanda, y en el punto específico del retén social estableció lo siguiente:

de que existía el pago de una indemnización, y ello desvirtuaba la existencia de un perjuicio irremediable (T-876 de 2004) y en otros eventos se permitió el reintegro con la consecuente posibilidad de que el beneficiado devolviera a la entidad lo recibido por concepto de indemnización en caso de que quedasen saldos a favor de la empresa (T-925 de 2004 y T-964 de 2004).

⁵⁴ Tribunal Administrativo del Atlántico, Subsección de Descongestión. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Ref. 08001-33-31-002-2008-00401-00 (2011-00526-LM). M.P. Rafael Augusto Borge Mendoza.

“...En otro punto de la apelación, se arguyó que la actora tenía la condición especial de ser madre cabeza de familia según declaración extrajuicio (fl 67) y por tanto no debió desvincularse de la planta de personal de la universidad del atlántico. Sin embargo, esta condición especial debió ser probada y comunicada o puesta en conocimiento de la entidad demandada de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, arriba transcrita; para que pudiese ser aplicable frente a la actora, pero no reposa en el expediente documento alguno que colocó de presente esta situación sui generis frente a la entidad demandada, pues la condición de salud del hijo de la actora debió ser probada mediante dictamen de la junta calificadora de invalidez y no mediante valoración realizada por médico de salud ocupacional (fls 84 a 87); por lo cual no se tendrá como demostrada la condición especial de mujer cabeza de familia según lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 790 de 2002...”

Caso similar ocurrió con otro trabajador desvinculado de la Universidad del Atlántico a quien el Tribunal Administrativo del Atlántico, a través de sentencia del 24 de julio de 2007⁵⁵, resolviendo una acción de tutela, reconoce la calidad de padre cabeza de familia y en consecuencia ordena su reintegro y luego, el mismo órgano judicial, a través de sentencia del 24 de febrero de 2012⁵⁶ niega las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En esta situación, la función de administrar justicia desdibuja para el ciudadano uno de los fines del derecho: la seguridad jurídica. Es por eso que al Juez de

⁵⁵ Tribunal Administrativo del Atlántico. Acción de Tutela. Expediente No. 08001-23-31-002-2007-00117-00. M.P: Hernando Duarte Chinchilla.

⁵⁶ Tribunal Administrativo del Atlántico, Subsección de Descongestión. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Expediente No. 08001-23-31-006-2009-00148 H. M.P: Rafael Augusto Borge Mendoza.

hoy se le pide que establezca garantías jurídicas, que arroje luz sobre la irracionalidad, que esclarezca los textos oscuros; pues la labor del jurista no es la mera descripción del contenido lingüístico de la ley, inevitablemente sus interpretaciones o enunciados adquieren una cierta dimensión de “deber ser”, porque contienen la pretensión del cómo “debe ser” entendido el derecho positivo por el juez y por los ciudadanos.

El discurso anterior, abre paso a la reflexión, y nos remite al punto de partida del conflicto: las decisiones de la jurisdicción constitucional y la contenciosa administrativa se soportan en la constitución de 1991, ambas jurisdicciones pertenecientes al poder judicial cumplen con la función de administrar justicia, las decisiones toman como discusión los mismos hechos, pero su interpretación, que da lugar a decisiones distintas y que en algunas oportunidades son cosa juzgada, dejan al ciudadano inmerso en una incertidumbre jurídica que pone en riesgo la legitimidad que caracteriza un Estado social de derecho y el concepto de justicia no encuentra asidero frente a la realidad de las decisiones. Con todo esto, se hace importante abordar otras ideas y de esa manera trataré de llegar a una posición equidistante de las situaciones.

3. Capítulo Tercero

3.1. El Estado como garante de los Derechos Fundamentales

La dimensión antropológica que afirma el valor de la persona humana y de su protección como fundamento del orden jurídico-político, es desarrollada de manera clara y enfática en la Constitución Política de nuestro país. La dignidad humana constituye allí el valor material central y fundamental del ordenamiento positivo. Por ello el derecho es ancilar, respecto del hombre, pero, como diría LEÓN DUGUIT, aquel no valdría un minuto de esfuerzo, si no fuese porque respeta la dignidad y los derechos humanos.

La dignidad constituía en la teoría kantiana (que concebía al hombre fin en sí mismo)⁵⁷ la dimensión moral de la personalidad, teniendo como fundamento su propia libertad y autonomía en la más pura concepción individualista que hoy se enfrenta al altruismo y a la inclusión del otro, cuyas reflexiones filosóficas apuntan a destacar la solidaridad, de la cual se extraen, los deberes y mutuas relaciones humanas, fundadas en el orden público y en la justicia universal de un lado; del otro, dichos deberes recíprocos, se vinculan, a su turno, con los derechos humanos en su acepción de teoría de la justicia, por cuya vía se ofrece una respuesta a muchos de los principales interrogantes que plantea la convivencia humana en sociedad: ¿cuáles son los bienes básicos de los que los individuos deben poder disfrutar?, ¿quién es el depositario del poder?, ¿cuáles

⁵⁷ Esta doctrina afirma, en primer lugar, la inigualable dignidad del ser humano, fin en sí mismo que nunca puede ser tratado como medio, que es siempre sujeto y nunca objeto, siempre "alguien" y nunca algo, expuesto por Kant. IMMANUEL KANT, (1996:80). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Ed. Santillana.

son los límites entre lo público y privado?, o ¿qué obligaciones tiene el Estado con los particulares?⁵⁸. En este contexto los derechos humanos se asumen como “codificación” de la justicia.

No otra justificación pueden tener las disposiciones contenidas en los artículos 1º, 32 y 95 de la Carta Política del Estado, como bases-fundamentos políticos de la postura de garante, que implican un desarrollo humano, social y cultural que tienen su vinculación necesaria con los cambios en la educación, de los cuales, fue plenamente consciente PLATÓN en La República, al referirse a educación a la comunidad y la idea del bien⁵⁹. Antecedente remoto del “interés general”, o sea, el bien común.

Pero la dignidad humana entraña, además – según PÉREZ LUÑO⁶⁰, no solo la garantía de que la persona no va a ser objeto de ofensas y humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad (Const. Pol., art.16) de cada individuo, en el marco de su propia autorrealización con libertad, dentro de unos “mínimos éticos”⁶¹, en los términos planteados por ADELA CORTINA.

Si no fuese así, no podrían explicarse hoy, cómo las reglas jurídicas encuentran límites axiológico-valorativos frente al principio de legalidad, que es el principal de los límites a que se ven enfrentados los poderes del Estado en su actuar para someter el poder al derecho; los principios axiológicos de la Constitución

⁵⁸ Jesús González Amuchastegui, “Presupuestos para una teoría de los derechos humanos”, en Autonomía, dignidad y ciudadanía, ob. Cit., págs. 34 y ss.

⁵⁹ Platón, La República, libro VII.

⁶⁰ A. Pérez Luño, (1989: pp280) “Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos”, en El fundamento de los derechos humanos, ed. Por Peces-Barba, Madrid, Debate.

⁶¹ Cortina, Adela. *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Edit. Tecnos. S.A, Madrid. 1992.

fundamentan la esencia filosófica del Estado social de derecho, orientados entre otros al concepto de justicia, íntimamente ligado al principio de legalidad, que a su vez encuentra límite en los principios constitucionales, núcleo de todo el sistema jurídico; por esta razón, han de considerarse también integradas en la Constitución, todas aquellas normas que le imponen límites al legislador, sobre todo las que consagran derechos fundamentales y, por lo mismo, sus fundamentos; esto implica, que no pueden mantenerse dentro del ordenamiento jurídico leyes contrarias a los principios constitucionales, los derechos fundamentales y los propósitos básicos del modelo de Estado social de derecho. No cabe dar un pasaporte seguro para producir cualquier ley –con la seguridad de que no tendrá control constitucional material-, porque se patrocinaría un tipo de absolutismo dictatorial, en nombre de la democracia⁶².

