



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**LA HERMENÉUTICA DE LA JURISDICCIÓN ROGADA FRENTE AL PRINCIPIO
NOVA IURIA CURIA EN MATERIA LABORAL ADMINISTRATIVA
COLOMBIANA**

JAIDER MANUEL NÚÑEZ AMARIZ

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho
Bogotá, Colombia
2012

**LA HERMENÉUTICA DE LA JURISDICCIÓN ROGADA FRENTE AL PRINCIPIO
IURA NOVIT CURIA EN MATERIA LABORAL ADMINISTRATIVA
COLOMBIANA.**

JAIDER MANUEL NUÑEZ AMARIZ

Trabajo de investigación presentada como requisito parcial para optar al
título de:

Magíster en Derecho

Director:

Doctor Ramiro Pazos

Magister en Derecho

Candidato a doctor en derecho

Línea de Investigación:

Maestría en derecho con profundización en derecho administrativo

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Área Curricular de derecho

Maestría en Derecho

Bogotá, Colombia

2012

A lou la infatigable.

RESUMEN

El derecho administrativo colombiano está impregnado con un fuerte barniz de jurisdicción rogada, si bien de suma importancia en el desarrollo de muchos temas, presenta grandes contradicciones en el derecho laboral administrativo desde el derecho constitucional colombiano.

Veeremos las fuentes históricas interpretativas en la que se ha desarrollado la dialéctica que se presenta entre el estado constitucional de derecho y la justicia rogada en el derecho laboral administrativo colombiano, y como el debate entre paradigmas hermenéuticos como el Positivismo y Jusnaturalismo han sido la fuente fundamental de las apreciaciones jurídicas el marco de la jurisdicción rogada.

Así mismo la influencia de las nuevas concepciones del derecho administrativo desde una óptica constitucional de la mano de principios como el *iura novit curia* ofrecen acercamientos hacia una justicia material efectiva en el derecho laboral administrativo.

Palabras clave: Paradigma, Argumentación, Interpretación, proporcionalidad, ponderación.

SUMMARY

Colombian Administrative law is permeated with strong varnish entreaty jurisdiction, and although of great importance in the development of many topics, this presents great contradictions between the administrative labor law from the Colombian constitutional law.

We shall see interpretive historical sources which developed the dialect that occurs between the constitutional rule of law and justice entreaty in Colombian administrative labor law, and as the debate between hermeneutic paradigms, such as positivism and natural law, were the primary source of legal appreciations under the jurisdiction entreaty.

Likewise the influence of new conceptions of law from an administrative constitutional perspective, including main such as hand *iura curia novit*, offer approaches towards effective material justice in administrative labor law.

Keywords: Paradigm, Argumentation, Interpretation, proportionality, weighting.

Nota de aceptación

Firma de presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

TALA DE CONTENIDO

1.- INTRODUCCION	9
2. EL PRINCIPIO ROGATIVO DEL DERECHO EN LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.....	12
2.1. Consideraciones generales de la jurisdicción rogada	¡Error! Marcador no definido.3
2.2 Génesis de la jurisdicción rogada	¡Error! Marcador no definido.3
2.3 Excesivo procesalismo	21
3. LAS CONTRARIEDADES INTERPRETATIVAS DE LA JURISDICCION ROGADA DESDE EL POSITIVISMO IUSNATURALISMO.....	24
3.1. Sobre la posición del iusnaturalismo.....	¡Error! Marcador no definido.5
3.2. Limitantes para un cabal obediencia del principio rogativo del derecho desde las teorías iusnaturalista y contractualistas.....	¡Error! Marcador no definido.7
3.3. Incidencia del círculo de Viena en las apreciaciones rogativas del derecho... ¡Error! Marcador no definido.9	
3.4. Consideraciones jurídicas de la jurisdicción rogada.....	¡Error! Marcador no definido.1
4. VICISITUD INTERPRETATIVA SOBRE LA VALIDEZ.....	33
4.1 Algunas impurezas doctrinarias sobre Hans Kelsen	¡Error! Marcador no definido.4
4.2. Consecuencias del enfoque Kelseniano para la investigación jurídica	¡Error! Marcador no definido.7
4.3. Imposibilidad de la respuesta única en la aplicación de la jurisdicción	

rogada.....¡Error!

Marcador no definido.8

5. ACERCAMIENTOS CONSTITUCIONALES EN LAS APRECIACIONES JURIDICAS EN LOS TEMAS DE ROGATIVIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD41

5.1.La sentencia judicial ¿una copia exacta de la ley?41

5.2. Hacia una constitucionalización del derecho administrativo y su incidencia en la jurisdicción rogada **¡Error! Marcador no definido.2**

6. AVANCES Y SITUACIONES FÁCTICAS DEL CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA Y SU INFLUENCIA EN LA JURISDICCION ROGADA.....44

6.1. Demandas contra actos administrativos. **¡Error! Marcador no definido.4**

6.2. En materia de derecho laboral administrativo. **¡Error! Marcador no definido.4**

6.3. Doctrina de los motivos y finalidades **¡Error! Marcador no definido.5**

6.4. Nulidades por inconstitucionalidad en el nuevo código contencioso administrativo..... **¡Error! Marcador no definido.9**

6.5. Excepción de ilegalidad en los actos administrativos50

6.7. La exagerada exegesis en el derecho colombiano y los avances en materia constitucional51

6.8. Las evoluciones del principio iura novit curia en materia constitucional colombiana..... **¡Error! Marcador no definido.3**

7. EL PRINCIPIO DE ROGATIVIDAD FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....55

7.1. Normas de la Organización Internacional del Trabajo. (O.I.T.) y su protección en el derecho laboral.....

.....**¡Error! Marcador no definido.6**

7.2. Sobre el trato igualitario entre trabajadores oficiales y empleados públicos.. **¡Error! Marcador no definido.8**

8. LA DESLIGITIMACIÓN DEL PRINCIPIO ROGATIVO DEL DERECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	59
8.1. Una nueva visión del papel del Estado y de la administración.....	60
8.2.Hacia la búsqueda de la tutela judicial efectiva.....	
¡Error! Marcador no definido.1	
8.3.El resquebrajamiento de la jurisdicción rogada.....	
¡Error! Marcador no definido.2	
9. ANÁLISIS NEOCONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ROGADA FRENTE AL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA	67
9.1.Constitucionalismo general.....	
¡Error! Marcador no definido.7	
9.2. La participación de la tradicional regla Jura Novit Curia, y su posible aplicación no solo en las demandas de reparación directa, sino también su aplicabilidad en el Derecho Laboral Administrativo como parte débil de la relación jurídica.....	71
10. LA CORTAPISA DEL RUEGO FRENTE AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	74
10.1.Revincular la validez y eficacia como necesidad de cuerpo consultivo en el ideal de justicia.....	¡Error!
Marcador no definido.5	
10.2. El principio iura Novit Curia y su protección desde conceptos jurídicos indeterminados de carácter fundamental.....	
¡Error! Marcador no definido.8	
10.3. Sobre el acceso a la Administración de Justicia.....	81
10.4. Sobre las modificaciones de la causa petendi y el principio de congruencia en la sentencia.....	¡Error!
Marcador no definido.2	

10.5.La desrogativización del derecho en el nuevo código contencioso administrativo y sus avances en materia constitucional.....

¡Error! Marcador no definido.5

11.CONCLUSIONES.....88

11.BIBLIOGRAFIA94

LA HERMENÉUTICA DE LA JURISDICCIÓN ROGADA FRENTE AL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA EN MATERIA LABORAL ADMINISTRATIVA

INTRODUCCIÓN

La racionalidad desarrolló modelos filosóficos que en nuestro país han influido sustancialmente en la aplicación del derecho y en la concepción jurídica. El modelo de pureza en el derecho, la influencia del círculo de Viena en la búsqueda de una cientificidad jurídica; según el modelo de las ciencias exactas, ha creado un derecho sin tiempo y sin espacio, con un marcado énfasis en la validez y un notable descuido de la cosa justa en los procesos administrativos laborales.

La era posmoderna ha dado a luz nuevos paradigmas jurídicos que le ofrecen al intérprete del derecho, toda una gama de posibilidades en procura de una mejor interpretación en el que se entrelazan el formalismo moderno y aspectos como la sociología jurídica, filosofía del derecho y teoría del derecho. A su vez, muchas de esas posibilidades tienen una estructura normativa abierta con gran variedad que impone a quien debe aplicarlas una tarea que va más allá de la simple aplicación del derecho; por ende la consecución de la justicia como fin último del derecho. Una razón que nos anima a pensar en la somnolencia de variados procedimientos en materia administrativa, que redundan negativamente en la eficiencia y eficacia de la administración de justicia, influencia que se percibe en la aplicación del principio de justicia rogada, aún en los procesos laborales administrativos, el cual deja ver un fuerte arraigo de lo lógico jurídico-forma, interiorizándose más en la percepción de lo abstracto; dejando de lado la realidad del proceso, razones potísimas para decir: el principio de justicia rogada en el derecho laboral administrativo no es compatible con el modelo de Constitución de 1991.

No se concibe que el proceso judicial, espacio que debe imponer un equilibrio a las partes intervinientes del proceso, privilegie las actuaciones de la administración, en aras de que se presuma la legalidad de sus actos, mas aún con efecto probatorio y deba aplicarse una justicia de carácter rogado en los procesos laborales administrativos.

La aplicación del principio de la rogatividad en materia de pretensiones, probatorias y normativas, producen decisiones estrechas que por las restricciones que tal principio impone, dimanen una precaria producción de fallos. Las pretensiones de la parte actora están limitadas por el basamento de las pretensiones, las cuales pueden ser restablecidas de manera justa por el operador jurídico si fuese de manera diferente; de tal manera que la rogatividad que opera al ejercer el control de legalidad, podría hacerse menos rígida, de modo que aún cuando una norma no sea invocada como infringida, la ostensibilidad en la violación de ella o la prueba fehaciente de que ello ocurrió, podría permitírsele al juez corregir la errata, sobre todo en los procesos de carácter administrativo laboral.

En fin, creemos que debería revisarse la aplicación de los principios de rogatividad y de presunción de legalidad en el juicio contencioso administrativo, haciendo menos rigurosa y más flexible su aplicación, con lo cual se logrará que la jurisdicción adoptara decisiones menos formalistas y más justas. Este sistema viene siendo replanteado por las nuevas doctrinas; especialmente el *common law* el cual ha influido nuestro sistema jurídico, y, tímidamente, por el derecho constitucional, doctrina que viene abriéndose paso en el nuevo sistema interpretativo.

En este orden de ideas, es de suma importancia dilucidar el análisis de los factores sociales en el Estado colombiano, bajo los lineamientos filosóficos de la jácara de la jurisdicción rogada dentro de los aspectos de fundamento jurídico que soportan la fuerte influencia del mencionado principio, en suma desarrollaremos la

activa participación de la tradicional regla *Iura Novit Curia*, y la aplicación no solo en las demandas de reparación directa y otras, sino también que este principio pueda aplicarse en los procesos de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho laboral, esto según el giro hermenéutico de las nuevas concepciones interpretativas del derecho, y lo que es aún más interesante, cómo juegan las preferencias valorativas del juez a la hora de integrar las normas, los principios y las posibilidades interpretativas.

Por otra parte, es fundamental reconocer los aportes del constitucionalismo general, señalando los principales paradigmas interpretativos dentro de una crítica y una reconstrucción de la realidad, temática esta que es significativa para revincular la legitimación, validez y eficacia como necesidad de cuerpo consultivo en el ideal de justicia, de la mano con los Derechos Fundamentales y el Principio *Iura Novit Curia* para demostrar el acceso a la administración de justicia de acuerdo a postulados hermenéuticos.

EL PRINCIPIO ROGATIVO DEL DERECHO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Consideraciones generales de la jurisdicción rogada

Se suele decir que la justicia es rogada cuando el juez está obligado a decidir única y exclusivamente lo que el actor o el demandado hayan solicitado en sus respectivos escritos. En otras palabras, la demanda y la contestación son una camisa de fuerza a la capacidad de decisión del juez, quien no puede, aunque encuentre probado dentro del proceso un hecho, un derecho o una obligación que estén relacionados con lo pedido, mas no solicitado expresamente, declararlo en su sentencia.

La justicia es, entonces, en este sentido, el resultado de la confrontación mecánica del juez entre lo que dice el texto de formulación de la pretensión y el marco jurídico de la norma en la cual se funda la misma, sin que, por ningún principio integrador del derecho (tal y como se pretende con el principio *Iura Novit Curia*), se puede adicionar la solicitud efectuada. El decidir con fuerza de cosa juzgada un conflicto, es radical en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aunque podemos señalar su presencia en otros ordenamientos. Así por ejemplo, el mismo Código de Procedimiento Civil al consagrar la congruencia obliga a que el juez decida sobre los extremos planteados y en forma solemne y ceremoniosa le ordena. En pocas palabras, la justicia rogada es la imposibilidad del juez de ampararse en determinada norma por no haber sido invocada para declarar lo que aparece probado o porque no ha sido pedido o manifestado en el concepto de la violación¹; a diferencia de la jurisdicción ordinaria laboral en la que el juez puede fallar de manera extrapetita y ultrapetita bajo el principio *Iura Novit Curia* que obliga

¹ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 30 de julio de 1993, rad. 2262, MP. Yesid Rojas Serrano; y sección tercera, auto de 16 de marzo de 2005, rad. 27921, MP se Ruth Estela Correa Palacio y sentencias de 8 de junio de 2000, rad 11121, MP. María Elena Giraldo Gómez y de 17 de agosto de 2000, rad. 12640, MP. Alier Hernández Enríquez.

al juez a saber el derecho y escoger la norma que se considera aplicable al caso, en lo cual, se repite, debe respetar la congruencia, el juez puede buscar la norma no invocada.

En el derecho contencioso administrativo, la justicia rogada rige en toda la actuación y se cumple como dogma de fe, sin que siquiera se pregunte porqué rige, o con una mera explicación irracional o como se explica lo inexplicable en derecho, o simplemente porque sí.

Génesis de la jurisdicción rogada

Este principio tiene sus orígenes en Francia donde se requería resolver los conflictos con el Estado, en principio, ante la jurisdicción contenciosa únicamente podía acudir para impugnar en acción ciudadana el acto contrario a la legislación, lo cual estaba dado para resolver las actuaciones de la administración, donde el accionante no tenía facultades para probar en contra de lo que se hubiera discutido, probado o analizado en la instancia administrativa. No había posibilidad de pedir y practicar pruebas en el proceso, ni introducir argumentaciones diferentes a las que se hubieran tenido en la actuación administrativa, de allí la denominación de proceso de revisión, Lo cual denota un afán por proteger las actuaciones de la administración teniendo en cuenta el principio de legalidad, y el interés general de la administración pública².

En fin tal y como describió Eduardo Garcia de Enterría: “la idea de exigir judicialmente a la administración por modo directo ese respeto a la ley, y el dogma de no separar la administración de la justicia”³. Lo cual conlleva hacer reconocer judicialmente las incurias del estado procesalmente.

² CUEVAS CUEVAS, Eurípides de Jesús *Memorias XXV Congreso de derecho procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Cartagena Colombia Página 409.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas S.A. Página. 18.

Profundizando en esta línea de pensamiento, García de Enterría alcanza el punto culminante de su tesis al defender un cambio de paradigma para la justicia administrativa. Su libro “transformaciones” de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿un cambio de paradigma?” concluye así: hoy el juez contencioso-administrativo tiene la obligación de tutelar en su plenitud ese espacio de libertad que el ciudadano contemporáneo ha conquistado definitivamente y solo desde el cual puede ser capaz de construir y proteger una vida personal plenaria en su integridad⁴.

Solo ahora, por vez primera en toda su larga historia, el juez contencioso-administrativo, al haber ganado esa plenitud de jurisdicción ha pasado a ser definitivamente capaz, en efecto, de otorgar a los ciudadanos una justicia plenaria y efectiva. Esta es la formidable actualidad de la técnica contenciosa-administrativa de protección del ciudadano tras sus últimas y bien resientes regulaciones.

La subjetivación definitiva de la justicia administrativa, que ha roto el mito histórico de su supuesta objetividad, tras el cual se enmascaraba una superioridad formal de la administración sobre el ciudadano, considerando aún como súbdito que debía ceder ante la supuesta superioridad de “los intereses generales”. Gestionados por la administración es ya una ganancia definitiva y por ello definitivamente irrenunciable de nuestro tiempo⁵.

Es esta idea de excepción judicial de la administración la que va a determinar la suerte entera de lo que hoy llamamos lo contencioso – administrativo, comienza organizándose como un control interno de la administración sobre su propio aparato. No ya los tribunales, sino la propia administración, mediante órganos especiales⁶.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional*, Editorial Civitas S.A 2007, Madrid, página 138.

⁵ *ibidem*. Página 138.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas S.A. página 19.

Dentro de los aspectos de fundamento jurídico que soporta la fuerte influencia del principio de rogatividad del derecho, a pesar de no estar positivizado en la norma, este es aceptado como principio, razón por la cual no es necesaria su codificación, sin embargo, el mencionado principio no lo es tal, pues más que principio es solo una regla de conducta que tiene sus orígenes en situaciones no judiciales del Consejo de Estado Frances, al cual se acudía para consultarle su opinión sobre las inquietudes del rey y luego las consultas del gobierno, de tal manera que solo se podía contestar lo preguntado.

Por otra parte, la interpretación del principio de la rogatividad en materia de pretensiones y la exigencia probatoria y normativa, ha conllevado a pronunciamientos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cada vez más limitados e injustos, por las restricciones que el mencionado principio impone, al estar las pretensiones de la parte actora circunscritas a las decisiones judiciales, cuando el juez podría adoptar medidas que restablecieran completamente el derecho, tomando como base principios constitucionales de garantía para el ciudadano

Atendiendo a lo anterior, el artículo el 170 del C.C.A. derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, permite que para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas, es suficiente para que el juez restituya el derecho; pero, esa argumentación no es tenida en cuenta, a pesar de tener sustento jurisprudencial⁷; No sólo porque con poca frecuencia se utiliza la potestad de la mencionada norma, sino porque cuando se hace, está limitada por la prohibición de ultra y extra petita en los procesos de

⁷ Ubicar sentencia: Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de 2003 radicado numero: 73001 – 23 – 31 – 000- 1999 – 2241 (0994 – 01): *"Principio de la jurisdicción rogada". Este, que es el alma del fallo entero, viola el espíritu del nuevo Código Contencioso Administrativo, en especial el de su artículo 170 que ordena al Juez aplicar "las normas jurídicas pertinentes", no las "pertinentes que haya invocado el actor". Ante el acercamiento del nuevo Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Civil que implica una humanización radical de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desapareció legalmente el ritornello de la "jurisdicción rogada", tan enfáticamente invocado en las consideraciones de la sentencia; según éste el Juez administrativo, como si fuera abogado del demandado en vez de funcionario imparcial, debía buscar y aplicar las normas pertinentes que favorecieran al demandado, y, en cambio, de las favorables al actor sólo podía aplicar las que éste hubiera invocado en la demanda, así el resultado fuera la primacía de una resolución del último grado jerárquico sobre la Constitución Nacional".*

jurisdicción contenciosa. De tal manera, el ruego que opera al ejercerse el control de legalidad podría hacerse menos rígido, de modo que aún cuando una norma no sea invocada como infringida, la ostensibilidad en la violación de ella o la prueba fehaciente de que ello ocurrió, debería permitir al juez hacer un pronunciamiento de ilegalidad.

Si bien hoy algunas morigeraciones se han dado vía jurisprudencial, como por ejemplo el decretar pruebas de oficio en cualquier etapa del proceso⁸ que a pesar de tener un sustento normativo, se requiere una mejor regulación que generalice la práctica de ese procedimiento.

Sobre este tópico son muchos los versados en la materia que han venido haciendo eco en inusitado inconformismo. Tratadistas como Juan Angel Palacio Hincapie, por su parte, referencia muy oportunamente la disertación que hace Martha Sofía Tobón en el XXV congreso de derecho procesal en ocasión a la jurisdicción rogada: “ la noción de justicia rogada, ha surgido en la jurisprudencia colombiana como interpretación, a mi modo de ver restrictiva, de las normas que tanto el código Contencioso Administrativo anterior como en el vigente, consagran los requisitos que debe contener toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, como es la obligación de indicar las normas violadas el concepto de su violación, cuando se trata de impugnación de actos administrativos (artículo 137 – 4 C.C.A.) exigencia que si bien es legal, ya que fue consagrado como requisito obligatorio para impetrar las demandas ante dicha jurisdicción; debe interpretarse sin el rigor jurisprudencial de que ha sido objeto y que se ha mantenido desde 1949 hasta la fecha, como puede leerse en reiterados pronunciamientos⁹”.

⁸ Concejo de Estado, Sección Cuarta. Auto de 3 de agosto de 1990, Guillermo Chanin Lizcano. Rad. 2.739.

⁸ Concejo de Estado. Sala plena. Sentencia de 1 de febrero de 2000 Concejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Rad. AC – 7974.

⁹ CUEVAS CUEVAS, Eurípides de Jesús, *Memorias XXV Congreso de derecho procesal*, homenaje Universidad Libre 80 años Página 409, Cartagena Colombia, Instituto de Derecho Procesal.

Así mismo, el fenómeno de la huida del derecho administrativo es cada vez más palpable por la decidida participación del Estado en las relaciones privadas, de esta manera, es necesario que las altas cortes el juez en la misma forma que expide normas regulatorias del fenómeno, también se interpreten esas nuevas situaciones y se plasmen en sus decisiones¹⁰.

