UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Razón de estado o estado de razón. La justificación constitucional de los privilegios de la administración pública en Colombia: el privilegio de la decisión previa.

Manuel David Jaramillo Duque

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Bogotá, D.C., Colombia
2017

Razón de estado o estado de razón. La justificación constitucional de los privilegios de la administración pública en Colombia: el privilegio de la decisión previa.

Manuel David Jaramillo Duque

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:
Elliot Parra Ávila
Codirector:
Fredy Andrei Herrera Osorio

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Bogotá, D.C., Colombia
2017

A mi madre:

"Un canto de dulzuras infinitas, de infinitas ternezas, de arranques de generosidad, de desprendimiento, de abnegación, de sacrificios, de lágrimas y de caricias; de ahí el poema del amor materno (...)

¡Ay! qué hubiera sido de mí sin mi madre, sin ese amparo en mi desgracia, sin ese ángel cuyas alas se han interpuesto siempre entre el dolor y yo; estrella cuyos blancos resplandores han caído sobre mi frente, en esta noche eterna y borrascosa de mi angustia!"

José María Vargas Vila

Resumen

La presente investigación pretende determinar si el privilegio de la decisión previa en Colombia se encuentra justificado constitucionalmente.

En el estado del arte, que comprende el primer capítulo, se aborda el privilegio de la decisión previa en Colombia, entendido como la obligación de recurrir en sede administrativa un acto administrativo, como prerrequisito para ser demandando ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En este capítulo se explica el desarrollo normativo colombiano, y la condición de garantía, carga y privilegio de los recursos administrativos, profundizando en esta última condición. Se presenta la posición jurisprudencial de las altas cortes y de la doctrina. Se aborda el origen de este privilegio teniendo en cuenta la tradición francesa y la española. Por último, se explican las razones a favor y en contra de este privilegio.

El marco teórico se presenta en el segundo capítulo. Allí se analiza la fuerza normativa y la eficacia simbólica de la Constitución Política. Se profundiza en el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. Se aborda la relación entre lo simbólico y lo normativo. Finalmente, se ahonda en el acceso a la justicia administrativa. En este segundo capítulo se determina cuál es el valor jurídico de la Constitución Política con la finalidad de comprender que grado de obligatoriedad tiene el acceso a la jurisdicción como postulado constitucional frente a la regulación infraconstitucional que parece retardar, obstaculizar e impedir el acceso a la administración de justicia.

En el tercer capítulo se identifican, describen y sintetizan las razones que justifican el privilegio de la decisión previa, se identifica su finalidad, y se confronta con la Constitución Política a través de la aplicación del test de proporcionalidad.

Después de aplicar un diseño metodológico explicativo con enfoque cualitativo, se concluye que el privilegio de la decisión previa en Colombia no se encuentra justificado constitucionalmente.

Palabras clave: Privilegio de la decisión previa, recursos administrativos, fuerza normativa, eficacia simbólica, justificación constitucional, acceso a la administración de justicia.

Abstract

This research aims to determine if the privilege of the previous decision in Colombia is constitutionally justified.

In the state of the art, which includes the first chapter, it addresses the privilege of the previous decision in Colombia, understood as the obligation to appeal in administrative instance an administrative act, as a prerequisite to be sued in the administrative jurisdiction. This chapter explains the Colombian normative development, and the condition of guarantee, burden and privilege of the administrative resources, deepening in this last condition. The jurisprudential position of the high courts and the doctrine is presented. It addresses the origin of this privilege taking into account the French and Spanish traditions. And the reasons for and against this privilege are addressed.

The theoretical framework is presented in the second chapter. It analyzes the normative force and the symbolic effectiveness of the Political Constitution. There is a deepening of neo-constitutionalism and the new constitutionalism. It addresses the relationship between the symbolic and the normative. And it delves into access to administrative justice. In this second chapter it is determined the legal value of the Political Constitution in order to understand the degree of compulsory access to the jurisdiction as a constitutional postulate before the infraconstitutional regulation that seems to delay, obstruct and prevent access to the administration Of Justice

In the third chapter the reasons justifying the privilege of the previous decision are identified, described and synthesized, its purpose is identified, and it is confronted with the Political Constitution through the application of the proportionality test.

After to apply an explanatory methodological design with a qualitative approach, it is concluded that the privilege of the previous decision in Colombia is not constitutionally justified.

Keywords: Privilege of the previous decision, administrative resources, normative force, symbolic efficiency, constitutional justification, access to the administration of justice.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción 7

1. EL PRIVILEGIO DE LA DECISIÓN PREVIA EN COLOMBIA:..... 10

1. 1. Los recursos administrativos en Colombia, garantía, carga y privilegio:..... 10

1. 2. Los recursos administrativos en Colombia como privilegio. La reclamación administrativa previa: normas, jurisprudencia y doctrina:..... 13

1.3. El origen de derecho administrativo en Colombia:..... 31

1.4. El origen normativo de la reclamación administrativa previa en Colombia y su relación con la tradición francesa y la española: 36

1.4. Las razones de la doctrina a favor y en contra de la reclamación administrativa previa: 51

2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, ENTRE LO NORMATIVO Y LO SIMBÓLICO: 62

2.1. La fuerza normativa de la Constitución Política..... 63

2.1.1. La fuerza normativa de la Constitución Política a partir del Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo:..... 66

2.2. La eficacia simbólica de la Constitución Política. 75

2. 3. La relación entre lo simbólico y lo normativo:..... 84

2. 4. El acceso a la justicia administrativa en Colombia:..... 89

3. LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRIVILEGIO DE LA DECISIÓN PREVIA EN COLOMBIA: 96

3.1. La finalidad del privilegio de la decisión previa:..... 103

3.2. La adecuación o idoneidad: 107

3.3. La necesidad: 108

3.4. La proporcionalidad en sentido estricto:..... 110

4. CONCLUSIONES:..... 112

5. BIBLIOGRAFÍA: 121

Introducción

La historia del derecho administrativo se puede sintetizar en la pretensión de someter la función administrativa a una serie de controles, límites y reglas, que impidan el desbordamiento de la actuación estatal, en perjuicio de los derechos e intereses de los ciudadanos. Esta historia puede ser vista como el tránsito de un escenario de escasos controles, y un alto nivel de inmunidad y privilegios, hacia un escenario donde cada vez hay mayor control, y menos privilegios e inmunidades.

En su origen, la función administrativa se resistía al control judicial, pero con el tiempo se logró consolidar el principio de legalidad, como un mecanismo de sometimiento del poder al derecho. En Francia, por ejemplo, en un primer momento se aplicó la teoría de los actos de poder, como actos que no eran susceptibles de control alguno por ser consecuencia de la decisión soberana. Esta teoría entró en crisis, y se adoptaron las teorías del servicio público, primero, y la teoría de las prerrogativas públicas, después. Estas últimas con el fin de darle una connotación especial e independiente al derecho administrativo, tratando de explicar cuál era su objeto de estudio.

Con el tiempo se fueron reforzando los límites normativos al ejercicio de la función administrativa a través del concepto de Constitución Política como norma y la obligatoriedad de sus disposiciones sobre todas las ramas del poder público y los particulares. El concepto de fuerza normativa, que encarna esa pretensión, ha sido soportado teóricamente a través de las corrientes del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991 se dio inicio a una nueva cultura jurídica enfocada en el respeto de los derechos fundamentales y en la supremacía de las disposiciones constitucionales. El lugar central que ocupaba la ley lo empezó a ocupar la Constitución, y el papel protagónico que cumplía el legislador, fue ocupado por el juez.

Este papel protagónico del juez obedece, entre otras razones, a que es el primer llamado a garantizar y restablecer los postulados constitucionales y los derechos fundamentales. Así mismo, las nuevas herramientas de interpretación necesarias para hacer cumplir esas disposiciones constitucionales le dieron un campo hermenéutico más amplio. El juicio de proporcionalidad es una de ella.

El sentido de las disposiciones constitucionales es definido por los jueces. Y estos son quienes garantizan su fuerza normativa, amparando el cumplimiento de los postulados constitucionales. De esta manera, la actividad judicial es una garantía enfocada a defender el carácter obligatorio de la Constitución, sin la cual los postulados constitucionales son mera retórica, algo semántico o simbólico.

En medio de este escenario descrito, es que se justifica la importancia de analizar críticamente, a la luz de ordenamiento constitucional, los privilegios que establece la ley a favor de las autoridades administrativas. Privilegios con la capacidad de retardar, impedir u

obstaculizar el acceso a la administración de justicia como lo es el privilegio de la decisión previa.

El derecho al acceso a la administración de justicia, no es solamente un derecho per se, también es un instrumento para garantizar los demás derechos constitucionales. Retardar, impedir u obstaculizar el acceso a la administración de justicia implica despojar a los ciudadanos de la garantía de protección de derechos más importante del ordenamiento jurídico colombiano: la jurisdicción.

Por lo anterior, la finalidad de la presente investigación es determinar si el privilegio de la decisión previa en Colombia, esto es, la carga consistente en agotar el recurso administrativo obligatorio, previo a acudir a la jurisdicción, se encuentra justificada constitucionalmente.

Para cumplir este propósito, se diseñó y aplicó una metodología explicativa con enfoque cualitativo, que permitió identificar, describir y sintetizar las razones que justifican el privilegio de la decisión previa. De esta manera, se logró identificar su finalidad, y así poderla confrontar con la Constitución Política de 1991 a través de la aplicación del test de proporcionalidad.

Como el enfoque metodológico de la presente investigación es cualitativo, el objeto central no es establecer mediciones sobre el privilegio de la decisión previa, sino el de identificar, describir y sintetizar las razones que justifican el privilegio de la decisión previa, con el fin de poder confrontarla con la Constitución Política. Sin embargo, se tuvieron en cuenta elementos cuantitativos que ofrecen otras investigaciones, que se encuentran en el estado del arte.

En el estado del arte, que se presenta en el primer capítulo, se desarrolla el privilegio de la decisión previa en Colombia. Para ello se aborda el estudio de los recursos administrativos como garantía, carga y privilegio. Luego se profundiza en la connotación de los actos administrativos como privilegio, se estudia su origen en Colombia y los antecedentes a partir de la tradición francesa y española. Por último se presentan las razones a favor y en contra de este privilegio. La recopilación de diferentes investigaciones, trabajos y escritos sobre el privilegio de la decisión previa es muy amplia, pues logra reunir elementos teóricos, doctrinarios, históricos, normativos y jurisprudenciales. Es decir, abarca este tema desde la mayoría de perspectivas posibles.

En el segundo capítulo se presenta el marco teórico, cuya función es determinar el papel jurídico de la Constitución Política, analizando su aspecto normativo o instrumental frente a su papel retórico o simbólico. De esta manera, se analiza la Constitución Política de 1991 entre lo normativo y lo simbólico. Primero se plantea de manera general la fuerza normativa de la Constitución Política, para luego profundizar en ella a través del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo, corrientes que soportan la idea de la fuerza normativa constitucional. Luego se explica la eficacia simbólica de la Constitución Política como contracara de lo normativo, posteriormente la relación entre lo simbólico y lo normativo. Por último, se presentan las vicisitudes el acceso a la justicia administrativa, demostrando que existen diferentes obligaciones constitucionales que no se cumplen por la

forma como está estructurado legalmente el acceso a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En el capítulo tercero se aplica el juicio de proporcionalidad al privilegio de la decisión previa en Colombia, con la pretensión de reforzar metodológicamente la discusión, es decir, darle un orden y sentido especial a la discusión constitucional, pero sin que la investigación se limite a una discusión técnico-constitucional.

Los resultados de la investigación son presentados en las conclusiones correspondientes al capítulo cuarto.

La presente investigación ofrece elementos importantes para analizar críticamente la existencia del privilegio de la decisión previa en Colombia. Comprendiendo sus razones históricas, teóricas, doctrinarias, normativas y jurisprudenciales, más allá del simple argumento pragmático de la descongestión judicial, y analizando el verdadero valor y alcance de la descongestión judicial frente al acceso a la administración de justicia.

También ofrece un interesante análisis sobre lo normativo y lo simbólico de la Constitución Política de 1991, y el papel mediador que cumple el acceso a la administración de justicia en la determinación de esa dicotomía. Mostrando como, a pasar de la vocación normativa que se desprende del artículo 4 constitucional, si no existen herramientas judiciales que garanticen el cumplimiento de los postulados constitucionales lo simbólico impera sobre lo normativo.

La descongestión judicial parece ser una razón de Estado, es decir, una finalidad que se muestra como imperiosa e ineludible, y como una justificación suficiente para limitar derechos, en especial el derecho al acceso a la administración de justicia, ignorando el carácter instrumental de la descongestión judicial, y su relación medio-fin frente a los derechos fundamentales. Por ello el título de este trabajo “Razón de Estado o Estado de Razón”, es decir, si estamos ante una razón de Estado, esto es, si la descongestión judicial realmente amerita las limitaciones a los derechos fundamentales, o si estamos en un Estado de razón, respetuoso del control, de los derechos fundamentales y de la no instrumentalización del hombre, donde se puede sostener la superioridad de los derechos fundamentales frene a la descongestión judicial.

1. EL PRIVILEGIO DE LA DECISIÓN PREVIA EN COLOMBIA:

En este primer capítulo se aborda el privilegio de la decisión previa en Colombia, entendido como la obligación de recurrir en sede administrativa un acto administrativo, previo a ser demandando ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La consecuencia de no agotar el recurso obligatorio es la improcedencia del control por vía judicial.

Para cumplir lo anterior, se explicará, a partir del desarrollo normativo colombiano, la triple condición de los recursos administrativos: como garantía, carga y privilegio. Con posterioridad, se profundizará en la connotación de los recursos administrativos como privilegio, a partir de su desarrollo normativo, transitando por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y la doctrina. Luego, se abordará el origen del privilegio de la decisión previa en Colombia, a partir de los antecedentes del derecho administrativo, teniendo en cuenta las tradiciones francesa y española. Finalmente, se abordarán las razones a favor y en contra del privilegio de la decisión previa.

1. 1. Los recursos administrativos en Colombia, garantía, carga y privilegio:

La Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), establece, en su primera parte, las normas generales aplicables a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público, a los órganos autónomos e independientes y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. En virtud del artículo 2 del CPACA, estos órganos y entidades que ejercen función administrativa reciben el nombre genérico de “autoridades”.

La función administrativa ha sido entendida como:

> El conjunto de actividades particulares, disimiles entre sí, pero diversas de aquellas generales del estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico superior (Montaña, 2010, pág. 124)

La finalidad del CPACA es regular el ejercicio de la función administrativa. Y dentro del ejercicio de la función administrativa, el artículo 4 del CPACA indica las formas en que se da inicio la actuación administrativa, a saber: mediante el ejercicio del derecho de petición, de interés general o particular, mediante el cumplimiento de una obligación o deber legal, u oficiosamente por parte de las autoridades. A la actuación administrativa iniciada de esta forma, le serán aplicables las disposiciones generales de los artículos 34 y siguientes del CPACA, que establecen las reglas del procedimiento administrativo común y principal.

Existen numerosas normas que regulan actuaciones administrativas especiales, tales como las actuaciones administrativas disciplinarias (Ley 734 de 2002), la actuaciones administrativa de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000), las actuaciones administrativas de tránsito (Ley 769 de 2002), las actuaciones administrativas de tipo tributario (Decreto 624 de 1989), entre otras. El CPACA es aplicable como regla general a las actuaciones administrativas, es decir, cuando no existan procedimientos especiales que dispongan otras reglas.

La presente investigación se concentra en ese procedimiento administrativo general que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, el acto administrativo es la forma como finaliza, por regla general, el procedimiento administrativo. Y, para ser eficaz, el acto administrativo debe cumplir el principio de publicidad, ya sea mediante la notificación, comunicación o publicación. La presente investigación se enfocará en el acto administrativo de contenido particular y definitivo, que debe ser notificado mediante las formalidades señaladas en los artículos 67 y s.s. del CPACA.

Los actos administrativos de contenido particular son aquellos que se refieren a personas determinadas, y son de carácter definitivo cuando decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, o hagan imposible continuar la actuación administrativa (Artículo 43 del CPACA).

Con posterioridad a la notificación de los actos administrativos particulares y definitivos, el CPACA consagra los instrumentos jurídicos para que los ciudadanos impugnen las decisiones administrativas. A partir del artículo 74, el CPACA establece los recursos contra los actos administrativos: reposición, apelación y queja. De igual manera consagra la posibilidad de presentar la solicitud de revocatoria directa de los actos administrativos.

Con el recurso de reposición se pretende que la autoridad aclare, modifique, adicione o revoque la decisión administrativa. Se interpone ante el funcionario que emitió el acto administrativo, para que él mismo lo resuelva.

Con el recurso de apelación también se pretende que la autoridad aclare, modifique, adicione o revoque la decisión administrativa. Sin embargo, este se interpone ante el funcionario que expidió el acto, pero para que lo resuelva el inmediato superior administrativo o funcional.