De ahí por qué los jueces valoran las decisiones democráticas por vía de Constitución para lograr, en la práctica, que esta sea jurídicamente la ley suprema del país (Const. Pol., art. 4º), procurando un objetivo político bien determinado: asegurar por vía de la Constitución aquellos principios, valores, pautas, etc., y logrando la mutación del principio de seguridad jurídica, entendida, como seguridad existencial, conectada con criterios materiales de regulación, vale decir, criterios materiales de justicia.

Pero la calidad de garante que ostenta el Estado social de derecho, encuentra una renovada visión de los derechos, pues el ciudadano moderno espera del poder público la garantía de ciertas condiciones mínimas de vida, donde el

⁶² Por esta razón la Corte Constitucional “tumbó” la columna vertebral del gobierno para controlar el orden público en zonas críticas, entre ellas las facultades de policía judicial otorgadas a los militares, tanto en zonas de rehabilitación como en el resto del país: declaró inconstitucionales las capturas, los allanamientos, las interceptaciones y los registros domiciliarios sin orden judicial, que solo pueden llevarse a cabo por orden de un juez constitucional, y en ningún caso por un militar, como se contempla en el decreto 2002 de 2004.

mecanismo asistencial debe ser comprensible y controlable por él, para poder conciliar política y mercado, Estado y economía, capitalismo y bienestar social; garantía de derechos efectivos con protección efectiva, en la que la sociedad se entiende con el Estado; garantía de la igualdad en la diferencia: se explica por qué los poderes públicos están obligados a promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, eliminando los factores de inequidad social. Nuestra Corte Constitucional ha sido reiterativa en este sentido.

Se plantea entonces, que solo un Estado actúa como garante, cuando es capaz de conciliar la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana con los vastos intereses sociales que hoy tienen prevalencia ante la irrupción de lo político en la vida social con predominio frente a lo jurídico.

3.2. El Estado y su función de garante de los Derechos Fundamentales a través del Derecho Administrativo

El papel de los derechos fundamentales como nueva ética del Estado y de la justicia viene a constituirse en una implicación propia del Estado social de derecho que ha influido en la evolución del derecho administrativo toda vez que, los derechos fundamentales, se constituyen como un instrumento de control, que prohíbe lesiones de bienes individuales, pretendiendo procurar seguridad en todos los aspectos.

Los derechos fundamentales actúan como límite a las habilitaciones de intervención administrativa, guían el ejercicio de la discrecionalidad

administrativa e imponen el otorgamiento reglado de ciertas autorizaciones administrativas. También atribuyen obligaciones de hacer a la Administración y sirven para la resolución de colisiones normativas. Por medio de los mandatos de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica, todos ellos derivados de los derechos fundamentales, el Derecho da respuesta a elementales necesidades de racionalidad, prudencia y orientación⁶³.

Los derechos fundamentales imponen al juzgador la tarea de acudir al principio de subsidiariedad⁶⁴, de tolerancia, de humanidad, de respeto a la dignidad humana, y de necesidad, proporcionalidad y racionalidad en la aplicación de las normas⁶⁵, en consecuencia el operador jurídico debe interpretar con justicia y equidad, esto es, como proporción del hombre al hombre, en su realidad existencial.

Una de las principales funciones de garante que cumple el Estado social de derecho a través del derecho administrativo, es lograr dimensionar los derechos fundamentales sobre cualquier actuación estatal, es conciliar la libertad creadora de la administración para realizar la justicia en un caso concreto, con la exigencia de que su actuar se ajuste al plexo axiológico de la Carta del Estado y a la construcción social. Es decir que el Estado no puede actuar de mala fe ante los ciudadanos, y estos, a su vez, deben poder confiar en aquel.

⁶³Eberhard Schmidt-Assmann, (2003: 71) *Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Edit. Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid.

⁶⁴ La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. Ver sentencia Corte Constitucional T-480/11, Mag. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁵ Rivero Jean, (1984:93). *Derecho Administrativo*. Editorial Universidad Central de Caracas.

El Estado en su rol de protector, como una de sus funciones de garante del individuo, dimensiona los derechos fundamentales condicionando el derecho administrativo. La teoría de los derechos fundamentales obliga al Estado al establecimiento y procura de un orden jurídico para la consecución de la paz (Const. Pol., art. 22) y la tolerancia. No sin razón decía Benito Juárez en México que el respeto al derecho ajeno es la paz.

3.3. Los Derechos Fundamentales frente a los particulares

Realizando un análisis sobre las paradojas de los Derechos Fundamentales, RAFAEL DE ASIS en su obra, indaga y menciona el sentir de CONSUELO MARTINEZ, profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, que el, "...Asumir el derecho positivo simplemente porque ha sido creado por la autoridad competente, sin contemplar el contenido de las normas jurídicas, es tanto como intentar olvidar la capacidad de raciocinio del individuo y que el derecho se diferencia de los mandatos que imperan en una banda de ladrones, no porque el jefe de esa banda no sea la autoridad competente en virtud de determinadas reglas (punto de vista de KELSEN) sino porque de su existencia deriva la garantía de unos derechos esenciales que son inherentes a la naturaleza del individuo y derechos anteriores a la propia existencia de la sociedad..." que se proclaman no solo ante el poder del Estado, pues pueden verse afectados por su actividad, sino frente a los restantes individuos. Se habla entonces de la existencia de "derechos humanos", de respeto a la personalidad y de conceptos similares, como límites al poder, que no habrá de entenderse como que "se está haciendo referencia exclusiva al poder político o a algunos poderes clásicos. Más bien, por poder habrá que entender todo tipo de fuerza que pueda afectar a ciertas pretensiones o necesidades humanas. La incidencia de esta fuerza dependerá ciertamente de su medida, de ahí que

pueda hablarse del poder del Estado como uno de los posibles sujetos, eso si no el único, que pueden interferir en el disfrute de los derechos.”⁶⁶.

En estos tiempos se agudiza aún más dicha noción; nuestra Corte Constitucional, en muchos de sus fallos de mayor resonancia social, no ha hecho otra cosa que desarrollar esa visión política, que se traslada a los jueces dado el carácter normativo de orden constitucional, al manifestar:

“Una de las consecuencias del papel que ocupan los derechos fundamentales dentro del constitucionalismo contemporáneo, concebidos como un “orden objetivo valorativo”, es el denominado efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que “al derecho privado que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien conste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados.

Dicho efecto de irradiación se extiende a las relaciones jurídicas privadas, debido precisamente a la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales, cuyo carácter vinculante se afirma no sólo respecto de los poderes públicos sino también respecto de los particulares. Ahora bien, sobre la extensión de dicha obligatoriedad, al igual que sobre la manera como se hace efectiva dicha influencia, existen diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, sin embargo es una constante en el constitucionalismo contemporáneo reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 zanja de una vez la cuestión al establecer en el inciso final del artículo 86 la procedencia de la acción de tutela contra particulares, de este modo el Constituyente al definir una cuestión procesal –la legitimidad pasiva del mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales- resolvió un

⁶⁶ Rafael de Asis Roig, (2000: pp 98). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites del poder*, Instituto de los derechos humanos, Bartolomé de las casas, Ed. Dykinson, S.L, Madrid.

asunto sustancial cual es la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privadas”. (Resaltado fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro que la Carta de 1991, siguiendo la configuración inherente a un Estado social y democrático de derecho, reconoce que no sólo las autoridades públicas están comprometidas con la protección y respeto de los derechos fundamentales, sino que en esa compleja tarea también están involucrados los particulares como responsables directos. Ello es lo que en el derecho contemporáneo se conoce como el efecto de irradiación, dimensión expansiva u omnipresencia de la Constitución en casi la totalidad de las facetas de la vida en sociedad”⁶⁷

Y esto es, en últimas, la democracia en libertad como constitución de la dignidad y de los derechos humanos convertidos hoy en estrategia⁶⁸, se constituye en pilares fundamentales sobre los cuales se edifica el sistema jurídico. Todo supone la mayor libertad individual posible en igualdad de derechos dentro de la necesaria seguridad de todos, que, a su vez, se integra con el mayor bienestar posible, en igualdad de derechos, dentro de la necesaria justicia para todos (Const. Pol., art. 229); de esta manera se compromete la dignidad del hombre como valor absoluto (de ahí por qué se afirma que los derechos humanos no se inventan, solo se formulan), aglutinado alrededor del amplio plexo de derechos fundamentales que hoy se le reconocen, afirmándose que los hombres son al mismo tiempo iguales y desiguales (gleich und ungleich zugleich) como dicen tan expresamente los alemanes, en el caso por ejemplo de aquellos que pueden tener el acceso al aparato jurídico por sus condiciones y formación y los otros que en forma desafortunada desconocen de las herramientas que la ley les brinda, soportando de esta manera los avatares de la amenazas de dichos derechos.