La tradición jurídica colombiana ha acogido como presupuesto de la demanda que verse sobre actos impugnatorios “la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación”. Al recordar la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1949 hasta nuestros días, se mantiene intacto a pesar del transcurso del tiempo y los avances en materia de derecho, este requisito consignado en el numeral 4º, artículo 84 de la Ley 167 de 1941 y reproducido en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. actual, en resumidas cuentas los diferentes fallos hacen alusión al principio de legalidad del cual van revestidos las actuaciones de la administración, es por ello por lo que, al administrado le corresponde probar lo contrario¹¹.

Por otra parte, en el auto de 26 de enero de 1949¹² observamos que: “... La facultad discrecional que asiste al demandante en “la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación”, que es una de las formalidades que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, está jurídicamente condicionada, para la prosperidad de la acción, a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor, porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones en su recto sentido, no podría ella fundarse en consideración de textos que no sean atinentes, o cuya interpretación y aplicación estén atribuidos por la ley a otra competencia, ni en

¹⁰ Ibid, pag 500.

¹¹ SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, *Practica administrativa*. Ediciones doctrina y ley Ltda. Página 82. Bogotá.

¹² *Anales del Consejo de Estado Tomo LVIII, números 367 a 371, páginas 336 a 342, C.P.: Dr. Pedro Gómez Parra, Acción de Nulidad contra la Resolución Nro 15 de 16 de octubre de 1945 emanada de la Junta de Valorización del Municipio de Medellín.*

ninguna norma que no haya sido expresa y precisamente citada en la demanda, por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción...” Y en sentencia de 17 de noviembre de 1955 se corrobora la anterior postura.¹³

Así mismo, la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado¹⁴: “La sala reitera la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio *iura novit curia*, pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable”.

De igual manera, la sección cuarta de la misma corporación en sala plena determino¹⁵: “El juez está obligado a analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones, no es posible que el juzgador pueda resolver sobre temas que no han sido oportunamente puestos a su consideración por contestación de la demanda. Lo anterior porque siendo la jurisdicción administrativa una jurisdicción rogada el juez administrativo debe concretarse a los motivos de la violación alegados por el demandante y a las normas que él mismo haya señalado como infringidas”.

Frente al tema de la jurisdicción rogada el principal antagonismo esta dado entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, con ocasión sentencia de julio 17 de 2003, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda¹⁶, sentencia en la que se puede apreciar el marcado distanciamiento de la Corte Constitucional¹⁷, en la sentencia

¹³ ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Tomo LXI, números 382 a 386 páginas 287 a 296, C.P.: Dr. Lidefonso Méndez, Acción de Nulidad contra el Decreto 1126 de 1952 por el cual se modificó la situación de retiro del Ejército del Teniente Coronel Juan A. Sarmiento.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala plena. Sentencia del 31 de de julio de 1989, expediente No 2852.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 27 de marzo de 1998, expediente 8780.

¹⁶ El Consejo de Estado, por intermedio de la Sala Plena de la sección 2 profirió la Sentencia de julio 17 de 2003 M.P. Nicolas Pájaro Peñaranda, expediente No 994 – 01.

¹⁷ Sentencia 197 de 1999 con ponencia del Dr Antonio Barrera Carbonell: en la referida sentencia la corte concluyo: Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto

el Consejo de Estado concluyó: “en casos similares al analizado – refiriéndose a la corte constitucional - se había hecho una interpretación extremadamente amplia de las pretensiones invocadas, ligándolas con derechos fundamentales, en aras de la prevalencia del derecho sustancial”.

“Pero la Sala replantea su tesis, manifestando que si bien es cierto que las pretensiones formuladas atañen a derechos laborales, no por ello es predicable la violación directa del derecho al trabajo ni de otro derecho fundamental, de manera que pueda concluirse su afectación directa y forzosa, como consecuencia única del reclamo de sumas salariales y prestaciones, de las que no se evidencia que se halle tampoco comprometido el mínimo vital”.

“Al pretender la nulidad de un acto administrativo, es necesario citar las normas que estima como vulneradas, pues estas son como de sus propias pretensiones y le demarca la decisión al fallador, es sobre ello que versa la contención, en la medida en que el examen de las normas que consagran los derechos invocados es lo que determina si en efecto éstos fueron quebrantados. Y ello no se discute cuando se entra a debatir la legalidad de actos administrativos, pues dada la presunción de legalidad que los ampara, es precisamente el censor a quien compete determinar no sólo las razones por las cuales estima que el acto quebranta el ordenamiento jurídico, sino las disposiciones de éste que estima conculcados, no resulta lógico ni consecuente que con la simple enunciación de la ilegalidad de la actuación tenga que entrar el fallador a inquirir frente a cuales de las normas que conforman el universo jurídico pudo estar la contradicción contenida en el acto”.

“Examinar el acto administrativo por fuera de esta delimitación dada por la demanda constituye una clara ofensa al derecho de defensa consagrado constitucionalmente; la parte demandada acude en su defensa en torno a los planteamientos del libelo, que son los que se dispone a debatir; que sería sorprendente, si en cuestiones no expuestas en la litis inicial y frente a los cuales

de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

nada pudo alegar en su oportunidad, sólo en el momento del fallo la controversia se resuelve con planteamientos surgidos del examen de normas no invocadas”.

Corolario de lo anterior, los fallos del Consejo de Estado en los que se puede apreciar la violación de normas han sido reiterativos al afirmar que el principio de jurisdicción rogada nace como una manera moderadora al principio de la *iura novit curia*”, que impone al juzgador el deber de aplicar la ley vigente, así no haya sido invocada por la parte interesada en la demanda.

La consideración principal de los fallos del Consejo de Estado estriba en la interpretación que se hace del numeral 4 del art. 137 del Código de procedimiento Administrativo (Modificado en el artículo 162 numeral 4¹⁸ del nuevo Código Administrativo y de lo contencioso administrativo) que establece, entre los requisitos de la demanda, el señalamiento de los fundamentos de derecho de las pretensiones y que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación. Esta exigencia encuentra su sustento en entonces, para los procesos de impugnación de actos administrativos se exige una mayor técnica- jurídica porque fuera de que se deben determinar las normas que se estiman violadas por la actividad de la Administración, se tiene que explicar el sentido de la infracción. Si se enuncia la violación defectuosamente calificada y no da al traste con la acción si ciertamente ella se produjo, es ahí cuando entra la facultad interpretativa del fallador. En efecto: Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el

¹⁸ Ley 1437 de 2011 artículo 162 No 4; requisitos de la demanda: toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

No - 4. los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada.

La interpretación en este sentido toma mucha fuerza al interior del Consejo de Estado y en sentencia del 23 de marzo de dos mil seis¹⁹ la alta corte se aparta totalmente de la posición de la sentencia de la Corte Constitucional (C-197 de 1999 Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonel), radicalizando aún más la discusión, al determinar que ni siquiera en los casos donde se violen derechos fundamentales, es posible, el desconocimiento del principio de rogatividad del derecho:

“Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, para la alta corte, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación”²⁰.

“De tal manera que para el Consejo de Estado aun tratándose de derechos fundamentales como el del trabajo la exigencia de la rogatividad se trata de un requisito mínimo, razonable, proporcionado y necesario, porque dicho requisito es aplicable de modo general a todas las personas que demandan actos administrativos ante dicha jurisdicción, sean o no trabajadores”²¹.

Excesivo procesalismo

En resumen, podemos considerar como eje fundamental de la problemática en cuanto al acceso de administración de justicia, y con ello la aplicación del principio *iura novit curia* en materia laboral administrativa, el excesivo procesalismo y de un dogma de fe llamado principio de rogatividad (superponiéndose este principio al

¹⁹ Sentencia Número: 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04 Actor: Eduardo Cesar Fula Alfonso. Bogotá, D.C. veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006).

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

derecho sustancial) interpretado desde la óptica del positivismo kelseniano, la herencia kantiana, la búsqueda de la “pureza” en el Derecho dada por la influencia del Círculo de Viena²², la búsqueda de una cientificidad para el Derecho según el modelo de las ciencias exactas; un derecho sin tiempo y sin espacio con énfasis en la validez con descuido de la legitimidad y de la eficacia, en resumidas cuentas, la Identificación del derecho con la norma.

En este orden de ideas, es en la Jurisdicción Contenciosa, quizás, donde más se percibe el énfasis del excesivo procesalismo, tal y como se puede ver en el transcurrir de la historia de la jurisdicción contenciosa, la enunciación de las normas en armonía con el concepto de la violación, es el pilar fundamental para la prosperidad de las pretensiones en la demanda. Preceptos recogidos en el Numeral 4º del Artículo 137 del C.C.A modificado por el artículo 162 numeral 4 del nuevo código contencioso administrativo dan muestra de ello, aunque con muy leves morigeraciones en la aplicación de los derecho fundamentales.

Así las cosas en la jurisdicción contenciosa laboral se interpreta de manera exegética y con un criterio excesivamente formalista, el cual redundante en una concepción reduccionista del principio rogativo del derecho, lo que no se compadece con el ideario constitucional de la carta política de 1991, que aboga por la prevalencia de los derechos sustanciales sobre los formales y por el acceso efectivo y real a la administración de justicia. La falta de impulso procesal del juez para adecuar la demanda a los rigores de ley, o los pronunciamientos inhibitorios

²² El proyecto del Círculo de Viena estribaba “en conformar una filosofía científica. Las matemáticas y la lógica, así como la física, son los grandes modelos a los que deben toda forma de discurso científico. El programa positivista de Comte en el Siglo XIX debía ser culminado, convirtiendo la biología, la psicología y la sociología en ciencias positivas. La unificación de la ciencia debe llevarse a cabo reduciendo todas las proposiciones observacionales a lenguaje fiscalista, con lo cual se mostraría que existe un núcleo común a todas las ciencias positivas” (Echeverría, 1989). Y su proyecto institucional era la elaboración de la Enciclopedia para la Ciencia Unificada (Ibíd.).< universidad del Zulia, facultad de ciencias. Dpto.de Física. Maracaibo, Zulia. Venezuela. E-mail: góspel@luz.ve > <http://www.entretemas>. noviembre de 2002.

originados por la ausencia total del concepto de violación o por el defectuoso cumplimiento de tal requisito, disminuyen la existencia de mecanismos legales que permitan la consecución de un mejor ideario de justicia²³.

La Carta del 91 le impone deberes constitucionales que le asignan al funcionario judicial la obligación de darle primacía al derecho sustancial sobre el formal, lo justo legal sobre el tecnicismo jurídico, evitando terminar en actos denegatorios de justicia, que no se compadecen con los dictados de rectitud procesal y el Estado social de derecho, lo cual implica un velo de injusticia en el cuestionando principio de rogatividad del derecho administrativo en los procesos laborales.

²³ Sobre este tópico el consejo de estado sección segunda consejero ponente Jesus Maria Lemus Bustamente sentencia 15001-23-31-000-2001-00869-01(8624-05) del seis (6) de agosto de dos mil ocho (2008) determino lo siguiente: “ *sin negar la naturaleza rogada de la jurisdicción Contenciosa Administrativa y el deber de quien ante ella acude de presentar su reclamación en la forma aplicada por las normas aplicables, no es viable en un Estado Constitucional de Derecho convertir las formalidades propias de la acción en barreras para acceder al derecho a la administración de justicia. Existen eventualidades en las que, sin llegar a efectuar correcciones de la demanda y por ende modificar su contenido, el juez, como director del proceso, puede interpretar razonablemente la demanda y así evitar un fallo inhibitorio.*”

LAS CONTRARIEDADES INTERPRETATIVAS DE LA JURISDICCIÓN ROGADA DESDE EL POSITIVISMO Y EL IUSNATURALISMO

Cuando hablamos de jurisdicción rogada, el principal escollo que se presenta está dado por muchas de las fallas interpretativas de nuestro siglo, las cuales hunden sus raíces en el pensamiento positivista y iusnaturalista, herencia maliciosa de las fallas hermenéuticas de nuestra era, la crisis de la legitimidad la cual constituye el vínculo con la voluntad popular en defensa de los derechos humanos políticos y sociales; crisis de la validez: hegemonía del criterio jerárquico; crisis de la eficacia: muchas leyes poca justicia, poco orden y mucha impunidad²⁴.

Surgió así en el siglo XIX la llamada teoría general del derecho, que estigmatizó los contenidos jurídicos alejándose cada vez más de los contenidos anticientíficos y anti kantianos; entendido como el modelo de ciencias exactas y del derecho como ciencia; y se limitó a análisis conceptuales y estructurales. Bajo el imperio de este formalismo también prevaleció en la metodología jurídica el concepto de que la creación del derecho sería un simple proceso lógico, concretamente la [subsunción de un conjunto de circunstancias vitales bajo la norma legal. Pero que el proceso de creación jurídica muestra una estructura esencial más complicada, que contiene también momentos productivos, dialécticos, posiblemente intuitivos. En todo caso no exclusivamente lógico-formales, y que el juez nunca infiere la decisión solo de la ley, sino que llega al caso siempre con un determinado preconcepto, establecido por la tradición y la situación²⁵.

Como contraposición a este positivismo y iusnaturalismo, surge la sociología jurídica; así mismo, teorías como la analítica y el neo-constitucionalismo, que en principio brotan como tratamiento de las deficiencias jurídicas de estos primeros sistemas de interpretación.

²⁴ “La verdad es que nosotros, con el pecado original de las leyes injustas (de las que son culpables el pensamiento positivista y iusnaturalista), perdimos para siempre nuestra inocencia. Desde que esto ocurrió, no puede ninguna filosofía del derecho limitarse exclusivamente a lo formal y descuidar los contenidos, o sea dejárselos a la política”: ARTHUR KAUFMAN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, editorial Temis S.A. Bogotá 1992 pag. 33.

²⁵ KAUFMAN, Arturo, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, editorial Temis. Pag 34.

Para una concepción verdaderamente racional está el hecho de que a través de otras fuentes de conocimiento – emociones, pasiones, instintos, ect. – se tengan en cuenta a la hora de producir el conocimiento. Cuando se cree poder deducir las decisiones solo de lo propuesto por las partes en el proceso, sumado a la adecuación legal, se tendrá con seguridad una racionalidad rezagada.

De tal manera que una filosofía del derecho racional, más sencilla y maleable, no solo se ocupa de las estructuras formales, conceptuales, lógicas del derecho, sino también de sus contenidos. De la misma manera lo describe Kaufman: *“Mientras las obras de dogmática jurídica, que se ocupan del derecho válido, suelen envejecer en corto tiempo (pues el derecho cambia continuamente) la literatura filosófica permanece actual durante siglos, y aun milenios”*.²⁶ En la filosofía se trata como se recuerda problemas de principios ¿Qué es en substancia derecho? ¿Por qué tenemos en general que sancionar? Entonces no es que estos problemas pudieran inscribirse más allá de toda la historia ni tampoco, en absoluto, las respuestas a ellos. Pero cuando menos hay interrogantes que surgen en todas las épocas y en todas las culturas jurídicas, así ellos pueden ser respondidos de varias formas. La más importante de las preguntas es si el hombre puede disponer libremente sobre el derecho o si la creación del derecho se le impone límites. Hemos usado de antiguo para la primera concepción el calificativo de positivismo jurídico, para la segunda, el derecho natural. Sin embargo, esas corrientes han recibido nombres y tratamientos muy distintos en diferentes épocas²⁷.

Sobre la posición del iusnaturalismo

Para el iusnaturalismo, las normas jurídicas inmorales o injustas no son derechos; basta con echar un vistazo al sentido de la tradicional sentencia eclesiástica *lex*

²⁶ KAUFMAN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, editorial Temis. Bogotá, Colombia 1992 Pag 63.

²⁷ *Ibíd*

iniusta non est lex. Aplicada a esta tesis al principio de rogatividad del derecho administrativo, de manera rígida, puede alejarnos del fin que persigue el derecho. El antagonismo que se presenta, está en que mientras para un iusnaturalista si es aplicado de manera injusta no es derecho, para un positivista de una tendencia menos rígida (positivista moderado), si no es justo es derecho pero es ignominioso para ser aplicado u obedecido. Pero de una u otra forma esta rigidez del principio rogativo del derecho, a nuestra manera de ver, no presenta cabida en el Estado social de derecho, por ende urgen mecanismos, como los que propondremos más adelante, que permitan un mejor acceso a la administración de justicia

La corriente del derecho natural se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe la ley, conforme a la justicia. Una ley no conforme con esta, *non est lex sed corruptio legis*. Aunque pueda pensarse que el iusnaturalismo puede resolver el problema de la rígida rogatividad en los procesos laborales administrativos hay también tanto de largo como de fondo, ya que el iusnaturalismo puede conducir a inseguridades que debilitan la credibilidad en el derecho; sin que se quiera desacreditar el discurso o la argumentación de los pensadores iusnaturalistas hay situaciones que merecen la atención, pues en muchos casos un iusnaturalista intenta deducir un deber ser del ser, pero si llegado el caso, al tratarse de una descripción del ser ficticia, su argumentación podría ser inválida.

En resumen el iusnaturalismo afirma que una norma es válida si es justa; en pocas palabras, hace depender la validez de la justicia. Sin embargo la concepción del derecho natural es errónea en tanto que emana de una concepción de naturaleza inmutable; y de que en su conciencia se encuentra inmersa unas valoraciones o principios objetivos de lo injusto y de lo justo, de lo bueno y de lo malo, de lo cierto y de lo falso. Sin embargo, el hombre es un ser histórico cuya esencia se encuentra en un constante cambio²⁸; motivo por el cual la concepción del iusnaturalismo ha sido objeto de una notable evolución, es así, como el

²⁸ ROJAS GONZALES, Germán E, *Filosofía del derecho* Ediciones Librería del Profesional, Bogota 2001. Pág. 87.

iusnaturalismo moderno, por ejemplo, plantea la posibilidad de un iusnaturalismo que no depende del derecho divino²⁹ sino de las circunstancias históricas que lo rodean.

Limitantes para un cabal obediencia del principio rogativo del derecho desde las teorías iusnaturalista y contractualistas

Ahora bien, el obediencia extremo de la ley, aún siendo injusta, por virtud del contrato suscrito entre ciudadanos y Estado, terminan reducidos los teóricos del contractualismo a una ideología iusnaturalista al intentar deducir un deber ser del ser, entendiendo el deber ser como el contrato entre la sociedad y el Estado, pero en realidad, al ser un contrato inexistente por no tener una causa justa, redundan en una descripción del ser ficticia, siendo su argumentación inválida. Uno de los primeros críticos del contractualismo fue el escocés David Hume. En un artículo titulado “Del contrato original”, lanza invectivas contra la historicidad de dicho contrato: “En vano se nos pregunta en qué libro o actas está registrada esta carta de nuestras libertades”³⁰. Esta crítica a la historicidad del pacto se hace más explícita cuando Hume se ocupa de la “referencia” —en el mundo— de los objetos descritos por los iusnaturalista. En efecto, escribe: Pero si estos argumentos tendiesen la vista por el mundo, no encontrarían nada que correspondiese en lo más mínimo a sus ideas, o que pueda justificar un sistema sutil y filosófico.

Pero de qué contrato hablamos, cuando dentro de los mismos teóricos del contractualismo existen marcadas divergencias, así mientras Hobbes considera al hombre como un lobo para el hombre (*homo hominis lupus*) y, por tanto el estado de naturaleza es un estado de guerra; claro está y es de aclarar que para Hobbes, el hombre en estado de naturaleza utiliza su facultad racional, y precisamente por ello desconfía de cualquier otro hombre; el cálculo utilitario que le permite hacer la razón le indica que no debe confiar en nadie, puesto que no hay garantías de ningún tipo. Así, lo más racional que puede hacer un hombre en estado de naturaleza es defender su vida por todos los medios posibles (en otras palabras, la

²⁹ FERRATER MORA, J diccionario filosófico, Editorial Ariel s.a. Barcelona 1979, pág. 1978.

³⁰ HUME, David “*Del contrato originario*”, en Ensayos políticos, Madrid, Unión editorial, 1975, p. 99.

guerra), para Hobbes en la naturaleza del hombre tres causas principales de discordia. Primera, la competencia; segunda, la desconfianza; tercera, la gloria.³¹

“En Locke el hombre vive en un estado de perfecta libertad e igualdad. Para Rousseau el hombre es el “buen salvaje”, el hombre teniendo la comida, el descanso y una mujer solo los males y las enfermedades lo aquejan. Para cada autor existe una causa determinante que define el porqué se pasa del estado de naturaleza al Estado, a través del pacto o contrato social, el cual tiene la cláusula fundamental que vincula a todos los individuos, en definitiva, mientras para Hobbes el hombre es malvado por naturaleza (lobo), en Rousseau es todo lo contrario. John Locke estructura su propuesta política a partir, justamente, de la idea de propiedad. Locke parte de la misma idea de Hobbes: los seres humanos nacen todos libres e iguales. Pero de esto no infiere la guerra de todos contra todos, sino que nadie tiene derecho a quitarle nada a nadie. En palabras de Locke: Tiene el estado de naturaleza ley natural que lo gobierne y a cada cual obligue; y la razón, que es dicha ley, enseña a toda la humanidad, con sólo que ésta quiera consultarla, que siendo todos iguales e independientes, nadie deberá dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. La médula de la argumentación lockeana está en la idea de propiedad, que le permite configurar su antropología del “productor-propietario”³²: Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sean a todos los hombres comunes, cada hombre, empero, tiene una “propiedad” en su misma “persona”. A ella nadie tiene derecho alguno, salvo él mismo. El “trabajo” de su cuerpo y la “obra” de sus manos podemos decir que son propiamente suyos”³³.