El término para interponer el recurso de reposición y el de apelación es de 10 días, contados a partir del día siguiente a la notificación de la decisión que se impugna.

Con el recurso de queja se ataca la decisión que rechaza el recurso de apelación. Este recurso podrá interponerse ante el inmediato superior administrativo o funcional, para que sea él quien lo resuelva. El término para interponer este recurso es de 5 días, contados a partir del día siguiente a la notificación de la decisión que se impugna.

El artículo 76 del CPACA dispone que los recursos de reposición y de queja son facultativos. Por el contrario, señala que el recurso de apelación, cuando proceda, será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Según el artículo 138 del CPACA, toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.

En concordancia con lo anterior, el artículo 161 del CPACA establece que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios.

Lo anterior quiere decir que, según las reglas generales, si un ciudadano quiere demandar un acto administrativo particular, previamente debe ejercer el recurso de apelación contra dicho acto. Si no lo hace, pierde la posibilidad de demandar el acto administrativo ante la autoridad judicial competente.

Ahora bien, de la referencia normativa realizada, se puede observar que los recursos contra los actos administrativos pueden ser entendidos desde tres perspectivas: 1. Como una garantía a favor de los ciudadanos. 2. Como un privilegio de las autoridades que ejercen una función administrativa. 3. Como una carga en cabeza de los ciudadanos que pretendan demandar los actos administrativos particulares.

A continuación, se sigue a García y Fernández, quienes desarrollan la triple condición de los recursos. Para estos autores, aunque los recursos pueden ser vistos como una garantía a favor de los ciudadanos, también tienen "otro aspecto menos halagüeño: el de un auténtico privilegio de la administración y, correlativamente, el de una carga efectiva para el administrado" (Curso de derecho administrativo. Tomo II, 2008, pág. 511)**.** Esta triple condición de los recursos contra los actos administrativos permite comprender las diferentes funciones que cumplen en el ordenamiento jurídico.

De esta manera, "los recursos administrativos constituyen una garantía para los afectados por aquellas en la medida en que les aseguran la posibilidad de reaccionar contra ellas y, eventualmente, de eliminar el perjuicio que comportan" (pág. 512). Es decir, los recursos administrativos son una garantía a favor de los ciudadanos, debido a que son los instrumentos jurídicos que sirven para impugnar los actos administrativos en sede administrativa. Si con la expedición de un acto administrativo se ocasiona un perjuicio a una persona, esa persona tiene la posibilidad de controvertir la fuente de dicho perjuicio, con la finalidad de proteger sus derechos e intereses jurídicos.

Esa condición de garantía debe ser valorada en su contexto real, debido a que los recursos administrativos se interponen ante y se resuelven por la misma administración, que en este caso reúne una doble condición de juez y parte. Por esta razón, los autores citados concluyen que "los recursos administrativos son, sin duda, una garantía para los particulares, una garantía nada despreciable, por supuesto, pero una garantía limitada que en ningún caso es lícito sobrevalorar." (pág. 514). Los recursos son pues una garantía, pero

una garantía limitada, debido a que la neutralidad, imparcialidad u objetividad que se puede esperar de quien resuelve el recurso, no es muy amplia cuando las autoridades asumen la posición de juez y parte.

Pero si los recursos constituyen una garantía, también constituyen un privilegio de la administración que encarna una correlativa carga para los ciudadanos. Esto se debe a que la vía administrativa de los recursos "está configurada tradicionalmente con carácter obligatorio para poder acceder a la garantía judicial, que es la única efectiva. Es, pues, preciso agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición del recurso contencioso administrativo" (pág. 514). Los recursos administrativos constituyen un escenario que es necesario agotar, previo a demandar la nulidad de un acto administrativo particular. De esta manera, si una persona quiere demandar un acto administrativo particular, debe agotar los recursos administrativos obligatorios, tal como se encuentra consagrado en el artículo 161 del CPACA.

Y es precisamente por ese diseño normativo, que en Colombia los recursos obligatorios constituyen un presupuesto necesario para la impugnación jurisdiccional. Bajo este sentido, esta exigencia normativa constituye "un privilegio para la administración, que impone a los particulares la carga de someter ante ella misma los conflictos antes de residenciarlos ante el juez" (pág. 514).

En otras palabras, la obligación de agotar los recursos, conlleva implícitamente un privilegio a favor de la administración: que la persona, previamente, exponga ante la administración las reclamaciones que pretende entablar ante el juez. Si no lo hace, el acto no podrá ser acusado por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al faltar el requisito de procedibilidad consistente en agotar el recurso que es obligatorio. El acto administrativo no recurrido bajo las circunstancias referidas es inmune al control judicial por el mecanismo de control señalado.

Esa connotación de privilegio de los recursos administrativos es denominada por la doctrina como "el privilegio de la decisión previa" (Puñet, 2011, pág. 226). También recibe el nombre del privilegio de lo previo o la reclamación administrativa previa. Por ello, el privilegio de la decisión previa se refiere a la obligación de recurrir en sede administrativa un acto administrativo, como prerrequisito para ser demandando ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1. 2. Los recursos administrativos en Colombia como privilegio. La reclamación administrativa previa: normas, jurisprudencia y doctrina:

Tal como se indicó, el privilegio de la decisión previa en Colombia está consagrado normativamente los artículos 76 y 161 del CPACA. El código anterior, Decreto 01 de 1984, también consagraba este privilegio. Una de las diferencias entre uno y otro código radica en que el código anterior hacía referencia a la expresión "agotamiento de la vía

gubernativa", mientras que el código actual expresamente no se refiere a la vía gubernativa, sino a los recursos administrativos. La diferencia es gramatical, ya que la regulación normativa es muy similar. Por tanto, cuando se hace referencia al privilegio de lo previo, al agotamiento de los recursos obligatorios o al agotamiento de la vía gubernativa, se está haciendo referencia a una misma idea: la necesidad de agotar el recurso obligatorio de apelación, como requisito previo para poder demandar la nulidad de un acto administrativo particular.

A continuación se abordará el privilegio de la decisión previa en Colombia. Para lo cual, se analizarán las motivaciones de la Comisión de Reforma que diseñó el CPACA, luego se presentará la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre este asunto, y por último se hará referencia a la doctrina.

La Comisión de Reforma que diseñó el CPACA manifestó:

> Se ha puesto de presente a la Comisión de Reforma la antigua discusión sobre si es procedente eliminar la vía gubernativa como requisito obligatorio, y por ende de procedibilidad, de algunas acciones contencioso administrativas ("privilegio de lo previo").
>
> Tiene importantes seguidores la tesis según la cual la vía gubernativa no debe ser requisito de procedibilidad, y que debe reducirse simplemente a una opción para el administrado, quien podría interponer los recursos o no, o acudir directamente a la jurisdicción. Si el administrado escoge agotar la vía gubernativa, tendrá la gracia del efecto suspensivo del acto; en caso contrario su asunto pasará directamente a la vía judicial.
>
> Quienes tal piensan estiman que, al eliminarse la vía gubernativa como requisito de procedibilidad, se da cumplimiento al artículo 229 de la Constitución Política, que garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, derecho que no debe quedar en suspenso mientras la administración decide los recursos.
>
> Al recordar que la vía gubernativa otorga a la administración la oportunidad de subsanar sus yerros sin necesidad de poner en funcionamiento el engranaje judicial, la Comisión considera que se debe sopesar la conveniencia de volverla optativa o facultativa para el administrado, porque la medida podría congestionar más la justicia.
>
> Con todo, la Comisión está interesada en explorar procedimientos que, en algunos casos y bajo especiales condiciones, faciliten el reconocimiento de responsabilidades por parte de la Administración bajo la óptica de evitar que todo tenga que ir a la jurisdicción y de reconocer derechos legítimos a los ciudadanos con mayor celeridad.
>
> Entre quienes defienden la obligatoriedad de un pronunciamiento previo de la administración como condición para acceder a la justicia contencioso

administrativa, se han dado a conocer dos interesantes propuestas. La primera consiste en que se mantenga el agotamiento de la vía con un solo recurso, obligatorio y muy simple, y que quien lo decida no sea el superior funcional, sino una oficina "especial" creada para tal efecto. Se defiende esta tesis con argumentos pragmáticos, ya que el agotamiento de la vía gubernativa evita la congestión judicial. Además se estima que no puede permitirse que la Administración traslade su ineficiencia a la jurisdicción, pues la vía judicial debe ser la última opción para el administrado. Debe exigirse que la administración mejore la calidad y oportunidad de su facultad decisoria.

La segunda propuesta consiste en que el juez, una vez admitida la demanda, pregunte a la Administración si quiere o no mantener su decisión, como sucede en Costa Rica. En el sistema costarricense, si no se agota la vía gubernativa, en el auto admisorio de la demanda se da traslado al jerarca de la entidad para que revoque el acto administrativo en un determinado plazo; si no lo hace, empieza a correr el término para contestar la demanda.

Este mecanismo, claro está, podría modificar la discusión judicial si se produce un nuevo pronunciamiento de la Administración.

En cuanto a la idea de crear agencias especiales, distintas del agente que expidió el acto, para resolver los recursos de la vía gubernativa, preocupa a la Comisión de Reforma que su implementación requiera de considerables incrementos burocráticos.

Ello sin pasar por alto otros problemas, tales como la dispersión de la responsabilidad de la administración, mayor morosidad en las decisiones, y desnaturalización del recurso administrativo, cuya filosofía ha consistido en que da la posibilidad, al mismo funcionario que expidió el acto, de aclararlo, modificarlo, revocarlo o confirmarlo.

Adicionalmente dichas agencias especiales tendrían problemas como los siguientes: ¿Quién asume la responsabilidad de la decisión? La agencia terminaría siendo una especie de árbitro, que no respondería ante la autoridad que tiene asignada la competencia y la consiguiente responsabilidad. Tendría que escindirse la competencia para que la agencia decidiera sobre la legalidad, y la autoridad original sobre el mérito, si el recurso contiene impugnaciones por ambos motivos. En fin, que sea una autoridad diferente la que resuelva el recurso, es tanto como trasladar la decisión definitiva a otra autoridad, con lo cual se trastorna el funcionamiento ordinario de la administración pública y se contrarían todos los principios de jerarquía y autonomía.

Quizá podría exigirse, más bien, que los recursos sean decididos siempre por la Oficina Jurídica, o una dependencia de la entidad (un equipo especial en la Secretaría General) que se especializara en el tema, para que proyectara las decisiones que, de todas maneras, en últimas deben ser adoptadas por la autoridad que expidió el acto original o su superior.

> La consulta con el superior es, de hecho, muy frecuente en la práctica, por lo que un recurso de apelación (en la hipótesis de que se suprima la vía gubernativa) para ciertos casos controvertibles, o cuando la decisión vaya a ser negativa (en casos de decisiones en masa), o puedan afectar derechos fundamentales, o cuando la decisión sea discrecional, sería inocuo.
>
> Se estudia la posibilidad de consagrar, en algunos casos, lo que algunos llaman el recurso jerárquico impropio (también denominado de alzada), que opera contra los actos de una autoridad para ante quien ejerce control de tutela sobre el ente (por ejemplo, recurso ante un ministro contra un acto de una entidad descentralizada), señalando claramente los casos en que sea procedente (en principio, por ejemplo, no procede por razones de mérito).
>
> Por consideraciones de orden práctico y de cultura administrativa, es muy extendida la opinión favorable a que el recurso de reposición no se establezca como obligatorio bajo ninguna circunstancia (Comisión de Reforma del Código Contencioso Administrativo, 2008, págs. 8-10).

Como puede verse, la discusión giró en torno a la eliminación de la vía gubernativa como requisito obligatorio previo para acudir a la jurisdicción. En la discusión se analizaron diferentes opciones y argumentos. Se indicó que quienes apoyan la eliminación del recurso obligatorio previo argumentan que el acceso a la administración de justicia no debe quedar en suspenso mientas se agota la vía gubernativa. No obstante, el riesgo de esta idea es que si la vía gubernativa es optativa puede congestionar la justicia.

Por otra parte, se analizó la propuesta de mantener la vía gubernativa obligatoria, como medida para evitar la congestión judicial, acompañada del establecimiento de una agencia especial que decida los recursos. La preocupación de la comisión fue la del posible aumento burocrático, la dispersión de la responsabilidad administrativa, la morosidad en las decisiones y la desnaturalización del recurso administrativo. La comisión se mostró favorable a esta idea siempre y cuando no sea una agencia especial la que resuelva los recursos, sino una oficina de la misma entidad que expidió el recurso.

La otra alternativa discutida fue la de diseñar un mecanismo en el que una vez el juez admita la demanda pregunte a la entidad si decide revocar el acto administrativo impugnado. La comisión indicó que ese mecanismo podría modificar la discusión judicial si se produce un nuevo pronunciamiento de la Administración.

Una de las preocupaciones centrales sobre la eliminación de la reclamación administrativa fue el aumento de la congestión judicial. Consagrar la obligatoriedad de controvertir ante la propia administración sus actos administrativos, como requisito de procedibilidad para acudir al juez, implica darle una oportunidad a la administración para que corrija sus errores, y que los conflictos jurídicos ocasionados como consecuencia de un acto administrativo, sean resueltos en una instancia administrativa, sin necesidad de acudir al juez. De eliminarse este requisito de procedibilidad se presenta un grave riesgo de aumentar la congestión judicial.

La preocupación por la congestión judicial fue una de las razones por las que finalmente la Comisión de Reforma se mostró a favor de mantener el privilegio de la decisión previa en la legislación colombiana. Por ello, se puede concluir, que una finalidad importante del privilegio de la decisión previa es la descongestión judicial.

Una vez analizadas las razones que se tuvieron en cuenta por la Comisión de Reforma del CPACA, se procederá a analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el privilegio de la decisión previa en Colombia.

La Corte Constitucional solamente se ha pronunciado en una ocasión sobre la constitucionalidad del agotamiento previo del recurso de apelación, como requisito para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este pronunciamiento de la corte se encuentra en la sentencia C-319 de 2002.

A través de una acción de inconstitucionalidad un ciudadano demandó el artículo 135 del Decreto 01 de 1984. Esta norma indicaba que la demanda que pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho de un acto administrativo particular, que ponga término a un proceso administrativo, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

En la demanda de inconstitucionalidad se expresó que la norma acusada vulneraba los artículos 13 y 229 constitucionales, argumentando que:

> La obligación impuesta por el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo al administrado de agotar la vía gubernativa para poder acudir ante la jurisdicción contenciosa, implica, así la ley no lo diga, el asesoramiento de un abogado con la consecuente erogación económica para quien pretende acudir a la administración de justicia, de suerte que si el afectado por un acto particular no sabe que debe cumplir con ese requisito o, carece de los recursos económicos para ello, se genera una discriminación que viola el derecho a la igualdad ante la ley, así como el libre acceso a la administración de justicia (Sentencia C-319, 2002).

La Corte decidió declarar la exequibilidad de la norma demandada, y para hacerlo expresó los siguientes argumentos:

> El agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción contenciosa administrativa, que no es otra cosa que la utilización de los recursos consagrados en la ley para controvertir los actos que profiere la administración y que afectan intereses particulares y concretos, a juicio de la Corte no contrarían la Constitución Política, sino por el contrario permiten dar plena eficacia a los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta (…)
>
> El agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedimiento establecido por el legislador, permite que el afectado con una decisión que considera vulneratoria de sus derechos, acuda ante la misma entidad que la ha proferido para que ésta tenga la oportunidad de revisar sus propios actos, de suerte que pueda, en el

evento en que sea procedente, revisar, modificar, aclarar e inclusive revocar el pronunciamiento inicial, dándole así la oportunidad de enmendar sus errores y proceder al restablecimiento de los derechos del afectado, y, en ese orden de ideas, se da la posibilidad a las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para contribuir con el cumplimiento de los fines del Estado (art. 209 C.P.), dentro de los cuales se encuentran entre otros los de servir a la comunidad y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2).

Por su parte, el administrado en caso de no considerar acorde con sus pretensiones el pronunciamiento de la Administración una vez agotados los recursos de vía gubernativa, podrá poner en movimiento el aparato jurisdiccional mediante la presentación de la demanda ante la jurisdicción administrativa para que sea el juez el que decida finalmente sobre el derecho que se controvierte. Así, el cumplimiento de ese requisito fijado por la ley, constituye una garantía de más para que el administrado vea plenamente realizado su derecho fundamental al debido proceso (…)

No puede interpretarse como lo hace el actor, que el cumplimiento del presupuesto procesal exigido por el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, sea una forma de negar el acceso a la administración de justicia, argumentando que para la interposición de los recursos se requiere la representación de abogado, lo cual implica la erogación de una suma de dinero con la que muchas veces no se cuenta. Es cierto que el derecho de acción en condiciones de igualdad se encuentra regido por el principio de la gratuidad, en el sentido de que los costos de la función pública de administrar justicia son asumidos por el erario público, pues se trata de una función de interés general en la medida en que es el Estado a quien corresponde brindar a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos.