⁶⁷ Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-378/10., Mag Pon. Dr. Jorge Iván Palacio, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010).

⁶⁸ Cfr. Cap. X y ULRICH BECK, Poder y contra-poder en la era de la globalización, ob. Cit., págs.308 y ss.

4. Capítulo Cuarto

4.1. El agotamiento de la acción de tutela como medida de eventual avance de lo Contencioso Administrativo

Como es bien sabido, nuestro derecho administrativo es reglado, tiene dentro de sí todas las prerrogativas de manera exegética con respecto a cada caso en particular, ya que como se conoce, se encuentra revestido de un positivismo formal para su aplicación, de allí que se entraría a analizar qué tanta armonía conlleva con los objetivos de la Constitución Política de 1991 siendo un código con años anteriores de existencia y promulgación. En este caso la respuesta sería afirmativa, todo el engranaje que conlleva en su contenido este derecho administrativo lo empalma de buena manera con la Constitución.

Todo este proceso de neo-control constitucional se inicia con la difusión de las normas constitucionales que implican la activación de la jurisdicción contenciosa mediante acciones propias del constitucionalismo. Es importante el análisis de los alcances del artículo 230 constitucional, en virtud del cual los jueces sólo están obligados a respetar la autoridad de la ley, de tal manera que sus decisiones pasan a ser cosa juzgada, figura que soporta la seguridad jurídica del país, pero me atrevería a pensar si el juez constitucional rompe con el sentido de este precepto. Consecuentemente con este fenómeno y de forma cada vez más seguida, el juez administrativo y los jueces ordinarios siguen igualmente el desarrollo de una tendencia hacia la jurisprudencia Constitucional, como debería ser y de este nuevo rol del juez en las tendencias actuales del derecho, no escapan los de la jurisdicción contenciosa administrativa, tal como

se analizara más adelante, en algunos ejemplo de fallos que los mismos han emitido teniendo en cuenta solo este criterio.

En el sistema impositivo tradicional de Colombia, se produce un cambio sustancial importante en materia de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas debido a la articulación provisional como vía judicial.

Es muy evidente que aún si las decisiones del juez contencioso son de control de constitucionalidad, ya que tienen fuerza vinculante material para todos, le será muy difícil insistir en aplicar de manera aislada el procedimiento ordinario tal como está establecido, incluso con las falencias que la Corte Constitucional en sus revisiones haya mejorado o derogado, toda vez que las soluciones del juez constitucional, serán más liberales y más protectoras de los derechos fundamentales que las suyas propiamente, dadas de una eventual norma procedimental por ejemplo. Es por esto que, la jurisprudencia del Consejo de Estado, está desarrollando la misma evolución que la jurisprudencia constitucional en aras de no quedarse relegada y que por obvias razones no sea injusta.

Debido a ello, refiriéndonos al caso concreto del procedimiento administrativo, se dejó estatuido que para darle garantía a esos derechos que ya se han plenamente analizado a lo largo de este escrito, se tendría como conclusión, que la decisiones administrativas aunque fueran unilaterales y afecten a un tercero, deben ser debidamente motivadas al menos en forma sumaria y aparte de ello, notificadas; y en el evento en que no fuese posible de manera personal, deben ser publicadas por edicto en un área administrativa donde tengan acceso

los particulares; allí es cuando se tiene la oportunidad de que las mismas sean discutidas mediante la interposición de los recursos de reposición, apelación y el de queja (este último se utiliza cuando sea negado el de apelación). Por tal razón, se hace imperioso que de esas decisiones finales emanadas directamente por el funcionario o por la autoridad administrativa que le compete la expedición de actos administrativos que conlleven disposiciones de carácter general o particular y que afecten a un ciudadano o población, se le deba expedir al notificado copia íntegra, auténtica y de manera gratuita, en aras de que el afectado la pueda controvertir, teniendo como base por ello, que ese acto administrativo se dé a conocer de forma obligatoria, y de igual manera el procedimiento a utilizar (interposición de recursos o agotamientos de vías) y pueda el administrado participar en la decisión en donde no ha intervenido, como ya se dijo.

De todas estas actuaciones, se puede tener plenos conocimientos estudiando directamente el Código Contencioso Administrativo, pero es necesario mencionarlo para corroborar que si se han visto claramente establecidos y reglados los cambios en ese poder sin que se supere al Estado soberano.

Hay muchos autores que piensan que estas decisiones unilaterales limitan los derechos y libertades ante la administración; para nuestra opinión, es posible que se vislumbre cierta represión estatal ya que es directamente ante ellos mismos o su institución, aunque jerarquizada, que deben agotarse dichos recursos y al final de cuentas, en muchas ocasiones, corriendo el riesgo que no se obtengan los cambios, modificaciones, aclaraciones o en el mejor de los casos anulaciones que sean necesarias para ese particular afectado.

4.2. Mecanismos de protección de los Derechos Fundamentales

Todos estamos de acuerdo en que, cuando la Constitución de 1991 dio surgimiento a los mecanismos de protección de los derechos fundamentales; fue la ACCION DE TUTELA la que definitivamente puso en marcha las garantías para que los mismos sean efectivos y no se vean amenazados ni mucho menos vulnerados en relación con los derechos fundamentales individuales.

Es impresionante la amplia acogida que este mecanismo constitucional ha tenido con respecto a otras acciones; a diario se ven los despachos judiciales atestados del gran cúmulo de acciones de tutela que, de por sí o con apoderado, interponen los ciudadanos para darle movimiento al aparato jurídico en situaciones de carácter personal ante instituciones de carácter público o privado.

“...La constitución de 1991 establece la ACCION DE TUTELA en los siguientes términos:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

"La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato

cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

"Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

"En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

"La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión"⁶⁹.

Dicha ACCION DE TUTELA, fue reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, ya elevada a rango constitucional en su artículo 86. Con ella, también se encuentran como mecanismos de protección, las acciones de cumplimiento, las acciones populares, las acciones de clase o de grupo, las cuales a su vez fueron reglamentadas por la ley 472 de 1998.

Se podría en este ámbito entrar a analizar qué tan necesario sería el hecho de que las decisiones de las acciones de tutela entrarían a revisarse como agotamientos de eventuales medidas previas ante un contencioso administrativo, pues en la práctica si se da de esta manera. En muchos casos en los que se ven involucrados los entes estatales, las personas adoptan la vía

⁶⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 86 (1981).

constitucional en aras de obtener un resultado inmediato que se podría evitar ante un eventual proceso administrativo que en la práctica puede durar años, lo cual no ocurriría con respecto a la tutela en el evento en que el juez no determine para un caso en particular, los límites temporales que se tendrían para sus efectos.