Para Rousseau la propiedad privada es el fundamento de la sociedad civil, y origen de la desigualdad y los mayores males que acosan al hombre. Con el establecimiento de la propiedad privada, los seres humanos desearán tener más y más, se compararán unos con otros, sintiéndose insatisfechos. Para completar el sistema, hay que decir que en la sociedad civil, los ricos establecen un pacto de “razón aparente” con los pobres, cuyo único fin es pretender legitimar la dominación que antes ejercían por la fuerza. Este pseudo-pacto -que encadena a los participantes- debe ser reemplazado por un verdadero contrato social, único acceso a la República, que celebran los seres libres, característica que nunca

³¹ HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, Editorial: Fondo de Cultura Económica de México, 1994, página 102

³² Pero lo más preocupante de la teoría contractualista de Locke es quizá el tema de la propiedad, cuando existe un límite, en cuanto a la apropiación de los recursos naturales por ejemplo, será que ¿soy libre de apropiarme de todo cuanto existe sin importar que queda para las generaciones futuras? ¿puedo apropiarme de toda la naturaleza cuando esta es de todos? La explotación de un paramo, que es de todos, a cuenta de unos cuantos por ejemplo puede ilustrar mejor el asunto.

³³ LOCKE, Jhohn *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Bs. As., Ediciones libertador, 2004, p. 10.

podrán alienar (mientras que para Hobbes el bien máspreciado e inalienable es la vida, para Rousseau es la libertad). Estas breves caracterizaciones a las que hemos pasado revista tienen el objeto de darnos una sustancia que nos permita responder cuando el derecho no es justo desde una misma posición jurídica las cuales constituyen las teorías contractualistas. Si se quisiera atizar más el fuego, y contradecir el marcado obediencia de la norma desde el compromiso que deben asumir los asociados desde la óptica del contrato social, tendríamos que para un materialista histórico, este pacto carecería de validez por ser un pacto viciado fundamentado en el sistema de opresión del hombre por el hombre, un pacto condicionado por una base económica que determina la superestructura³⁴.

En este orden de ideas el estudio contractualista de la justicia es de suma importancia por la fuerte influencia de estas teorías en la consolidación del derecho constitucional, tal es la influencia que autores como Ferrajoli sostienen que el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista. “En el sentido de que las constituciones son contratos sociales de formas escrita y positiva, pactos fundamentales de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios”³⁵, lo que llevado al plano de la jurisdicción rogada no es un compromiso contractual entre coasociados y estado por los vicios de los que puede padecer este contrato.

Incidencia del círculo de Viena en las apreciaciones rogativas del derecho

El tema de la jurisdicción rogada tiene fuentes interpretativas que no permiten un avance en la consecución del ideal de la justicia, de las influencias más preponderantes que estancan este fin, se tienen las aplicaciones jurídicas que emanan del Círculo de Viena, las cuales hunden sus raíces en el empirismo de Hume y Locke, el positivismo de Comte, el empiriocriticismo de Mach y

³⁴ La superestructura es producto de la base y está indisolublemente ligada con ella, como es la base así será la superestructura. Tomemos, por ejemplo, la base de la sociedad primitiva. La ausencia de propiedad privada y clases y, por consiguiente, de contradicciones de clases en ella fue la causa de que la superestructura de dicha sociedad no hubiese ideas estatales, ni políticas, ni jurídicas, ni instituciones respectivas.

El surgimiento de la propiedad privada y de las clases es decir, la aparición de la base de la sociedad esclavista, trajo a la vida una superestructura de otra índole.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías, Editorial Trotta, Madrid 2004. Pág. 53.

especialmente Wittgenstein que hincan toda fuente de conocimiento en la experiencia sumado a la exactitud del derecho, con tal finalidad implementaron el principio de *demarcación o de verificabilidad* el cual determina qué enunciados podían ser aceptados como científicos³⁶. Merece una especial importancia los aportes de la filosóficos de Wittgenstein³⁷ Uno de los filósofos más importantes de este siglo, mientras para algunos es el padre del positivismo lógico para otros es el padre de la (mal llamada) filosofía lingüística³⁸.

De igual forma pensadores como Comte hicieron grandes aportes al estudio del derecho, para algunos basta con recordar el aforismo descrito: “*Cuando los hombres no saben que pensar, tampoco saben cómo vivir. Augusto Comte quería enseñarles cómo vivir, enseñándoles qué pensar*”³⁹.

³⁶ Este principio expone que un enunciado será considerado científico solo si puede ser constatado por hechos verificables, de aquí se deduce que solo pueden asumirse como verdaderos los enunciados después de compararlos con hechos objetivos.

³⁷ En Cambridge, Wittgenstein encontró una atmósfera de gran actividad intelectual. En la década que precedió a la primera Guerra Mundial, Russell y Whitehead publicaron su *Principia Mathematica*, mientras que el filósofo más influyente era George E. Moore. Wittgenstein se hizo pronto amigo de Russell, y lo mismo ocurrió con Moore y con Whitehead, así como con Keynes el economista, Hardy el matemático y otros talentos semejantes. Wittgenstein permaneció en Cambridge casi dos años, y a fines de 1913 se fue a vivir a Noruega, en una cabaña que se construyó él mismo, en un sitio completamente aislado. Al estallar la guerra ingresó como voluntario al ejército austriaco y peleó hasta 1918, en que cayó prisionero de los italianos. Durante todo el tiempo que estuvo en el frente siguió trabajando en los problemas de filosofía que lo habían ocupado en Cambridge y en Noruega, y en agosto de 1918 había terminado de escribir su libro *Logisch-philosophische Abhandlung* (mejor conocido por su título en latín, *Tractatus Logico-Philosophicus*, sugerido por Moore), de modo que cuando fue capturado llevaba el manuscrito en su mochila. Gracias a la ayuda de Keynes, logró enviarle una copia a Russell desde el campo de concentración donde estaba prisionero, cerca de Monte Cassino, en el sur de Italia; también le mandó copia a Frege.

³⁸ FERRATER MORA, J diccionario filosófico, Editorial Ariel s.a. Barcelona 1979, pág. 1978.

³⁹ Las circunstancias de Auguste Comte, fueron: haber nacido en Montpellier el 19 de enero de 1798, en una familia de la pequeña burguesía, <<extremosa en la fe católica y en la fidelidad monárquica>>; su vida desordenada, que -en palabras de Elías de Tejada(1), de quien son los textos entrecuillados- <<es la secuela de las nuevas rebeldías de la generación aparecida en tiempos de la gran Revolución>>; el hecho de hallarse <<disgustado sin remedio con la Francia en que vivía>>, de la que quiso emigrar a Estados Unidos sin conseguirlo, y su encuentro con el conde de Saint-Simón en agosto de 1817, <<le abre el camino para madurar su filosofía>>. Ciertamente, fue secretario de Saint-Simón y colaborador del órgano del saint-simon, *Le producteur*(2). Después de siete años de colaboración, durante los cuales Comte fue elaborando su sistema -él mismo confiesa que en 1822 fue cuando descubrió sus leyes sociológicas-, en 1825 se produce su ruptura con Saint Simón, <<por haber éste impreso a su movimiento cierto matiz sentimental y religioso que, a juicio del joven Comte, destruía las exigencias racionales exclusivamente necesarias para un sano proceso de investigación El positivismo científico de Augusto Comte y lo utilizado de él por la ciencia del derecho en el siglo XX 3 elaboración de la ciencia positiva>>. Se casa en 1825 con una prostituta, y en 1842 se separa de ella. Durante ese matrimonio pública los seis volúmenes de su *Cours de philosophie positive*. En 1844 se enamora ciegamente de Clotilde de Vaux, fallecida en 1846. Los dos últimos años de la vida de ésta marcan la nueva orientación a lo religioso de su sistema, y le llevan al intento del sustituir la fe cristiana de sus padres por la nueva religión de la humanidad, que -según confesión propia- le inspiró Clotilde de Vaux. Con este paso él se volvía en contra de lo que había dicho diecinueve años antes como razón de separarse de Saint-Simón.

La filosofía será verdadera cuando los elementos que la formen tengan la calidad de científicos. La dificultad del espíritu positivo estaba en que no lograba, aún, dar una explicación completa del mundo, cuya aceptación general fuese el vínculo común del nuevo orden. La contradicción de Comte es patente cuando atribuye el papel de ciencia final unas veces a la sociología y otras veces a la ética.

De acuerdo con Urmson “El Círculo de Viena se originó a comienzos de los años veinte como un grupo de discusión informal en la Universidad de Viena, presidido por Moritz Schlick. Muchos de los integrantes más que filósofos eran matemáticos, físicos o científicos”, en mi entender es esta la razón para interpretar el derecho desde un punto de vista exacto sin tener en cuenta las fluctuaciones sociales.

La fuerte influencia de la exactitud permeo con gran ímpetu el derecho con más presencia en la jurisdicción contenciosa, inclusive en los procesos laborales administrativos.

Hasta aquí hemos querido hacer un recorrido por las tesis filosóficas que de una u otra manera han incidido en la interpretación exegética del ruego en las demandas de carácter administrativo laboral, desconociendo principios constitucionales, que permitan un derecho más dinámico.

En resumidas cuentas este modelo de ciencias exactas que parte del positivismo jurídico, ha estancado el derecho, aunque se catalice el método no ofrece plena garantía de esclarecimiento procesal, es decir mientras el método se flexibiliza el derecho se estatiza, al punto que principios de porte procesal se encuentran por encima del derecho sustancial.

Consideraciones jurídicas de la jurisdicción rogada.

Ante la pregunta ¿limita la rogatividad el derecho? o dicho de mejor manera, ofrece parámetros de justicia el mencionado principio, mas si se tiene en cuenta el carácter de orden público del derecho laboral administrativo, desde una perspectiva positivista; para algunos pensadores de esta corriente al ser una

norma procesal es de imperativo categórico, Hart quien sostuvo interesantes polémicas, vale sin duda, traer a colación las que se desarrollaron en torno a las tesis de la separación, negación o integración del derecho y la moral; la interpretación judicial y el valor que puede asignársele a las decisiones jurisprudenciales que en consecuencia se adopten. Sobre estos puntos el maestro Ingles mantuvo interesantes disputas con múltiples pensadores, en este sentido no es posible comprender las tesis de Ronald Dworkin sin las discusiones de Hart , la cual tiene origen en un artículo que escribe Hart⁴⁰ sobre el positivismo y la separación del derecho y la moral, aunque termina reconociendo que el alcance de una regla de derecho puede ser mucho más amplia que las intenciones de los legisladores, bases fundamentales para una ventana abierta sin duda a la discrecionalidad judicial, y con ello un derecho con altos engranes de justicia material.

Para pensadores como Bobbio se puede inferir fácilmente que el derecho se origina en la voluntad del Estado o del soberano; que la única fuente genuina del derecho es la legislación, que el sistema jurídico no tiene lagunas y que los jueces deben resolver las controversias deduciendo las soluciones de las reglas del derecho positivo.

Por ello, la solución al problema de la justicia tiene varias aristas: por una parte puede tener un tratamiento diferente desde la filosofía de la moral o puede ser dosificado desde la metodología jurídica, aunque con el advenimiento de la analítica el positivismo parece haber mutado lo cual hace difícil determinar cuándo se es o no positivista.

⁴⁰ HART H.L.A. positivismo y la separación entre el derecho y la moral. Publicado inicialmente en Harvard en febrero de 1958. Volumen 71, No 4 febrero de 1958, Pag 593 y 629.

VICISITUD INTERPRETATIVA SOBRE LA VALIDEZ

Las discrepancias jurídicas son de tiempos inmemorables y de interpretaciones difusas, en cada situación en la que se presentan dudas sobre el ideal del derecho, el derecho entra en crisis, esta crisis puede ser resuelta de múltiples maneras por el operador jurídico, si el encargado de administrar justicia detecta una situación alejada del derecho puede en un momento dado, corregir esta situación y sanearla, la dificultad se presenta en el derecho administrativo, con el principio de rogatividad, pues no se debe conceder lo que no se pidió en la formulación de la demanda por la disquisición que se tiene del artículo 137 numeral 4 del código contencioso administrativo remplazado por el artículo 162 de la ley 1437 de 2011; Y es que aun en un mismo sistema de interpretación pueden presentarse situaciones contradictorias. Una norma puede ser válida sin ser justa: en el ideal de justicia y la realidad del derecho hay siempre vacíos proporcionados o desproporcionados según los regímenes interpretativos imperantes. El ideal de justicia se devánese entre la legalidad y la justicia. Basta con poner el retrovisor en ejemplos como el de la esclavitud, no era justo pero no por esto menos válido. Hasta hace poco existieron normas que ninguna persona racional puede considerar justas y, sin embargo, eran válidas. Un socialista difícilmente considera justo un ordenamiento que reconoce y protege la propiedad privada; así como un reaccionario difícilmente reconocerá como justa una norma que considera lícita la huelga y, sin embargo, ni el socialista ni el reaccionario dudaran del hecho de que en un ordenamiento positivo como el italiano, tanto las normas que regulan la propiedad como las que reconocen el derecho a la huelga son válidas⁴¹.

En este orden de ideas, son muchas y variadas las situaciones que pueden presentarse legitimización, eficacia, validez y aun una norma siendo eficaz puede llegar a ser injusta, el hecho de que una norma sea universalmente respetada no demuestra su justicia, del mismo modo que el hecho de no ser respetada no es prueba de su injusticia. La derivación de la justicia de la eficacia se podría

⁴¹ BOBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho* – editorial temis. Página 23.

equiparar a uno de los argumentos que de ordinario se esgrimía entre los iusnaturalistas si se puede considerar máxima de derecho natural aquella que sea aceptada por todos los pueblos (algunos decían por todos los pueblos civilizados). La respuesta a los iusnaturalistas más intransigentes a lo sumo era negativa. Y con razón: el hecho de que la esclavitud, por ejemplo, fuese practicada por todos los pueblos civilizados en cierto periodo histórico, no transformaba la esclavitud en una institución conforme a la justicia. La justicia es independiente de la validez, pero también de la eficacia⁴².

El sociólogo en sus medios puede comprender solo la eficacia del derecho; (el teórico del derecho natural) se interesa solamente por la justicia ética de las normas jurídicas y por su obligatoriedad interna⁴³.

Algunas impurezas doctrinarias sobre Hans Kelsen

Es el representante más refinado del moderno positivismo jurídico, corriente totalmente contraria al iusnaturalismo. En ella Kelsen⁴⁴, como buen neokantiano, hace suya la distinción entre el "ser" y el "deber ser", en 1925 escribió Kelsen *Teoría general del Estado*. En este libro aparece por vez primera la teoría kelseniana de la ley piramidal o de escalonamiento normativo⁴⁵.

Kelsen, afirmaba que todas las contrariedades jurídicas son asuntos que giran en torno a la validez del orden jurídico (validez del orden espacial y validez del orden personal), la mayor cualidad de Kelsen es haber visto con claridad la distinción entre juicio de validez y juicio de valor en el campo del Derecho y el haber negado

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem. Pag. 26.

⁴⁴ HANS KELSEN (1881-1973) fue un reconocido jurista, filósofo del derecho, experto en derecho constitucional comparado y derecho internacional público. Fue profesor de Derecho en diferentes Universidades a lo largo de su vida. Redactó la Constitución de Austria de 1920 tras el desmoronamiento del imperio austro-húngaro y fue, durante algunos años de entreguerras, magistrado de la Corte Suprema austríaca. Perteneció a aquella sublime generación de austríacos nacidos a finales de siglo XIX que sobresalieron en prácticamente todas las ramas del saber humano. Como muchos de ellos, fue judío y nació fuera de Viena (en su caso, en Praga). Fue un enemigo de los regímenes absolutistas de su época (fascistas y marxistas). Es también el jurista teórico antiliberal más etéreo que ha habido. Su único interés fue siempre demarcar el Derecho como un fenómeno autónomo de cualquier otra consideración psicológica, sociológica, ética o ideológica. La intención de Kelsen fue separar substancialmente, el Derecho de la moral o de cualquier otra "contaminación" extra-legal.

⁴⁵ KELSEN, Hans teoría General del derecho. páginas 130 y 131. Universidad Autónoma de México <biblioteca virtual>.

la posibilidad de recurrir uno al otro⁴⁶. "Para Kelsen no es posible reconocer, por tanto, límites absolutos o "naturales" al poder del Estado. Los derechos de propiedad pueden ser restringidos por normas jurídicas, así, concluye Kelsen que el Estado libre es aquel cuya forma es la democracia ya que la voluntad estatal es producida por los mismos que a ella están sometidos⁴⁷".

En el positivismo de Kelsen, no puede imaginarse que el legislador tenga límites en su actuación especialmente si está legitimado por una mayoría democrática; el lema kelseniano aplicable sería: son muchas las áreas pendientes de ser normativizadas con la legitimidad que dan las urnas.

En 1934 Kelsen publicó *Teoría Pura del Derecho*. Hans Kelsen se propuso con ello la elaboración de una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento moral para evitar ser una teoría contaminada. Aspiraba a una verdadera teoría "pura".

El problema de Hans Kelsen está en que no pudo definir la norma fundamental, aunque podría aproximarse a la Constitución o a la Norma fundamental de un ordenamiento jurídico, pero al no poder encontrarle, a su vez, un fundamento último meramente formal de su validez aparece como una importante carencia en el intento de Kelsen de crear una teoría del Derecho completamente formal.

En su *Teoría Pura del Derecho*, Hans Kelsen se opuso, una vez más, al dualismo de Derecho y el Estado y defendió su intrínseca unidad (monismo) ya enunciado en sus anteriores obras. Kelsen no concebía más Derecho que el emanado del Estado. El derecho anterior al Estado era concebido por el jurista austríaco como "Derecho primitivo pre-estatal". El emanado del Estado era un "orden normativo (coercitivo) centralizado" con validez espacial delimitada por el territorio nacional y validez temporal por el tiempo de su vigencia. Era el único Derecho a tener en

⁴⁶ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, editorial debate, 1990, Madrid. página 113.

⁴⁷ Ibid.

cuenta para todo el que pretendiera ser un verdadero científico positivista del Derecho.

Hans Kelsen criticaba a los juristas que anteponían la idea de justicia como conformadora del Derecho, pues ésta no era más que la imposición de un interés sobre otro (o, a lo sumo, un consenso entre intereses individuales) y que, a la postre, la justicia no era más que una ilusión.

Como honrosa excepción cabe mencionar al positivista G. Radbruch, que se dio cuenta de los evidentes peligros que estas posiciones teóricas pueden acarrear; señaló que si no se puede saber lo que es justo, ante dicho vacío, alguien tendría inevitablemente que indicar qué es lo legal. Este último jurista llegó incluso a reconocer sin ambages que pueden existir leyes de contenido arbitrario e, incluso, delictivo. Cuando uno se acerca al pensamiento iuspositivista es importante tener claro que legalidad no es lo mismo que justicia; esto es un antídoto fundamental⁴⁸.

Acertadamente, Popper denunció, años más tarde, en su *Sociedad Abierta* (1945) que la teoría pura del Derecho de Kelsen es una pseudo-ciencia como el marxismo o el freudismo, que son consideradas irrefutables por ser todos sus enunciados verdaderos por definición, pero que no nos dicen nada de la realidad⁴⁹

En sus obras Kelsen sigue sus postulados reduccionistas en el sentido de que ve el Derecho como un ordenamiento jurídico únicamente integrado por normas; no obstante, abandona sus posturas excesivamente formalistas y desautoriza su anterior tesis del carácter de juicio hipotético de la norma jurídica. La norma, dentro del ordenamiento jurídico, tendría la forma lógica de un mandato en general, en nuestro país se tiende a asociar el positivismo del siglo XX con una visión exegética del derecho y deductiva de la actividad judicial. Sin embargo, nada más alejado de la realidad, pues la mejor tradición positivista del siglo XX,

⁴⁸RADBRUCH, Gustav, *Relativismo y derecho*, Editorial Temis, 1999, Bogotá, p.35.

⁴⁹ KARL R Popper, *La sociedad abierta a sus enemigos*, editorial paidós sarcos, 2010 Barcelona. Página 419.

representada por las obras de Kelsen y Hart, no solo dista de confundir el Derecho con la ley como lo hace la exegesis sino que tampoco permite un modelo deductivo de la interpretación judicial⁵⁰.

Consecuencias del enfoque Kelseniano para la investigación jurídica

Hasta aquí lo que debe aclararse que entre el derecho natural y positivismo no existe la relación de alternativa excluyente, para la doctrina del derecho natural el derecho objetivamente reconocible predeterminado en logos, en la ley divina, en la razón. Conforme al positivismo jurídico nada está predeterminado, por lo menos no son reconocibles contenidos precedentes del derecho; el contenido del derecho es, pues, discrecional⁵¹.

Para Kelsen, la tarea del juez está simplemente en descubrir mediante el análisis lingüístico y lógico las diversas interpretaciones, otros tratadistas mantienen la idea de que una interpretación puramente lógica, libre de todo pragmatismo, es una ilusión, y de que la pureza de la ciencia no se perjudica si se destaca con claridad los límites entre la ciencia y la política.

Por otra parte, en su libro de tesis doctoral Isabela Lifante⁵², trae a colación el planteamiento de Troper: “intentar hacer encajar la idea kelseniana de que la finalidad de la interpretación es adjudicar sentido a una norma, con la concepción que este mismo autor mantiene de la norma pueden surgir problemas de coherencia entre ambas ideas. Troper se pregunta en que puede consistir la actividad de adjudicar sentido al significado de un acto de voluntad. Si interpretar es determinar el significado de algo –afirma Troper-, la norma no puede ser objeto de interpretación. La idea de que se pueda determinar el significado de un significado es evidentemente absurda. Aunque podamos pensar que es muy

⁵⁰ Interpretación judicial, módulo de autoformación- Rodrigo Uprimny Yepes- Andrés Abel Rodríguez Villabona Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Página 56.