Otra cosa son los costos que se generen en el trámite de una actuación administrativa o de un proceso, hasta obtener una decisión definitiva, los cuales deben ser asumidos por la parte interesada, como por ejemplo el empleo de una defensa técnica para recurrir ante la administración, que en el caso del agotamiento de la vía gubernativa es facultativa, pero que en el evento de acudirse a la contratación de los servicios profesionales de un abogado, ese gasto debe ser a cargo del recurrente, quien si no cuenta con los recursos económicos para contratar un profesional del derecho, puede acudir a la solicitud de orientación ante la misma administración que profirió el acto (art. 47 C.C.A.), o bien ante los Personeros Municipales, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, los consultorios jurídicos, e incluso, puede acudir al amparo de pobreza contemplado en el Código de Procedimiento Civil.

No puede aceptarse por la Corte, el argumento esbozado por el actor, de la ausencia de conocimientos jurídicos e incluso del desconocimiento de los efectos negativos que su omisión en el cumplimiento de agotamiento de la vía gubernativa le acarrearía. Esto, porque la ignorancia de la ley no puede ser admitida como justificación para el incumplimiento de los deberes constitucionales y legales de los ciudadanos, quienes no pueden argüir en forma razonable su falta de conocimiento

> en materias específicas para deducir de allí una imposibilidad del ejercicio de sus deberes esenciales y, con ello, pretender que sean relevados de su cumplimiento.
>
> Así como el Estado tiene obligaciones para con todas las personas, uno de ellos facilitar el acceso a la administración de justicia (C.P. 229), estas a su vez tienen un deber correlativo de cumplir la Constitución y las leyes, y colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (C.P. art. 95-7) (Sentencia C-319, 2002).

Para el ciudadano que presentó la demanda de inconstitucionalidad, agotar los recursos como requisito para acudir a la justicia implica una erogación económica, ya que se requiere contar con el asesoramiento de un abogado para tramitar la actuación administrativa respectiva. Según el accionante, esto afecta el derecho a la igualdad y el libre acceso a la administración de justicia, pues se estaría favoreciendo a quien tiene la capacidad económica de contratar a un abogado, en desmedro de quien no la tiene.

Para la Corte, la obligación de agotar los recursos administrativos, previo a demandar la nulidad de un acto administrativo que afectan intereses particulares y concretos, permite dar plena eficacia a los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, ya que permite al afectado acudir ante la misma entidad que emitió la decisión, para que esta revise sus propios actos, pudiendo modificar, aclarar o revocar el acto administrativo impugnado. Lo anterior da cumplimiento a los principios y fines del estado, consagrados en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política, tales como servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

La Corte señaló que no se vulnera el derecho del acceso a la administración de justicia por los eventuales costos que ocasione el trámite de la actuación administrativa o de un proceso. Primero, porque la carga está en cabeza del interesado, y en segundo lugar, porque si el interesado no cuenta con recursos para contratar un abogado que lo asesore y represente, puede solicitar orientación ante la misma entidad que profirió el acto, ante los Personeros Municipales, Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, los consultorios jurídicos, o incluso, acudir al amparo de pobreza.

Por lo anterior, la Corte Constitucional concluyó que la disposición demandada era constitucional porque la eventual erogación económica necesaria para tramitar los recursos era una carga en cabeza de la persona interesada. Si la persona no cuenta con los recursos económicos, puede acudir a diferentes entidades que la asesoren, o incluso acudir al amparo de pobreza. Así mismo, indicó que los recursos administrativos son instrumentos que permiten a la administración enmendar sus errores, y garantizar los derechos de los afectados con los actos administrativos, permitiendo el cumplimiento de los fines del estado, el servicio a la comunidad y el aseguramiento de la convivencia pacífica y vigencia de un orden justo.

No obstante, en esta sentencia se observa como la Corte Constitucional confunde las connotaciones de garantía, carga y privilegio de los recursos administrativos. Pues si bien la demanda de inconstitucionalidad estaba enfocada a demostrar la inconstitucionalidad de los

recursos como privilegio y como carga, la corte argumenta a favor de los recursos desde su connotación de garantía.

Por otro lado, en el contexto de la procedencia de los recursos administrativos, frente a una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 70 del Decreto 01 de 1984, que contemplaba la improcedencia de la revocatoria directa de los actos administrativos recurridos en la vía gubernativa, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad. Según el demandante, se vulneraban los artículos 4 y 29 constitucionales porque se impedía que el solicitante pida la revocatoria directa si ha ejercido los recursos de la vía gubernativa, lo cual afecta el derecho de defensa, la primacía de lo sustancial sobre lo procesal y el acceso a la administración de justicia.

La Corte Constitucional señaló:

> El legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades. Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso -reposición, apelación, u otro- tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos -positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio (…)
>
> En la consagración de tales recursos queda salvaguardado de manera suficiente, en la etapa administrativa, el derecho de defensa de los gobernados ante los actos proferidos por la administración, pues basta operar los mecanismos previstos en la ley para que quien adoptó la decisión la reconsidere y su superior jerárquico, si es el caso, la examine desde una perspectiva diferente y resuelva si habrá de confirmarla, reformarla, adicionarla, aclararla, modificarla o revocarla.
>
> Pero, además, por si las actuaciones correspondientes en el interior mismo de la Administración pudiesen ser insuficientes respecto de las garantías reconocidas a los administrados, éstos, agotada la fase gubernativa, pueden acudir a la vía contenciosa, ante los tribunales, para que la Rama Judicial del poder público decida en forma definitiva acerca de la validez o nulidad de los actos que los afectan y, en su caso, en torno a las posibilidades de restablecimiento del derecho lesionado (Sentencia C-742, 1999).

Como puede verse, la Corte Constitucional en esta sentencia manifestó tres ideas importantes sobre los recursos administrativos. En primer lugar, que el legislador tiene una competencia amplia, en virtud del principio de la libertad de configuración legislativa, para regular los recursos administrativos contra los actos administrativos. En segundo lugar, indicó que con la consagración de los recursos administrativos se busca salvaguardar el derecho de defensa de los particulares, ya que mediante estos instrumentos se logra que la autoridad que tomó la decisión, o su superior jerárquico, reconsidere la decisión adoptada. En tercer lugar, manifestó que, adicional a ese control interno, existe un control judicial al cual el interesado puede acudir una vez agote los recursos administrativos obligatorios.

En relación con el recurso de apelación, en el ámbito de los servicios públicos, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-263 de 1996, declarando la exequibilidad de unos apartes demandados de los artículos 154 y 156 de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

Las normas indicaban que el recurso de apelación se presentaba ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. A juicio del demandante, los artículos demandados vulneraban los artículos 121 y 370 de la Constitución Política, porque la exigencia del legislador en el sentido de que el recurso de apelación se surta ante la Superintendencia configuraba una desviación de las funciones de inspección y control del Presidente de la República.

La Corte Constitucional señaló:

> Es indudable que el recurso de apelación ante la Superintendencia constituye un medio para la protección de dichos derechos. No puede resultar extraño, que pueda resolver por intermedio de la Superintendencia los recursos de apelación de los usuarios que tiendan a garantizar sus derechos y el principio de legalidad en las decisiones que emitan las entidades encargadas de la prestación de los referidos servicios. De este modo, la ley ha establecido un mecanismo ágil y efectivo de solución de los conflictos entre los usuarios y las entidades prestatarias de los servicios, en la propia sede de la administración, que busca, en lo posible, evitar que aquéllos acudan de ordinario a la vía jurisdiccional (Sentencia C-263 , 1996).

Nuevamente, la corte señaló que los recursos administrativos constituyen un instrumento de protección de derechos, que al mismo tiempo implican la oportunidad de que el interesado resuelva su conflicto jurídico sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional.

Como se puede observar, la Corte Constitucional ha insistido en la importancia de los recursos administrativos como instrumentos de defensa, contradicción y protección de derechos. Por ello, frente a disposiciones normativas que negaban la procedencia de los recursos administrativos, ha decidido declarar su inconstitucionalidad.

Ejemplo de lo anterior es la sentencia C-313 de 2003, donde se demandaron, entre otros, el artículo 24 del Decreto 1278 de 2002, que señalaba la improcedencia de los recursos de la vía gubernativa, en el estatuto de profesionalización docente.

La disposición normativa citada señalaba que, ante el retiro del servicio por evaluación no satisfactoria en el escalafón docente, el interesado no podía ejercer los recursos de la vía gubernativa. La Corte determinó la inconstitucionalidad de la disposición por considerarla violatoria del derecho de defensa, toda vez que impedía la posibilidad de impugnar ante la misma administración sus actos administrativos. La Corte Constitucional señaló que

> La expresión "...el cual no será susceptible de los recursos de la vía gubernativa, por tratarse de un acto de ejecución", contenida en parágrafo del artículo 24 del Decreto 1278 de 2002, vulnera el derecho de defensa (artículo 29 C.P.), por lo que la Corte

> declarará su inexequibilidad, y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia (Sentencia C-313, 2003).

Ahora, tal como se indicó anteriormente, la Corte Constitucional solamente se ha pronunciado en una ocasión declarando la constitucionalidad de la obligación de ejercer el recurso obligatorio, previo a acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, también se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la vía gubernativa en el campo de la jurisdicción laboral.

Ejemplo de ello es la sentencia C-060 de 1996, que tiene su origen en una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 del Decreto Ley 2158 de 1948, Código de Procedimiento Laboral, cuya redacción anterior a la modificación de la Ley 712 de 2001 indicaba que las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente.

En la demanda de inconstitucionalidad se indicó que se vulneraban los artículos 13, 25 y 29 de la Constitución, ya que el agotamiento de la vía gubernativa no se encontraba debidamente reglamentado. Por ello, a juicio del demandante, el mecanismo obligatorio se había convertido en un obstáculo para que el trabajador pudiera hacer valer sus derechos.

En esta sentencia, la Corte Constitucional manifestó que el agotamiento de la vía gubernativa es, según algunos "un presupuesto procesal del ejercicio de la acción, y según otros en un requisito para que el juez contencioso administrativo u ordinario laboral adquiera competencia, con el fin de conocer de la correspondiente controversia" (Sentencia C-060, 1996). Es decir, es un presupuesto procesal sin el cual no es procedente el ejercicio de la acción, tanto ante el juez ordinario laboral como ante el juez contencioso administrativo. Así mismo, es un requisito a partir del cual el juez respectivo adquiere competencia para conocer la respectiva controversia.

Igualmente, se indicó que a través de la vía gubernativa:

> Se le da la oportunidad a la administración de ejercer una especie de justicia interna, al otorgársele competencia para decidir, previamente a la intervención del juez, sobre la pretensión del particular y lograr de este modo la composición del conflicto planteado. Por su parte, para el particular se deriva una ventaja o beneficio, consistente en que puede obtener a través de la referida vía, en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos, sin necesidad de acudir a un largo, costoso y engorroso proceso judicial (Sentencia C-060, 1996).

Según lo anterior, la vía gubernativa implica que se le dé oportunidad a la administración para resolver la controversia jurídica, previo a acudir ante el juez. Lo que a su vez implica que el particular se pueda ver beneficiado al obtener una resolución a su controversia jurídica de manera eficaz y oportuna, sin tener que someterse a los largos, costosos y engorrosos trámites del proceso judicial. Es por ello que la Corte Constitucional concluye que la vía gubernativa es:

> Un mecanismo, que muchas veces es sustituto del judicial, en la medida en que contribuye a satisfacer plenamente la pretensión del interesado y, además, es una institución que garantiza su derecho de defensa en cuanto le permite impugnar la decisión administrativa, a través de los recursos de ley (Sentencia C-060, 1996).

En el ámbito laboral, la Corte Constitucional también se ha pronunciado mediante sentencia C-792 de 2006. Esta sentencia tiene su origen en una demanda parcial contra el artículo 4 de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 6 del Código de Procedimiento Laboral. Norma según la cual, la reclamación administrativa previa se entendería agotada cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta.

El demandante manifestó que se contrariaban los artículos 23, 29 y 209 constitucionales porque al disponer un agotamiento automático de la vía gubernativa se violaba el principio de publicidad ya que se exoneraba a la administración de dar a conocer sus decisiones. Igualmente, a juicio del accionante, se violaba el debido proceso, porque se impedía al administrado controvertir las actuaciones de la administración, y se dejaba sin vigencia el derecho de petición, porque la norma acusada permitía que la administración omitiera de la obligación de dar respuesta.

Al respecto, la Corte Constitucional manifestó:

> La necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la Administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales (Sentencia C-792, 2006).

Según la corte, el privilegio que se deriva de la disposición normativa demandada, es legítimo en la medida que se deriva del principio de autotutela de la administración, consistente en la facultad que tiene la administración para resolver los conflictos jurídicos en los que está inmersa.

Frente a la relación entre la vía gubernativa y la conciliación prejudicial, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-160 de 1999. En esta sentencia se declararon inexequibles los artículos 68, 82, 85 y 87 de la Ley 446 de 1998, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

Para el demandante, las disposiciones referidas vulneraban los artículos 13, 25, 29, 39, 53 y 229
de la Constitución, argumentado que las normas demandadas eran discriminatorias porque consagraba la conciliación obligatoria en la jurisdicción laboral, pero era voluntaria en los

asuntos administrativos, comerciales y agrarios. En relación con el libre acceso a la tutela judicial efectiva, señaló que imposibilitaba la entrada inmediata a la jurisdicción laboral, al depender de un tercero ajeno a las partes la decisión de acudir a la instancia ordinaria.

La Corte Constitucional dijo:

> Ni en la norma acusada ni en ninguna otra de la ley 446/98, se resuelve el problema consistente en saber si el agotamiento de la vía gubernativa y la conciliación prejudicial son mecanismos de respuesta a la solución de los conflictos laborales que operan independientemente, o si ellos se excluyen, es decir, si el trámite de la vía gubernativa sustituye la conciliación o si ésta configura una excepción a la necesidad de acudir a dicha vía (Sentencia C-160, 1999).

Este pronunciamiento es importante si se tiene en cuenta que adicional al agotamiento de los recursos obligatorios, también hay que agotar la conciliación prejudicial, como requisito previo a demandar la nulidad de un acto administrativo particular. En esta sentencia la Corte Constitucional declaró inexequible el requisito de conciliación prejudicial en el ámbito laboral, ya que la regulación que lo imponía no ofrecía requisitos básicos que garantizaran resguardar el acceso a la administración de justicia. La corte manifestó que el requisito de conciliación prejudicial en sí no es inconstitucional, sino que lo inconstitucional era la regulación normativa que de este requisito se hacía en la Ley 446 de 1998.

Hasta el momento, se ha analizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en diferentes escenarios. En un primer lugar, en el escenario de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encontrando que solamente existe una sentencia sobre la constitucionalidad de la obligatoriedad del recurso administrativo previo en el artículo 135 del CCA, reiterado en el artículo 161 del CPACA vigente a la fecha, donde también se analizó la importancia y trascendencia dada al agotamiento de los recursos administrativos.

En segundo lugar, se analizó la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el contexto de la jurisdicción laboral, donde la reclamación administrativa también es requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción. En este contexto se observa que la Corte ha declarado la constitucionalidad de este requisito de procedibilidad. Empero, la Corte declaró la inexequibilidad de la conciliación obligatoria en el ámbito laboral, razón por la cual no coexiste con la reclamación administrativa previa, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde coexiste la obligación de agotar la conciliación prejudicial y el recurso administrativo de apelación.

La totalidad de sentencias analizadas de la Corte Constitucional se han proferido a favor de los recursos administrativos como instrumentos de protección, defensa y contradicción. Así mismo, a favor de la obligación de recurrir administrativamente como requisito previo para acceder a la jurisdicción administrativa y laboral.

Para complementar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se hará referencia a cuatro pronunciamientos del Consejo de Estado, con la pretensión de conocer cuál es la

connotación que tiene el recurso administrativo obligatorio, como requisito de procedibilidad para ejercer el derecho de acción, en la jurisprudencia de esta alta corte.

El primero de ellos se refiere a la existencia de dos procedimientos administrativos, la actuación administrativa y la que antes se denominaba vía gubernativa. El segundo y tercero se refieren a la finalidad del privilegio de la decisión previa como requisito de procedibilidad. El cuarto, se refiere a la finalidad de este privilegio, pero en el contexto del CPACA.

En una sentencia donde se discutía la nulidad de un acto administrativo de la Superintendencia de Control de Cambios, que impuso una multa contra una sociedad comercial, el Consejo de Estado manifestó que existen dos procedimientos administrativos distintos:

> El uno referido a la "actuación administrativa" que culmina cuando la Administración unilateralmente adelanta y define la investigación a través de la decisión que se materializa con la expedición y notificación del acto administrativo (entendido como la emisión de voluntad de la autoridad con el propósito de que produzca efectos jurídicos) vale decir, la resolución mediante la cual se pronuncia la Administración imponiendo la sanción o absteniéndose de hacerlo; y el otro, la denominada "vía gubernativa" instituida para garantizar el derecho de defensa y contradicción de los posibles afectados frente a las decisiones administrativas y que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, como los de reposición de apelación, que corresponden a una etapa diferente, la de discusión y que están gobernados por sus propias reglas, como la del silencio administrativo (Sentencia No. 8498, 1998).