En este orden de ideas, en el caso por ejemplo de los reintegros por presuntas violaciones al derecho al trabajo, de donde se derivan pagos por salarios dejados de percibir y que en la justicia contenciosa probablemente se negarían, mediante una ACCION DE TUTELA se obtendría de manera rápida y celera su reconocimiento en aras de proteger un Derecho Fundamental; lo que podría generar detrimentos a la administración o al erario público en general.

En este aparte nos concentraremos en el mecanismo específico de la ACCIÓN DE TUTELA constitucional, debido a que de manera directa es la encargada de darle dinamismo a la protección y garantía de los Derechos Fundamentales y en los casos eventuales en que se encuentran revisadas por la Corte Constitucional, le dan surgimiento a una fuente del derecho que se viene implementando en nuestros despachos judiciales construyendo así jurisprudencia constitucional. Claro está, se da esta revisión eventual, por sorteamiento, sin mencionar el caso que podría acontecer antes de ser revisada si una de las partes no se encuentra satisfecho con la decisión y decide impugnarla para que se reevalúe por parte del ad quem dicha decisión. También acorde al criterio jurisprudencial que todos conocemos últimamente ha tenido un marcado acento constitucional que se tiene en cuenta en todas las esferas del derecho en general y en todas las instancias.

4.3. Los Derechos Fundamentales: Vía Contenciosa, Vía Constitucional

Como bien se ha dicho, es claro que pese a que existe un Derecho Administrativo reglado, las vías a las que puede optar el ciudadano para la defensa de sus derechos fundamentales es y debe ser la que mayores garantías le represente. Es de allí que nuestro eminente administrativista JEAN RIVERO lo analiza al referirse a la protección del administrado cuando afirma que “en el Estado de Derecho, el administrado ya no es un sujeto, es un ciudadano, y la protección de sus derechos se ha convertido en uno de los principales componentes de la razón de ser del poder.... El proteger al ciudadano contra los abusos de la Administración, es en definitiva, proteger los principios fundamentales cuya salvaguarda es una de las misiones del Estado democrático y liberal”.⁷⁰ Por tal razón, no solamente las acciones constitucionales encuentran su objetivo principal en la dignidad humana sino en evitar que con algunas actuaciones se causen detrimentos a los mismos.

Se observa que frente a los actos de la administración, es posible que se afecte a un tercero o persona determinada por los actos generales cuando se expiden los decretos por parte de los alcaldes que podrían favorecer a unas personas y a otras no, o cuando se expiden actos administrativos de carácter particular; por ejemplo, un inspector de policía emite una orden administrativa que ampare el domicilio de una persona en particular. En este sentido, lo que mayormente se observa en dichas acciones contenciosas y constitucionales es que los derechos que más relevancia presentan son los derechos de petición, debido proceso, o derecho a la igualdad, que generalmente, aunque se tiene otro

⁷⁰ Rivero Jean, (2002: 6 y S.S.). *Páginas De Derecho Administrativo*. Editorial Temis. Universidad del Rosario Maestría en Derecho Administrativo.

medio de defensa para sustentar que se garanticen los mismos, algunos jueces son del criterio de la defensa a través de la tutela como medio más eficaz.

4.4. Integración armónica de conceptos. Derecho Fundamental Constitucional

Teniendo en cuenta todo lo antes relacionado, los derechos fundamentales siempre tendrán grandes defensores que le darán curso al surgimiento, como se dijo al inicio de este análisis, de un constitucionalismo marcado en todas las decisiones de nuestros despachos judiciales a nivel nacional; es por ello un claro ejemplo el Tribunal Administrativo del Atlántico cuando se refiere a este tema (derechos fundamentales) y la urgencia manifiesta de un perjuicio en particular, que afirma, “ En cuanto al carácter de irremediable del perjuicio, de la jurisprudencia constitucional antes señalada, se desprende que dicho perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder, es decir, que este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. Ha de ser grave, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, ya sea material o moral, pero que sea susceptible de determinación jurídica. Igualmente, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable⁷¹.” Por tal razón, es que frente a la acción contenciosa que se encuentra llena de etapas y de largos procedimientos, al

⁷¹ Puede ampliarse dicha información en el Fallo Tutela Tribunal Administrativo. 2007 – 00103 – CH que trata de los casos de tutela y demanda en contra de la Universidad del Atlántico a raíz de la expedición de la resolución interna administrativa número 00005.

tener la inmediatez de la definición de la situación jurídica en particular, se opta entonces por definir la acción constitucional como la más garante y celera.

Sin embargo, en nuestra opinión deberían dárseles mayores dinamismos y actualizaciones en la parte normativa que vayan acorde y en engranaje con la Constitución, que de hecho es así, pero como es bien sabido, los procedimientos en la vía contenciosa son muy extensos y carecen de celeridad en la práctica, lo que genera que las acciones constitucionales sean una mejor alternativa y que a la postre deja de lado a la vía ordinaria, lo cual nos parece inicuo; tan controversial es el tema de los análisis constitucionales en toda la aplicación normativa en general, que en nuestro país, que un sector de los movimientos políticos de la sociedad están hablando de convocar una nueva constituyente hoy veintiún años después.

5. Capítulo Quinto

5.1. El Estado frente a la jurisprudencia de las altas cortes

Detrás de los meros paradigmas de cuanto se ha dado en llamar la posmodernidad jurídica, se pone de presente, en primer lugar, cómo el orden jurídico no es inmutable, dada la desintegración de muchos de los referentes conceptuales en que se ha apoyado y, en segundo término, que el derecho debe desempeñar un papel protagónico como agente activo de los cambios sociales, derivados de la crisis del mundo moderno⁷². Decía en su época el poeta italiano GABRIEL D' ANNUNZIO: “el derecho es ritmo de vida”, lo que provoca los necesarios ajustes en la forma de concebir, interpretar y aplicar el fenómeno jurídico explicitando su relación con la realidad y sus fuentes materiales que dan contenido histórico de derecho, para liberarlo de su atemporalidad e inmaterialidad en que ha permanecido sumido.

Se trata de enfrentar el derecho y la realidad; el saber normativo acumulado y el saber empírico. Lo mismo ocurre con el principio de taxatividad frente al valor normativo de la jurisprudencia y a las nuevas fuentes del derecho, desprendidas del bloque de constitucionalidad, y del mismo artículo 230 de la Constitución Política, en cuanto el juez no está sometido al imperio de la ley, sino al imperio del derecho, tal como lo dijo la Corte Constitucional en su célebre sentencia C-486 de 1993, que concluyó afirmando: “El ordenamiento jurídico, desde el punto

⁷² Entre sus características centrales presenta una gran complejidad, pues responde a múltiples causas imposibles de aislar: cambios de ideologías, toma de conciencia por grandes masas de situaciones de inferioridad consideradas injustas y, sobre todo, se debe al extraordinario progreso técnico, que revoluciona las condiciones tradicionales de vida, fruto del fenómeno de la globalización, de la participación social, de las ciencias de la comunicación e información internet- ciberespacio, etc.

de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de Const. Pol., necesariamente define “ordenamiento jurídico”...”.

En este sentido, el Estado deja en manos de los jueces la tarea de justificar qué alternativas interpretativas de las normas jurídicas vigentes son preferibles por sus efectos sociales, reconociéndose entonces que la jurisprudencia de las altas Cortes, entendida como reflexión crítica sobre la ciencia del derecho que permite no solo entenderlo sino interpretarlo y aplicarlo en forma renovadora mostrando las formas de hacer dogmática, desempeña un papel preponderante y garantista en una sociedad cuyos propósitos son de servir al bien común y al interés general bajo una igualdad natural.

Dentro de esta visión, hoy se puede asegurar que la creación de la Corte Constitucional denota un avance (conquista) significativo en Colombia, pues replantea la presencia de la Constitución en el orden jurídico, y en el marco del vigente Estado constitucional, preocupado en cumplir con el reto social al que trata de responder, apostándole precisamente, a través de un equipo de Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado), en busca de una postura integradora de estos Tribunales.