⁵¹ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1999. Pag 93

⁵² LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en el derecho contemporáneo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999. Pag 63.

importante este planteamiento creemos no es el punto nodal del asunto, aspectos relevantes como el de consideración de los hechos merecen mayor atención”.

En cuanto a la interpretación de los hechos, en el mismo texto Troper critica a Kelsen el hecho de que considere que el objeto de la interpretación jurídica este configurada únicamente por las normas, dejando por fuera los hechos, disquisición esta que podría ser compartida entendiendo situaciones distintas frente a la consecución de un mismo fin cual es el ideal de justicia.

Así también, lo entendieron sectores de pensamiento de izquierda y se acumulaba la ya vieja y siempre insistente crítica del pensamiento tradicional, idealista o jusnaturalista, que había acusado ideológicamente al positivismo jurídico de amoralismo y de responsabilidad en los totalitarismos fascistas⁵³.

Cambiar por una concepción del ordenamiento jurídico de textura abierta y no cerrada como el heredado de kelsen, puesto que es necesario buscar esas soluciones más allá de la ley y con un mejor enfoque constitucional. las posiciones estudiadas dimanan en un principio de la rogatividad que a nuestro entender - y es el tema que proponemos estudiar- limita el desarrollo del derecho, pues con ello se desconocen situaciones fácticas del derecho importantes para el objeto en estudio, más si se tiene en cuenta el viraje del derecho administrativo, parafraseando a Luigi Ferrajoli *“el estado nacional ha perdido el monopolio exclusivo de la producción jurídica”* esto apoyado en el autor francés *Arnaud, André Jean* para quien el derecho estatal se encuentra cada vez mas –relevado, suplido y suplantado- por formas de regulaciones⁵⁴.

Imposibilidad de la respuesta única en la aplicación de la jurisdicción rogada

Tratar de tener una interpretación uniforme frente al tema de la jurisdicción rogada y la posibilidad del adecuación del principio *iura novit curia* no es tarea sencilla y en el derecho, una respuesta única en nuestro entender no es tarea fácil, como lo

⁵³ BOBIO Norberto, contribución a la teoría del derecho, Editorial debate, Madrid1990. pag 30.

⁵⁴ PENAGOS, Gustavo, *Nulidades y acciones del Acto administrativo*. Ediciones doctrina y ley ,Bogota, 1996, Ltda. Pag 34

pretende Ronald Dworkin quien es el más acérrimo defensor en la actualidad de la postura de acuerdo con la cual es posible hallar una y solo una solución justa a todo problema jurídico. Para este autor no es posible la idea de una discrecionalidad para el operador jurídico, como quiera que el Derecho es completo y permite acceder siempre, en todos los casos, a una y solo una respuesta correcta, lo cual podría ser cierto en los casos fáciles pero en aquellas situaciones difíciles, Dworkin sostiene que el operador jurídico puede valerse de la moralidad y de la filosofía política, en los que se integra el Derecho mismo lo que conduce a la solución más fuerte desde el punto de vista ético, con lo cual ofrecerá la solución más justa, aun así si quisiéramos adaptar el principio *iura novit curia* a cualquier solución es necesario un análisis detallado y constitucional del enfoque que se le dé; en este orden de ideas, conducir a una única respuesta correcta siempre que se recurra a los principios del derecho⁵⁵ o en últimas a la moral, principios que no tienen límites de fronteras en su operatividad y que permita encontrar la justicia aun en los casos más difíciles.

A lo que surge el interrogante, tal cual como lo cuestiona Aarnio, ¿qué ocurre si hay dos “Jueces Hércules”?

Neil MacCormick descarta unidad de respuesta correcta a todos los problemas jurídicos, consiste en afirmar que si bien la tarea de *justificar* una decisión práctica, en esos casos difíciles, el ordenamiento no proporciona una única respuesta correcta con lo cual la elección entre ellas no puede apoyarse en principios provistos por el sistema mismo criterios de valor, justicia, utilidad pública, beneficio social, etc⁵⁶.

Robert Alexy por su parte desconoce la posibilidad de una única respuesta en el derecho, Alexy formula una serie de reglas y condiciones a las cuales la

⁵⁵ Principios como el de buena fe, confianza legítima, dignidad, igualdad, realidad entre otros lo cual indica un acercamiento al constitucionalismo interpretativo.

⁵⁶ DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 46-47.

argumentación debe ceñirse o que deben concurrir, con el propósito de que el resultado del discurso argumentativo pueda ser considerado como racional.

Frente a un mismo caso las reglas del discurso permiten que varios participantes en él puedan llegar a conclusiones fundamentadas discursivamente pero diversas y hasta incompatibles entre sí.

Una garantía plena de consenso en todos los casos solo podría desprenderse de la inaceptable premisa empírica de que no existen desigualdades antropológicas entre los hombres que se opongan al discurso o de que se puede pronosticar con absoluta certeza cómo procederán los participantes en el mismo. Pero como ello no es así, tal garantía de consenso no puede ni excluirse ni ser admitida de antemano⁵⁷.

Esto, a su juicio, descarta que la operación llevada a cabo por el aplicador de la norma que contiene el concepto indeterminado sea estrictamente cognitiva, vale decir, lógico-deductiva, toda vez que en la zona de incertidumbre no existe premisa mayor —fijada por la norma— bajo la cual subsumir la premisa menor —caso concreto—, con lo cual la aplicación o no del concepto no responde a un juicio silogístico. Será entonces dicho aplicador quien en últimas determinará el contenido de la norma, volitiva, aunque no libérrimamente⁵⁸.

También en la jurisprudencia constitucional ha tenido lugar la aproximación, que se viene poniendo de presente, entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad, aunque tampoco se ha argumentado a profundidad con respecto a por qué ello ocurre así. Es el caso del salvamento de voto de la sentencia C-088/94⁵⁹ magistrado Eduardo Cifuentes Muños en la cual se configuraba como un concepto jurídico indeterminado en cuya aplicación siempre es posible encontrar

⁵⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 301-302.

⁵⁸ Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad...*, cit., pp. , 188-191, 199-201. En idéntico sentido, *vid.* MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 148-150.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-088/94 Dr. FABIO MORON DIAZ Santafé de Bogotá, D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

la única solución justa al caso y, por tanto, excluye la discrecionalidad, y se la cataloga como fuente de otorgamiento de facultades discrecionales para el señalamiento de límites a las libertades religiosa y de cultos, discrecionalidad que no se estima ajustada a la Constitución en la medida en que puede devenir afectante del núcleo esencial de los aludidos derechos fundamentales.

ACERCAMIENTOS CONSTITUCIONALES EN LAS APRECIACIONES JURÍDICAS EN LOS TEMAS DE ROGATIVIDAD Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La sentencia judicial ¿una copia exacta de la ley?

El campo de los derechos constitucionales, tradicionalmente encerrado dentro de los textos normativos, se ve ampliado de manera notable por la incorporación de nuevas fuentes, provenientes de los instrumentos internacionales a través del Bloque de constitucionalidad⁶⁰, en especial los relativos a los derechos humanos y los que adoptan la O.I.T. por la ampliación de los ámbitos de penetración de los derechos constitucionales; y por la acción de los tribunales y cortes que asumen en los diversos países no solo el rol de guardianes celosos de la constitucionalidad, sino un nuevo rol a través de la jurisprudencia innovativa o manipulatoria.

Las realidades no pueden desaparecerse con teorías. La aplicación del derecho no es solo, ni lo es en primera línea, una conclusión silogística, lo cual ya no es ningún secreto. Aquellos que todavía hoy sostienen el dogma de la subsunción se asemejan a los farmacodependientes en nuestros días: ellos lo hacen en verdad, pero cada vez se va perdiendo el placer de antes. Ya antes Montesquieu ya había delimitado esa esclavitud a la ley e incluso más tajantemente: la actividad de decisión judicial solo tiene el significado de un *pouvoir neutre* el juez realmente solo

⁶⁰ “El Bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto Constitucional, son utilizados como parámetros del control de Constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor Constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel Constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”. Sentencia No C-225 de 1995 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

puede ser excluido del poder del estado porque él no es un órgano dotado con voluntad propia. Pues la sentencia no puede ser nada diferente a una “copia exacta de la ley” y para eso solo necesita ojos el juez es únicamente una criatura sin voluntad, que no puede atenuar la validez y rigor de la ley, y el poder judicial es, en consecuencia, en cierto sentido igual a cero⁶¹.

Así las cosas, vienen aflorando nuevas técnicas de acercamiento constitucional del derecho que permiten una interpretación menos rígida, ponderando de mejor manera un Estado constitucional del derecho; es precisamente la justicia y la equidad los principios en los que se fundan los desarrollos vigentes de la teoría jurídica con autores muy significativos en Europa como *Robert Alexy* y en Estados Unidos como *Ronal Dworkin* entre otros que prometen un modelo de justicia distributiva, valiéndose de métodos como los de ponderación subsunción y de metáforas como las del *juez Hércules* el segundo conllevando a una forma de interpretación del derecho basada en valores y principios constitucionales.

Hacia una constitucionalización del derecho administrativo y su incidencia en la jurisdicción rogada

Las desuetas posiciones con que se viene estudiando el derecho han sido objeto de innumerables críticas, por ello han venido aflorando paradigmas que permiten una mejor comprensión del derecho, y un avance ante las teorías jusnaturalistas y positivistas según el modelo de las ciencias exactas, así se ha venido abriendo paso en el derecho administrativo la interpretación constitucional del derecho, no sin antes advertir sobre la inseguridad que viene generando, especialmente en el derecho laboral administrativo colombiano, el cual debe estar preparado para adaptarse a los cambios del fenómeno de la constitucionalización del derecho;

⁶¹en este sentido la Corte Constitucional también ha sido enfática al determinar: “De esta manera, la Constitución de 1991 encarga al juez ordinario la tarea de salvaguardar las garantías esenciales y promover la primacía de la Carta Política. Así, en virtud del principio de justicia material la competencia del juez en un proceso no puede limitarse a lo alegado en la demanda. Este cuenta con un rol activo dentro del trámite que lo identifica como el director de proceso, deber que se concreta en que el funcionario judicial actúe de forma diligente y eficiente. Por tal razón su labor no puede ser paquidémica, mecánica o concentrarse solo en la ley, sino que debe obedecer a una valoración integral y racional de los diferentes elementos que estén presentes al decidir un caso concreto, de modo que la decisión dictada goce de coherencia interna y externa” (...) Sentencia T-382 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

hasta entenderse y aplicarse exclusivamente conforme con la Constitución del 1991, hasta conllevar a un fenómeno que implica la pérdida del valor de la ley de ser necesario.

Aunque podría parecer algo lógico, según lo estudiado por el sistema positivo, el cual es la tendencia que nos rige; tendencia aun más notoria en el derecho administrativo si se tiene en cuenta que en esta área del derecho ha sido el sometimiento a la ley sumando al acatamiento del principio de rogatividad, sin incluir en muchos casos la Constitución más si se tiene en cuenta la exegesis con que se estudia el principio de legalidad.

Esa relación de estrechez entre Constitución y neoconstitucionalismo permite que se introduzca el ingrediente denominado Constitucionalización del Derecho que en definición de Ricardo Guastini debe satisfacer por lo menos siete condiciones:

i) Rigidez en la Constitución ii) Control de constitucionalidad de la ley iii) Carácter políticamente vinculante iv) Sobre interpretación de las disposiciones constitucionales, V) Aplicación de esa sobreinterpretación de una manera directa por parte de los jueces, VI) Interpretación conforme a la ley ordinaria, influencia directa de la constitución en las relaciones políticas⁶².

⁶² COSIO, ramón, José y VÁSQUEZ Rodolfo. Estudios de teoría constitucional doctrina jurídica contemporánea. Primera reimpresión. Distribuciones fontamara. S.A. México 2003 páginas 154 - 164

AVANCES Y SITUACIONES FÁCTICAS DEL CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA Y SU INFLUENCIA EN LA JURISDICCIÓN ROGADA

Demandas contra actos administrativos

El más latente para el tema objeto de estudio lo representa el Artículo 137 del Código Contencioso Administrativo el cual en su numeral 4º (actualmente artículo 167 de la ley 1437) se exige la obligación de indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

Dicho mandato se mantiene de manera dogmática en los Tribunales Administrativos y por la doctrina del derecho procesal administrativos, amparados entre otros argumentos en el concepto de que dicha jurisdicción es como característica el de ser “rogada”. Al actor no se le concede sino lo que estrictamente solicite, y el Juez Administrativo no puede suplir las deficiencias demandantes.

Pues bien, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, declaró exequible tal mandato pero condicionado a que se entienda que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata deberá proceder a su protección, aun cuando en la demanda no se hubiere señalado normas violadas y no se hubiese explicado el concepto de la violación.

En materia de derecho laboral administrativo.

Es quizás en este punto del derecho administrativo, en el cual se puede palpar con mayor amplitud la realidad e incidencia de la constitucionalización del derecho administrativo. En efecto, ha sido en materia de ingreso al servicio público, en relación con las situaciones administrativas y retiro donde se ha sentido en mayor profundidad las modificaciones en el clásico derecho laboral

administrativo, no es nuestra intención analizar todas estas situaciones, por querer dar solo unos ejemplos de lo difícil del panorama hermenéutico en este asunto dimensionaremos algunas de las transformaciones en materia laboral administrativa de 1991, y en especial, la proactiva posición de la Corte Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales y la fuerte incidencia en aspectos que pueden servir de bases para una eventual desrogorativización del derecho, es decir situaciones en las que la ley se paso a otras fuentes de derechos como los principios de constitucionales, bloque de constitucionalidad y lógicamente los fallos de Corte Constitucional.

En este orden de ideas que los principios constitucionales laborales plasmados en la Constitución Política de 1991, son aplicables en el Derecho Administrativo Laboral, no como una concesión graciosa por parte del juez, sino como un imperativo que fluye de la filosofía jurídica que impregnó con caracteres indelebles nuestra Carta Fundamental⁶³.

Doctrina de los motivos y finalidades

Proponer la adecuación del principio *lura novit curia* en el campo rogativo del derecho, más aún teniendo en cuenta principios como el de legalidad, pasando por el cedazo de la constitución no es tarea fácil, aunque con leves intentos el análisis constitucional del principio rogativo ha tenido progresos desde la óptica constitucional, claro está desde otro tema menos directo como el del principio *nova jura curia*, tal y como se puede ver de manera muy tenue en la discusión de los motivos y finalidades⁶⁴.

⁶³ Sentencia C -037 de 2000 Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil (2000).

⁶⁴ Posteriormente, la citada doctrina fue sometida a diversas modificaciones por parte del Consejo de Estado tales como el del Auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 8 de agosto de 1972, providencia de la Sección Segunda del 2 de agosto de 1990, En Sentencia de la Sección Primera del 26 de octubre de 1995, Sentencia del 10 de agosto de 1996, 18 de abril de 1996 la Sección Tercera de la Corporación retomó la versión original de la doctrina de los motivos y finalidades, reconociéndole plena vigencia a la jurisprudencia del 10 de agosto de 1961, Finalmente, la Sala Plena, en

Acorde con la Sentencia del 10 de agosto de 1961, el Consejo de Estado adoptó la doctrina "de los motivos y finalidades", distinguiendo y separando las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, no a partir de la naturaleza propia del acto si es de contenido particular y concreto o de contenido general y abstracto, sino de los motivos determinantes.

Después de varios análisis y modificaciones, finalmente, la Sala Plena, en Sentencia del 10 de agosto de 1996 (C.P. Daniel Suárez Hernández), unificó los distintos criterios de interpretación surgidos con ocasión de la aplicación de la doctrina de los motivos y finalidades: "Aplicando la doctrina de "los motivos y finalidades", el máximo organismo de la jurisdicción contenciosa sostiene que, por vía del contencioso público de anulación, pueden controvertirse los actos administrativos de contenido general y, por fuera de éstos, sólo los actos de contenido particular y concreto que expresamente señale la ley o que tengan trascendencia social y representen un interés para la comunidad. Conforme a éste criterio de interpretación, la mayoría de los actos administrativos de contenido particular no pueden, entonces, ser impugnados a través del ejercicio de la acción de simple nulidad, debiendo necesariamente acudir para tales efectos a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuyo término de caducidad es de cuatro meses".

Por otra parte en la sentencia C-426 del 26 de octubre de 1995, magistrado ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, al considerar esta posición del Consejo de Estado sobre el Artículo 84 del C.C.A., violatoria del derecho de acceso a la justicia y del debido proceso, al adicionarle al mismo elementos normativos ajenos a su espíritu y contenido, que impedía acudir al contencioso de simple anulación para demandar cualquier acto de contenido particular y concreto, fue demandada

Sentencia del 10 de agosto de 1996 (C.P. Daniel Suárez Hernández), unificó los distintos criterios de interpretación surgidos con ocasión de la aplicación de la doctrina de los motivos y finalidades.

la doctrina de los motivos y finalidades, declarando la Corte Constitucional exequible aquélla norma: “siempre y cuando se entienda que la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto, fijado en la ley, por no observar la Corte respecto al contenido del artículo 84 del C.C.A., que el mismo establezca distinciones en relación con la clase de actos administrativos que pueden ser demandados por esa vía, como tampoco que condicione o restrinja su ámbito de procedibilidad frente a los actos de contenido particular, o bien al cumplimiento de ciertos presupuestos -como el de tener que acreditar que el acto acusado representa un especial interés para la comunidad, o bien a los casos expresamente consagrados en normas o leyes especiales, sino que al disponer dicha norma claramente que toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de su representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos, concluyendo que la voluntad del legislador extraordinario al regular la acción pública de simple nulidad, no fue la de privilegiar su ejercicio respecto de los actos relativos a situaciones jurídicas generales, sino la de permitir, en plena concordancia con la Constitución, que ésta pudiera ejercerse también contra los actos de contenido particular y concreto”.

Pese a lo dicho por la Corte en la sentencia C-426-02⁶⁵, la ley 1437 DE 2011, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (CPACA), dispone en su TÍTULO III, sobre los ahora llamados medios de control o pretensiones (antiguas acciones) de nulidad y nulidad de restablecimiento del derecho artículo 137 esto es, que según el nuevo CPACA, excepcionando la nueva causal de “cuando se trate de recuperar bienes de uso público”, si no se genera el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero, podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular a través de la acción de nulidad por las mismas causales anteriores, consagrando así expresamente el CPACA las

⁶⁵ C-426 de 2002. D.r. Rodrigo escobar Gil. Bogotá D.C. Veintinueve (29) de mayo de 2002.

distinciones de su doctrina jurisprudencial no previstas en el art. 84 del actual C.C.A.⁶⁶. En relación con la clase de actos administrativos que podían ser demandados por acción de nulidad, y los presupuestos que condicionaban o restringían el ámbito de procedibilidad de dicha acción a los actos de contenido particular, como son de que el acto acusado represente un especial interés para la comunidad, o bien a los casos expresamente consagrados en normas o leyes especiales no previstas legalmente y, por cuyas razones, la Corte Constitucional había declarado la exequibilidad condicionada de la doctrina de los motivos y finalidades elaborada por el Consejo de Estado sobre las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, procediendo en dicha forma el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a desconocer con dichas distinciones y causales ahora consagradas normativamente, los efectos erga omnes, el carácter obligatorio de las sentencias proferidas por la Corte en cumplimiento del control constitucional y de cosa juzgada constitucional, que conforme a los arts. 48 de la Ley 270 de 1996 (LEAJ) y 243 de la C.P., respectivamente, declaró la Corte respecto de los arts. 84 y 85 del C.C.A., en el sentido de que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos, así reafirmada doctrina de los motivos y finalidades, reproduciendo textualmente de esta manera el nuevo CPACA proyectado por esta Corporación, el contenido material del acto jurídico declarado exequible condicionadamente por razones de fondo por la Corte, subsistiendo aún en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución, como son los arts. 29 y 229 sobre debido proceso y el acceso a la administración de justicia, lo que posibilita una eventual declaratoria de su inexecutable si fueren demandados dichos arts. 137 y 138 del

⁶⁶ IBIDEM.

CPACA. De tal manera que esta pugna de poder fue plasmada en la ley la cual conlleva a una positivización del derecho.

Nulidades por inconstitucionalidad en el nuevo código contencioso administrativo

Uno de los adelantos más importantes del nuevo código contencioso administrativo en materia constitucional lo constituye el parágrafo del artículo 135 al determinar:

“Parágrafo. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.

Aunque solo se predica para las decisiones del Consejo de Estado nos parece importante la norma constituyendo un gran avance en materia constitucional, más aún, cuando el mencionado parágrafo artículo 135 de la ley 1437 de 2011 fue objeto de revisión constitucional en la sentencia C-415 de 2012 magistrado ponente Mauricio Gonzales Cuervo la cual determino: “Por último, la Corte señaló que el control abstracto integral de constitucionalidad conferido al Consejo de Estado con ocasión de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, de ninguna manera implica el ejercicio de una potestad arbitraria, sino que se trata de una facultad reglada que se sujeta a las reglas fijadas en el procedimiento contencioso administrativo y en particular, de este procedimiento especial”.

Con base en los fundamentos reseñados anteriormente, la Corte encontró que la facultad conferida al Consejo de Estado en el parágrafo del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, no infringe el debido proceso, ni el acceso a la administración y por

ende, procedió a declarar exequible el párrafo demandado, por los cargos examinados.

Excepción de ilegalidad en los actos administrativos

Desde el siglo antepasado existían unas reglas sobre el orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales y sobre la obligatoriedad de las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno en el ordenamiento jurídico, contenidas en el artículo 240 del Código de Régimen Político Municipal y en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. De la interpretación de dichas normas surgía el concepto de la excepción de ilegalidad del acto administrativo, en virtud de la cual era posible que cualquier funcionario público se abstuviera de aplicar un acto administrativo alegando que resultaba contrario al orden legal previsto en las referidas normas.