Según lo anterior, la vía gubernativa es una nueva oportunidad que tiene el interesado para defender su derecho de defensa y contradicción, ante las decisiones administrativas adoptadas con fundamento en la actuación administrativa que culminó con el acto administrativo. De esta manera, los recursos de reposición y apelación están diseñados como instrumentos de garantía frente a los perjuicios que ocasione un acto administrativo.

El Consejo de Estado mediante sentencia que decidió una demandad de nulidad y restablecimiento del derecho presentado contra la Dirección General de Aduanas, que estableció una multa contra una empresa, manifestó, en relación al privilegio de la decisión previa, que:

> La finalidad de ese requisito de procedibilidad de la acción es, de una parte, dar al administrado la oportunidad de obtener una revisión y corrección de la decisión contenida en ese acto, mediante su revocación, modificación o aclaración, y por ende la satisfacción o protección de sus derechos o intereses individuales, sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, brindar a la Administración la oportunidad de revisar su decisión y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere incurrido, de manera tal que de encontrarla ilegal la modifique, aclare o revoque, evitando así, en últimas, la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, que por lo mismo viene a ser subsidiaria, y

> una eventual condena que pueda afectar negativamente al erario con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho hiciera el administrado contra el acto ilegalmente expedido.
>
> Pero visto el panorama de las diversas situaciones jurídicas en que puede ocurrir el agotamiento de la vía gubernativa en el sentido expuesto, esa finalidad sólo encuadra en el caso a que se refiere el numeral segundo del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, es decir, cuando el interesado haga uso de los recursos procedentes contra el acto administrativo en mención, de los cuales, por regla general, está consagrado que el recurso de apelación es obligatorio.
>
> Lo anteriormente expuesto se explica en tanto se entienda la vía gubernativa como una de las especiales manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia y consecuentemente como un particular desarrollo del debido proceso administrativo, lo que en últimas se traduce en un potestad del administrado para controvertir las decisiones de la Administración y en un deber de ella en cuanto a su revisión (Sentencia No. 1995-12217-01, 2007).

De lo anterior se observa que el agotamiento de los recursos como requisito de procedibilidad busca, por una parte, dar la posibilidad de que al administrado se le revise la decisión administrativa que lo pueda afectar, para que la administración revoque, modifique o aclare la decisión adoptada, sin necesidad de acudir a la jurisdicción. Por otra parte, busca que la administración pueda subsanar sus propias irregularidades, con los mismos efectos.

En segundo lugar, se afirma que, por regla general, el recurso administrativo obligatorio para agotar la vía gubernativa es el recurso de apelación.

Finalmente, se indica que la vía gubernativa es una manifestación del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, mediante el cual se desarrolla el debido proceso administrativo, traduciéndose en un derecho del administrado para controvertir las decisiones de la administración, y un deber de la administración, consistente en revisar sus propios actos.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, refiriéndose al agotamiento de la vía gubernativa, ha señalado que “con este trámite, la Administración tiene la oportunidad de revisar su decisión y si es del caso, modificarla, complementarla, aclararla o revocarla, antes de que la controversia sea planteada judicialmente (Sentencia No. 2001-00446-01, 2008).

Lo que se busca con la obligación de agotar la vía gubernativa, es que la administración pueda modificar, aclarar, complementar o revocar su propia decisión, antes de que el conflicto jurídico sea presentado ante los jueces.

En relación con el agotamiento de los recursos, en el contexto del CPACA, el Consejo de Estado manifestó, en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra un mandamiento de pago de la DIAN, lo siguiente:

> Es del caso señalar que el concepto de vía gubernativa desapareció de la terminología procesal administrativa después de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que ahora la denomina actuación administrativa, relativa a los recursos consagrados en la ley, esto es, los de reposición y apelación. Así, el artículo 161 del CPACA contempla como requisito de procedibilidad, es decir que se deben cumplir de forma previa a la presentación de la demanda el de haber *"ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios"* y el artículo 76 del mismo código establece las reglas de oportunidad y presentación de los recursos de reposición y apelación (Sentencia No. 20383, 2014).

En esta sentencia se observa que, a la luz de lo señalado por el Consejo de Estado, el concepto de vía gubernativa desapareció con la vigencia del CPACA. La denominación actual es la de actuación administrativa relativa a los recursos consagrados en la ley. De acuerdo con el CPACA, el agotamiento del recurso de apelación es requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción.

Es necesario resaltar que la eliminación es meramente conceptual, ya que la idea que representaba la expresión "vía gubernativa" sigue vigente, ya que hoy en día es necesario agotar el recurso de apelación para poder acudir a la jurisdicción y demandar la nulidad y restablecimiento del derecho de un acto administrativo particular, como lo era obligatorio antes del año 2011.

De lo analizado hasta el momento se evidencia que la jurisprudencia del Consejo de Estado concuerda con la jurisprudencia de la Corte Constitucional al considerar que los recursos administrativos son instrumentos instituidos para garantizar el derecho de defensa y contracción, que buscan dar la posibilidad a la administración de revisar y corregir la decisión administrativa adoptada, evitando la engorrosa necesidad de acudir a la vía judicial.

Una vez analizada la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, se analizará la doctrina sobre el agotamiento del recurso obligatorio como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción, tanto en el contexto normativo del código anterior, como en el contexto del código vigente.

Según Penagos, la finalidad del agotamiento de la vía gubernativa "es darle a la administración la oportunidad de reexaminar las razones de la determinación que haya adoptado, lo cual se logra por la interposición de los recursos de reposición o de apelación de los interesados" (2005, pág. 257). De esta manera, la vía gubernativa tiene una doble finalidad "1. Permitir que la administración resuelva las controversias que le presenten los administrados. 2. Dar a la administración la oportunidad de corregir sus propios errores, antes de someter su decisión a la jurisdicción de lo contencioso administrativo." (pág. 373).

Según Penagos, la pretensión del agotamiento de la vía gubernativa es darle la oportunidad a la administración de revaluar sus decisiones, con el fin de corregir las decisiones que, equivocadamente, se haya emitido, de manera previa al sometimiento del problema jurídico planteado ante la jurisdicción. De esta manera se aprecia que el criterio de Penagos sobre la finalidad de la vía gubernativa coincide con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado analizada anteriormente.

Según Gómez, el trámite de los recursos es "el principal escenario donde es posible localizarse cuando se trata de distinguir la posición jurídica compleja de la administración bajo la posición de una característica de exorbitancia". (Derecho administrativo, 2004, pág. 92). Esta exorbitancia se presenta puesto que genera una inmunidad, un escenario exento de control judicial sobre la función administrativa, cuando los administrados no agotan los recursos que legalmente son obligatorios. Así mismo, porque se trata de un tratamiento preferencial en favor de la Administración que asumirá el papel de demandado; preferencia que no se presenta cuando el demandando es un particular.

Por su parte, Restrepo, después de realizar una investigación regional sobre congestión judicial, sostiene que es necesario devolverle a la vía gubernativa su valor como herramienta de autocontrol y autocorrección de la Administración (Restrepo, 2011). Es decir, como conclusión de su investigación, reconoce que la vía gubernativa se es una herramienta de autocontrol y autocorrección, pero que con el tiempo ha perdido dicha función. El criterio de Restrepo coincide con el criterio jurisprudencial referenciado, en especial con la sentencia C-792 de 2006, según la cual la obligación de recurrir los actos administrativos, previo a demandar, se desprende del principio de autotutela de la administración, según el cual la administración tiene la facultad de resolver los conflictos jurídicos en los que está inmersa. Restrepo se refiere al autocontrol y a la autocorrección, como conceptos equiparables al de autotutela.

Por último, en el contexto del código anterior, Montaña indica:

> El control judicial sobre la actuación administrativa tiene como complemento un control administrativo, es decir, un control que es desarrollado por la misma administración pública de manera previa y muchas veces constitutivo de requisito de procedibilidad para la posterior acción del aparato judicial (Fundamentos de derecho administrativo, 2010, pág. 249).

Es por tal razón que se "genera una idea de duplicidad de controles, al verificar una instancia obligada de control desarrollado por la misma administración" (pág. 250). De esta manera:

> El ciudadano está obligado a discutir la legalidad de la actuación con la misma administración pública y ésta a su vez está obligada a revisar su comportamiento; la filosofía obligatoria del control, hace que este adquiera una connotación de controversia previa y necesaria para el desarrollo de una controversia más seria y profunda que será dirimida a través del ejercicio de funciones judiciales (pág. 250).

Según Montaña, existe una duplicidad de controles en el derecho administrativo. Un control administrativo previo, obligatorio, y un control judicial posterior, más serio y profundo que el primero, siendo el primero requisito de procedibilidad para acudir al segundo.

Ahora bien, durante la vigencia del CPACA, la doctrina sobre la reclamación administrativa previa ha expresado lo siguiente.

Según Güechá:

> El agotamiento de la vía gubernativa implica requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial, en cuanto a que si no se ha cumplido con el trámite administrativo previo, la demanda contencioso administrativa será rechazada, por falta de cumplimiento de dicho requisito; el cual no solo implica formular una solicitud a la Administración y la impugnación a través de los recursos la decisión proferida, por no estar de acuerdo con la misma, sino que la solicitud en vía administrativa, debe estar acorde con las pretensiones en la acción judicial. (Derecho procesal administrativo, 2014, pág. 461).

De acuerdo con lo anterior, es necesario agotar los recursos administrativos obligatorios, o agotar la vía gubernativa, según los términos del código anterior, para poder acudir ante el juez y demandar la nulidad del acto administrativo impugnado. Si no se cumple tal requisito, la demanda contencioso administrativa no será tramitada por ausencia de dicho requisito de procedibilidad. Así mismo, las pretensiones de la demanda deben estar acordes con lo reclamado en la vía administrativa a través de los recursos.

De esta manera, se presenta una carga en dos sentidos: 1. Hay que interponer los recursos obligatorios para promover el proceso judicial. 2. Lo que se pide en el proceso judicial debe estar en concordancia con lo pedido en los recursos obligatorios tramitados.

Por su parte, Betancur, al referirse al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dice que:

> Gracias a este estatuto, existe, por un lado, el procedimiento administrativo propiamente dicho, o sea el derrotero que la administración debe seguir para la expedición de los actos administrativos; y por el otro, la vía gubernativa, mediante la cual el administrado pone en juego el control de legalidad en sede administrativa con la interposición de los recursos propios de ésta y con miras a que la administración aclare, modifique o revoque la decisión inicial (Derecho procesal administrativo, 2012, pág. 201).

Es decir, en la actuación administrativa existen dos momentos procesales frente a un acto administrativo. El primer momento se refiere a la actuación administrativa tendiente a la expedición de un acto administrativo definitivo. El segundo momento surge con posterioridad a la expedición del acto administrativo y consiste en la posibilidad que tiene el interesado de impugnar el acto administrativo, ante la misma administración, para aclarar, modificar o revoca el acto administrativo. Este planteamiento doctrinario coincide con la jurisprudencia del Consejo de Estado anterior a la vigencia del CPACA, en especial

la sentencia No. 8498 de 1998, según la cual existen dos procedimientos administrativos diferentes.

Por último, Zambrano, al comparar la Ley 1437 de 2011 con el Decreto 01 de 1984, expresa que se introdujeron algunas modificaciones tendientes a que los recursos administrativos no fueran solamente un requisito formal para acudir a la vía judicial.

Según este autor, lo que se buscó fue permitir un contexto donde se pudiera genera un verdadero debate en la tramitación de los recursos, teniendo en cuenta tres cambios importantes. El primero de ellos que obra en los artículos 10 y 102 del CPACA, donde se establece el deber de aplicación de las sentencias de unificación del Consejo de Estado. El segundo es la ampliación del término para interponer recursos, de cinco a diez días hábiles (artículo 76), eliminando las restricciones probatorias. El tercer cambio consistió en la posibilidad otorgada a las autoridades para crear, en su organización, grupos especializados para elaborar los proyectos de decisión de los referidos recursos (artículo 82). (2012, pág. 44).

Es importante tener en cuenta el criterio de Zambrano sobre las pretensiones implícitas en el CPACA en relación con los recursos administrativos. Sin embargo, el simple aumento de los términos de cinco a diez días no ofrece reales garantías para que el debate que surja de los recursos sea más serio, porque el aumento del término es en relación al plazo para interponer el recurso, más no para su estudio. La creación de grupos especializados para proyectar las decisiones a los recursos es interesante, pero quedó a discrecionalidad de la entidad.

De los visto hasta el momento, se puede concluir que existen unas razones pragmáticas para mantener la reclamación administrativa previa como requisito de procedibilidad. Dentro de esas razones pragmáticas juega un papel esencial el de la descongestión judicial.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, la Corte Constitucional ha declarado que la obligación de presentar los recursos administrativos, como presupuesto procesal, se ajusta a la Constitución. Sin embargo, las sentencias han realizado un análisis parcializado de los recursos, pues solamente se ha enfocado en los recursos como garantía, sin profundizar en las connotaciones de los recursos como carga y privilegio. La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado ha reiterado las ventajas de agotar los recursos, situación a la que en principio no parece razonable oponerse, pero no han analizado a profundidad los efectos negativos de no agotar los recursos, como por ejemplo lo es la inmunidad al control judicial de los actos administrativos no recurridos. De esta manera, se presenta la falacia de palabras equivocas o de desvío de la cuestión al determinar la constitucionalidad o justificación de los recursos como carga o privilegio, argumentando desde la connotación de los recursos como garantía.

Por último, la doctrina coincide con los planteamientos jurisprudenciales al señalar que los recursos son garantías e instrumentos de defensa y contradicción. Así mismo, han resaltado el hecho de que existen dos controles, uno administrativo y otro judicial, donde el análisis del acto en el primer control, que es requisito de procedibilidad, no se equipara al análisis del primero. El acceso a la justicia se muestra como una última ratio, como una posibilidad

engorrosa y costosa que se debe evitar, favoreciendo el ejercicio de los recursos administrativos, como instrumento para desjudicializar el conflicto jurídico que se presente.

1.3. El origen de derecho administrativo en Colombia:

En el presente acápite se hará referencia al origen del derecho administrativo en Colombia, con el fin de analizar, en el siguiente capítulo, las razones históricas que originaron la reclamación administrativa previa como requisito de procedibilidad en Colombia. Por lo tanto, se presentará un corto resumen del origen del derecho administrativo, y su relación con el derecho administrativo colombiano, siguiendo en un primer momento a los autores que defienden la tesis del origen francés del derecho administrativo. Y en un segundo momento se seguirá a Miguel Malagón, autor crítico de dicha tesis.

Diferentes de autores defienden la idea del origen francés del derecho administrativo, y defienden la tesis según la cual el derecho administrativo colombiano tiene su origen en el derecho administrativo de ese país, señalando como origen del derecho administrativo en Colombia la implantación de los principios de régimen jurídico especial y juez especial a partir de 1913.

Los autores que defienden la tesis del origen francés del derecho administrativo son: Prosper Weil, Eduardo García de Enterría, Carmen Chinchilla, Juan Alfonso Santamaría Pastor, Libardo Rodríguez y Jaime Vidal Perdomo, estos dos últimos autores colombianos.

Vidal, al referirse al derecho administrativo francés, señala que partir del movimiento revolucionario de 1789 es cuando se ha defendido la *"*existencia de reglas especiales para la administración pública, exigibles no ante los jueces ordinarios, sino ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a la cabeza de la cual se encuentra la famosa institución del Conseil d´État" (Derecho administrativo, 2010, pág. 5).

En el mismo sentido, Libardo Rodríguez expresa que "el derecho administrativo como nueva rama jurídica es una concepción francesa" (Derecho administrativo general y colombiano, 2007, pág. 24). Este autor explica que el derecho administrativo se originó como consecuencia de la desconfianza hacia los parlamentos, instituciones encargadas de administrar justicia durante la revolución francesa. Esa desconfianza, y la teoría de separación de poderes, conforme al desarrollo de Montesquieu, motivaron la expedición de normas como la ley 16-24 de agosto de 1790, y el artículo 3 de la Constitución francesa de 1791 que prohibían la intervención de los jueces en los asuntos administrativos. De esta manera se argumentó que la administración era quien debía controlar sus propios actos, ante la prohibición del control por parte de los jueces, surgiendo así el concepto de justicia retenida (pág. 26). Al no existir un juez de la administración, era necesario que la administración fuera "juez" de sus propios actos.

En 1799 se creó en Francia el Consejo de Estado, como órgano asesor del jefe de Estado. Y, mediante ley del 24 de mayo de 1872, se le reconoce carácter judicial (pág. 26)

estableciéndose de esta manera el sistema de justicia delegada, y dando lugar al nacimiento de la jurisdicción administrativa.