Corolario obligado de lo expuesto es, que el Estado debe desarrollar y dirigir toda su capacidad para garantizarle al ciudadano situaciones y decisiones justas, pero dentro de una justicia dinamizada y evolutiva, en donde los más altos operadores jurídicos tengan que incorporar un bagaje de conocimientos acordes con el movimiento de la historia, los cambios y las transformaciones sociales, en sincronía con las nuevas elaboraciones doctrinarias de las que se

nutre. Y no puede ser de otra manera, pues la función judicial es la función propia de un poder de Estado, esto es, es una función política⁷³ por excelencia.

5.2. La actividad reguladora de operación de justicia frente a la protección de los derechos fundamentales

Resulta importante resaltar la frase que escribió en su época el profesor JIMENEZ DE ASÚA: “El juez moderno no crea el derecho, pero sí ejerce función creadora. Las leyes yacen inertes, flácidas, y el juez, a virtud del proceso de subsunción, las vitaliza”⁷⁴, esto es, que en el campo del derecho, interpretar un texto significa, otorgarle vida jurídica, teniendo en cuenta el sentido de la norma que se aplica frente a la realidad concreta del momento. Por tanto, la aplicación del derecho al caso particular es, desde este punto de vista, creación del derecho, pues entre la ley y la decisión judicial del caso particular y concreto hay un acoplamiento de la norma general y abstracta al terreno hermenéutico.

En efecto, EMILIO BETTI afirma que el intérprete que se limitara a la rigidez legislativa y prescindiera de indagar qué valoración normativa constituye su ratio, “mostraría tener una noción bien mísera del sentido de la ley y no

⁷³ Enseña el constitucionalista de origen argentino, BIDART CAMPOS GERMÁN: (1982) “*Toda función de administrar justicia es política, esencialmente política, porque es función del poder estatal, que es poder político. No se debe temer la afirmación que rescata la politicidad esencial de la función judicial...*” en la Corte Suprema, Buenos Aires, ALLENDE Y BREA.

⁷⁴ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios del derecho penal. La ley y delito*. Edit. SURAMERICANA. 1953. Buenos Aires- Argentina.

cumpliría con su tarea”⁷⁵ orientada a encontrar lo justo mediante la equidad, pues una ley es una relación de justicia.

Es por esto, que el derecho se entiende como un fenómeno multidimensional, que dirige todos sus esfuerzos a la libertad, la igualdad, los derechos humanos (como estrategia), la justicia, el civismo, la solidaridad y la fidelidad al grupo comunitario, valores todos ellos privilegiados en el Estado social, dignos de ser perseguidos y alcanzados, siendo imperante en el rol de operador jurídico establecer el modo mediante el que deben ser armonizados y combinados para lograr la integración social, pues los valores consagrados en la Carta estatal deben ser aceptados, no solo como límite de la intervención estatal, sino como presupuesto de una concepción, por supuesto, propulsiva del derecho.

En consecuencia, la política de justicia de un Estado, radicada en que sus operadores jurídicos, cualquiera que sea su especialidad, debe recorrer el camino de la hermenéutica constitucional, unitaria del ordenamiento jurídico, donde la Constitución es la fuente del derecho con carácter normativo, asegura una efectiva y eficaz protección a los derechos fundamentales, pues todos los órganos públicos están sujetos a la Constitución⁷⁶, y en el caso colombiano reitero, el Estado impone el respeto a las garantías y libertades del individuo, a través de la norma y frente a la propia norma.

Lo expuesto indica la importancia que reviste la sólida preparación de los jueces “para la obtención de decisiones justas que resuelvan los conflictos de la

⁷⁵ Emilio Betti, (1975:258) *Interpretación de La Ley y de Los Actos Jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado

⁷⁶ Casal Jesús María, (2007:406) *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.

sociedad, el mismo debe garantizar que las garantías que la Carta confiere a las partes no sean menoscabadas. Específicamente, el proceso judicial debe permitir el logro efectivo de los distintos componentes del derecho al debido proceso, como son los principios de legalidad, contradicción y defensa, de favorabilidad en los casos que resulte aplicable, de presunción de inocencia para los trámites propios del derecho sancionador, etc. Estas garantías se suman a otras, vinculadas a distintos derechos fundamentales, como son la igualdad de trato ante autoridades judiciales, la vigencia de la intimidad y la honra, la autonomía personal y la dignidad humana, entre muchas otras”⁷⁷.

5.3. El conflicto de las altas cortes frente a la protección de los derechos fundamentales

Es importante atender la idea de la función de administrar justicia, ya tratada en el capítulo anterior, y que dejó muchas reflexiones e inquietudes que espero concretar en el desarrollo de este tema.

Como ya lo hemos dicho a lo largo de este escrito, uno de los instrumentos que entregó la Constitución Política de 1991, indispensable para garantizar los derechos constitucionales fundamentales que da lugar a la evolución democrática y logra control del poder político, fue la Acción de Tutela. Se puede decir, que se puso de moda el control social⁷⁸, pues de un lado los ciudadanos cuentan con elementos legales para exigir del Estado por ejemplo, una correcta y adecuada prestación de los servicios públicos y la justicia, como

⁷⁷ Puede verse en la sentencia de la Corte Constitucional C-124/11, Mag. Pon. Juan Carlos Henao.

⁷⁸ Es este, precisamente, uno de los legados de la Constitución Política de 1991, cual fue la implantación de mecanismos para la vigilancia y el control de la gestión pública.

acceso a ella, es uno de ellos; del otro lado, tiene el control directo, tanto político (Const. Pol., arts. 40 -103) como jurídico, por vía de los derechos fundamentales (art. 86 ib.), tratando así de dar una visión racional a los conceptos de libertad, interés general, seguridad y justicia, como orientación para lograr la realización de los fines del Estado, todo esto dirigido por la Corte Suprema de Justicia encargada de la casación, el Consejo de Estado con temas de lo contencioso-administrativo y constitucionalización del derecho, que se materializa con la creación de la jurisdicción de lo constitucional, como guardián del cumplimiento de las normas constitucionales.

Sin embargo, alrededor del desarrollo del artículo 25 de la Convención de los Derechos Humanos que hace la Carta estatal con el artículo 86, la acción de tutela y el poderío de este mecanismo de enfrentarse a sentencias judiciales de cualquier especialidad, pero siempre en cabeza de la Corte Constitucional cuando se predique vulneración o amenaza a derechos fundamentales, ha generado como reacción, nutridas disputas entre los más altos operadores de justicia, lo que socialmente se ha denominado “el choque de trenes”.

Esta compleja polémica radica en la oposición, ya no solo del Consejo de Estado sino también de la Corte Suprema de Justicia, de admitir que la Corte Constitucional pueda examinar sentencias judiciales de los órganos límites y ordenar un sentido distinto, pues considera que también tienen amparo constitucional art. 234 (Const. Pol.); se invoca el respeto por parte de la Corte Suprema de Justicia, como único órgano de casación, el acatamiento y distancia a sus decisiones; pues desconocer dicho amparo, es tanto como invadir competencia, creando decisiones judiciales con matiz de ilegitimidad, lo que atenta contra la seguridad jurídica y el concepto de justicia, por consiguiente, contra los fines del derecho.

“...La tensión generada por la tutela contra providencias judiciales desata una conmoción institucional, calificada por la opinión como el choque de trenes. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han venido sustentando una postura abiertamente contraria a la adoptada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En el debate ha entrado a terciar el Consejo Superior de la Judicatura apoyando esa jurisprudencia. Este enfrentamiento ha propiciado la aparición de múltiples publicaciones y estudios dedicados preferentemente –y en algunos casos de manera exclusiva- al tema de la tutela contra providencias judiciales, como los de Fierro-Méndez (2004), Henao (2007) y Quinche (2007), y ha generado varios intentos de reforma. En el plano constitucional se presentaron, entre otros, los proyectos de acto legislativo 133 de 2006 y 13 de 2006”⁷⁹.