Pues bien, la Corte Constitucional en sentencia C-037⁶⁷ del 26 de enero de 2004, declaró inexecutable el artículo 240 del Código de Régimen Político Municipal y algunos apartes del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, afirmándose categóricamente que la excepción de ilegalidad solamente podía ser aplicada por el Juez Administrativo en el transcurso de un proceso. Es decir, que surge el interrogante sobre si a partir de la sentencia de inconstitucionalidad las diferentes autoridades administrativas pueden inaplicar un acto administrativo por considerarlo ilegal, o dicho tema propio del derecho administrativo quedó definido a que solamente lo pueda hacer el Juez Administrativo dentro de un proceso contencioso administrativo.

Sin embargo el nuevo código contencioso trae consigo un avance significativo en el tema de la justicia rogada y su protección constitucional en el sentido de no limitarse en la decisión de los cargos formulados en la demanda, cuando exista

⁶⁷ C-047 de 2004, D.r Jaime Córdoba Triviño, Bogotá, D.C. veintisiete (27) de enero de 2004 de dos mil cuatro (2004)

violación de cualquier norma constitucional al establecer: “parágrafo El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandas que declare nulas por inconstitucionalidad”⁶⁸.

La exagerada exegesis en el derecho colombiano y los avances en materia constitucional

Son muchos los ejemplos en los que se ha morigerado el exagerado culto a la ley en beneficio de los coasociados, sin duda el caso que más llama la atención está en el de las nulidades procesales en el cual la Corte Constitucional en su sentencia C-093 de 1998 magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, se avanzó en la aplicación del derecho, de tal manera que mientras el Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, fue demandado por inconstitucionalidad en lo referente a la expresión “solamente” que determina la taxatividad de las causales de nulidad, porque a juicio de quien lo hizo, resulta un imposible jurídico que la ley regule absolutamente todas las situaciones de hecho que puedan resultar violatorias del debido proceso y al restringirlas esta desconociendo esa garantía constitucional. De igual manera refrendó la corte constitucional que la palabra solamente utilizada por artículo 140 condicionaba todo el valor vinculante de la norma superior y restringe su campo de aplicación, así violenta el Artículo 2 de la Constitución, porque al restringir la plenitud del derecho de defensa y del debido proceso impide que muchos casos así sea en uno solo se proteja a las personas en sus bienes y demás derechos. Además, se considero que se infringía el artículo 29 de la constitución política porque limita condiciona la aplicación de dicha norma

⁶⁸ Artículo 135 de la ley 1437 de 2011, Parágrafo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415 de 2012. Mauricio Gonzales Cuervo.

superior a que se dan los únicos y exclusivos supuestos que consagra el artículo 140 del C. de P.C. y que contradecía el artículo 229 de la carta política, porque al dejar la ley la determinación de las circunstancias en las cuales ostensiblemente existe violación del derecho de defensa y del derecho al debido proceso, se impide que el afectado tenga un verdadero acceso a la administración de justicia. Será un acceso formal pero nunca sustancial.

Concluyó la Corte que la norma no solo garantiza el debido proceso, sino también el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, advirtiendo eso si que fuera de las causales del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil también puede ahora alegarse la consagrada en el artículo 29 de la Constitución, según la cual es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso, y que al mantener la expresión solamente contenida en el artículo 140 citado, se respeta la voluntad política del legislador al señalar de manera específica las causales de nulidad.

De igual manera el nuevo código contencioso administrativo en su artículo 214⁶⁹ contemplo la exclusión de la prueba por la violación al debido proceso, en los siguientes términos:

“Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal”.

“Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas”.

La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla.”

⁶⁹ Artículo 214 de la ley 1437 de 2011: exclusión de la prueba por violación al debido proceso.

Asimismo La nulidad procesal es una institución que se encuentra fundamentada en el artículo 29 de la Constitución Política, con el objeto de garantizar el derecho constitucional al debido proceso y a la defensa de quienes intervienen en él proceso, el nuevo código contencioso administrativo adopto las nulidades procesales estipuladas en el código de procedimiento civil: “serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente.”

Las evoluciones del principio *iura novit curia* en materia constitucional colombiana

Puede observarse en los diferentes fallos de la Corte Constitucional la firme intención de constitucionalizar el mencionado principio en la jurisdicción laboral así la sentencia SU-039/97⁷⁰ dicha corporación consideró que en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas.

Destaco la Corte en dicha sentencia: La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere

⁷⁰ sentencia SU-039/97 magistrado ponente, Dr Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997).

para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan.

El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en: La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos art. 2 C.P⁷¹.- . La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos⁷².

⁷¹ Constitución Política de Colombia Artículo dos (2): Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política y administrativa, y cultura de la nación; defender la independencia nacional, mantener la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁷² “La Corte a ha definido el defecto sustantivo como la existencia de una falencia en una providencia judicial, originada en el proceso de interpretación o aplicación de las normas jurídicas por parte del juez natural. Sin embargo, para que se configure esta causal de procedencia, debe tratarse de una irregularidad de alta trascendencia, que signifique que el fallo emitido obstaculiza o lesiona la efectividad de los derechos fundamentales del accionante”. Sentencia T-710 de 2011 Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

EL PRINCIPIO DE ROGATIVIDAD FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En su moderna concepción los derechos fundamentales suelen ser identificados con los derechos humanos, en realidad se trata de derechos humanos fundamentales algunos de los cuales corresponden a la esfera de lo laboral y social.

Los derechos sociales son bautizados por algunos como “derechos humanos de segunda generación” dada su aparición en un segundo momento histórico, y no está referido a la tutela de la esfera de libertad del individuo sino al logro de la igualdad real o material y de la justicia social⁷³.

Dentro de los derechos sociales a su vez se encuadran los derechos propiamente laborales entre los derechos laborales y los derechos fundamentales hay una relación semejante a la de los círculos secantes que al interceptarse generan un espacio común, pero mantienen también áreas que no se superponen. Así, hay derechos fundamentales que no son laborales y derechos laborales que no son fundamentales; existen también, obviamente, derechos fundamentales que son laborales o sea derechos laborales que son también derechos humanos tal y como lo expone Alexy⁷⁴ dependiendo de su positivización.

Sin embargo como lo expone Carlos Blanca en su obra estado social: *“lo importante es que esa incorporación de los derechos sociales en el elenco de los derechos humanos representó un avance considerable en la evolución de los conceptos supuso que en la conciencia de la gente se debe garantizar su libertad individual, sino también debe asegurarse un nivel mínimo de bienestar”*⁷⁵

⁷³ Blancas Bustamante, Carlos. Estado social, Constitución y derechos fundamentales. En: Constitución, trabajo y seguridad social, ADEC – ACTA, Lima, 1994, P, 27.

⁷⁴ Esto según la definición de Alexy sobre derechos fundamentales los cuales son derechos humanos con una categoría descriptiva, es decir los derechos humanos son derechos positivizados en la constitución < ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, pp.21-28.>

⁷⁵ PLÁ Rodríguez, Américo. Los derechos humanos y el derecho del trabajo. En: debate laboral N. 6, 1990, San José de Costa Rica, 1990 p 15.

Encargan el moderno *jus cogens*, normas de orden público internacional que representan “el corazón del sistema jurídico de los derechos humanos” y cuyas notas características son i) obligan a todos los estados, independientemente de ratificaciones o cualquier otra forma de reconocimiento nacional ii) tienen efecto erga homes, en cuanto no se dirigen solo a los gobiernos sino también a los individuos iii) pueden ser reclamados por cualquier persona o Estado aun al margen de todo vinculo convencional o ratificación iv) son universales y no internacionales en el sentido tradicional de esta expresión v) posee multiplicidad de fuentes⁷⁶.

Normas de la Organización Internacional del Trabajo. (O.I.T.) y su protección en el derecho laboral

La declaración de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la conferencia de la O.I.T. en 1998, constituye un hito histórico e implica una ruptura formal con los criterios que siempre han gobernado la adopción de los convenios internacionales de trabajo. Los derechos fundamentales reconocidos por la declaración y los convenios en los que se solventan son: libertad sindical y negociación colectiva (convenios 87 y 98), eliminación del trabajo forzoso (convenios 29 y 105), erradicación de las peores formas de trabajo infantil (convenio 138) y sin duda el más interesante el de la no discriminación en el trabajo (convenios 100 y 111).

La declaración atribuye a esos derechos, plasmados en los mencionados siete convenios, una naturaleza anterior y superior a toda normativa, de tal envergadura que no sujetan su eficacia a su reconocimiento o adopción por cada estado, a través del proceso ordinario de ratificación de convenios, sino que tienen fuerza vinculante por si solos.

⁷⁶ Ibidem p 16.

Así mismo hay quienes denominan estos derechos fundamentales del trabajo la versión laboral de los derechos fundamentales y libertades públicas, tratando de resaltar con ello la existencia de un derecho constitucional del trabajo⁷⁷.

En el mismo sentido y de manera más profusa la Sentencia C-197 de 1999⁷⁸ de la Corte Constitucional estipula la especial importancia de reincorporar al ordenamiento jurídico los derechos fundamentales, de tal manera que en los procesos administrativos en donde se trastoque el derecho al trabajo de los coasociados es necesario su protección inmediata, aunque la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene unas funciones constitucionales diferentes a la jurisdicción ordinaria y a la constitucional, dado que hace parte de la rama judicial y administra justicia le son aplicables las disposiciones generales establecidas en los Arts. 2, 3, 4, 6, 209, 228, 229 y 230 de la Constitución⁷⁹.

“No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad. Considera la Corte, que 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”.

“En conclusión, por las razones anteriormente expuestas, considera la Corte que el aparte normativo acusado no viola las normas invocadas por el demandante ni ningún otro precepto de la Constitución. No obstante, la norma será declarada exequible condicionada a que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la

⁷⁷ ALONSO OLEA, Manuel. Las fuentes del derecho editorial Civitas 2 ed Madrid 1990.

⁷⁸ C-197 de 1999 con ponencia del Dr Antonio Barrera Carbonell, Santafé de Bogotá D.C., abril siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

⁷⁹ *Ibídem*

demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el Artículo Cuatro⁸⁰ de la Constitución”. Dado que la realidad del proceso no es solo la parte jurídico-formal, el cual conlleva a una fe ciega a una realidad abstracta denominada norma, se hace necesario adoptar mecanismos que permitan el ideal de justicia.

Sobre el trato igualitario entre trabajadores oficiales y empleados públicos

Autores como Bernadoni de Govea consideran que en lo relativo a los derechos de los trabajadores al servicio del Estado, existen tres modelos constitucionales: el de abstención de regulación caso de Chile, el de nítida separación de regímenes laborales ordinarios y administrativo – Colombia, Perú - y el de tratamiento similar Brasil, México y hasta conjunto para ambos regímenes como en Argentina⁸¹.

Si se examina las regulaciones más remotas, la distinción entre los trabajadores privados y los servidores públicos tenían por objeto marcar una diferencia radical e infranqueable que hacía que aquello tuviera un régimen contractual, flexible y regulado solo en sus contenidos mínimos por la legislación laboral mientras el funcionariado estaba sometido a un régimen estatutario, rígido e hiperregulado por el derecho administrativo.

Ahora se observa, en cambio una penetración profunda de los criterios y valores del derecho laboral en la función pública de perceptible sin más en el reconocimiento en esta de los derechos colectivos en especial la libertad sindical y la huelga. El tribunal constitucional peruano por ejemplo considera que principios laborales constitucionales tales como *in dubio pro operario*, igualdad de oportunidad, no discriminación en materia laboral e irrenunciabilidad de derechos se aplican tanto en el régimen laboral privado como en el público⁸².

⁸⁰ Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

⁸¹ BERNARDINI DE GOVEA, María. Derecho del trabajo y de la seguridad social. Temas y tendencias en el siglo XXI. Editorial la Semana Jurídica, Caracas, 2004.

⁸² Sentencia del tribunal constitucional de 28 de noviembre de 2005 (exp. 0206 -2005- PA/TC).

La Constitución peruana parece aceptar como inevitable este proceso de laboralización cuando en su tercera disposición transitoria con ánimo de marcar la separación anuncia premonitoriamente que: en tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes lo que asume como transitoria y superable la separación

LA DESLEGITIMACIÓN DEL PRINCIPIO ROGATIVO DEL DERECHO EN EL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El constituyente de 1991 diseñó en la carta lo que pudiera llamarse una especie de constitución administrativa, un modelo constitucional de administración pública. Todo ello implica sin duda, unas nuevas relaciones entre el administrado y la administración frente a sus derechos, lo cual lleva a que los servidores del Estado deban contar con herramientas acordes con las exigencias de la actual Constitución, para el reconocimiento y logro de la eficacia de esos derechos, teniendo en cuenta principios jurídicos mas, por ejemplo, el principio general del derecho según el cual la *“necesidad del proceso para obtener la razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón”*.

El nuevo Código de procedimiento Contencioso Administrativo⁸³ (Ley 1437 de 2012) no es ajeno a estos principios, de tal manera que es pilar fundamental de la administración pública, como se puede apreciar en el nuevo código, la nueva visión del papel del Estado y de sus relación con las personas señalado en la constitución, en la que se puede evidenciar la prioridad dada a la dignidad humana y a las garantías de las personas –en particular de los derechos fundamentales– así como el entendimiento que el mismo texto superior se da al debido proceso, ya

⁸³ Los artículos: 350, 365, 366, 43, 46, 47, 50, 67 de la Constitución Política de Colombia, 368, fundamentan el Estado social de derecho.

no examinando desde la perspectiva exclusivamente judicial sino ampliado al campo administrativo y enriquecido en este ámbito con el conjunto de principios que orientan la función administrativa, elevados a rango constitucional, con lo cual se da un viraje hacia al obsoleto tratamiento de la jurisdicción rogada en el derecho administrativo.

Una nueva visión del papel del Estado y de la administración

Al anunciarse que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democráticas, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana⁸⁴, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (art 1) y que son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y a la vigencia de un orden justo, al tiempo que se reitera que las autoridades de de la república están instituidas, creadas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de particulares (art 2c.p.) no solo definieron los elementos significativos de nuestro estado social de derecho, sino que fijó un exigente marco de acción para todas las autoridades públicas y en particular para la administración pública en cuanto al entendimiento de su relación con las personas.

En este orden de ideas la Constitución señala que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos de las personas (art 5) y a su

⁸⁴ Las sentencias T- 881 de 2002, - T-426 de 1992. Dan cuenta de las apreciaciones constitucionales sobre el principio de dignidad.

vez el título II reguló ampliamente los derechos y garantías y los deberes y enunció detalladamente los derechos fundamentales. Al tiempo que precisó que los tratados y convenios internacionales ratificados por congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Así mismo señaló que los deberes y derechos consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art 93) y precisó además que la enunciación que la garantía y los derechos 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 figura expresamente en ellos (art94).

A ellos se suma que la Constitución fijó directamente una serie de instrumentos jurídicos para asegurar la protección de esos derechos y los procedimientos necesarios para que se pueda propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, o de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas⁸⁵ (art 89).

Hacia la búsqueda de la tutela judicial efectiva

La segunda parte del Código Procedimiento Administrativo, Contencioso Administrativo concede a la búsqueda de la tutela judicial efectiva, derecho de rango constitucional y fundamental conforme lo había reconocido el Concejo de Estado y la Corte Constitucional en muchos de sus fallos⁸⁶, entendida como el derecho de toda persona a acudir a la administración de justicia y obtener de ella una respuesta de fondo motivada y adecuada a las fuentes del derecho y a las prestaciones formuladas, de manera autónoma, independiente e imparcial y dentro

⁸⁵ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan, Carlos, *la protección constitucional del ciudadano*. Bogotá legis 2004.

⁸⁶ C-037 de 2997, T-06 de 1992, C - 543 de 1992, C-544 de 1992, C-572 de 2992, C-084 de 1995, C-037 de 1996, C-071 de 199,

de un plazo razonable y de otro lado, como el deber del Estado de presentar un servicio público continuo, eficiente y eficaz.

El establecimiento de los principios y finalidades del Estado (art 2) y la concepción de la función administrativa “como puesta al servicio de los intereses generales”, así como el mandato de su desarrollo con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, delegación y desconcentración de funciones, y bajo el cobijo de la buena fe presumida en la actuación de los particulares, imprimen un nuevo rol al derecho administrativo⁸⁷.

El resquebrajamiento de la jurisdicción rogada

Al juez como director del proceso y con la única finalidad de lograr la tutela judicial efectiva, a través de la eficacia del proceso, evitando fallos inhibitorios y logrando un plazo razonable en su trámite, se le dotó de poderes de ordenación del juicio que debe ejercer dentro de los parámetros establecidos en las normas. Se le ha dotado de discrecionalidad en beneficio del proceso, lo cual redundará en la toma de decisiones al interior del proceso, sin que ello signifique arbitrariedad en las decisiones que le adopte, las cuales, deberán estar suficientemente motivada como garantía para las partes de que no se les sorprenderá con decisiones no amparadas en la norma o adoptadas sin fundamento alguno, en tratando de evitar un fallo inhibitorio y tardío, El nuevo Código de Procedimiento administrativo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) establece que el juez desde cuando estudia la demanda para su admisión, debe además estudiar los requisitos con tal propósito, adoptar las previsiones necesarias para conducirlo por la vía de un proceso eficaz que culmine con sentencia de fondo, y en caso de demostrarse

⁸⁷ Artículo tres (3) de la ley 1437 de 2011: Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que reglan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios al debido proceso, igualdad imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad coordinación, eficacia, economía y celeridad.

los supuestos de hecho establecidos en la norma para el reconocimiento del derecho reclamado, proceder a las suplicas de la demanda.

Desde el control de la demanda, y en claro abandono al mito de la jurisdicción rogada, el juez tiene el poder de encausar el proceso hacia una sentencia de fondo, en esta vía el artículo 163 de la ley 1437 establece: “si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron”. En consecuencia, con ese mandato y para garantizar el conocimiento oportuno por parte del juez de los actos que se produjeron con ocasión del acto demandado, el artículo 175 – Parágrafo 1, dispone como deber para el demandado, al contestar la demanda, el de “allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso que se encuentra en su poder”.

Así, cuando al inadmitir la demanda el juez observa la inadecuada formulación del del petitum, o lo propio sucede en la audiencia inicial al fijar el litigio, el juez debe remediar la situación procediendo a integrarlo correctamente, para que la litis se entienda trabada no solo en relación con la solicitud de nulidad invocada en la demanda, sino también en relación con los actos integradores del definitivo o principal que se produjeron como consecuencia de los recursos a través de los cuales se impugnó el acto ante la administración, todo ello en desarrollo de los principios de celeridad y eficacia que marcan el proceso judicial⁸⁸. Y cuyo logro el legislador ha hecho descansar fundamentalmente en el juez, sin perjuicio de la garantía del debido proceso y el derecho de defensa del demandado, a quien debe notificarse de esa integración del petitum realizada oficiosamente y córrasele traslado, es precisamente actos como este los que garantizan un mejor desarrollo del derecho y consecuentemente una desrogorativización del derecho como tal.

⁸⁸ El artículo 37 del c.p. civil establece entre los deberes del juez y en primer lugar, el de “dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran

Así mismo, en el nuevo Código contencioso administrativo; contribuyendo con el resquebrajamiento de la jurisdicción rogada, la nueva ley refuerza el principio inquisitivo para el proceso de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los actos expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, al punto de que si bien es cierto que la petición de parte sigue construyendo al acto que por excelencia de inicio al proceso.

Cabe destacar que el párrafo del artículo 135, expresamente se establece que el Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda, y por tanto podrá fundar la decisión de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional.

De igual manera hubiésemos pretendido que tales poderes llegaran hasta la nulidad por consecuencia de los actos administrativos particulares proferidos con fundamento en un acto general que es declarado nulo. Si la nulidad tiene efectos retroactivos al momento del nacimiento del acto, todos los efectos que se produzcan durante su vigencia están afectados de nulidad, y por tanto esta debía proceder bien sea de pleno derecho o bajo el régimen de anulación, e inclusive de oficio, dentro del juicio de nulidad del acto general, en este caso es deducible que la suerte de lo general debe seguir a lo particular, sin que exista razón alguna para que el enjuiciador como administrador de justicia no revoque los actos que se desprenden del acto general, son en situaciones de este tipo en donde la jurisdicción rogada impide el acceso a la administración de justicia.

En materia de inconstitucionalidad de actos generales y la consecuencia de los actos particulares la Corte constitucional ha determinado en varias de sus sentencias análisis en las mismas consideraciones expuestas, así en Sentencia No. C-488/95⁸⁹ en la declaración de inconstitucionalidad del estado de conmoción interior dispuso: “La declaración de inconstitucionalidad del Decreto declaratorio

⁸⁹ Sentencia No C-488 de 1995 Ref: Expediente R.E.-066 Sala plena José Gregorio Hernández Galindo. Revisión Constitucional del Decreto Legislativo 1371 del 16 de agosto de 1995.

del Estado de Conmoción Interior implica necesariamente que corran la misma suerte las demás disposiciones adoptadas por el Gobierno en el marco de la excepcional institución consagrada en el artículo 213 de la Carta Política. Se trata de una inconstitucionalidad por consecuencia, es decir, del decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la norma que permitía al Jefe del Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución. Cuando tal situación se presenta, la Corte Constitucional no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente de que las normas que consagran, consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución. Declarada la inexecuibilidad del decreto básico, el Presidente de la República queda despojado de toda atribución legislativa derivada del estado de excepción y, por ende, ha perdido la competencia para dictar normas con fuerza de ley”.