Continuando cronológicamente, Moderne señala que es a partir de 1872, con la caída del Segundo Imperio,

> Cuando el Consejo de Estado recibió del legislador (todavía no existía una Constitución para el nuevo régimen) el poder de administrar justicia en nombre del pueblo. Es lo que denominamos justicia delegada. A partir de esta fecha, las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado conocieron un desarrollo todavía más espectacular y llevaron al establecimiento de un régimen denominado régimen administrativo, es decir, un conjunto de normas de fondo que gobiernan la acción y la organización de la administración (Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia, 1999, pág. 26).

Ahora bien, el origen de la jurisdicción administrativa motivó la creación de un tribunal que resolviera los conflictos de competencia entre los tribunales administrativos y los tribunales comunes. Nació de esa forma el Tribunal de Conflictos, que en 1873 emitió el fallo Blanco.

Según la doctrina, en el fallo Blanco se concluye que:

> La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de personas que este emplea en el servicio público, no puede estar regido por los principios establecidos en el Código Civil, para las relaciones entre particulares. Esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; ella tiene sus reglas especiales, las cuales varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados. Que, en consecuencia, bajo los términos de las leyes enunciadas anteriormente, la autoridad administrativa es la única competente para conocer del tema (Long, 2000, pág. 4) .

Por lo anterior, se observa que del fallo Blanco se desprenden dos principios fundamentales que han servido para justificar la existencia del derecho administrativo. En primer lugar, se reconoce la responsabilidad estatal con fundamento en normas especiales, diferentes a las del Código Civil. En segundo lugar, se reconoce que los jueces administrativos son los competentes para conocer los litigios en los que se encuentra inmerso el Estado. Es decir, se reconocen los principios del régimen jurídico especial y del juez especial.

Los cambios normativos y jurisprudenciales fueron fortalecidos por la doctrina administrativista, en especial por Laferriere con la noción de poder público, Duguit que defiende la noción de servicio público y Hauriou con la noción de prerrogativas públicas. Todos en busca construir los conceptos fundantes del derecho administrativo que permitieran proclamar su independencia y autonomía del derecho civil (Peña, 2008, pág. 18).

Bajo la anterior perspectiva, se explica el origen del derecho administrativo en Colombia a partir del nacimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ocurrida en 1913

mediante la Ley 130 de dicho año. Esta ley "es la primera reglamentación en el país que merece tener el nombre de Código Contencioso Administrativo" (Peña, 2008, pág. 43).

Si bien es cierto que el Consejo de Estado fue creado mediante Decreto del 30 de octubre de 1817 por Simón Bolívar, lo que ya encierra una similitud con la creación de esta institución en Francia por parte de Napoleón en 1799, es a partir del acto legislativo 1 de 1914 que se restablece, de manera definitiva, el Consejo de Estado.

En síntesis, en 1913 se crea la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se determina su objeto y composición. Y en 1914 se restablece el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo.

No obstante, existen otras tesis que rechazan lo anterior, y defienden la influencia de otras tradiciones jurídicas, como la española, e incluso, la anglosajona. Para los autores que rechazan la tesis francesa, no es cierto señalar que el derecho administrativo en Colombia surgió en 1913, y que sólo a partir de esa fecha se empezaron a formular instrumentos jurídicos de control sobre la actuación administrativa del Estado.

Una de las críticas a la idea del origen francés del derecho administrativo es la de Miguel Malagón. Para este autor:

> El encauzamiento del poder entre nosotros lleva más de cuatrocientos años, y no casi cien como lo expresan los doctrinantes colombianos formados en la tradición francesa. Escuela ésta que nos ha impuesto la famosa frase de Luis XIV, de El Estado soy yo, para indicarnos que únicamente con la Revolución Francesa y con la invención del principio de legalidad es que la administración se somete al derecho (Vivir en policía, 2007, pág. 13).

Yendo más allá, David Llinas señala que existen un bloqueador conceptual que lleva a identificar unos países de moda, de los cuales surge el control sobre el poder político. Para este autor, "el principal bloqueador conceptual es la consideración, casi universal, de que son Francia, Estados Unidos e Inglaterra los países que dieron origen a conceptos como el control de constitucionalidad o, en general, el control de poder político" (Estado indiano Estado responsable, 2013, pág. 21). Este bloqueador conceptual es el que ocasiona que se ignore los desarrollos jurídicos de otros países.

A continuación se profundiza en la crítica de Malagón sobre el origen del derecho administrativo. La importancia de su tesis radica en que es una posición contra mayoritaria que busca develar los argumentos inexactos de quienes defienden como única influencia del derecho administrativo en Colombia la francesa.

Para Malagón, el derecho administrativo colombiano es una fusión de antecedentes hispánicos, iluminismo francés e intervencionismo anglosajón (2007, pág. 15), y no una influencia exclusiva del derecho administrativo francés, como a veces se quiere mostrar. La realidad es que mucho antes de la influencia francesa ocurrida en Colombia existía en el territorio colombiano una administración pública sometida al derecho.

Malagón expresa que es la ciencia de policía la primera etapa en la que la administración pública se somete al derecho, esto es, como el primer momento de control sobre el poder (pág. 14).

Entonces, el concepto clave para este autor es el de la Ciencia de Policía, para explicar que dicho fenómeno tuvo su aplicación durante la época de la colonia española en el territorio latinoamericano, con la finalidad de controlar la actividad administrativa.

La idea sobre la existencia de reglas concretas y específicas para la administración, antes de las revoluciones liberales, es defendida por Jose Luis Villar Palasí, Alfredo Gallego Anabitarte, Alejandro Nieto García, Jean Louis Mestre (pág. 149).

Malagón explica que el término "policía" se usó originariamente en Alemania, alrededor del cuatrocientos, luego en Francia en 1403, y en España en 1440. La policía "se constituyó en el instrumento en manos del monarca para expandir su poder absoluto frente a los estamentos" (pág. 154). A partir del siglo de las revoluciones liberales, se entenderá que la policía tiene dos facetas. Una negativa que se desarrolla en los principios de seguridad y orden. Otra positiva, que se refiere al bienestar.

Si bien en un principio la policía fue "el instrumento empleado por los religiosos para cristianizar a los aborígenes" (pág. 177) en las Indias, con el tiempo este concepto se materializó en una existencia de instrumentos jurídicos con la finalidad de controlar el desempeño de los agentes estatales durante la colonia. Estos instrumentos son las visitas, las residencias y el juicio de cuentas.

Ahora, en el derecho español existieron una serie de controles en vía de recurso contra los actos de gobierno. Malagón primero explica cuáles fueron esos recursos que se aplicaron en España, para luego explicar cómo se aplicaron en las Indias:

> Contra los agentes del rey se disponía de la alzada, por medio de la cual se reclamaba al superior inmediato contra lo actuado por el inferior. Después encontramos la querella, recurso que permitía acudir directamente al rey para reclamar por el abuso de uno de sus oficiales. En la Edad Media, en principio, se utilizaba la apelación en Castilla sólo para asuntos civiles y criminales, luego se hizo extensiva a actos de Gobierno (pág. 258).

Lo anterior en relación con los recursos ordinarios. Los extraordinarios, que se interponían ante quien no tenía superior, son los de suplicación y la suspensión. La suplicación consistía en una merced, gracia que el rey otorgaba. La suspensión respondía al principio de que la disposición debía ser obedecida pero no cumplidas si eran contrarias a derecho.

Estos recursos españoles sirvieron de fundamento para una serie de recursos que aplicaron en las Indias.

En primer lugar, está el recurso de amparo. Como el derecho indiano se basaba en la desigualdad, se creó una jurisdicción alterna para conocer los litigios entre los aborígenes y a los españoles contra indios. En la práctica los recursos de amparo fueron fallados como

administrativos y no como judiciales. Los principales casos manejados fueron los de propiedad, quejas por tierra, concesiones, ventas, alquileres, entre otros. (pág. 259). También se trataron quejas contra funcionarios locales españoles y contra el clero. Los quejosos podían ser indios, individual o colectivamente, también personas no indios. Como agraviantes estaban las autoridades españolas, indígenas o particulares. La petición se presentaba ante el virrey, y en ella se podía pedir la suspensión del acto reclamado y también la reparación de perjuicios. El mandamiento de amparo, hoy equivalente a una sentencia, consistía en ordenar la protección del derecho violado. Este instrumento judicial fue el principal antecedente del juicio de amparo mexicano. (pág. 264).

En segundo lugar, se encuentra el recurso de suplicación. En la suplicación se pedía la suspensión del acto acusado. El proceso iniciaba con la notificación del despacho, y el despacho iba dirigido a una autoridad que lo tenía que ejecutar. (pág. 269). La autoridad que recibía el documento era la primera que lo examinaba y decidía si lo cumplía o no. Los recurrentes podían ser los virreyes, las audiencias, los gobernadores, los cabildos y los vecinos. Los efectos del recurso eran, primero, la suspensión de la ejecución de la norma, y segundo, el pronunciamiento del legislador. Para Malagón este recurso es el antecedente de la suspensión provisional de los actos administrativos. (pág. 271).

En tercer lugar, está el recurso de agravios, llamado también recurso de apelación. En la época de la colonia se vivió bajo la acumulación de funciones o poderes en diversas autoridades, sin embargo, se presentó la distinción entre asuntos de gobierno y de justicia (pág. 271). Este recurso tenía la finalidad de controlar las decisiones de gobierno que causaran un perjuicio o un agravio a particulares. Las reales audiencias eran las competentes para atender tal función. Los asuntos de gobierno los ejercían los virreyes, los presidentes y los gobernadores.

Así mismo, existían tres disposiciones sobre el control de los actos de gobierno:

> La primera era la facultad del virrey para calificar asuntos; la segunda establecía que cuando el asunto sobrepasaba el nivel doméstico y aparecía una persona agraviada, el negocio se volvía de justicia, es decir inter partes, entre el particular afectado y la autoridad que había dictado el acto. La tercera decía que una vez el asunto era ya litis pendientae, sólo a los oidores tocaba decidir (pág. 273).

En cuanto a los tipos de actos recurribles, se debe resaltar que las audiencias tenían competencia para conocer cualquier acto dictado por cualquier autoridad por vía administrativa, cuando hubiera vulnerado el status de un particular.

Dentro de los casos a resaltar está uno ocurrido en 1623, interpuesto contra una providencia dictada por el oidor Juan de Villabona Zubiaurre. La actuación consistió en trasladar el pueblo de indios de Tequia, que estaba en clima cálido, hacia Siribita, de clima frío. “El cacique, por intermedio del protector de naturales, interpuso recurso de apelación ante la Real Audiencia. Esta decidió el caso concediendo la razón al cacique” (pág. 274).

Este recurso de agravios subsistió hasta el siglo XX, y cambió su nombre al de acción pública. Este mecanismo procesal lo podía ejercer cualquier persona que tuviera la cualidad

de ser ciudadano, contra las actuaciones administrativas y contra los hechos administrativos que lesionaran derechos. Esa acción pública perduró hasta 1941, cuando fue derogada por las acciones francesas. Dentro de la evolución, fue la Corte Suprema la que asumió el papel que antes estaba en cabeza de la Real Audiencia.

David Llinas concluye, siguiendo la misma línea de Malagón, que las técnicas remotas, como la figura de la *restitutio in integrum,* la prohibición de la tiranía, los recursos de agravios, de amparo o suplicación, eran principios e instrumentos jurídicos que integraban el Derecho Indiano, con el fin de regular los asuntos de gobierno.

> Por tanto, si hubo la necesidad de administrar a las personas y las cosas que estaban bajo la protección del rey español, las normas que se dedicaban a ello eran, como mínimo, un antecedente el derecho administrativo, o bien un derecho administrativo sui generis, propio del Antiguo Régimen criollo, antes de todo intento de república (Llinas, 2013, pág. 185).

Las referencias a la tesis del origen francés y a la tesis del origen español del derecho administrativo, permite observar que la historia del derecho administrativo en Colombia no puede ser vista sólo a partir de 1913 o 1914, ignorando los antecedentes propios del derecho español. Tampoco se podría negar la influencia francesa, pero no exclusiva, ocurrida a partir de 1913, influencia que se materializó en la defensa y aplicación de los principios de juez especial y régimen jurídico especial, restableciendo el Consejo de Estado, reconociendo su carácter jurisdiccional y expidiendo la Ley 130 de 1913.

Es decir, no es cierto que el derecho administrativo haya surgido en Colombia a partir de 1913, pero también es incorrecto afirmar que el derecho francés no haya tenido influencia en el desarrollo del derecho administrativo colombiano. Lo que se puede concluir hasta el momento es que hubo una influencia muy fuerte del derecho español durante la conquista, la colonia y los primeros años de la república, que luego se fue desvaneciendo a partir de 1913, cuando empezó una influencia muy fuerte del derecho francés. Existe pues, una confluencia de tradiciones jurídicas en el derecho administrativo colombiano.

1.4. El origen normativo de la reclamación administrativa previa en Colombia y su relación con la tradición francesa y la española:

De lo dicho hasta el momento se observan dos tradiciones de derecho administrativo aplicables en Colombia. En primer lugar, está la tradición francesa, implementada, según los autores, a partir de 1913. Al mismo tiempo, existe otra tradición, la española, que tuvo su principal auge con anterioridad a 1913, durante el tiempo de la conquista, la colonia y los primeros años de la república,

Una vez planteada la discusión entre estas dos tradiciones, en relación con el origen del derecho administrativo colombiano, es necesario revisar los cambios jurídicos ocurridos en

relación con los recursos administrativos y la reclamación administrativa previa obligatoria, para determinar el origen normativo de este requisito de procedibilidad.
Para cumplir lo anterior, en un primero momento se analizará los antecedentes normativos del CPACA, luego se analizará la tradición española, y posteriormente la tradición francesa.

En Colombia se han expedido cuatro códigos de lo contencioso administrativo: Ley 130 de 1913. Ley 167 de 1941. Decreto 01 de 1984. Ley 1437 de 2011.

La Ley 130 de 1913 (*Primer Código*) no contemplaba norma alguna que se refiriera a la reclamación administrativa previa. Este primer código se refería a la organización y funciones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, al Ministerio Público y al modo de proceder ante los tribunales. Pero en sus disposiciones no contemplaba los recursos contra los actos administrativos, ni la vía gubernativa y mucho menos el privilegio de la decisión previa.

En relación con lo anterior, Güechá manifiesta que:

> Este código no contempló un procedimiento administrativo previo en vía gubernativa, que debiera surtirse para acudir a la vía jurisdiccional; es decir, que no era necesario el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedencia para instaurar en ciertos casos la acción contencioso administrativa, cómo sí se contempló en los códigos que lo sucedieron (2014, pág. 134).

La Ley 167 de 1941 (*Segundo Código*) señalaba en su artículo 71 que para que un acto administrativo fuera admisible en recurso jurisdiccional, era necesario que no fuera susceptible de recurso en la vía gubernativa, por no haberse establecido en la ley o por haberse agotado la vía gubernativa.

El artículo 77 consagraba que por la vía gubernativa procedían los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional: 1. El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronuncia la providencia, para que se aclare, modifique o revoque. 2. El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto.

El artículo 80 señalaba que se entendía agotada la vía gubernativa cuando interpuesto algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados, por haber transcurrido un plazo de cuatro meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos.

Por último, el artículo 82 indicaba que para recurrir en demanda ante lo Contencioso Administrativo, era necesario haber agotado la vía gubernativa, lo que se entendía cuando los actos o providencias respectivas no eran susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo 77, o cuando los recursos se habían decidido.

El Decreto 01 de 1984 (*Tercer Código*) señalaba en su artículo 135 que, para demandar la nulidad de un acto administrativo particular, previamente se debía agotar la vía gubernativa. Según los artículos 62 y 63, el agotamiento de la vía gubernativa se presenta cuando: 1. No procedía ningún recurso contra el acto administrativo. 2. Cuando los recursos interpuestos

se habían decidido. 3. Cuando el acto quedaba en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o queja.

Si contra el acto administrativo procedía el recurso de apelación, y el mismo no era interpuesto por el interesado, entonces se entendía por no agotada la vía gubernativa. Bajo esta perspectiva, el interesado no podría demandar el acto administrativo respectivo.

La Ley 1437 de 2011 (*Cuarto Código*) señala en su artículo 161 que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular debe ejercerse los recursos que según la ley fueran obligatorios. El artículo 76 del CPACA establece que ese recurso obligatorio es el de apelación, por regla general.

La diferencia que se observa entre la Ley 1437 de 2011 (Cuarto código) y el Decreto 01 de 1984 (Tercer código), es que en el Decreto 01 de 1984 no se consagraba expresamente la obligatoriedad de presentar el recurso de apelación contra el acto que se quería demandar, sin embargo, tal obligación se desprendía de la redacción de los artículos 62, 63 y 135. En otras palabras, para demandar había que agotar la vía gubernativa, y la vía gubernativa se agotaba en el tercer caso cuando no se había interpuesto el recurso de reposición o queja. Pero el hecho de no haber interpuesto el recurso de apelación, siendo procedente, no agotaba la vía gubernativa. Entonces, al no interponer el recurso de apelación cuando era procedente, no se agotaba la vía gubernativa y por ende no se podía demandar el acto administrativo respectivo.