“El primero fue presentado ante la Cámara de Representantes por el Ministro del Interior y de Justicia; el segundo fue presentado ante el Senado por el Consejo de Estado y apoyado por la Corte Suprema de Justicia y por la Fiscalía General de la Nación”⁸⁰.

Se contrapone de esta forma la necesidad garantista en un Estado de Derecho democrático, y este tema reviste importancia, dado que la Constitución de una concreta sociedad o de un sistema social debe tener al hombre como protagonista central, pues está hecha para servirlo dentro de una franja de los derechos fundamentales. Sin embargo, queda por preguntar, ¿dónde radica la verdadera disputa de las altas cortes?, que además no solo se vive en Colombia; ¿será en la protección de los derechos fundamentales?, ¿en la lucha de poder?, ¿en la conservación de una seguridad jurídica?

⁷⁹ Moreno Ortiz Luis Javier. *Tutela Contra Providencias Judiciales*. Pág. 36: (2009) editorial Diké. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá.

⁸⁰ *Ibíd.*

Capítulo Sexto

6.1. Solución judicial de fondo mediante la interpretación de los fallos de las altas cortes en Colombia

Está visto que mientras no haya un acuerdo de las limitaciones a los poderes que se pretenden ejercer por parte de los grandes cuerpos colegiados que se analizaron anteriormente, siempre habrán razones de ley y de peso para la aplicación y sustentación en uno y otro aspecto, esto es, en el constitucional con la honorable Corte Constitucional y el administrativo con nuestro Consejo de Estado.

Ahora bien, hay que abonarle muchos esfuerzos que ha hecho el Consejo de Estado por resolver los grandes procesos de fondo y al tener la última palabra en materia contenciosa cuando lo sustenta a través de la protección de los derechos fundamentales, sentando también jurisprudencias que le dan vida a protecciones de carácter especial, por ejemplo cuando se refiere a los casos de las madres cabezas de familia, el retén social, las violaciones al debido proceso por las indebidas notificaciones, etc...; últimamente se ha notado un claro pronunciamiento a la defensa de los mismos más que a las instituciones, pero hay que aclarar que esa no es la última palabra; de manera obvia, también tiene en cuenta lo reglado puntual y exegéticamente con respecto a los actos de la administración de carácter general y particular.

6.2. Control político a la función pública en virtud del acto administrativo lesivo de los derechos fundamentales

En Colombia no existe una marcada tendencia a mezclar lo político con lo jurídico cuando se entra a analizar cómo cada una de las decisiones de relevancia nacional afectan o no a un gremio o a un sector político en particular; siempre las instituciones tienen sus detractores y defensores, pero en este aspecto, se salvaguarda lo normado y lo ordenado “dura lex ex lex” para todos y más aún en tratándose de los actos en los que impliquen una violación a los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la educación que, como ya se dijo en el capítulo primero, aunque no se encuentre enmarcado en los primeros capítulos de nuestra carta política, hace parte de los derechos fundamentales por extensión y se les da la misma relevancia, teniendo como objetivo principal el interés general.

6.3. Las decisiones en el Tribunal Administrativo y Juzgados Administrativos de la ciudad de Barranquilla frente a los Derechos Fundamentales.

No podríamos abstraernos de nuestra situación local una vez haber mencionado lo que ocurre en nuestro país en general con respecto a esa marcada tendencia a definir situaciones de tipo administrativo con acciones de tutela; es el caso de instituciones como la Policía Nacional, con respecto a la declaración de insubsistencia de los servidores con régimen especial (los policías), ya que éstos prefieren optar por la acción de tutela y no por la vía contenciosa para en algunos casos obtener de manera rápida los resultados de reintegros o pagos de altas indemnizaciones; con respecto a ello hay una clara tendencia de los despachos judiciales a otorgarles el derecho al trabajo y de

esta manera construir jurisprudencia constitucional administrativa, llamada así por el suscrito.

También tenemos el caso de la extinta Telecom – o de la liquidada Adpostal; en estos casos, teniendo como vía la ordinaria laboral, en Barranquilla también se dieron varios procesos en los que por vía de tutela se pretendió dar surgimiento a derechos de índole administrativo teniendo como respuesta la negativa en todas las acciones.

Así mismo, no podemos dejar de lado a la Universidad del Atlántico, que ha sido objeto de amplias providencias de tutela, proferidas por los juzgados administrativos de Barranquilla y del Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, como consecuencia del proceso de reestructuración que vivió dicha entidad, ordenado a través de la Resolución Rectoral No. 000005 de enero 15 de 2007, por medio de la cual se suprimieron 439 cargos de la planta de personal del ente educativo. Lo anterior fue el resultado de la profunda crisis financiera que vivía el Alma Mater, lo que llevó a la toma de éstas medidas que a la postre generaron una avalancha de acciones de tutela en donde solicitaban como pretensión principal, la defensa de sus derechos fundamentales como derecho al trabajo, reintegros por encontrarse en el retén social, por ser del grupo de los pre – pensionables o haber estado en carrera administrativa.

Con respecto a este caso en particular, transcribo parte de la actuación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla – Sala Penal cuando definiendo en segunda instancia una ACCION DE TUTELA de fecha 24 de Octubre de 2007, afirmó lo siguiente:

“...3.3.5. De la aplicación de la figura de Reten Social en el proceso de reestructuración de la Universidad del Atlántico.

Si bien es cierta la Ley 790 de 2002 fue diseñada en primer orden para entidades u organismos administrativos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. No esta demás recordarle al recurrente que la entidad que representa, de acuerdo con el artículo 2º del Acuerdo Superior N° 001 de 25 de febrero de 1991, la Universidad del Atlántico es un ente universitario autónomo de educación superior, de carácter público, creado por ordenanza del Departamento del Atlántico, con régimen especial, integrado al sistema de universidades estatales, y vinculado al Ministerio de Educación Nacional en lo referente a políticas y planeación del sector educativo.

Como es sabido, la Rama Ejecutiva del poder Público se denomina Gobierno, y está conformada por el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y los Directores de Departamentos Administrativos. Además se incluyen las gobernaciones, las alcaldías, las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas Industriales y comerciales del Estado.

Es por lo anterior que resulta viable la aplicación de los beneficios del retén social al caso sub judice, como quiera que la decisión que violo la protección especial constitucional que por reten social amerita el señor RAFAEL ANTONIO ANGARITA ROSALES fue adoptada por un ente adscrito al Ministerio de Educación Nacional en cual pertenece a la Rama Ejecutiva, sin que sea visto como una situación jurídica aislada.

Además no tendría sustento constitucional la no aplicación de tales prerrogativas a la situación del accionante, puesto que tal decisión comportaría una vía de hecho, dado que se violara el derecho a la igualdad que se le atribuye en la Carta Magna.

Es por ello que esta Sala considera que la aplicación de las prerrogativas para los padres cabeza de familia al aspecto factico de la acción, es atendida dentro de un marco constitucional y con el único propósito de actualizar la protección especial que merece el señor RAFAEL ANTONIO ANGARITA ROSALES como padre cabeza de familia y la de quien depende de el....”

“...RESUELVE... PRIMERO: REVOCAR, como en efecto de revoca, el fallo de tutela de fecha mayo 28 de 2007, dictado por Juzgado Tercero Penal del Circuito en relación con la concesión de la solicitud de amparo en contra del GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO, en su calidad de Presidente del Consejo Superior de la Universidad del Atlántico, y en su lugar se designa, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR, como en efecto se revoca, la orden dada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito como consecuencia del amparo de los derechos del señor RAFAEL ANTONIO ANGARITA ROSALES, y en su lugar, se le ordena a la RECTORIA DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, realice los trámites para el reintegro laboral del accionante como beneficiario del RETEN SOCIAL, lo cual deberá hacerse totalmente en un término máximo de un (1) mes subsiguiente.