De igual manera, en relación a lo pretendido en la presente investigación, en lo pertinente al decaimiento de los actos particulares como consecuencia de la afectación del acto general la sentencia C-702 de 1999⁹⁰ magistrado ponente Fabio Morón Díaz declaró la inexecuibilidad del artículo 120 de la ley 489 de 1998 y como corolario el decaimiento de los actos sucedáneos, determino la corte: "Al adoptar esta decisión, la Corte Constitucional se inspira además, en el carácter restrictivo que debe guiar la interpretación constitucional en materia de facultades extraordinarias al Gobierno y, en el entendido de que al declararse la inexecuibilidad, en este caso desaparece la norma del ordenamiento jurídico desde el momento mismo de su promulgación y, por tanto, no puede producir efecto alguno"

⁹⁰ Sentencia C-969 de 1999 inconstitucionalidad por consecuencia, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

“Así las cosas, desaparecida la norma que sirvió de fundamento para expedir los decretos acusados, resulta apenas obvio que aquellos deban correr igual suerte, pues se produce el fenómeno de la inconstitucionalidad por consecuencia, es decir”.

Frente a situaciones administrativas de carácter laboral en un Estado social de derecho, que consagra con rango constitucional los derechos fundamentales, incurre en una grave contradicción cuando se desconocen los derechos sustanciales por cuenta de la exigencia de la demanda de cada afectado para su respectiva reclamación.

Aunque urgen mas mecanismos de protección en los casos de jurisdicción administrativa laboral el nuevo código contencioso administrativo atiende de mejor manera muchas de las fragilidades de la jurisdicción contenciosa con mejoras en el procedimiento como: certeza sobre el juez de la causa; el abandono del mito de la jurisdicción rogada; la consagración de elementos para acelerar el trámite del proceso; el establecimiento de mecanismos que buscan el adelantamiento normal del proceso para que este culmine con sentencia de fondo; el poder del juez para decretar pruebas de oficio y eliminar las ilegales; la disposición de mecanismos más eficaces para el pago de las condenas y por sobre todo la consagración de medidas cautelares, particularmente las anticipatorias⁹¹, hacen de la nueva codificación un instrumento eficaz para alcanzar la tutela judicial efectiva y de paso fortalecer la legitimidad del Estado.

⁹¹ El párrafo del artículo 239, dispone “las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”

ANÁLISIS NEOCONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ROGADA FRENTE AL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Constitucionalismo general

Queda manifiesto que de todos los paradigmas de las ciencias sociales, los operadores judiciales prácticamente siguen solo uno: el positivismo y una metodología esencialista. Por ello es necesaria una crítica y una reconstrucción de una realidad “recortada”, urge la necesidad del análisis de los diferentes paradigmas jurídicos y su respectiva crítica.

Así mismo, es necesario entender la Constitución no como mecanismo de interpretación, sino, como mecanismo de garantía para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales⁹²; a nuestro modo de ver la importancia de la Constitución está en que la idea de la legalidad se vea reforzada y en parte coadyuvada, por la idea de la constitucionalidad; la tradicional concepción de la Constitución como norma meramente organizativa y metajurídica, se ve sustituida por una concepción de la constitución entendida como norma directamente eficaz. No es la figura del operador jurídico la máquina que se encarga de acomodar una situación al sistema normativo, sin una sujeción estricta a la ley, más que eso es necesario mirarlo como el medio controlador de la legitimidad constitucional, un funcionario crítico del derecho.

Se puede expresar el cambio de paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de estos principios, afirmando que la legalidad, merced de esto, resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del ser del derecho, es decir su existencia,-ya no derivable de la moral ni de la naturaleza, sino, precisamente, puesto por el legislador– como también la de su deber ser, es decir, de sus condiciones de validez, así mismo positivadas con rango constitucional, como derecho sobre el derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la

⁹² En estos casos -dice Piza Escalante- “el juez Constitucional dispone de una determinada interpretación o aplicación de un texto que ha creado una norma que roza con la Constitución, por lo que declara que la norma producto de esa interpretación errónea o de esa aplicación indebida es inconstitucional”. PIZA ESCALANTE, Rodolfo, la Jurisdicción Constitucional Costarricense, en justicia Constitucional comparada, UNAM, México, 1993, P. 123

producción jurídica. No se trata de eliminar o de poner en crisis la separación entre derecho y moral realizada con el primer positivismo, sino, por el contrario de completar el paradigma positivista idea fundamental de Kelsen y al mismo tiempo el Estado⁹³, lo cual implica garantías desde la producción de la norma ya que el legislativo queda inmiscuido en las garantías constitucionales del Estado social de derecho.

Estos principios constitucionales y generales de derecho vienen tomando partido y desmarcando un poco el estricto formalismo redundando en una mejor forma de interpretación, el principio de razonabilidad, por ejemplo, implica un análisis de la de la norma desde una perspectiva que va mas allá de esa lógica interna y se adentra en su aceptabilidad o admisibilidad, en su capacidad de propiciar el máximo consenso posible entre sus destinatarios, que, bien sean la audiencia universal perelmaniana o la audiencia ideal particular propuesta por Aarnio. Lo que se espera es que el operador jurídico no opte por alternativas que sean inaceptables para la comunidad en un momento dado⁹⁴.

Con el advenimiento de los controles por los principios generales del derecho los cuales como plantea García de Enterría, “son una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica, pues bien hay que afirmar que la administración está sometida no solo a la ley sino también a los principios generales del derecho y ello por una razón elemental porque la administración no es el señor del derecho, como puede pretender serlo”⁹⁵

Frente a esta concepción, el derecho es más que reglas positivas y exégetas estrictos. Hasta ahora Las fuentes formales del derecho no son más que fuentes de información severamente limitadas acerca del derecho: las fuentes formales tan solo contienen un limitado conjunto de reglas que el poder político ha considerado

⁹³ FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías*, Editorial trota. Página 67.

⁹⁴ MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia.

⁹⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Editorial Civitas s.a. Madrid 1995.pag.

conveniente reducir a una formulación escrita y oficial⁹⁶, de aquí que Zuleta Angel, plantea una esfera en donde el juez tiene discreción para resolver el caso de acuerdo a procedimientos diferentes de investigación y argumentación jurídica.

Ahora bien, el estudio de la constitucionalidad de la norma exige unas diferenciaciones que son de suma importancia, lo cual está dado por los modelos de constitucionalidad, por una parte el modelo francés que tiene en su articulado más un contenido político, un ideal o postulado programático, un ideario doctrinal, concepción romántica, que rompía el carácter pragmático y normativo jurídico del constitucionalismo americano⁹⁷.

En resumen, dos claros conceptos de Constitución, el primero el carácter normativo jurídico, y la segunda de contenido preponderantemente ideológico; la primera norteamericana, la segunda francesa y continental, situación esta que hace una mejor búsqueda del fenómeno constitucional⁹⁸. Lo cual hace necesario inmiscuir a la administración de justicia en el cumplimiento de las normas constitucionales como garantía para el ciudadano en la consecución del derecho⁹⁹ desde una u otra optica, tesis totalmente contraria a autores como la de Otto Mayer quien de manera tajante dice: *“en el sentido de que el derecho constitucional pasa mientras el derecho administrativo permanece”*¹⁰⁰.

Necesario es anotar, que lo anterior, ni es una creación propia de nuestro derecho constitucional y menos una elaboración doctrinaria de los novísimos apóstoles del nuevo derecho. No, ello hace parte de la más rancia tradición jurídica occidental que desde Aristóteles hasta el derecho romano, desde éste a Santo Tomás y

⁹⁶ LÓPEZ MEDINA, Diego, Eduardo, *La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Editorial legis Bogotá 2004 Pag. 293.

⁹⁷ Tradicionalmente la justicia constitucional se concebía como un concepto formal, esto por la influencia de Kelsen, paralelamente se daba un viraje en el cual el modelo difuso norteamericano o de judicial review, consagrado en Estados Unidos por el Juez Marshall desde la Sentencia Marbury v. Madison en 1803 a partir de los precedentes de control de constitucionalidad de leyes estatales.

⁹⁸ SANTOFINIO. G Jaime Orlando, *Derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Página 367.

⁹⁹ LUCIANO PAREJO, Alfonso, *Manual de derecho administrativo*. Editorial Ariel S.A. Bogotá 1998. Página 109.

¹⁰⁰ ORLANDO SNTOFINIO. G. Jaime Orlando, *Derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Página 367.

desde aquél hasta el realismo jurídico han definido el derecho como “LA COSA JUSTA”¹⁰¹.

En resumidas cuentas un Estado constitucional del derecho el cual se encuentra en iustaposición al “Estado legal de derecho”. Conforme a este paradigma, la Constitución ya no es solo la declaración de unas libertades básicas sino, antes bien, una norma directamente operativa que contiene el reconocimiento de garantías exigibles jurisdiccionalmente las cuales en muchos casos, esas garantías tienen una estructura normativa abierta e indeterminada que impone a quien debe aplicarlas una tarea que excede, la de interpretar una norma.

Los catálogos de jurisprudencia de los tribunales de cualquiera de nuestros países dan cuenta de la creciente influencia del modelo denominado “Estado constitucional”. Sucesivamente se vienen resolviendo conflictos por medio de adjudicaciones judiciales con un fuerte componente de creación del derecho.

Desde nuestra óptica, el juez debe ser el vigilante del proceso esto es de cada una de las partes. Si las condiciones de aplicabilidad de la norma están indeterminadas, lo cual implica un sinnúmero de opciones, el juez, debe incluir esos argumentos en su decisión, asumiéndolos como propios o refutándolos adecuadamente lo cual implica su adecuación de manera razonable, y lo más importante la participación procesal de los litigantes en el debate normativo.

Las teorías dialécticas y consensuales, que ayudan a conservar la imparcialidad judicial, pueden ser mejor aplicadas a los procedimientos con alto componente de creación legal. De una u otra forma el juez tiene una función en el nuevo marco jurídico del Estado colombiano, y es, el dejar de ser un simple revisor de normas, ni mucho menos un testigo inmóvil del desenvolvimiento de las controversias entre

¹⁰¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A”
Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02053-01 (0448-10)

los particulares o entre estos y el estado, su función es más activa, dotado de facultades inquisitivas que le da el derecho administrativo tomando como fin el esclarecimiento de la verdad.

La participación de la tradicional regla *Jura Novit Curia*, y su posible aplicación no solo en las demandas de reparación directa, sino también su aplicabilidad en el Derecho Laboral Administrativo como parte débil de la relación jurídica

Un estudio sobre la aplicabilidad de este principio: *iura novit curia*, de la mano de controles como el de razonabilidad según las posibilidades del giro hermenéutico y la posibilidad de ser considerado este principio en las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho laboral, puede genera un velo de incertidumbre en cuanto a la imparcialidad del operador jurídico y el conocimiento del derecho por parte de este, pero, en últimas es el director del proceso y el encargado de administrar justicia, por tanto está investido para interpretar las diferentes situaciones en procura de obtener fallos verdaderamente justos.

Desde esta óptica el Juez de lo contencioso administrativo está obligado a aplicar de oficio las normas pertinentes al caso, sobre todo cuando pertenezcan a la Constitución o a la ley sustancial según el principio *iura novit curia*. Observar la jurisdicción rogada en un fallo de instancia significa tanto como producir deliberadamente una sentencia anulable. El nuevo neconstitucionalismo obliga a pensar en forma, en especial aplicando el artículo 4º. Del Código de Procedimiento Civil.

En resumidas cuentas el numeral 4º del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, no es más que el paralelo del numeral 7º del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil; naturalmente el actor lleva la carga de colaborar con el juez en la búsqueda del derecho, pero quien juzga está obligado en esa búsqueda

tanto como quien pide justicia o más que éste, máxime cuando la norma pertinente es constitucional o legal sustantiva. No quiero decir, es obvio, que los demandantes puedan abstenerse de cumplir aquel numeral del artículo 137, sino que el Juez administrativo debe -y debía- tener mucho mayor cuidado al proferir el auto admisorio de la demanda, pues la función de esta providencia es evitar los fallos inhibitorios (que desacreditan la jurisdicción) y los procesos inútiles; si el actor en su demanda incumple aquella norma, el ponente ha de aplicar el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo; tal incumplimiento carece de toda otra sanción”¹⁰².

En este sentido, el principio *iura novit curia* en las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho laboral, permite un verdadero avance metajurídico en la evolución del derecho, más aun, este debe ampliarse, permitiendo que todas las partes procesales intervengan en el proceso, regla de este tipo son las que propone, Jusris Oliveira quien propicia un nuevo alcance de la regla *iura novit curia*. “*Las partes pueden y deben aportar su cooperación también en cuanto a la valorización jurídica de la realidad externa al proceso, investigación que de ningún modo puede ser hoy labor exclusiva del órgano judicial. La expectativa de éxito final en la causa evidenciada, en verdad, el interés primordial de la parte en dar a conocimiento del tribunal la norma jurídico a ser aplicada, según su visión particular*”¹⁰³. Es fundamental reconocer que los constantes cambios legislativos de las normas la hacen de una complejidad tal que puede darse el serio riesgo de que las partes jueces no "descubran" la norma adecuada al litigante o no la interpreten correctamente. En este orden de ideas, es importante establecer el contenido o alcance de la norma para disminuir las consecuencias negativas en el derecho de defensa. Además de eso, es inadmisibles que las partes sean sorprendidas por una decisión que se apoye fundamentalmente en una visión jurídica de la que no estén en conocimiento. El tribunal debe, por lo tanto, dar conocimiento previo de qué

¹⁰² Sentencia del consejo de estado Bogota D.C., diecisiete (17) de julio de 2003 radicado numero: 73001 – 23 – 31 – 000-1999 – 2241 (0994 – 01)

¹⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Garantía do Contradictorio*, 2a ed., Sao Paulo, Saraiva, 2003, pp. 227 y ss.

dirección o derecho subjetivo corre peligro, lógicamente sin adentrarse en el espeso pantano del prejujuamiento.

Si convenimos en que es socialmente valioso que los destinatarios de las normas concurren activamente a su interpretación, se impone que deban participar "el peticionario y la contraparte, el recurrente (por ejemplo en el recurso constitucional), demandante y demandado, que fundamentan su instancia y obligan al tribunal a adoptar una posición («diálogo jurídico»)¹⁰⁴. En suma, "el juez constitucional no es el único intérprete en el proceso constitucional: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían¹⁰⁵.

Las concepciones filosóficas propias de la hermenéutica del derecho, no pueden limitarse exclusivamente a lo formal y descuidar los contenidos, o sea, dejárselos a la política, de tal manera que urge la necesidad de reestructurar nuestros paradigmas críticos e incrustar o entrelazar formulas que permitan reevaluar sus tesis, de tal manera que podamos revincular la legitimidad, validez y la eficacia en la interpretación del derecho laboral administrativo con la firme intención de avanzar en el modelo de justicia que permita un mejor engranaje social.

¹⁰⁴ HÄBERLE, PELER, *El Estado Constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 150.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

LA CORTAPISA DEL RUEGO FRENTE AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado social de derecho obliga al juez a ser un gestor de paz, a ser un vocero de la armonía social. Sus decisiones pueden generar una situación de injusticia social, o pueden ser las que restablezcan la concordia, las reglas de convivencia dentro del desorden social que trate de solucionar y que asegura, de contera, la convivencia pacífica de los ciudadanos, el desarrollo justo de las fuerzas que conforman el orden social.

El Estado social de derecho reclama, como dice la Corte Constitucional en términos que compartimos, *“una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe mas de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no solo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que además respondan a un consentimiento real de las situaciones que le corresponde resolver”*¹⁰⁶; aplicado al tema en cuestión el punto más preocupante, sin duda, es el que la parte débil de la relación laboral- esto en los proceso de nulidad y restablecimiento del derecho laboral-, no se haga nada por una protección eficaz de sus derechos, en estos tiempos de agonía intelectual, son muchas las facultades de derecho de garaje que gradúan “profesionales” sin la menor preparación, convirtiendo toda una ciencia en una técnica de corta y pega, ¿es acaso culpable el coasociado quien ávido de justicia dispone sus esperanzas en una jurisdicción que no le ofrece garantías, por la escasa preparación de los abogados litigantes?; es quizá la jurisdicción contenciosa administrativa la más compleja, la cual dotada de una filigrana, comprende toda una ritualidad que no permite un buen desempeño en parámetros más justos, si a esto le agregamos los altos costos de posgrados que impiden un mejor desempeño del profesional del derecho, y el afán de la descongestión por parte

¹⁰⁶ Sentencia C-037 de 1996 revisión por Constitucionalidad proyecto de ley, proyecto 58/94 senado y 264/95 cámara magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, 5 de febrero de 1996.

del juez, sin duda tendremos menos parámetros justos que garanticen una eficiente administración de justicia.

Revincular la validez y eficacia como necesidad de cuerpo consultivo en el ideal de justicia

No tiene ningún sentido juzgar a las corrientes anteriores iusnaturalismo, iusformalismo, iusrealismo, tampoco tomar partido por alguna de ellas, porque podemos observar que cada una tiene su particular concepción y conceptualización del derecho. Lo verdaderamente trascendental es percibir no sólo la existencia de varias corrientes sino también las diversas metodologías utilizadas. Cada una de estas escuelas analiza al derecho desde una óptica que apunta a una perspectiva diferente del mismo fenómeno. Al iusnaturalismo le interesan los "valores", al iusformalismo las "normas", y al iusrealismo los "hechos". En este sentido, resulta inobjetable que cada una de estas perspectivas tiene sus aciertos y sus errores al considerar distintos aspectos del mismo fenómeno.

De las tres posturas, podemos tomar lo que nos sea de utilidad. Sin embargo, parece imposible dar un concepto unívoco del derecho, por la sencilla razón, de que se trata de definirlo desde tres diversos puntos de vista: El aspecto axiológico, el normativo y el fáctico, Con gran acierto, Eduardo García Máynez apunta "El error de quienes han pretendido encerrar en una sola definición (en el caso del derecho) objetos diferentes entre sí, no implica únicamente confusión de puntos de vista, sino, lo que es peor, concomitante confusión de los objetos contemplados"¹⁰⁷.

Un análisis lógico de estos aspectos viene a demostrar que lo anterior, pueden formar parte de una misma concepción del derecho. El aspecto axiológico, al derecho como valor; el normativo, al derecho como norma; y, el fáctico, al derecho

¹⁰⁷ GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *La definición del derecho*, cit., p. 17.

como realidad. La inocencia académica que a muchos nos caracteriza en temas de este tipo nos empuja a preguntarnos ¿por qué no concatenar los tres aspectos los cuales son de suma importancia para el estudio del derecho en el ideal de justicia? Al hacernos esta pregunta descubrimos teorías verdaderamente interesantes en algunos pensadores. Tal es el caso de la teoría tridimensional del derecho y de la teoría integral del derecho, cuyos exponentes son Miguel Reale y Luis Recaséns Siches, respectivamente¹⁰⁸. En ambas teorías, la concepción del derecho conserva las tres dimensiones de las que se ha tratado -valor, norma y hecho- pero estrechamente unidas entre sí en relaciones de esencial implicación. El derecho no es un valor puro, ni una mera norma con ciertas características especiales, ni es un simple hecho. Recaséns Siches señala que "en la realidad del derecho se dan, recíproca e indisolublemente trabadas entre sí tres dimensiones: hecho, norma y valor. El derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social; obra producida bajo forma normativa; y que en su función para satisfacer esas necesidades, intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos valores específicos¹⁰⁹".

De hecho la teoría tridimensional postula que donde exista un fenómeno jurídico, hay irremediabilmente un hecho subyacente -hecho económico, político, o social-, un valor que confiere determinada significación a ese hecho, que inclinan o determinan la acción de los hombres para alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y finalmente, una norma que representa la relación o medida que integra a uno de aquellos elementos con el otro: al hecho y al valor. Además, se afirma que tales elementos -hecho, valor y norma- no existen separados unos de otros, sino que coexisten perfectamente, pues no se excluyen, ni se implican. Es decir, son absolutamente inseparables, y por tanto, no hay ninguno que sea más importante que los otros. Ahora bien, esos factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como uno solo. De tal modo, la vida del derecho

¹⁰⁸ RECASÉNS SICHES, LUIS, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1985; y Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1991.

¹⁰⁹ RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa cit., p. 40.

resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran¹¹⁰.

Cabe evocar las enseñanzas del filósofo de Königsberg, quien destacó dos formas puras de intuición sensible espacio y tiempo. El estudio de la historia demuestra que el derecho no ha sido el mismo en todas las coordenadas espaciales-temporales. Al respecto, Norberto Bobbio comenta que para formular leyes y principios universales en materia de la ciencia del derecho, es preciso atender no sólo a la naturaleza humana, sino a las "condiciones históricas que determinan las cambiantes leyes de pueblo a pueblo, de tiempo a tiempo"¹¹¹.

Por lo tanto, el derecho está en constante y permanente evolución, su carácter prospectivo trata de igualar la veloz inercia de los cambios sociales. De este modo, el derecho -como objeto de estudio- se presenta como uno de los campos más amplios del conocimiento científico porque comprende tres aspectos del mismo fenómeno, a saber: a) valor, b) norma y c) hecho. Estas tres dimensiones se encuentran en un continuo proceso de cambio que nos permite afirmar que el derecho es progreso, porque su contenido, sus proposiciones y sus manifestaciones varían en el tiempo y el espacio. Asimismo, señala que la complejidad del derecho requiere de un pluralismo metodológico: "Una comprensión totalizadora de la realidad jurídica exige la complementariedad, o mejor la recíproca y mutua interdependencia e interacción de esas tres perspectivas o dimensiones que cabe diferenciar al hablar del derecho: perspectiva científico-normativa, sociológica y filosófica". Al tomar la validez, eficacia y justificación de las normas jurídicas como los objetos de estudio respectivos de la ciencia, sociología y filosofía jurídicas, reducen a la ciencia del derecho a las normas jurídicas válidas, es decir al derecho vigente o formal. Por su parte también, Norberto Bobbio -quien fuera amigo cercano de García Máynez-

¹¹⁰ REALE, MIGUEL, *Introducción al derecho*, Madrid, Pirámide, 1989, p. 69.