De lo anterior se observa que la obligación de agotar los recursos nace, normativamente, en la Ley 167 de 1941. Y es en el Decreto 01 de 1984 donde se precisa cuál es el recurso de interposición obligatoria para agotar la vía gubernativa. Esto expresado de manera tácita, tal como se explicó, pues sólo será señalado de manera expresa hasta la expedición de la Ley 1437 de 2011. Por lo anterior, se puede identificar como origen normativo del privilegio de la decisión previa la Ley 167 de 1941, aunque la jurisprudencia lo venía aplicando sin necesidad de norma que lo consagrara.

Debido a la importancia de la Ley 167 de 1941, como fuente normativa e innovadora de la reclamación administrativa previa obligatoria, es necesario profundizar en su estudio, para lo cual se hará referencia a la exposición de motivos de esta ley, y luego se seguirá a Tulio Enrique Tascón, administrativista y presidente del Consejo de Estado para la época.

En la exposición de motivos se indicó lo siguiente:

> Se establecen contra los actos de la administración dos órdenes de recursos o vías diferentes, que se distinguen con la denominación de procedimiento gubernativo y procedimiento jurisdiccional. Siendo en este trabajo principio fundamental que no existe el recurso jurisdiccional ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales sin que se haya agotado la vía gubernativa, se proponen unas pocas normas con el objeto de indicar en qué consiste ésta, la manera de impetrarla y de fijar el momento en que la actuación administrativa termina para dar nacimiento a la contencioso jurisdiccional (Tascón, y otros, 1941, pág. 925).

Se continúa señalando:

> Hemos creído oportuno proponer que toda providencia que ponga término a una actuación administrativa, en que intervenga o deba quedar obligado un particular, se notifique al interesado, de preferencia personalmente, dentro de los diez días de dictada, o por edicto pasado cierto tiempo sin que se hubiere hecho notificación personal. Tomándolo del derecho español, se exige un requisito especial para que la notificación sea válida y produzca efectos previstos en la ley: que se indique en ella cuales recursos son procedentes por la vía gubernativa y el tiempo dentro del cual pueden interponerse. Estos requisitos, a la par que garantizan al ciudadano contra posibles abusos, contribuyen a evitar conflictos a veces insolubles con mengua del prestigio de la Administrativo Pública. Por otro lado, se otorgan los recursos de reposición ante el mismo funcionario que pronuncia la decisión para que se aclare, modifique o revoque; y el de apelación –o recurso jerárquico- que tiene el mismo objeto (…) La vía gubernativa termina –se dice- cuando los actos o providencias administrativas no son susceptibles de los recursos mencionados –reposición y apelación-, o se han decidido; y con el fin de dar solución a los frecuentes conflictos que en el practica ocurren por falta de una norma sobre el particular, se hace presente que quedan amparadas por los anteriores preceptos no solo las providencias definitivas sino aquellas que, aunque de trámite, decidan directa o indirectamente el fondo del negocio, bien porque le pongan término o porque hagan imposible su continuación. En cualquiera de estos casos, por haber finalizado la actuación ante la administración activa, queda abierta la vía jurisdiccional y puede ocurrirse en demanda ante los organismos competentes en ejercicio de las acciones que el Código establece, y a las cuales nos hemos referido ya. (Tascón, y otros, 1941, pág. 926).

Según Tascón, la Ley 167 de 1941:

> Se basó en el proyecto redactado por el distinguido Consejero de Estado doctor Ramón Miranda, y satisface una necesidad que era cada día más apremiante, si se piensa que la Ley 130 de 1913, antes vigente, fue expedida cuando aún no se había restablecido el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo; que sus disposiciones fueron tomadas de legislaciones extranjeras, principalmente de la española, sin haberse tenido ocasión de comprobar su adaptabilidad a las circunstancias peculiares (…)
>
> Es claro que esta idea de que los actos de la administración estuvieran sujetos a un control jurisdiccional, sólo pudo surgir cuando el derecho había penetrado todas las actividades del Estado, y la racionalización del poder había culminado -como fue el caso en Colombia- con el control jurisdiccional de las mismas leyes normativas del derecho (1942, pág. 4).

Ahora bien, en relación con el artículo 71 de la Ley 167 de 1941, visto anteriormente, Tascón expresa que:

> La razón de esta disposición es clara: admitir que pudieran ejercitarse los recursos contencioso-administrativos contra actos todavía susceptibles de recursos gubernativos, podría crear conflictos, verbigracia, cuando la autoridad administrativa superior confirmara o reformara la providencia del inferior, la cual vendría a quedar en vigor por no haber sido materia del fallo contencioso administrativo.
>
> Para evitar estos conflictos, la jurisprudencia del Consejo de Estado había sentado la doctrina de que cuando un acto de la Administración hubiera sido objeto de un recurso por la vía gubernativa, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho debía comprender ambas providencias; no así cuando la segunda se había limitado a negar la reposición de la primera, caso en el cual no era menester acusar sino esta.
>
> Como el nuevo Código establece contra los actos de la Administración dos órdenes de recursos o vías diferentes, que se distinguen con la denominación de procedimiento gubernativo y procedimiento jurisdiccional, este artículo consagra el principio fundamental de que no hay lugar al recurso jurisdiccional ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos sin que se haya agotado la vía gubernativa, conforme al artículo 80 (Tascón, 1942, pág. 103).

En igual sentido Marriaga señala:

> Determina esta disposición que la acción para entablar el recurso jurisdiccional nace cuando el acto acusado no sea susceptible de recurso en la vía gubernativa, ya sea por no haberlo establecido la ley o por haberse agotado dicha vía gubernativa. En cuanto a los recursos que pueden interponerse son: el de reposición y el de apelación. Sin embargo, de conformidad con el artículo 15 del Decreto número 2733 de 1959 no es obligatorio para el agotamiento de la vía gubernativa ejercitar el recurso de reposición.
>
> Establece, pues, esta disposición, artículo 71, dos vías o recursos: el gubernativo y el jurisdiccional. De ahí que la jurisprudencia del Consejo haya establecido que no hay lugar a ocurrir ante el Consejo y los Tribunales Administrativos sino para la acusación de actos definitivos, o providencias de trámite, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación o de toda la operación jurídica cuando haya providencias sucesivas que en todo o en algo perjudiquen, a fin de que se tenga plena competencia para revisar y resolver sobre todas ellas, supuestos estos que no pueden tener cumplida realización sino con el ejercicio exhaustivo de los recursos gubernativos (sentencia del 15 de diciembre de 1955, “Anales del Consejo de Estado. Nos 382 a 386) (Marriaga, 1964, pág. 201).

A continuación, Tascón retoma a Fritz Fleiner, quien justifica así la exigencia de agotar la vía administrativa para poder ocurrir el procedimiento contencioso en el Derecho alemán:

> La misión principal de los tribunales contencioso-administrativos consiste en examinar la legalidad de los actos de la administración. Por consiguiente, sólo se puede acudir a estos tribunales después de que las autoridades administrativas hayan dictado algún decreto en determinada materia, y llegando algunas leyes incluso a prescribir que el ciudadano debe apurar la vía administrativa antes de instar la protección del tribunal contencioso-administrativo. Por lo tanto, el recurso contencioso-administrativo del derecho alemán es regularmente un recurso subsidiario (Tascón, 1942, pág. 104).

Tascón señala que el artículo 78 de la Ley 167 de 1941 contemplaba un término de 10 días a partir de la notificación personal de la desfijación del edicto, para interponer el recurso, o de 30 días desde la publicación del edicto, según el caso, transcurridos estos plazos, sin que se hubiere interpuesto recurso, la providencia quedará ejecutoriada, y en relación con el artículo 82, indica que:

> La Ley 130 de 1914 sólo exigía que el acto acusado hubiera puesto fin a la actuación administrativa; pero la jurisprudencia del Consejo, de acuerdo con los principios del Derecho Contencioso Administrativo, tenía sentado que no podían interponerse los recursos contenciosos de anulación y de plena jurisdicción sino cuando la vía gubernativa se había agotado, porque, de otro modo, bien pudiera resultar que el fallo de lo contencioso administrativo resultara en contradicción con el que posteriormente dictara el mismo funcionario administrativo en virtud de la reposición pedida o por el superior jerárquico en virtud de apelación interpuesta simultáneamente con la demanda ante lo Contencioso (1942, pág. 112).

Según lo dicho por Tascón, el origen normativo en Colombia de la reclamación administrativa previa es la Ley 167 de 1941. El código anterior, Ley 130 de 1914 no exigía este requisito, pues solo exigía que el acto acusado hubiera puesto fin a la actuación. Tascón expresa que este requisito ya había sido tenido en cuenta por la jurisprudencia del Consejo. También explica que la razón de este requisito obligatorio es la de evitar decisiones contradictorias.

Lo anterior es corroborado por Gustavo Humberto Rodríguez, quien manifiesta que la Ley 167 de 1941 fue expedida con fundamento en el proyecto elaborado por el Consejo de Estado, presidido por Tulio Enrique Tascón, y a su nombre por el Consejero Ramón Miranda. Uno de los rasgos esenciales de esta norma consiste en que “se consagró el presupuesto procesal del agotamiento de la vía gubernativa para el ejercicio de las acciones contenciosas, y se dictaron normas sobre esa vía, atinentes a los recursos administrativos” (1983, pág. 33).

Se puede apreciar que la obligación de presentar los recursos administrativos, como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, tiene como fundamento la Ley 167 de 941, que corresponde al segundo código contencioso administrativo.

Este código fue presentado al Congreso por el Consejo de Estado, y fue redactado por el magistrado Ramón Miranda, quien se basó en la legislación española para indicar los requisitos que debe reunir la notificación de los actos administrativos, al indicar los recursos de la vía gubernativa procedentes y el término para ejercerlos.

El texto normativo quiso plasmar por escrito un principio que se venía aplicando en la práctica por el Consejo de Estado, según el cual no existe recurso jurisdiccional sin que se haya agotado la vía gubernativa. Por tal razón, se establecieron dos vías diferentes: el procedimiento gubernativo y el procedimiento jurisdiccional. La finalidad de este principio consiste en evitar conflictos entre la jurisdicción y la administración, ya que de admitirse el ejercicio de los recursos contencioso administrativos contra actos susceptibles de los recursos gubernativos, crearía conflictos cuando la autoridad administrativa confirme o reforme el acto administrativo recurrido vía gubernativa pero no recurrido vía judicial. Es decir, la administración podría tomar una decisión en un sentido al decidir los recursos, y la jurisdicción en sentido contrario, quedando en vigencia la decisión de la vía gubernativa por no haber sido objeto de control judicial. Es por esta razón que el interesado en demandar debe apurar la vía administrativa, siendo el recurso judicial un recurso subsidiario.

Ahora bien, en relación con el Decreto 01 de 1984, los miembros de la Comisión Asesora manifestaron la idea de mantener la reclamación administrativa previa, tal como se indica a continuación:

> El doctor Palacio Mejía explicó que lo que se quiere decir es que si un puede apelar y no apela, o si uno deja que se produzca la perención, o si uno desiste, pues no hay agotamiento de la vía gubernativa y por lo tanto no hay lugar a las acciones contenciosas correspondientes (…) En uso de la palabra el doctor Ardila Duarte manifestó que así este en el artículo 82 y así quede repetido, yo creo que tal vez el principio más importante del procedimiento administrativo es la existencia de las dos vías, y el riel de empalme entre una y otra es la conclusión o agotamiento de la vía gubernativa, entonces es reiterar algo que por sabido se calla, pero que la ley que debe tener una poco docente, debe registrar (Ibañez, 1985, pág. 1625).

La discusión no se planteó sobre la eliminación de la reclamación administrativa previa, sino sobre la obligatoriedad o no del recurso de reposición. Es decir, la idea de señalar la obligatoriedad del recurso de apelación estaba clara, pero la discusión consistió en si era procedente establecer o no la obligatoriedad del recurso de reposición.

El profesor Vidal señaló que la interposición del recurso de reposición debía ser obligatoria porque:

> Para el administrado es mucho más fácil, ya trabada una controversia con la Administración obligarla a decidir la reposición (…) me parece que está mejor trabada la Litis para la jurisdicción contencioso administrativa, está más clara, tiene muchos más elementos, por una decisión de reposición que cuando no le obliga a esa parte; para el administrado, la posibilidad de obtener algún cambio es mucho

> menos costos ya metido allí dentro de la controversia con la Administración, que comenzar un proceso jurisdiccional (Ibañez, 1985, pág. 1605).

Los miembros de la comisión Carlos Betancur Jaramillo, Gustavo Humberto Rodriguez, Humberto Mora Osejo y Hugo Palacios Mejían estaban en contra de la obligatoriedad del recurso de reposición, contrario a los que estaban a favor: Jaime Vidal Perdomo y Benjamín Ardila Duarte. Al final se impuso la tesis mayoritaria, es decir, la que estaba en contra de la obligatoriedad del recurso de reposición (Ibañez, 1985).

La evolución normativa, con sus respectivos antecedentes, exposición de motivos y discusiones de la Comisión Asesora, permiten abordar a continuación las tradiciones española y francesa, en relación con la reclamación administrativa previa obligatoria.

Ahora bien, en relación con la tradición española, Benavides y Ospina expresan que la vía gubernativa es una institución de origen español. En el derecho español, durante el Antiguo Régimen, existía una separación entre los asuntos gubernativos y los asuntos contenciosos, como sistemas paralelos a partir de materias propias (Benavides & Ospina, 2012, pág. 76). Lo gubernativo se refería a los asuntos de la administración y a los que interesaban al rey, lo contencioso hacía referencia a los asuntos civiles y criminales, aun vinculados con la administración. Ejemplo de ello es la Real Pragmática de los Reyes Católicos del 26 de julio de 1502. No obstante, para esa fecha no existía un concepto de lo contencioso administrativo.

En 1845 se creó la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante ley de Consejos Provinciales del 2 de abril de 1845 y Ley del 6 de julio de 1845 y Decreto del 22 de septiembre de 1845 sobre el Consejo Real (Benavides & Ospina, 2012, pág. 77), con lo cual se separaron las funciones gubernativas de las contenciosas administrativas. Y con el fin de garantizar la independencia de la administración frente al control ejercido por la jurisdicción administrativa, se creó un proceso llamado incidente sobre la presentación de la demanda. Su finalidad era que permitía con anterioridad "a un alto funcionario determinar si el asunto correspondía a la esfera netamente administrativa (gubernamental) o si concernía a un contencioso contra la administración (Benavides & Ospina, 2012, pág. 77). Este sistema tenía el defecto de otorgarle a la administración la prerrogativa de definir el acceso al contencioso administrativo. Esto fue modificado mediante el Decreto del 11 de noviembre de 1851, con la finalidad de que el acceso a la jurisdicción no fuera negado sino retardado. La vía gubernativa fue expandida a otros asuntos, por ejemplo, para la Hacienda, donde, según el Real Decreto del 20 de septiembre de 1851 no se admitían demandas judiciales contra la Hacienda, sin que se certificara haber procedido en reclamación en vía gubernativa. También se extendió en asuntos ordinarios. Ejemplo de ello es la Real Orden del 9 de junio de 1847. De esta manera, la vía gubernativa tenía la función de preservar las decisiones propias de la administración, evitando la interferencia de los tribunales contenciosos. (Benavides & Ospina, 2012, pág. 77).

En concordancia con lo anterior, Gallego señala que el acto o acuerdo provincial ejecutorio se podía recurrir ante el Consejo, pero antes tenía que pasar por el "visto bueno gubernativo" (Gallego, 2009, pág. 154).

> En realidad, el sistema hacía de lo gubernativo un requisito previo a lo contencioso: Real Decreto de 10 de octubre de 1845 (Instrucción para resolver y ejecutar obras públicas, art. 31), dispone que se resuelvan gubernativamente las diferencias que se susciten sobre indemnizaciones y resarcimientos de daños y perjuicios causados por esta clase de obras, y que, no habiendo conformidad y haciéndose contenciosos estos asuntos, conozcan de ellos los Consejos provinciales, fórmula nada nueva, y calco de la ya citada anteriormente, Real Orden de 1839 (supra, 5), que siguió siendo citada después de 1845 (Gallego, 2009, pág. 155).

Profundizando en el origen español de la vía gubernativa, Santamaría Pastor señala que la reclamación administrativa previa es una institución pacifica, quizá por pura inercia y olvido (Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa, 2000, pág. 81), e indica que constituye un auténtico fósil de peculiar valor, que permite comprender el derecho administrativo como un ordenamiento exorbitante o privilegiado.