TERCERO: La presente orden se mantendrá vigente hasta tanto se resuelva, mediante sentencia ejecutoria, la acción de nulidad con restablecimiento del derecho que el señor RAFAEL ANTONIO ANGARITA ROSALES deberá interponer ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dentro de los tres meses siguientes a la notificación de esta decisión.

CUARTO: En relación con la procedencia de la solicitud de amparo en contra de la RECTORIA DE LA UNIVERSIDAD DEL ATLANTICO se confirma.

QUINTO: Enviar el expediente, dentro del término indicado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, a la corte constitucional para su eventual revisión, previa información al juez de primera instancia de este proveído...⁸¹.

En general, nos llama poderosamente la atención que en este aspecto la acción constitucional consiguió su objetivo con respecto al caso en comento: protección de una persona que se encuentra dentro del retén social; sin embargo, para claridad de nuestros lectores, esta acción constitucional se dio DIEZ meses después de que se publicara la resolución rectoral No. 00005 de 2007. En ese orden de ideas, el término para que el accionante iniciase la acción jurisdiccional administrativa se encontraba vencido, sin embargo, con el fallo, se revivieron dichos términos ordinarios, teniendo en cuenta que en la parte resolutive, se conceden tres meses para iniciar ante la jurisdicción administrativa la respectiva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

También quisiera traer a colación el caso del Tribunal Administrativo del Atlántico en su fallo de fecha 9 de Agosto de 2010 en tratándose de una tutela por la resolución rectoral del mes de enero de 2007 antes referida, es decir tres años después, observamos lo siguiente:

“...4. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata

⁸¹ Puede verse en el Fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla – Sala Penal definiendo en segunda instancia una ACCION DE TUTELA con numero de referencia 06-001-31-03-003-2007-00224-01 referencia Interna: Tribunal: 2007-429-T-OP, Magistrado Ponente: Dr. JULIO OJITO PALMA de fecha 24 de Octubre de 2007

del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social...”
“...Por último, la Sala considera que el amparo debe concederse de manera definitiva...”⁸².

En este caso resulta sorprendente que sea el sustento del fallo favorable para una persona que decide tomar el curso de una acción constitucional TRES años después de la emisión del acto administrativo y obtener una respuesta positiva al mismo, lo que generó el reintegro inmediato del funcionario.

A través de la sentencia T- 762 de 2010 emitida por nuestra honorable Corte Constitucional, que en su sala primera de revisión, analizó varios de los fallos de tutela de trabajadores vinculados a la Universidad del Atlántico, confirmando dos de once que se analizaron y se revisaron, teniendo como argumento principal para la revocatoria, el principio de inmediatez de la acción de tutela.

Por esta y otras razones la seguridad jurídica, que sería el principio puesto en vilo por la “constitucionalización” de las ramas del derecho, se ve vulnerada por este tipo de situaciones que hemos descrito. Considero que no es aceptable que se den esta clase de decisiones sin antes tener en cuenta lo reglado por la rama en comento, la administrativa, y haciendo además un análisis en conjunto, ya que si la situación, después de 3 años, no generó un perjuicio irremediable, es notorio el abuso de tan buena herramienta constitucional, por lo cual, soy de los que piensa que aun cuando la protección a nuestros derechos fundamentales es primordial, se les debe dar un mayor tratamiento desde el acápite de lo reglado.

⁸² Puede observarse de manera amplia en el fallo emitido por el Tribunal Administrativo del Atlántico. MP. Roberto Camargo Jiménez. En su sentencia de tutela S- Tutela 2010-00189 – CH.

6. Conclusiones

De todo este acopio de información y de ideas expuestas, queda planteada la crisis que existe en la administración de justicia y en el poder judicial, con respecto a las adaptaciones que toda la rama debe tener con la aplicación del orden jerárquico constitucional; esto trae como consecuencia, la puesta en peligro de garantías que pueden tener los ciudadanos por la inseguridad jurídica y límites de la misma, ya que deberían dichas garantías fortalecer un Estado Social de Derecho, como son los conceptos de Justicia y Seguridad Jurídica radicadas en cabeza de los máximos órganos del poder judicial y las altas cortes. Crisis que se asoma con las actuaciones de la Corte Constitucional que, en ocasiones, funge de legislador con decisiones obligatorias, llamadas sentencias de unificación y que una vez revisadas, se les da la respectiva aplicación, tal como ocurre en un sistema de precedentes judiciales, adquiriendo la connotación de la ley; lo anterior es lo que preocupa y logra la reacción enérgica de las otras Cortes, cuando por el mecanismo de la ACCIÓN DE TUTELA, la Corte Constitucional exige sin demoras que se respeten los principios y derechos fundamentales sobre asuntos ya decididos por éstas. Esta situación es el punto neurálgico, y que de manera obvia, genera la incertidumbre jurídica, más no normativa y deja en entredicho lo justo de las decisiones.

Es tan común este tipo de problemáticas que hoy día se les llama “choque de trenes” en donde al haber controversias entre la Corte Suprema y/o la Constitucional, entra a dirimir la misma el Consejo Superior de la Judicatura.

Efectivamente no es un tema de hoy, en el año 2005 por ejemplo, el Presidente de entonces de la Corte Suprema de Justicia, Honorable Ex Magistrado Dr. Carlos Isaac Náder, reconoció el distanciamiento de este cuerpo colegiado con la Corte Constitucional y precisó que era necesaria una reforma a la justicia desde el propio seno de la rama judicial, en donde se limitara la revisión de la Corte Constitucional a las decisiones de los órganos judiciales de todas las instancias.

Pero la crisis no solo se circunscribe a este aspecto, la falta de seguridad jurídica trasciende a situaciones en las cuales se usa el instrumento de la tutela acertadamente, previo al inicio del proceso correspondiente y culminando el último con una decisión que no reconoce vulneración de derecho fundamental alguno; sin lugar a dudas, el problema que aborda el significado de justicia y el concepto de seguridad jurídica “entre dos jurisdicciones”, es caótico.

Lo analizando en el cuerpo de esta investigación, justifica con urgencia una reforma que considero en mora, en la cual la función normativa e interpretativa se determine en consonancia con la correlación mediática entre seguridad jurídica y justicia material a partir de la igualdad y la equidad que impone la Constitución Política como elemento imprescindible del acto de juzgar de acuerdo a la justicia, lo cual esta corroborado con la discusión pública y de todos conocida, de la convocatoria a una nueva constituyente.

Sobre estas situaciones, agentes de las otras ramas del poder público como la ejecutiva, han solicitado que se dé un pronunciamiento con respecto a dicha seguridad jurídica; tan es así, que en el proyecto de reforma a la justicia presentada en el año 2010, se intentó darle ciertos alcances, pero en la

práctica, es imposible limitar el actuar o el sentir de un juzgador frente a un caso en particular, que de conformidad con el cúmulo de situaciones que podrían acontecer, tutelan derechos mientras que otros, en iguales condiciones, no corren con la misma suerte. Esto se deberá tal vez a las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se analiza y estudia cada caso en particular y con respecto al derecho fundamental que se pretende proteger y amparar para que se pueda garantizar su aplicación y defensa en manera particular.

Sin embargo, con respecto a lo planteado en nuestro problema jurídico, analizado en este trabajo, se puede responder a la pregunta sobre ¿si la incorporación de las acciones constitucionales a la jurisdicción contenciosa administrativa constituye un instrumento básico de control de la legalidad de los pronunciamientos de la administración?, nos preguntamos además, de manera concreta, si la acción indirecta desvirtúa las características propias de la jurisdicción rogada y solemne, a pesar de que, estas acciones, resuelven el problema de la insipiente jurídica del sistema tradicional?. La respuesta es no; no constituyen un instrumento de control, ni de respuesta por lo antes anotado y esbozado. Y a la pregunta de ¿Qué pasa cuando se introducen acciones que desdibujan los presupuestos propios del proceso contencioso administrativo derivado de la utilización de acciones constitucionales como medio ordinario de acción contenciosa? La respuesta es negativa de igual manera, debido a que en nuestro país la justicia es positiva y reglada en los códigos, sin embargo, contamos con falencias de actualización de algunos procedimientos ordinarios que mientras se adecuan a las realidades actuales, la constitucionalización va tomando forma y dándole herramientas para que se puedan conjugar.