¹¹¹ NORBERTO BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 33-51. *Sobre la contribución de Bobbio al funcionalismo jurídico*, véase Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.

construye su teoría general del derecho y desarrolla una concepción funcionalista del mismo, conforme a los tres criterios de valoración que son constantes en la tesis de la teoría de los tres círculos, de la teoría tridimensional del derecho, y de la teoría integral del derecho: justicia, validez y eficacia.

En conclusión, el derecho no es nada más que norma, no, el derecho es una espesa manigua en donde la norma jurídica es la brújula que nos guía, pero para recorrer un camino, debemos partir de un determinado punto y ser guiado por cierta dirección. Luego, el punto de partida de la norma es el hecho, rumbo a determinado valor.

El principio *iura Novit Curia* y su protección desde conceptos jurídicos indeterminados de carácter fundamental

Adentrándonos en la hermenéutica rigurosa que exige la norma, algunos tratadistas como Alexy¹¹² sostiene que cuando se habla de derechos sociales fundamentales (vgr. salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación) se hace referencia primaria a derechos a prestaciones en sentido estricto. A su turno, estas expectativas positivas se caracterizan por estar consagradas en principios, directrices o, menos frecuentemente, en reglas que se construyen a partir de conceptos indeterminados.

Desde el mismo momento en que el Artículo 4 de la carta determina: la Constitución es norma de normas, es deber del Estado interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales¹¹³, en resumen el estado no solo está sometido al imperio de la Constitución, sino, que además debe imbuir a los entes privados en tales derroteros.

Cuando se exige el cumplimiento de la rogatividad en el derecho administrativo la tendencia es la de cercenar el acceso a la administración de justicia, situación

¹¹² ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp.482 y ss.

¹¹³ SANTOFINIO G. Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Universidad externado de Colombia. Página 388.

evidenciada en los fallos inhibitorios por parte de muchos jueces, pero sobre todo en la imposibilidad de adecuar la demanda a los rigores de la ley, por la ausencia total del concepto de la violación o por el defectuoso cumplimiento de tal requisito, no obstante la existencia de mecanismos legales que permiten sortear este obstáculo nugatorio de justicia tal y como lo dijimos antes previniendo al demandante en la admisión de la demanda.

Conforme a las pautas trazadas en la sentencia de la Corte Constitucional C-197-1999¹¹⁴, se concluye indefectiblemente que el principio de la jurisdicción rogada tanto en la acción de nulidad como la de nulidad y restablecimiento del derecho, sufrió atenuaciones para atender derechos fundamentales y cuando se advierta incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica. Frente a un concepto de violación ausente en su totalidad o defectuoso, tiene el juez las potestades que seguidamente se explican: Si el acto acusado es contrario a otro de superior jerarquía, a la ley o la Constitución, tendrá la facultad de “inaplicarlo”, modificando en consecuencia la pretensión de nulidad por la de “inaplicación”.

Igualmente, con la finalidad de efectuar una interpretación que armonice con el conjunto normativo existente y con los principios y valores que emanan de la Constitución, el juez contencioso al hacer uso de normas de hermenéutica, que le permitan identificar las ilegalidades que presente el acto acusado invocadas en el concepto de violación, o cuando en las condiciones de morigeración de los rigores de dicho principio, requiera establecer la armonía de los actos acusados con el ordenamiento jurídico, deberá tener claro que la exégesis formalista desnaturaliza la función judicial y nos convierte a los administradores de justicia en tecnólogos del derecho obligados a cumplir con el mandato legal sin preguntarse por su razón o su justicia¹¹⁵.

¹¹⁴ CAEBONELL, Antonio Barrera, C-197 de 1999, Santafé de Bogotá D.C., abril siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

¹¹⁵ *Ibíd.*

En consecuencia, no deberá olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico los principios del efecto útil,¹¹⁶ de la interpretación sistemática,¹¹⁷ de la interpretación conforme,¹¹⁸ y de la interpretación razonable¹¹⁹ son de recibo, por tanto cualquier sacrificio del derecho por el imperio de las formas resulta hoy ajeno a nuestra juridicidad.

Ante las potísimas razones de la corte en defensa de los valores constitucionales, el Consejo de Estado modulo¹²⁰, nuevamente su posición aceptando la tesis de la Corte Constitucional al esbozar:

“Como el punto aquí señalado merece alguna precisión, en lo referente a la vigencia del principio de la justicia rogada en lo Contencioso Administrativo, es necesario un breve comentario que nos permita evidenciar los límites de dicho principio a la luz de la Carta Política de 1991 y conforme al Bloque de Constitucionalidad en aquellas cuestiones que tocan con la seguridad social. En efecto, el principio de la justicia rogada obedece a un criterio netamente positivista apoyado en la prevalencia de las fuentes del derecho radicadas principal y esencialmente en la Ley. No obstante, el Artículo 228 de la Constitución, modificó esa concepción para apostar por el derecho sustancial como valor supremo en la aplicación del derecho, circunstancia fundante de nuestro orden jurídico que le obliga al Juez a tener que adoptar un examen de contenido en los casos bajo su cuidado, de tal manera que logre armonizar con coherencia el poder regulador de la regla jurídica positiva y la vigencia sustantiva de los derechos, supuesto que evidencia una restricción al mentado principio de la justicia rogada restándole al Juez la facultad de advertir la vigencia del derecho pero al mismo tiempo negarlo por una circunstancia adjetiva imputable al apoderado de la

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-001 de 3 de abril de 1992 M.P.: Drs. José Gregorio Hernández, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, acción de tutela contra Asamblea Departamental del Chocó y otras, “Actos Administrativos de elección de contralores.”

¹¹⁷ Corte Constitucional sentencia C-040 de 11 de febrero de 1993, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 40 de 1990 por la cual se dictan normas para la protección y desarrollo de la panela.

¹¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-273 de 28 de abril de 1999, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º del Decreto 2737 de 1989 por el cual se expide el Código del Menor.

¹¹⁹ Salvamento de Voto del Dr. Eduardo Martínez Cifuentes a la sentencia proferida el 23 de marzo de 1994, T- 142 de 1994, Corte Constitucional, M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía, Acción de Tutela contra el Juzgado 3º Penal Municipal de Santa Marta.

¹²⁰ Uno de las invasiones en el nuevo código de procedimiento administrativo lo constituye el precedente judicial (artículo 102ley 1437 de 2011 extensión de la jurisprudencia), artículo que armoniza las constantes modulaciones por parte del Consejo de Estado.

actora; en otras palabras, las vicisitudes de la mera técnica procesal en la introducción de las demandas no pueden convertirse en un factor determinante para la suerte de los derechos, de no ser ello así, los ciudadanos están sometidos a un azar extraño a la razón y absolutamente distante de la justicia”¹²¹.

Sobre el acceso a la Administración de Justicia

Como se dijo antes el acceso a la administración de justicia, pilar fundamental del derecho, es quizá la parte que más preocupa con el referenciado principio; en el salvamento de voto de los doctores: Alberto Arango Mantilla, Jesus Maria Lemos Bustamente y Alejandro Ordoñez Maldonado, estudiado de la sentencia 01 (0994)¹²², con el cual compartimos la mayoría de sus análisis, refrenda el tema abordado en esta investigación, interpretaciones que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Con el enfoque que en este salvamento se le asigna al principio de la jurisdicción rogada, se atiende la garantía de los ciudadanos de acceder a la administración de justicia de manera plena y efectiva, pues tal propósito se cumple realmente, no sólo por permitirse acudir a la jurisdicción, sino cuando el juez acata la supremacía

¹²¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02053-01 (0448-10)

¹²² Salvamento de voto Concejo de estado Radicación número: 73001-23-31-000-2241-01(0994 -) Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2003) : En consecuencia, la sentencia que atienda las pautas señaladas y que se dirija a flexibilizar el rigor del principio de la jurisdicción rogada no constituirá modificación de la causa petendi ni se encausará en fallo extrapetita, porque guardará concordancia entre las pretensiones y la parte resolutive, sólo que se hace uso de unos poderes dispositivos otorgados al juez, que no implican extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sino el ejercicio de su autonomía, representada en la potestad interpretativa, que se sintetiza en el siguiente segmento jurisprudencial:

“...Una de las funciones del juez dentro del Estado de Social de Derecho, consiste en interpretar, dentro del marco de los principios que rigen éste, los actos y conductas de los individuos a efectos de cumplir en forma cabal su función y dar prevalencia al principio de justicia, que no puede quedar desplazado por el culto a las formas, desconociendo los derechos y garantías reconocidas a las personas. El deber del juez, no puede ser entonces de simple confrontación. Su función ha de ser entendida hoy de forma diferente a como lo fue en vigencia del Estado clásico de derecho, pues es un juez que está obligado a interpretar, a deducir, con el objetivo de cumplir en forma adecuada y cabal su tarea,” (se subraya). Visto lo anterior, puede afirmarse que el juzgador de primera instancia adoptó la decisión, desde una perspectiva que no requiere ningún esfuerzo intelectual, pues se limitó a denegar las pretensiones sin analizar las circunstancias que rodearon la expedición del acto. En estas condiciones, la función de la jurisdicción contenciosa administrativa pasa a un plano de simple espectador, no se pone en marcha la función judicial, mediante la cual se ejerza un verdadero control y juzgamiento del acto cuestionado. La orientación del fallo apelado, revela un proceso de lógica deductiva o labor mecánica, que evoca la crítica que la filosofía del derecho hizo a la función jurisdiccional del siglo XIX alrededor de la inconveniencia del pensamiento exageradamente exegético de los juristas de la época, que ha sido censurada por no tener afinidad con la justicia, la equidad y el bien común.

de la Constitución, protege los derechos amenazados o vulnerados y proclama la “vigencia de un orden social justo”, merced a los dictados del preámbulo y los artículos 1º y 2º de la C.P¹²³.

Es indudable, que los aspectos anotados en este salvamento, expresan la ideología que contempla el artículo 228 de la Carta Magna en torno al acceso a la administración de justicia en la plenitud de su efectividad, proclamado entre otras, en la sentencia C-1341 de 2000 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, que sobre el particular adujo:¹²⁴

La Corte Constitucional, en Sentencia C - 037 de 1996, que efectuó el análisis de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, recogiendo su jurisprudencia anterior, calificó el derecho de acceso a la administración de justicia como un derecho fundamental de aplicación inmediata.

En consecuencia, la sentencia que atienda las pautas señaladas y que se dirija a flexibilizar el rigor del principio de la jurisdicción rogada no constituirá modificación de la causa petendi ni se encausará en fallo extrapetita, porque guardará concordancia entre las pretensiones y la parte resolutive, sólo que se hace uso de unos poderes dispositivos otorgados al juez, que no implican extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sino el ejercicio de su autonomía, representada en la potestad interpretativa.

Sobre las modificaciones de la causa petendi y el principio de congruencia en la sentencia

El artículo 305¹²⁵ del Código de Procedimiento Civil describe el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre la parte motiva y la resolutive del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la

¹²³ Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2003). Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01)

¹²⁴ *Sentencia de 4 de octubre de 2000, M.P.: Dra. Cristina Pardo Schlesinger, demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 2º parcial del artículo 39 de la Ley 443 de 1998.*

¹²⁵ Artículo 305 del código de procedimiento Civil: “La sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la Ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.”

decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación (congruencia externa), de manera reiterativa en muchos de los fallos del Consejo de Estado, entre otros, la sentencia del dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010), consejera ponente Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez se determinó: “El principio así concebido, persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa del demandado, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda¹²⁶”. Igualmente, trae consigo los conceptos de los fallos ultra y extrapetita¹²⁷, como decisiones que van más allá de lo pedido, ya sea porque se otorgan cosas adicionales a las solicitadas en la demanda (sentencia ultrapetita), o porque se reconoce algo que no se solicitó (sentencia extrapetita).

En el nuevo código contencioso ley 1437 de 2011 en su artículo 230 es donde más se aprecia el tema de la congruencia cuando expresa: “las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas...”.

Sin embargo debido al alcance en las posturas que aceptan el principio en plenitud, o aún en aquéllas que lo limitan, subyace la afirmación de que existe una clara diferencia entre el tratamiento de los hechos (que deben ser alegados y probados por las partes, y que no pueden ser modificados, en virtud del principio

¹²⁶ Consejo de estado sala de lo contencioso administrativo consejera ponente Carmen teresa Ortiz de Rodríguez Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010) Radicación número: 13001123-31-000-1999-90004-01(16605).

¹²⁷ “Nos encontramos frente a un fallo ultra petita, cuando el Juez ordena el pago de un monto mayor a lo demandado si advierte errores aritméticos o de cálculo o errores en la fundamentación jurídica de la demanda o cuando percibe que se ha aplicado indebidamente una norma legal que tiene implicancia en el monto del fallo. Es decir, estamos ante un fallo ultra petita cuando la sentencia sobrepaja o excede a la demanda en términos cuantitativos. Nuestro sistema procesal laboral confiere al Juzgador la facultad ultra petita, esto es, la posibilidad de expedir sentencias que en términos cuantitativos excedan a la demanda. En cambio nos encontramos frente a un fallo extra petita cuando la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando pretensiones que no han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorga conceptos o derechos que no formaban parte del petitorio de la demanda” Vescovi, Enrique.- Teoría General del Proceso, Temis, Bogotá, 1984, pag.51-52

de congruencia) y la elección de su calificación jurídica (que es decidida por el juzgador, sin atenerse necesariamente a las posturas de las partes, con sujeción a lo que legalmente corresponde, y que es ajena, por lo tanto, a la congruencia). Todo ello a partir de entender que hay una neta independencia entre aquéllos y ésta. Una cosa son los hechos y otra su encuadre jurídico. Por ende, el procedimiento lógico para articular la sentencia consta de dos pasos: el primero es conocer los hechos a través de su prueba y luego, ya conformada la plataforma fáctica, deberá el juez decidir en qué norma encuadran tales hechos. Son dos pasos, lógicamente sucesivos, pero que analizan dos aspectos distintos e independientes. En la tarea anterior no hay limitación y el juez es libre de elegir el derecho que cree aplicable, según su ciencia y conciencia. Surge así el aforismo *iura novit curia*, que significa que “el derecho lo sabe el juez”.

Lo que no quiere decir que se falle de manera extrapetita, pues lo que se propone es que el juez haga uso de unos poderes dispositivos otorgados, que no implican extralimitación en el ejercicio de sus funciones, sino el ejercicio de su autonomía, representada en la potestad interpretativa, tal y como lo expone el salvamento de voto de los doctores Alberto Arango Mantilla, Jesús María Lemos Bustamante y Alejandro Ordoñez Maldonado, estudiado de la sentencia 01 (0994) la cual sintetiza el siguiente segmento jurisprudencial:¹²⁸ “...Una de las funciones del juez dentro del Estado de Social de Derecho, consiste en interpretar, dentro del marco de los principios que rigen éste, los actos y conductas de los individuos a efectos de cumplir en forma cabal su función y dar prevalencia al principio de justicia, que no puede quedar desplazado por el culto a las formas, desconociendo los derechos y garantías reconocidas a las personas. El deber del juez, no puede ser entonces de simple confrontación. Su función ha de ser entendida hoy de forma diferente a como lo fue en vigencia del Estado clásico de derecho, pues es un juez que está obligado a interpretar, a deducir, con el objetivo de cumplir en forma adecuada y cabal su tarea”.

¹²⁸ Sentencia C-366-00 de 29 de marzo de 2000, Corte Constitucional, M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la Ley 79 de 1981 “...450 años de fundación de Cali.”

La desrogorativizacion del derecho en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y sus avances en materia constitucional.

En el nuevo código contencioso existe una fuerte tendencia de superar el rigor formalista, para ir directamente a aplicar los principios constitucionales al debido proceso, la igualdad, el acceso a la administración de justicia, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, la equidad, la presunción de buena fe¹²⁹ y la jurisprudencia como criterios auxiliares de la actividad judicial¹³⁰ entre otros; Se puede apreciar en el nuevo código un robustecimiento de los poderes del juez para la dirección del proceso y la garantía de los derechos en conflicto y su debida armonización con estos importantes principios constitucionales:

El artículo 211 del nuevo código contencioso administrativo ley 1437 de 2011, señala un gran avance en el procedimiento administrativo al remitir en el tema probatorio a la legislación civil: “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Sobre este tópico el doctor Alvaro Namén Vargas¹³¹ en conferencia preparada para el Seminario de presentación de la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, llevado a cabo en Bogotá, de manera muy explícita realiza el siguiente análisis :“como puede apreciarse, no existe una ruptura total del tema probatorio con el régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, tal como se concebía en el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, decisión que se adoptó tanto por razones

¹²⁹ Uno de los principios con notable despliegue en la reforma del código contencioso administrativo ley 1437 de 2011 al permitir las copias simples como prueba y la correspondiente tacha de falsa por la parte demandada de no estar conforme.
¹³⁰ 2, 4, 13, 83, 122, 228, 229 y 230 Constitución Política de Colombia.

¹³¹ Magistrado Auxiliar, Sección Tercera, Consejo de Estado, Secretario Técnico ad-hoc (2010 -2011) de la Comisión de Reforma al Código. Conferencia preparada para el Seminario de presentación de la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, D.C., 2011.

prácticas, como jurídicas, porque la remisión a los principios (necesidad de las pruebas, contradicción, intermediación, autoresponsabilidad, preclusión, comunidad, entre otros); los hechos exentos de prueba (presunciones, hechos notorios, afirmaciones y negaciones indefinidas, entre otros); medios de pruebas (documentos, testimonios, indicios, declaración de parte, juramento, etc.); su conducencia, pertinencia, utilidad y valoración de la prueba y en general en todo lo relacionado con la forma de practicarlas¹³²; así como los criterios de valoración y los demás aspectos sobre la materia, no se oponían a la estructura del proceso con elementos orales que se concibió en la Ley 1437 de 2011¹³³.

“Sin embargo, aunque a primera vista pudiera pensarse que el artículo 211 del nuevo Código no presenta un cambio sustancial a lo que ya traía el artículo 168 del anterior Código Contencioso Administrativo, en tanto que se mantuvo el criterio en cuanto a la observancia de la regulación de las pruebas en el régimen procesal civil, una lectura detenida de la nueva norma del código, permite extraer las siguientes precisiones”:

“La primera consiste en que trae en sí una redacción o, mejor aún, remisión más precisa que la de la disposición anterior, considerando que expresa un mayor grado de generalidad en cuanto al régimen probatorio se refiere, dado que no pocas dificultades podía ofrecer el artículo 168 del anterior código que sujetaba esa remisión con la expresión siempre que *“resulten compatibles con las normas del código”* y la descripción de las materias que contemplaba (forma de practicarlas, medios de pruebas y criterios de valoración), lo que condujo a hacer claridad de que la remisión es en relación con todo ese régimen del procesal civil, salvo lo expresamente regulado en el nuevo Código Contencioso. Es decir,

¹³² Arts. 174 y ss. del C. de P. Civil.

¹³³ Magistrado Auxiliar, Sección Tercera, Consejo de Estado, Secretario Técnico ad-hoc (2010 -2011) de la Comisión de Reforma al Código. Conferencia preparada para el Seminario de presentación de la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, D.C., 2011.

circunscribe la remisión al Código de Procedimiento Civil única y exclusivamente cuando la materia no sea regulada por el Código Contencioso Administrativo y no para cuando resulten compatibles con las normas del código, expresión que utilizaba esa norma anterior”.

Lo anterior deja ver la aplicación del derecho de manera más abierta y con un alto contenido de desrogativización en el derecho administrativo, de no estar positivizado en el nuevo código, lo que permite una mayor amplitud en el tema probatorio.

Por otra parte teniendo en cuenta el artículo 213 del nuevo Código (antes artículo 169 del Decreto 01 de 1984, Mod. por el Art. 37 del Decreto 2304 de 1989), en cualquiera de las instancias el juez puede decretar de oficio, conjuntamente con aquellas solicitadas por las partes, las pruebas que considere estrictamente necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

Aunque pueda pensarse que la facultad de decretar pruebas de oficio se mantuvieron las líneas generales al artículo 169 del anterior código, se produjeron cambios sustanciales casi que imperceptibles al utilizar unos vocablos que se adecuan de mejor manera a las exigencias procesales del derecho administrativo:

Cuando sean decretadas por el juez pruebas de oficio una vez oídas las alegaciones y antes de proferir sentencia, se circunscribe a puntos oscuros o “difusos”, esta última expresión sustituyó la palabra “dudosos”, pues se consideró que el primer vocablo resulta más adecuado al propósito de este tipo de pruebas en tanto hace referencia a un hecho poco claro o preciso mientras el segundo hace relación a un hecho eventual e inseguro que implica de por sí un juicio mucho más complejo por parte del juez para decretar la prueba.