Para este autor, el origen de la reclamación administrativa previa se ubica en la Real Orden de 9 de junio de 1847, "motivada por la necesidad de hallar una técnica de conciliación o transacción para los negocios contenciosos en que fuera parte una entidad pública" (pág. 84), aunque otros autores defienden un origen más remoto.

Así mismo, no es del todo claro su origen como instrumento de conciliación, toda vez que los precedentes de la Real Orden de 1847 no tienen nada que ver con la búsqueda de un instrumento sustitutorio de la conciliación. Sobre el tema no hay homogeneidad de criterios.

Empero, puede señalarse que la reclamación previa surgió como consecuencia de tres necesidades: 1. La garantía de la situación jurídica de los compradores de bienes nacionales. 2. Las exigencias de la regla de inembargabilidad y de la normalización presupuestaria de los entes públicos. 3. Las tendencias a una centralización eficaz de la defensa procesal de la Administración (pág. 85).

En cuanto a la primera necesidad, la idea inicial era la de sustraer del conocimiento de los tribunales ordinarios los conflictos provocados por los contratos de venta de bienes nacionales. Se actuó como mimetismo del precedente del modelo francés, donde se traba de contrarrestar la "sospechosa proclividad mostrada en los primeros años de la Revolución por los tribunales ordinarios a anular las ventas de bienes nacionales, buscando su sometimiento a una instancia jurisdiccional más favorable a la obra revolucionaria" (pág. 85).

Las dificultades se dieron ante la inclinación de los jueces ordinarios a admitir demandas tendientes a paralizar las ventas. La respuesta ante este asunto, fue la expedición de la Real Orden de 2 de noviembre de 1839, donde se indicaba que los jueces ordinarios dejarían expedita la autoridad y jurisdicción de las autoridades administrativas en los negocios del ramo de amortización, absteniéndose de embarazarlos con competencias voluntarias infundadas. Se indicaba que "los expedientes sobre subasta y venta de bienes nacionales son puramente gubernativos mientras los compradores no entren en plena y efectiva

posesión, y terminadas las mismas subastas y venta con todas sus incidencias" (pág. 88). Hasta entonces los jueces ordinarios no admitirán recursos ni demandas.

Lo que se observa es que se mantiene la idea de que los asuntos de bienes son competencia de los jueces ordinarios, pero que la actuación previa a la venta, es decir, los expedientes sobre subasta y ventas, tienen una connotación de asunto gubernativo en el que los jueces no se deberían inmiscuir. En esta norma de 1839 se observa "la primera manifestación de lo que después será la vía gubernativa o reclamación previa" (pág. 88), ya que se impone cierta tramitación administrativa como requisito previo a la interposición de demanda en vía jurisdiccional.

En relación a la segunda necesidad, esto es, la anteposición de un trámite gubernativo a los procesos judiciales surgió frente a las ejecuciones judiciales de créditos contra les entidades públicas, ocurrió que alrededor de 1840 se presentó una grave crisis financiera, donde las entidades públicas, en especial los ayuntamientos, no tenían la capacidad de presupuestar los pagos de sus deudas. Los acreedores procedieron a ejecutar por vía judicial a los municipios, muchos de los cuales tuvieron que entregar sus bienes propios, al no tener el presupuesto para pagar el dinero adeudado. El Ministerio de la Gobernación dictó una Real Orden de 21 de enero de 1845, ordenando la suspensión de las ejecuciones contra los fondos municipales, reiterando la obligación de los ayuntamientos de incluir las deudas en el presupuesto (pág. 93), la orden enfrentó varias dificultades, y las ejecuciones siguieron.

Como solución a este problema, se expidieron los Reales Decretos sentencias de 25 de mayo de 1846, donde se indicó que:

> No pudiendo llegar este caso mientras la Administración no niegue la obligación y legitimidad dichas, es indispensable que proceda a toda gestión judicial la de solicitar los acreedores respectivos ante aquella gubernativamente que, reconociendo ambas cosas, disponga la inclusión de las deudas en el presupuesto municipal para su pago (pág. 94).

También se expidió el Real Decreto de 12 de marzo de 1847, creando un procedimiento administrativo frente a las deudas de los Ayuntamientos que no se hallen declaradas por una ejecutoria.

Como puede verse, lo que se buscaba con estas normas no era excluir la competencia de los tribunales ordinarios, sino anteponer a su conocimiento "una reclamación en vía gubernativa ante el propio Ayuntamiento" (pág. 96).

Se ha visto como la reclamación previa surgió como mecanismo dirigido a reforzar la posición de los compradores de bienes nacionales y a normalizar presupuestariamente el cobro de créditos contra las entidades públicas, mediante la interposición de un trámite administrativo previo que retarda el conocimiento judicial de esos asuntos. La reclamación previa surgió como un arma enfilada contra el poder judicial, alterando las competencias jurisdiccionales. (pág. 100).

La tercera necesidad consiste en la exigencia de una centralización de la defensa procesal de la Administración ante los Tribunales Ordinarios.

> En este marco, el instituto de la reclamación previa habilitaba una especie de autodefensa, en cuanto permitía al Ministerio prefabricar la contestación de las demandas, en lugar de abandonar esta tarea a unos funcionarios cuyas veleidades de independencia y objetividad legalista podrían poner en cuestión la solidez de su posición de parte en los litigios en que aquellos deberían comparecer (pág. 118).

Las consecuencias teóricas son explicadas por Pilar Puñet en los siguientes términos.

> Las reclamaciones administrativas previas son una carga que ha de alzar la contraparte de la Administración Pública en una relación jurídico-privada para que quede expedito el acceso a la jurisdicción ordinaria, y que pasa por someter previamente a la Administración, futura demandada, el objeto de la controversia a fin de que se pronuncie sobre el mismo y, eventualmente, evite el proceso conociendo las pretensiones del reclamante. El reverso es claro: constituyen un privilegio administrativo, el privilegio de la decisión previa (2011, pág. 226).

Desde el punto de vista histórico, el privilegio de la decisión previa surgió en un contexto en pugna entre una administración refractaria a todo control, con el fin de asegurar su inmunidad (pág. 227). La pretensión era no consentir que el afianzamiento de la administración se viera entorpecido por la injerencia de los tribunales judiciales, capaces de paralizar la acción administrativa.

> El expediente técnico necesario para soslayar tan indeseable injerencia vino facilitado por el precedente francés: mediante la tergiversación del principio de división de poderes se llegó a la separación absoluta entre Administración y Jurisdicción, vetándose los tribunales ordinarios cualquier intromisión en la actividad administrativa so pena de incurrir de usurpación de funciones públicas. Ello condujo a un flagrante divorcio entre la realidad constitucional, que proclamaba el monopolio exclusivo de la potestad jurisdiccional por parte del poder judicial, y la legalidad ordinaria –e incluso la infralegalidad-. A través de esta última se irá minando el orden de distribución de competencias entre Administración y Jurisdicción a favor de la primera (pág. 228).

De esta manera, en el antiguo régimen, la Administración era la encargada de los asuntos gubernativos, en los que no había intervención judicial. Cuando la actuación topaba con un derecho subjetivo, el asunto mantenía su carácter gubernativo, y la Administración podía seguir ejerciendo sus potestades ejecutivas hasta que el interesado reaccionara y presentara la demanda. (pág. 228)

La generalización del privilegio de la decisión previa se llevó a cabo por vía normativa mediante la Real Orden de 20 de septiembre de 1852. (pág. 230)

Las consecuencias del privilegio de la decisión previa son: la presunción de validez del acto y su ejecutividad inmediata, a partir de ello:

> Se construirá el concepto de acto administrativo, con importantes efectos procesales al imponerse omnímodamente el privilegio el principio general del acto previo. En su prístina conformación, el proceso contencioso-administrativo era un proceso entre partes en pie de igualdad, que se trababa, desde luego, con ocasión de un acto –o actividad o acción- de la Administración activa pretendidamente lesivo de un derecho subjetivo, pero que no tenía por objeto revisar lo actuado por ésta por la sencilla razón de que no tenía competencia para actuar en los asuntos convertidos en contencioso-administrativos por virtud de la oposición del demandante. Ahora es un proceso revisor. Se proyecta, a modo de segunda instancia (una suerte de casación y, por ende, limitada), respecto de un acto de la Administración activa que ha decidido ejecutiva y ejecutoriamente sobre la relación jurídica objeto de controversia o de conflicto, el cual además se presume válido. La carga de la impugnación se desplaza sobre el administrado y, mientras la Administración activa comparece en la cómoda posición de demandada y poseedora, aquél se va apremiando por la perentoriedad de interponer el recurso contra el acto en el fugaz plazo de caducidad típico de las acciones revisoras, si no quiere que el acto administrativo devenga firme y consentido de inatacable y así parezca un derecho subjetivo material al que podía resaltar larga vida conforme a sus plazos propios de prescripción. (pág. 232).

Por otra parte, en el derecho francés, los recursos administrativos constituyen el origen mismo del control jurisdiccional de la administración. (Benavides & Ospina, 2012, pág. 78). El recurso por exceso de poder es un recurso que inicialmente fue administrativo y poco a poco se fue separando de la administración. Esta transformación permitió la distinción entre recursos administrativos y recursos judiciales. Con la institución del Ministro-Juez, el recurso administrativo se tornó obligatorio en todos los casos, y fue considerado como la primera instancia judicial, sometido luego a la revisión del Consejo de Estado, en apelación. El abandono de esta concepción en 1889 significó el carácter facultativo de los recursos administrativos. Es por esto que no existe etapa previa, administrativa, exigida necesariamente para acudir al juez (Benavides & Ospina, 2012, pág. 78).

El sistema francés ofrece al administrado la posibilidad de controvertir la decisión administrativa inicial ante la propia administración, lo que otorga a los recursos administrativos un objetivo de consolidación de la decisión administrativa. Existe el recurso de reposición, llamado de gracia, que refleja una concesión de la administración al revisar sus propios actos. El recurso de apelación, llamado recurso jerárquico, lo resuelve el jefe de la administración. Existe pues un sistema general de recursos administrativos facultativos, pero, de manera excepcional, en disposiciones especiales, se han creado alrededor de 140 recursos administrativos obligatorios, que deben ser interpuestos antes de presentar la demanda jurisdiccional. (Benavides & Ospina, 2012, pág. 79)

Lo anterior es reiterado por Luna, quien señala que, en Francia, agotar los recursos, es preludio obligatorio de la acción jurisdiccional cuando un texto lo prescribe (Luna, 1981,

pág. 176). Por el contrario, en Colombia, el agotamiento de los recursos opera como regla general.

En un mismo sentido, el privilegio de la decisión previa emana de un privilegio más general que consiste en el principio de la autotutela. (Oelckers, 1972, pág. 122). Este principio, propio de la teoría general del derecho posee gran importancia, en el ámbito de la defensa, o tutela, de los derechos. El principio de la paz jurídica impone la prohibición de la coacción privada en la vida social, ya que son los órganos judiciales los encargados de aplicar las medidas coactivas para garantizar derechos. Dentro de las excepciones a esta regla, se encuentra la posibilidad de que las autoridades administrativas ejerzan la autotutela.

El privilegio de la autotutela apareció como consecuencia de la concepción de separación de poderes del Estado que surgió como producto de la Revolución Francesa (Oelckers, 1972, pág. 125). El papel asignado a la Justicia durante la Revolución Francesa fue muy limitado, como consecuencia de su intervención con anterioridad a la Revolución.

Los parlamentos, órganos judiciales de naturaleza colegial, se encontraban, previo a la Revolución Francesa, en una posición privilegiada, que se manifestaba por medio de dos poderes: el poder de registro y el veto devolutivo. El poder de registro era una especie de requisito de promulgación de las ordenanzas reales. Sólo se podían aplicar las ordenanzas que hubiesen sido registradas, por lo tanto, no se podrían aplicar aquellas que no hubieran sido registradas. Así mismo, los parlamentos eran titulares de una especie de voto devolutivo. Esta facultad consistía en la posibilidad de devolver al Rey sus ordenanzas para que fueran reconsideradas, cuando se estimaban que eran contrarias al derecho. En la práctica, estas dos facultades le otorgaban un gran poder de control a los jueces (Oelckers, 1972, pág. 126). Las tensiones entre los parlamentos y el Rey ocasionaron la convocatoria a los estados generales.

Esa situación de resistencia de los parlamentos contra el Rey fue tenida en cuenta a la hora de diseñar el sistema de separación de poderes, con el fin de que los órganos judiciales no obstruyeran las actuaciones del Gobierno. Adicional a ello, a pretensión era limitar la posibilidad de acción de la nobleza, representados en los parlamentos. "Como consecuencia de esta situación, la separación de poderes se va a interpretar en sentido favorable al Poder Ejecutivo; en definitiva el Ejecutivo va a ser la gran conquista de la burguesía de la Revolución Francesa" (Oelckers, 1972, pág. 127).

Ahora bien, la relación entre esta concepción de la separación de poderes, y el principio de autotutela aplicable en el proceso contencioso administrativa, se evidencia desde dos puntos particulares: 1. La consideración del proceso contencioso administrativo como un proceso ex post, y la importancia que adquiere el principio del acto previo. 2. El carácter normalmente no suspensivo del recurso contencioso administrativo (Oelckers, 1972, pág. 131). Los tribunales contenciosos administrativos se encuentran siempre ante una actuación consumada, de ahí que se defienda el carácter revisor de esta jurisdicción, y por esto es que se destaca el proceso contencioso administrativo como un sistema de recursos contra el acto.

De lo analizado hasta el momento, se puede concluir que la obligación de agotar los recursos administrativos, como requisito de procedibilidad para demandar la nulidad y restablecimiento del derecho de un acto administrativo de carácter particular, surgió a nivel normativo en Colombia a partir de la Ley 167 de 1941, que corresponde al segundo código contencioso administrativo. La finalidad de esta norma era evitar decisiones contradictorias entre los jueces y la administración, tal como se explicó anteriormente.

La vía gubernativa es una institución de origen español que surgió a partir de la consolidación de la separación entre lo gubernativo o administrativo, por un lado, y lo contencioso o judicial, por el otro. Entre 1845 y 1847 se consolidó la vía gubernativa en España como un requisito previo para acudir al juez. La finalidad histórica de esta institución fue la de afrontar tres necesidades: 1. La garantía de la situación jurídica de los compradores de bienes nacionales, con el fin de sustraer este tipo de negocios a los jueces ordinarios, ante la proclividad de fallar en contra de la administración, con la consecuente paralización de las ventas. 2. Las exigencias de la regla de inembargabilidad y de la normalización presupuestaria de los entes públicos, como respuesta ante la crisis financiera alrededor de 1840, en la cual las entidades administrativas no tenían como pagar sus deudas. Por tal razón se ideó la estrategia de retardar el pago de la obligación, con el fin de permitir que la administración presupuestara el dinero que debía, sin tener que perder sus bienes por los respectivos embargos. 3. Las tendencias a una centralización eficaz de la defensa procesal de la administración, con el fin de que la vía gubernativa sirviera para que la administración pudiera prefabricar su estrategia de defensa, y poder defenderse mejor.

Ahora bien, en Francia, durante la revolución de 1789, existieron razones de tipo político para impedir que los jueces controlaran a la administración. La idea de la separación de poderes sirvió para separar de manera radical la función judicial de la función administrativa, impidiendo que los parlamentos pudieran controlar los actos de la administración.

Algunos autores defienden o mitifican la revolución francesa como el origen del Estado de Derecho, cuando, paradójicamente, la finalidad de defender la separación de poderes era propender por una administración no controlada por los jueces. La finalidad política era que los jueces, representantes de la aristocracia, no ejercieran las facultades del poder de registro y del veto devolutivo, que obstaculizaran el ideario revolucionario.

Esa etapa, conocida como la de la justicia retenida, donde la administración era juez de sus propios actos, es defendida como el origen del derecho administrativo.

En ambos casos, el francés como el español, la idea era eludir, o por lo menos retardar, el control de juez, por ser considerado un control inconveniente para la administración.

Ahora bien, la influencia española en el tema de la reclamación administrativa previa en Colombia es mucho más fuerte que la influencia francesa. Esto por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque el concepto de “vía gubernativa” que se implementó normativamente a partir de 1941 es un concepto de origen español. En la misma exposición de motivos de esta norma se reconoce la influencia de la legislación

española. En segundo lugar, porque hoy en día en Francia la reclamación administrativa previa funciona como excepción y no como regla general. En España y Colombia hoy en día funciona como regla general. La influencia francesa en este asunto es una influencia teórica de una primera etapa del derecho administrativo francés, donde la administración era juez de sus propios actos, pero esa idea se abandonó a partir de 1872.

La consecuencia teórica de mantener la reclamación administrativa previa, es la de considerar que la acción judicial contra los actos administrativos recurridos administrativamente tiene un carácter revisor. De esta forma, cuando el demandante se enfrenta a la administración en la vía judicial, lo hace en una situación de desventaja, pues se parte del supuesto de que el acto administrativo ya fue objeto de un control previo, y que su legalidad fue ratificada mediante ese control. Ello implica la presunción de validez del acto y su carácter ejecutivo, es decir, que el acto administrativo se presume legal, y es de obligatorio cumplimiento y ejecución.