Esto, teniendo en cuenta que, si una persona obtiene por vía constitucional una protección a un derecho fundamental de forma permanente a través de un

pronunciamiento como protección a la amenaza y perjuicios inmediatos o irremediables y, otra persona, en iguales condiciones decide promover un proceso judicial formalmente ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sometiéndose a la recolección de todos los elementos necesarios en cada una de las etapas procesales en espera de la respectiva sentencia, resultaría que, con el lapso de tiempo que se tiene entre uno y otro caso, habría una inestabilidad jurídica como ya se dijo, en el evento en que con la TUTELA obtengan el mismo resultado pero de forma más eficaz.

Con los casos expuestos en esta investigación, está demostrado que los aspectos constitucionales en determinados eventos pueden prevalecer a los términos, condiciones y normas ordinarias y de procedimiento contencioso propiamente dicho, ya que, se analizaron acciones de tutela que tres años después, reviven términos administrativos, tutelas que conceden reintegros laborales con indemnización por parte del Estado en entidades que componen la misma, y que en revisión, detallando cada caso en particular, prevalece el DERECHO FUNDAMENTAL, que es el objetivo esencial de toda aplicación normativa y que a la postre, es la conclusión de esta investigación.

Glosario

Acción de Tutela: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

"La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

"Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

"En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

"La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión"⁸³.

Autoridad: expresión del poder de supremacía del Estado frente al ciudadano.

Constitución Nacional: Norma suprema ordenadora de la convivencia.

⁸³ Decreto 2591 de 1991.

Derechos Fundamentales: Son la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad de la persona y los valores de libertad, igualdad y solidaridad como causa para alcanzarla.

Derechos Humanos: conjunto de prerrogativas inherentes al ser humano, que deben ser reconocidas, protegidas y garantizadas por el Estado.

Estado Social de Derecho: Concepción política que considera como prioridad la protección de los individuos frente a los grupos.

Jurisprudencia Constitucional: Jurisprudencia constitucional como tal, no es el nombre técnico-jurídico, se denomina doctrina constitucional.

Poder: capacidad de resolver con dinámica y eficacia las necesidades que presente la sociedad.

Vía Contenciosa: Medio para atacar actos de la administración.

Derechos Fundamentales: Son la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad de la persona y los valores de libertad, igualdad y solidaridad como causa para alcanzarla⁸⁴.

Jurisdicción Constitucional: Es aquella que se ejerce teniendo en cuenta 1. La existencia de una constitución total o parcialmente rígida. 2. Un órgano estatal independiente y autónomo que desarrolle el control de constitucionalidad con facultad decisoria dentro de plazos determinados⁸⁵.

⁸⁴ Néstor Pedro Sagüés (1997:30), *Elementos de Derecho Constitucional*, Atrea,

⁸⁵ Peces Barba Gregorio y Fernández García Eusebio, (1998: pp 2), *Historia De Los Derechos Fundamentales*, Dykinson.

Bibliografía

Fuentes Primarias

Constitución Política de Colombia (1991), Colección Códigos Básicos, Bogotá: Legis Editores S.A., (2010).

Código Contencioso Administrativo (1984), Colección Códigos Breves, Barranquilla, Editora Jurídica Nacional (2011).

La Ley (Española) 29 de 1998, *Por la cual se regula la jurisdicción Contenciosa Administrativa*.

Corte Constitucional Colombiana (CCC). (2011). *Sentencia C-124 de 2011*, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao.

Corte Constitucional Colombiana (CCC). (2010). *Sentencia C-378 de 2010*, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional Colombiana (CCC). (1999). *Sentencia C-197 de 1999*. Expediente No. D-2172 Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional Colombiana (CCC). (1996). *Sentencia T-260 de 1996* Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández

Corte Constitucional Colombiana (CCC). (1995). *Sentencia C-083 de 1995* Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional Colombiana (CCC). (1995). *Sentencia C-109 de 1995*
Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Colombiana (CCC). (1993). *Sentencia C-127 de 1993*
Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Colombiana (CCC). (1993). *Sentencia C-131 de 1993*
Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Colombiana (CCC). (1992). *Sentencia T- 778 de 1992*
Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Tribunal Administrativo del Atlántico. (TAA) (2010). *Sentencia de Tutela 2010-00189 de 2010*. Magistrado. Ponente: Cristóbal Christiansen Martelo.

Tribunal Administrativo del Atlántico. (TAA) (2007). *Sentencia de Tutela- 2007-00134 de 2007*. Magistrado Ponente: Hernando Duarte Chinchilla.

“*Revista Jurisprudencia y Doctrina*”. Tomo XXXIV- Nº 399 de Marzo de 2005.

Literatura

Aragón, M. (1995). *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina.

Arnaud, J.A. (2000). *Entre modernidad y globalización*, Bogotá, Ed. Universidad Externado.

Betti, E. (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado.

Casal, J. M. (2007). *Tendencias actuales del Derecho Constitucional*, Tomo II, Caracas, Ed. Universidad Católica Andrés Bello.

Cortes Rodas, F. (1999). *De la política de la libertad a la política de la igualdad. Un ensayo sobre los límites del liberalismo*, Medellín, Ed. Universidad de Antioquía.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli y Michelangelo Bovero*, Madrid, Ed. Trotta.

“El neoconstitucionalismo y las transformaciones del derecho constitucional contemporáneo”. Universidad de Montevideo. Revista de Derecho No. 12. P. 32. (Edición Virtual). [Recuperado el 14 de junio de 2009] disponible en: <http://www.um.edu.uy>

García de Enterría, E. (1998). *“La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”* (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), Madrid, Ed. Civitas.

García Ramírez, S. (1998) *El poder de controlar en Líber Ad Honorem.*, México, Ed. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

González Amuchástegui, Jesús. (2004) *Presupuestos para una teoría de los derechos humanos*, en *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía una teoría de los Derechos Humanos*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

Hegel, G.W.F., (1988). *Principios de filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, Barcelona, Ed. Hasa.

Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Ed. Santillana.

Maritain, J. (1983). *El hombre y el Estado*, Madrid, Ed. Encuentro.

Moreno, L.J. (2009). *Tutela Contra Providencias Judiciales*. Pág. 36: Editorial Diké. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá.

Pérez Escobar, J. (1987). *Derecho Constitucional Colombiano*, Cuarta Edición, Bogotá, Ed. Librerías El Profesional.

Pérez Luño, A. (1989). *Debate sobre los valores fundamentales de los Derechos Humanos*, en *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Madrid, Ed. Por peces-barba.

Rivero, J. (1984). *Derecho Administrativo*. Caracas, Ed. Universidad Central de Caracas.

Sáchica, L. C. (1991). *Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá, Ed. Temis 1991.

Schmidt-Assmann, E. (2003). *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid, Ed. Jurídicas y Sociales S.A. Traducción de Das Allegemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee, Heidelberg, Springer Verlag. (1998). De la traducción Javier Barnes Vásquez, Mariano Bacigalupo Saggese y otros.

Tugendhat, E. (1999). *Diálogo en Leticia, Barcelona, revista iberoamericana de discurso y sociedad*, Volumen 1, Ed. Gedisa. Traducido por Luís Román Rabanaque.

Zolo, D. (2006) "*Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Ferrajoli, en los fundamentos de los derechos fundamentales*". Cuestiones constitucionales, No. 15 de Julio a Diciembre.