Estos dos situaciones claramente dejan ver un derecho menos rogado más espacioso en el que el juez tiene la posibilidad de llegar de manera más personalizada al esclarecimiento del proceso en últimas a criterios de justicia mas definidos.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión es fundamental reconocer como durante el siglo XIX, y parte del XX, no se concebía a la Constitución como fuente fundamental del derecho y de justicia, debido al esquema formalista y normativista en el que estaba sumergido el derecho. De esta manera, la protección de los derechos fundamentales se ha vuelto uno de los ejes rectores de la concepción de Estado constitucional, la limitación de poderes a través del derecho constitucional necesariamente genera un reduccionismo del iusnaturalismo y positivismo, superando la tradición de la primacía de lo político sobre lo jurídico; el Estado de derecho garantista invierte los papeles: el derecho ya no es más un instrumento de la política; al contrario, ahora la política debe ser el instrumento del derecho sometida en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales, situación que en últimas trasciende a una teoría del derecho, pues la soberanía ya no puede seguir siendo considerada como un poder absoluto; por lo tanto, es necesario entender el derecho como la garantía de los más débiles, frente a los más poderosos, lo cual faculta a los jueces como los encargados de la mejora permanente del ordenamientos jurídicos, a lo sumo en consideraciones iusnaturalista de forma crítica en una dimensión de filosofía política, asumiendo la crítica responsable y la deslegitimación externa de los ordenamientos jurídicos con base en postulados éticos-políticos.

En resumidas cuentas un esquema de la teoría jurídica que pretenda mostrar una reconciliación entre el derecho y la moral, que se muestra desde las teorías positivistas extremas, esta postura se justifica al tratar de encontrar una explicación a las normas constitucionales basadas en valores y principios, en algunos casos, por fuera del ordenamiento jurídico positivizado que en su mayoría había sido constituido en claves de reglas por estar por fuera de este, el concepto de principios y valores en los que se edifica el neoconstitucionalismo.

Sin lugar a dudas, dentro de esta investigación se revisó la aplicación de principios de rogatividad y de presunción de legalidad, en el juicio contencioso administrativo haciendo menos rigurosa y más flexible sus aplicaciones, al confrontarlas con la Constitución, examen que produce dos puntos aplicativos del derecho, primero, el derecho rogativo presenta incomodidades que no permiten un engarce entre justicia y ley, al tener que ser necesariamente pedido por las partes, manteniendo en un letargo permanente al juez como ente pasivo del proceso de carácter laboral administrativo, el cual es fácilmente superable si en el auto de admisión de la demanda se corrige el yerro, más aún, creemos que el discutido principio de rogatividad debe desaparecer en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho laboral, por tanto debe existir una equidad en el proceso y una garantía de los derechos laborales en los procesos administrativos, permitiendo una traslúcida aplicación del derecho en el acervo probatorio; aspectos antes señalados con los cuales se tendrá un mejor funcionamiento del aparato judicial.

Desde esta óptica, resulta provechoso demostrar que los instados principios como el de la rogatividad y presunción de legalidad, atascan el derecho haciéndolo más espeso, tal como se dijo a lo largo de esta investigación. Son los principios que distan del verdadero sentido constitucional, mas la antipatía cultural de la soberanía legal considera que muchos de los jueces sigan amarrados a criterios formales descuidando el deber ser de la norma cual es la justicia.

No tiene justificación alguna que el error del ciudadano, el cual por lo demás no es un experto en regulaciones jurídicas ni avezado en las lides de doctrina constitucional, sirva para que el juez eluda la obligación de controlar la arbitrariedad de la actuación de la administración y declare ajustado a las normas un acto que corrompió el ordenamiento jurídico. La existencia del Estado social de derecho implica obligaciones sociales para el juez y la armonización del ordenamiento jurídico en las relaciones de convivencia que aseguran el orden justo en lo político, lo económico, lo social, lo cultural y con respeto al derecho de

igualdad. De allí se deriva el que la actividad judicial no debe exigirse, con la exegesis en que normalmente se hace, escudándose en la inexistencia del concepto de la violación o la indicación de la norma precisa, pues existe una norma superior que le da toda la facultad de actuar contenida en la misma norma política.

Ahora bien en lo que respecta la aplicación de principios del derecho laboral a los procesos contenciosos administrativos, teniendo como posibilidad fallos ultrapetita y extrapetita sin que se entienda vulneración de los derechos al debido proceso y derecho de defensa, en nuestro entender es posible en aquellos casos que atiendan situaciones específicas de los empleados públicos, esto es en las demandas de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho laboral. Mientras en el sector privado no hay dificultad para precisar el estatuto que gobierna las obligaciones y derechos emanados de la relación de trabajo, puesto que el Código de la materia “regula las relaciones de derecho individual de carácter particular” y contiene el mínimo de derechos y consagradas a favor de los trabajadores, sin perjuicio de los mejoramientos obtenidos por los mecanismos de derecho colectivo previstos también por ese mismo Código Sustantivo del trabajo.

En la administración pública, en muchos casos, no es fácil saber que estatuto ha de aplicarse en un caso concreto, a pesar de que la legislación que ha acopiado el país, ha dado bases importantes para la clarificación del problema.

Téngase presente que el artículo 53 de la Constitución Nacional ordena el congreso expedir el estatuto del trabajo y agrega que la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e

interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades; establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados forman parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

“Estos principios también permean el derecho aplicable a los empleados públicos. Con tales principios y con las normas constitucionales específicas para los servidores públicos antes citadas, así como también con los principios de la función administrativa, debe encontrarse una solución que armonice esos conjuntos normativos y no ubicarlos en inconveniente e innecesaria tensión entre ellos¹³⁴”. De no ser así resulta vulneratorio del derecho de acceso a la administración de justicia y, así mismo, de la obligación del Estado de proteger el trabajo, como derecho y como valor fundamental de la sociedad imponiendo en muchos casos una carga irrazonable, que no encuentra justificación en la necesidad de defender la seguridad jurídica o en la de imprimirle un carácter definitivo a las decisiones de la administración. Por el contrario, dentro del marco de un Estado social de derecho, en el cual la actuación del Estado se legitima mediante el reconocimiento de los derechos y aspiraciones de las personas, se debe garantizar a los individuos la posibilidad de controvertir sus decisiones y de hacerlo responsable por sus actuaciones y omisiones, garantizando el acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución, pues “sin él los sujetos y la sociedad misma no podrían desarrollarse y carecerían de

¹³⁴ YUNES M, diego, derecho administrativo laboral, undécima edición, editorial temis, Bogota Colombia, 2009 pagina 3 y 4.

un instrumento esencial para garantizar su convivencia armónica, como es la aplicación oportuna y eficaz del ordenamiento jurídico que rige a la sociedad, y se daría paso a la primacía del interés particular sobre el general, contrariando postulados básicos del modelo de organización jurídica-política por el cual optó el Constituyente de 1991” (Sentencia T-476 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).

El otro aspecto que se debe analizar lo constituye el significativo avance que puede ofrecer la aplicación del principio *iura novit curia* y la correspondiente desrogorativización del derecho como mecanismo de lucha en contra del flagelo de la corrupción, fenómeno que permea todas las instancias del derecho; a mi manera de ver es más común en lo contencioso administrativo (basta con recordar la frase el “Estado no tiene dolientes”) y una de las causas están dadas por tener un derecho eminentemente rogado, que en muchos casos amarra al juez al no permitirle adentrarse en el proceso en situaciones donde se avizoran anomalías y hasta equivocaciones adrede por parte del Estado y la rigidez del derecho administrativo no permiten ir más allá del proceso, precisamente por ser un modelo de justicia rogada, de poder contar con la aplicación del principio *iura novit curia* en el proceso contencioso administrativo, permite hacer del juez una excelente herramienta para la lucha en contra de la corrupción, pues puede aportar más del pedimento de las partes en demanda. De tal manera que la desrogorativización del derecho y la aplicación del principio *iura novit curia* ofrece garantías tanto para el demandante como para el demandado un gran avance en el derecho administrativo, se puede apreciar en el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con el cual el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión, o lo pida un tercero que intervenga en el proceso.

Así mismo la mencionada ley 1437 de 2011 permite la participación de manera directa del juez, al ser un proceso oral asiente un mayor contacto con el proceso al existir una mayor inmediatez entre el juez y las pruebas, porque, el enjuiciador debe asistir personalmente al desarrollo y evacuación de las pruebas de las cuales

deriva su convencimiento para poder pronunciarse en la sentencia; es decir, tiene el juez la obligación de entrar en relación directa con las partes, los testigos, los peritos y con los objetos del juicio, etc. apreciando sus declaraciones y las condiciones de las personas, sitios y cosas, para darse una inmediata impresión de ellos.

En este orden de ideas, resulta realmente inconsecuente persistir en una justicia rogada, dimensionando una esperanza hacia la unificación del constitucionalismo, como catalizador de la decisión judicial, impropia para algunos en la aplicación de un sistema jurídico democrático, más aun, siendo el derecho administrativo el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces, observando que no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de una ciencia estrictamente exegética, ni por verdadera reducción al absurdo, bien podría establecerse que para mayor facilidad del operador jurídico del juez, trabajar conjuntamente con cada uno de los resultados y posiciones interpretativas de los paradigmas judiciales, así la urgencia de revincular en una triada que permita un mejor desenvolvimiento judicial acoplando la validez sin el descuido de la eficacia y la legitimidad para darle más parámetros equitativos a las partes en defensa de los derechos fundamentales y constitucionales de los más débiles. Así mismo no debe entenderse el constitucionalismo como el esnobismo de fin de siglo, en una época en la abundan muchos intelectuales de feria quienes con ungüentos milagrosos pretenden solucionar los problemas agónicos de una sociedad en crisis; por el contrario, es un mecanismo que permite una mejor interpretación del derecho, desde la preocupación con que se ha mirado desde la filosofía presocrática hasta nuestros días, cuál es la justicia.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Theodor. *Crítica cultural y sociedad*. Traducción: Sacristán Manuel. Edición SARPE. Madrid, España. 1984.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Álbeto. *Garantía do Contradictorio*, 2a ed., Sao Paulo, Saraiva, 2003, pp. 227 y ss.
- ALTHUSSER, Louis. *.Para una crítica de la práctica teórica (Respuesta a John Lewis)* Traducido por Santiago Funes. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 1974.
- ALONSO OLEA, Manuel. *Las fuentes del derecho editorial* Civitas 2 ed Madrid 1990.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Álbeto. *Garantía do Contradictorio*, 2a ed., Sao Paulo, Saraiva, 2003, pp. 227 y ss.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ARICÓ, José. *Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre "Karl Marx en África, Asia y América Latina"*, organizado por la fundación Friedrich Ebert, en colaboración con la Comisión Alemana de la Unesco en Tréveris (RFA), del 14 al 16 de marzo de 1983.
- ARTHUR KAUFMAN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, editorial Temis S.A. Bogotá 1992.
- BUITRAGO, Francisco Leal y REY, Germán (editores). *Discurso y Razón: una historia de las ciencias sociales en Colombia*.
- BERNARDINI DE GOVEA, María. *Derecho del trabajo y de la seguridad social. Temas y tendencias en el siglo XXI*. Editorial la Semana Jurídica, Caracas, 2004.

- BOBIO Norberto, contribución a la teoría del derecho, Editorial debate, Madrid 1990.
- BOBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho* – editorial temis. Bogotá 1993.
- CAPELLETTI, Ángel. *La Política como in – moralidad en Maquiavelo*. Revista ideas y valores.
- COSIO, ramón, José y VÁSQUEZ Rodolfo. Estudios de teoría constitucional doctrina jurídica contemporánea. Primera reimpresión. Distribuciones fontamara. S.A. México 2003.
- CUEVAS cuevas, Eurípides de Jesús, *Memorias XXV Congreso de derecho procesal*, homenaje Universidad Libre 80 años Página Cartagena Colombia, Instituto de Derecho Procesal.
- CRUZ VELEZ, Danilo. *¿Por qué no hubo metafísica moderna en Colombia?* Revista Alétheia. Vol. 1 N°2. Universidad del Atlántico. 1999.
- CRUZ VELEZ, Danilo. *El mito del rey filósofo*, Planeta, Bogotá, 1989.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, *la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*.
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *la lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*,. Editorial Civitas S.A.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan, Carlos, *la protección constitucional del ciudadano*. Bogotá legis 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, Editorial trota, Madrid 2004. Pág. 53.
- FERRATER MORA, J *diccionario filosófico*, Editorial Ariel s.a. Barcelona 1979, pág. 1978.

- GERMAN E ROJAS GONZALES, *la filosofía del derecho*, Ediciones Librería del Profesional.
- GUSTAVO PENAGOS, *nulidades y acciones del acto administrativo*. Ediciones doctrina y ley Ltda.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Editorial Civitas s.a. Madrid 1995.pag.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional*, Editorial Civitas S.A 2007, Madrid, página 138.
- GUTIERREZ, Carlos *¿Educar para qué?* Editorial de Le Monde Diplomatique. Año VII N° 69. Julio 2008.
- Gran Diccionario de Biografías. Editorial Printer Latinoamericana Ltda. Bogotá. 2002.
- HÄBERLE, PELER, *El Estado Constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 150.
- HART H.L.A. positivismo y la separación entre el derecho y la moral. Publicado inicialmente en Harvard en febrero de 1958. Volumen 71, No 4 febrero de 1958, Pag 593 y 629.
- HABERMAS, Jurgen. *Límites de la filosofía*.
- HÄBERLE, PELER, *El Estado Constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003
- HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ, *DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA*,. Universidad Externado de Colombia.
- HOBBS, Thomas, *El leviatán*, Editorial: Fondo de Cultura Económica de México, 1994, página 102
- HUME, David *“Del contrato originario”*, en Ensayos políticos, Madrid, Unión editorial, 1975, p. 99.

- ISABELL LIFANTE VIDAL, *la interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, centro de estudios políticos y constitucionales de Madrid 1999.
- JARAMILLO VELEZ, Rubén. *Introducción de la filosofía moderna en Colombia*. Colombia la modernidad postergada. Ed. Argumentos. Bogotá. 1999.
- JAIME ORLANDO SANTOFINIO G. tratado de derecho administrativo, Universidad externado de Colombia.
- JAIRO ENRIQUE SOLANO SIERRA. *Practica administrativa*. Ediciones doctrina y ley Ltda.
- JOHN LOCKE, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Bs. As., Ediciones libertador, 2004, p. 10.
- KIRCHNER, Montserrat. *Bertrand Russell. El filósofo del realismo científico*. Forjadores del Mundo Contemporáneo. Volumen 6. Ed. Planeta. Barcelona España. 1980.
- KARL R Popper, *La sociedad abierta a sus enemigos*, editorial paidos sarcos, 2010 Barcelona. Página 419.
- KAUFMAN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, editorial Temis S.A. Bogotá 1992
- KELSEN, Hans teoría General del derecho. páginas 130 y 131. Universidad Autónoma de México.
- LOCKE, Jhohn *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Bs. As., Ediciones libertador, 2004, p. 10.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, Eduardo, *La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Editorial legis Bogotá 2004 Pag. 293.
- LUCIANO PAREJO, Alfonso, *Manual de derecho administrativo*. Editorial Ariel S.A. Bogotá 1998. Página 109.

- MADARRIAGA, Salvador de: *Bolívar* (Vol II). Editorial Sarpe, Biblioteca de la historia. No 35, 1985, Madrid
- MARINOFF, Lou. *Más Platón y menos Prozac*. Nueva york. 1999.
- MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, Universidad Externado de Colombia
- MIRANDA, Carlos. *Selección De Escritos Políticos de John Locke*. 1991.
- NIETO ARTETA, Luis. E. "*Ontología de lo Social*". SIERRA MEJÍA, Rubén. *La filosofía en Colombia siglo XX*.
- PENAGOS, Gustavo, Nulidades y acciones del Acto administrativo. Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 1996.
- PLÁ Rodríguez, Américo. Los derechos humanos y el derecho del trabajo. En: debate laboral N. 6, 1990, San José de Costa Rica, 1990 p 15.
- POPPER, Karl. *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Paidós, Barcelona. 1981
- RODRIGUEZ, Manuel Guillermo. *La filosofía en Colombia modernidad y conflicto*. Ed. Laborde. Argentina. 2003.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social*.
- RADBRUCH, Gustav, Relativismo y derecho, Editorial Temis, 1999, Bogotá, p.35.
- RECASÉNS SICHES, LUIS, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1985; y Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1991.
- REALE, MIGUEL, *Introducción al derecho*, Madrid, Pirámide, 1989, p. 69.
- ROJAS GONZALES, Germán E, *Filosofía del derecho* Ediciones Librería del Profesional, Bogota 2001. Pág. 87.
- Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1985; y Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1991.

- *RECASÉNS SICHES, Luis, Introducción al estudio del derecho, mexico, Porrúa, 1985.*
- REALE, MIGUEL, Introducción al derecho, Madrid, Pirámide.
- RODRIGO UPRIMNY yopez - ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ villabona. *Interpretación judicial, Consejo superior de la judicatura, escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.*
- SALDARRIAGA, Oscar. *Pensamiento colombiano del siglo XX.* Ed. Pontifica javeriana. Bogotá. 2007.
- SANTOFINIO. G Jaime Orlando, *Derecho administrativo.* Universidad Externado de Colombia.
- SIERRA MEJÍA, Rubén y GOMEZ – MULLER, Alfredo. Editores .*La filosofía y la crisis colombiana.* Ed. Aguilar, altea. Taurus alfaguara, S.A. Bogotá. 2002.
- SIERRA MEJÍA, Rubén. *La filosofía en Colombia siglo XX.* Procultura. Bogotá. 1985.
- SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, *Práctica administrativa.* Ediciones doctrina y ley Ltda.
- THOMAS HOBBS, *El leviatán, fondo de cultura económica de México.*
- YUNES M, diego, derecho administrativo laboral, undécima edición, editorial temis, Bogota Colombia, 2009 pagina 3 y 4.
- SENTENCIA Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de 2003 radicado numero: 73001 – 23 – 31 – 000- 1999 – 2241 (0994 – 01)
- SENTENCIA. *Corte Constitucional, sentencia T-001 de 3 de abril de 1992 M.P.*
- SENTENCIA Corte Constitucional sentencia C-040 de 11 de febrero de 1993.
- SENTENCIA Corte Constitucional, C-273 de 28 de abril de 1999.
- SENTENCIA Corte Constitucional, T- 142 Marzo de 1994.

- SENTENCIA SU-039/97 , febrero tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997).
- SENTENCIA C-197 de 1999, Santafé de Bogotá D.C., abril siete (7) de (1999).
- SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02053-01 (0448-10)
- SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02053-01 (0448-10)
- SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO. Sala plena. Sentencia del 31 de julio de 1989, expediente No 2852.
- SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia del 27 de marzo de 1998, expediente 8780.
- SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO. *Bogotá, D.C. veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006). Radicado número: 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04 Actor.*
- SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de 2003 radicado numero: 73001 – 23 – 31 – 000- 1999 – 2241 (0994 – 01).
- SENTENCIA del consejo de estado Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de 2003 radicado numero: 73001 – 23 – 31 – 000- 1999 – 2241 (0994 – 01).
- SENTENCIA C -037 de 2000 Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil (2000).
- SENTENCIA consejo de estado. Sala plena. Sentencia del 31 de julio de 1989, expediente No 2852.

- SENTENCIA consejo de estado, Sección Cuarta. Sentencia del 27 de marzo de 1998, expediente 8780.
- SENTENCIA el Consejo de Estado, por intermedio de la Sala Plena de la sección 2 profirió la Sentencia de julio 17 de 2003 M.P. Nicolas Pájaro Peñaranda, expediente No 994 – 01.
- SENTENCIA el Consejo de Estado, por intermedio de la Sala Plena de la sección 2 profirió la Sentencia de julio 17 de 2003 M.P. Expediente No 994 – 01.
- SENTENCIA corte Constitucional C - 197 de 1999 con ponencia del Dr Antonio Barrera Carbonell.
- *SENTENCIA Número: 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04 Bogotá, D.C. Veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006).*
- SENTENCIA C-426 de 2002. Bogotá D.C. Veintinueve (29) de mayo de 2002.
- SENTENCIA C-047 de 2004, Bogotá, D.C. veintisiete (27) de enero de 2004 de dos mil cuatro (2004).
- SENTENCIA SU-039/97. Santafé de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997).
- SENTENCIA C-197 de 1999, Santafé de Bogotá D.C., abril siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).
- Sentencia C-366-00 de 29 de marzo de 2000, Corte Constitucional, M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la Ley 79 de 1981 “...450 años de fundación de Cali.”
- Sentencia Corte Constitucional, C-366-00 de 29 de marzo de 2000.
- Sentencia Sala Plena No C-488 de 1995 Ref: Expediente R.E.-066.
- Sentencia C-969 de 1999 inconstitucionalidad por consecuencia, magistrado.

- SENTENCIA consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección segund subsecció“a” de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02053-01 (0448-10)
- Sentencia Corte Constitucional T-001 de 3 de abril de 1992 M.P.:
- SENTENCIA Corte Constitucional sentencia C-040 de 11 de febrero de 1993, M.P.:
- Corte Constitucional, sentencia C-273 de 28 de abril de 1999, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- SENTENCIA C-273 de 28 de abril de 1999, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- SENTENCIA consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección segund subsecció“a” diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02053-01 (0448-10).
- SENTENCIA consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección segund subsecció“a” diez (10) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02053-01 (0448-10)
- SENTENCIA corte Constitucional, Antonio Barrera, C-197 de 1999, Santafé de Bogotá D.C., abril siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).
- SENTENCIA Consejo de estado Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2003). Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01).
- *SENTENCIA Consejo de Estado de 4 de octubre de 2000, M.P.:*
- SENTENCIA Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2003). Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01)
- SENTENCIA Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2003). Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2241-01(0994-01)

- SENTENCIA Consejo de estado sala de lo contencioso administrativo Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010) Radicación número: 13001123-31-000-1999-90004-01(16605).