1.4. Las razones de la doctrina a favor y en contra de la reclamación administrativa previa:

Hasta el momento se han analizado los antecedentes nomativos de la reclamación administrativa previa. También se han analizado las razones historicas que justifican su existencia, a partir de las tradición española y francesa. A continuación se tomará la doctrina para analizar críticamente las razones a favor y en contra de la reclamación administrativa previa.

La finalidad del presente capitulo es describir, comprender y analizar las diferentes razones que hay, tanto a favor y en contra, de la existencia de la reclamación administrativa previa como un privilegio a favor de la administración. Para lo cual se tomaran autores extranjeros y colombianos que han abordado este asunto. Inicialmente se presentaran las razones a favor y posteriormente las razones en contra.

A favor de la reclamación administrativa previa se encuentran las consideraciones doctrinarias de Vera, Rodríguez y de Benavidez y Ospina.

Diego Vera, autor español, analiza en el contexto de su país la justificación constitucional de la obligatoriedad de la reclamación administrativa previa, en relación a la tutela judicial efectiva, a la luz de la Constitución Española.

Para este autor, el Tribunal Constitucional español *"*mantiene en todo momento no sólo la legitimidad constitucional de la reclamación previa y, especialmente, su compatibilidad con la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), sino, además, la presencia de una finalidad que justifica su propia existencia" (2000, pág. 255). Ejemplo de ello es la sentencia 120/93 del 19 de abril, en la cual se expresa que la exigencia de la reclamación previa en la vía administrativa es un requisito legítimo que no contraría el derecho a la tutela judicial efectiva, y cuya finalidad es dar a conocer a la administración el contenido y fundamento de la pretensión formulada, para darle oportunidad a la administración de resolver directamente el litigio, evitando acudir a la jurisdicción.

En igual sentido, la sentencia 122/93 del 19 de abril, indica que la reclamación administrativa se encuentra justificada en la conveniencia de dar a la administración la posibilidad de conocer las pretensiones, evitando acudir a la vía judicial. Si bien este requisito retrasa el derecho a la jurisdicción, cumple un objetivo razonable, consistente en resolver de manera más rápida los conflictos jurídicos (pág. 256).

De esta manera se concluye que el Tribunal Constitucional español justifica plenamente la existencia de la reclamación administrativa previa desde dos puntos de vista:

> Desde el punto de vista de la legalidad constitucional (compatibilidad con la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución) como desde el punto de vista de la oportunidad (la posibilidad jurídica de que la Administración Pública pueda evitar el planteamiento de conflicto ante la jurisdicción civil o laboral) (Vera, 2000, pág. 257).

Este autor, existen razones de legalidad constitucional y de convenciencia a favor de la reclamación administrativa previa. Las razones de legalidad constituioncal consite en que la reclamación administrativa previa es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva. Las razones de conveneniencia consisten en que con la obligatoriedad de agotar este requisito se le otorga la oportunidad al Administración Púlica de resolver el problema jurídico planteado, sin que sea necesarioa acudir a la jurisdicción. De esta manera, se permite que la resolución del conflicto jurídico planteado sea más rápida.

Libardo Rodríguez, autor colombiano, refiriéndose a la justificación de la vía gubernativa en el contexto del Decreto 01 de 1984, indica lo siguiente:

> La justificación de la vía gubernativa es un rezago de una primera etapa del Derecho Administrativo en la cual las reclamaciones ante la administración se desarrollaban, se presentaban y se decidían ante ellas mismas y por ella misma, esta situación varió precisamente con el reconocimiento del carácter jurisdiccional a un aparte de la función o jurisdicción que hoy conocemos como lo contencioso administrativo. La justificación de tipo práctico o de conveniencia, está basada en el principio de la economía procesal. En el derecho administrativo ha predominado la idea de evitar los procesos jurisdiccionales, los cuales son costos tanto en el tiempo como en gastos de energía administrativa (Rodríguez, La vía gubernativa, 1985, pág. 175).

Las razones que expone Rodríguez son similares a las presentadas por Vera, ya que las razones a favor del mantenimiento de la reclamación administrativa previa, son razones de tipo práctico o de conveniencia: el principio de economía procesal. Según este autor, es conveniente mantener la posibilidad de que la administración deba conocer de manera previa las futuras reclamaciones, pues se le da la oportunidad de ahorrarse todo un desgastante proceso judicial, desgastante en tiempo y energía.

Por último, Benavides y Ospina (2012), autores colombianos, analizan si se encuentra justificada la exigencia de agotar los recursos administrativos que son obligatorios, previo a demandar la nulidad de un acto administrativo.

Para responder lo anterior, los autores analizan el origen del privilegio de la revisión previa y posteriormente, justifican los recursos como mecanismos de defensa de los derechos de los administrados.

Después de analizar los antecedentes en el derecho comparado, fundamentalmente en España y Francia, y su influencia en el derecho colombiano, analizan como los recursos administrativos, en un contexto de un estado social de derecho, constituyen mecanismo de protección de los derechos de los administrados.

En cuanto a mecanismos de protección de derechos, “los recursos de que dispone el administrado para solicitar la modificación o la revocación de los actos administrativos son necesariamente instrumentos del derecho de defensa” (pág. 90). Es decir, se justifican la exigencia de agotar los recursos administrativos en la medida que son instrumentos de defensa contra los actos administrativos. Para estos autores, la concepción de estos recursos como instrumentos de defensa ha justificado que parcialmente se haya abandonado los fundamentos técnicos de los recursos administrativos, en tanto que mecanismos de disciplina o de control jerárquico (pág. 91).

Por otra parte, justifican la existencia de los recursos administrativos como mecanismos contra la congestión jurisdiccional, y que esta justificación fue tenida en cuenta por la Comisión de Reforma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-, para mantener la obligatoriedad de agotar los recursos previo a demandar. Al respecto señalan que:

> Los miembros de la Comisión fueron conscientes de que los recursos administrativos cumplen eficazmente esa función en la medida en que la autoridad administrativa que decide juegue el juego de examinar el recurso y de decidirlo, en lugar de esperar la configuración del silencio administrativo. Así, la Comisión planteó la necesidad de profundizar las sanciones por la no resolución de los recursos (Benavides & Ospina, 2012, pág. 96).

En tal sentido, afirman que los recursos administrativos contribuyen a la disminución el número de casos que son llevados ante el juez. A partir del recurso, el administrado obtiene satisfacción de sus pretensiones, lo cual hace que no tenga sentido acudir posteriormente al juez, cuando sus pretensiones fueron reconocidas en el trámite del recurso administrativo interpuesto. O cuando sus pretensiones son negadas de manera fundamentada, y el administrado comprende que sus pretensiones no prosperarán ante la jurisdicción (pág. 97).

Finalmente, estos autores concluyen que los recursos administrativos no tienen una justificación propia, por lo que resulta legítimo poner en duda su razón de ser, su necesidad y su utilidad. Los recursos administrativos son instrumentos, que se justifican en la medida que cumplan sus múltiples finalidades, es decir, que como consecuencia de ellos la administración pueda realizar un control interno de sus decisiones, protegiendo los derechos de los administrados, permitiendo una defensa eficaz y rápida frente a las decisiones administrativas. Además, que gracias a esto disminuya el número de demandas ante la jurisdicción. Un análisis serio y juicioso de los recursos administrativos permite que la administración reflexione sobre las patologías frecuentes de los actos administrativos (pág. 104).

De las razones a favor analizadas, se concluye que los autores coinciden en la conveniencia práctica de la reclamación administrativa previa obligatoria, como instrumento de solución de conflictos alterno al proceso judicial, que inciden favorablemente en la descongestión judicial.

A continuación se presentan las posiciones doctrinarias en contra de la reclamación administrativa previa, primero a partir de autores extranjeros, y posteriormente a partir de autores colombianos.

Para Juan Santamaría, autor español, "la evolución de la reclamación previa demuestra paralelamente la total falta de justificación que poseen las reglas de substantivación de la vía administrativa previa al proceso contencioso, como requisito sine qua non para el planteamiento de éste" (Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa, 2000, pág. 136). Y en otra de sus obras, haciendo referencia a la exigencia de tramitar los recursos administrativos, reitera que se trata de una de las facetas más injustificables e impresentables, que reclama una revisión radical (Principios de derecho administrativo, 2002, pág. 62).

La vía administrativa previa constituye una auténtica carga para el particular, que, por su duración, por ejemplo, se constituye en un mecanismo inútil, siendo necesario propugnar la conversión de la vía administrativa en un trámite sencillo, de carácter potestativo, que permita un acceso ágil a la vía jurisdiccional, y que no se condicione el conocimiento previo de las pretensiones en la vía administrativa. (2000, pág. 136).

Según Santamaría, en la actualidad no existe ninguna justificación a favor de la reclamación administrativa previa, debido a ello, manifiesta la necesidad de revisar radicalmente este requisito de procedibilidad. Adicional a que no existe justificación alguna, este requisito constituye una carga para el particular que pretende acudir a la jurisdicción. Es una carga porque la reclamación administrativa previa es un proceso demorado e inútil.

En el mismo sentido de Santamaría, los autores españoles Parejo y Jiménez, en relación a las prácticas administrativas, indican que en la administración son mayoritarias las decisiones negativas a los recursos administrativos, también es frecuente el amparo en el silencio administrativo para dilatar la decisión judicial definitiva, lo que hace que los recursos administrativos sean una carga, para poder acceder a la tutela judicial (1998, pág. 801).

Por la misma línea crítica Cassagne, autor argentino, indica que el dogma revisor, refiriéndose a la reclamación administrativa previa, es incompatible con el principio de la tutela judicial efectiva. Para defender esta conclusión, señala:

> Si el Poder Judicial se abstiene de juzgar una controversia cualquiera y permite que subsista el poder unilateral de la Administración de cara al ciudadano, resulta obvio que no llega a configurarse jurisdicción alguna. En cambio, lo que prevalece en tales casos es la función administrativa frente a la función jurisdiccional, atribuyendo a la actividad del Ejecutivo o Gobierno de turno, prácticamente los mismos efectos que la cosa juzgada judicial (Cassagne, 2000, pág. 110).

Esto quiere decir que los efectos de no ejercer la reclamación administrativa previa, consistentes en la imposibilidad de demandar el acto administrativo no recurrido, implica darle a ese acto los mismos efectos de la cosa juzgada judicial.

Cassagne continúa señalando que ese dogma o principio revisor aparece como un impedimento para la realización de la justicia material, que carece de toda sustentación a esta altura de la evolución de las instituciones del derecho contencioso administrativo. Los argumentos sobre la seguridad jurídica, o la conveniencia de conciliar los interés opuestos en sede administrativa, frente a la denegación de justicia, o las demoras que causan los efectos procesales del principio revisor, constituyen equivocadas falacias de peticiones de principio, que niegan que la única garantía plena se encuentra en la intervención del juez, con amplias facultades para decidir sobre el problema jurídico planteado, sin cortapisas formales ni exigencias que desnaturalizan la función judicial. Lo contrario sería tanto como suponer que un sistema que asigna la plenitud del control de la actividad administrativa al poder judicial, "implica el establecimiento de un sistema adverso a la seguridad jurídica, los derechos de los judiciales y los intereses públicos" (pág. 111).

Es decir, el argumento de la seguridad jurídica resulta paradójico, pues no se podría defender que es seguridad jurídica negar el amparo judicial de quien resulte afectado mediante la expedición de un acto administrativo.

Finalmente, Cassagne indica que el dogma revisor es incompatible con el principio de división de poderes que defiende la plena potestad judicial para controlar los actos de la administración, en beneficio del interés público. Así mismo, la obligación que se desprende de la tutela judicial efectiva es suprimir, morigerar las talanqueras procesales que impiden el acceso a la jurisdicción. El dogma revisor pierde sentido con el abandono de la teoría del Ministro-juez, propia de la justicia retenida, sobre todo si se tiene en cuenta que en Francia la regla general es que no se exige el agotamiento de la vía administrativa (2000).

El doctrinante costarricense, Ernesto Jinesta, también crítica la existencia de la reclamación administrativa previa obligatoria. Según este autor, para concebir una justicia administrativa plena y universal es necesario superar lastres y perjuicios históricos que hoy en día no tienen razón de ser. Se trata de superar una serie de privilegios formales de los que han gozado los poderes públicos para acrecentar su posición superior, supuestamente enfocados al logro del interés general. Uno de ellos es el privilegio del agotamiento preceptivo de la vía administrativa o gubernativa previa, en la que el administrado debe agotar las instancias administrativas antes de poder acudir a la jurisdicción. (Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa, 2014).

Los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la defensa y a la revisión o fiscalización de la función administrativa, imponen que a la justifica administrativa pueda accederse sin previos desgastes al administrado (2014).

Si el agotamiento previo de los recursos administrativos pueden tener como fundamento los principios de la eficacia y eficiencia, o de la buena administración, es necesario tener en cuenta que tales principios deben entenderse subordinados a los derechos fundamentales. Porque si se admite que la persona es el centro de toda construcción jurídica, no existe razón para darle una posición asimétrica en relación con los poderes públicas. De esta manera, resulta repugnante para el derecho constitucional la desigualdad crónica entre las personas y las autoridades públicas (2014).

Además de vulnerar el derecho a la igualdad, esta figura dogmática también lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva por las siguientes razones. En primer lugar, porque el administrado al interponer el recurso no logra que la autoridad que emitió el acto, o su superior jerárquico, modifique o revoque el acto administrativo. En segundo lugar, porque la etapa de los recursos administrativos suele prolongarse más allá de los plazos legalmente establecidos. En tercer lugar, porque la sumatoria del plazo para agotar los recursos, más el del proceso judicial, provoca que los administrados tengan un ajusticia tardía, que constituye una denegación de justicia. Dilación perversa que obra a favor de la administración (2014).

Finlamente,

> A la luz del bloque de constitucionalidad la interpretación más favorable a la eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales y a su vinculación más fuerte, es la que aboga por el carácter facultativo u optativo del agotamiento de la vía administrativa, de manera que quede a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de ponderación acerca del éxito eventual de los recursos interpuestos en la sede administrativa, decida si los interpone o no. En definitiva, el carácter electivo de la vía administrativa previa, resulta absolutamente acorde con los derechos de los administrados de acceso a la justicia, de la tutela judicial efectiva, así como con los principios o derechos –según se configure en cada ordenamiento jurídico- a la igualdad y a la fiscalización plena y universal de la conducta administrativa. Solo de esta manera se logra dignificar al ser humano o a la persona que lucha contra los poderes públicos provistos, ya de por sí, de prerrogativas de tipo sustancial (Jinesta, 2014, pág. 618).

En síntesis, según Jinesta, la reclamación administrativa previa obligatoria vulnera los derechos a la igualdad, por establecer privilegios injustificables a favor de las autoridades estatales, y al mismo tiempo vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, constituyéndose en un mecanismo de denegación de justicia.

Hasta el momento se ha analizado la doctrina extranjera en contra de la reclamación administrativa previa. A continuación se analiza la doctrina colombiana sobre este mismo asunto.

Quintero expresa que no es conveniente la exigencia del artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al establecer la obligatoriedad del recurso de apelación, para acceder a la jurisdicción. Lo anterior, “porque el ciudadano puede considerar innecesario el recurso cuando está frente a una Administración que no le da garantías de una doble instancia real, transparente, sería, es decir, frente a un Administración en la que ya no cree.” (2013, pág. 58)

De esta manera, para Quintero el ciudadano estaría obligado a presentar una reclamación sin ilusión y sin convicción. Se trataría de alargar su malestar contra la administración, para una agotar un requisito que le permita ser escuchado por el juez administrativo. Aunque se puede entender a existencia de este mecanismo para evitar la congestión judicial, como un filtro para acceder a la jurisdicción, es desproporcionado privilegiar la descongestión sobre

el acceso a la administración de justicia. Es decir, penalizar al ciudadano con la imposibilidad de acudir ante el juez, por no haber insistido en sede administrativa, es una medida exagerada. Sería más conveniente que en un Estado Social de Derecho, se prefiriera al ciudadano frente a la posible congestión judicial. En todo caso, acudir al juez es un derecho republicano (2013).

Finalmente,

> La ley 1437 de 2011 mantiene el paradigma rígido de los recursos que tiene el ciudadano para impugnar las decisiones de la Administración, desaprovechándose la oportunidad de acercar el derecho administrativo al ciudadano del común, que nos siempre es abogado ni versado en derecho administrativo. Ciertamente, el Legislador se limitó a ampliar términos, pero no a modificar las relaciones directas de subordinación en los elementos de la vía gubernativa. Así, el código conservó el recurso de apelación como requisito de procedibilidad indispensable para acceder a la jurisdicción contenciosa. (pág. 71)

Para Quintero, no se debe privilegiar la descongestión en menoscabo de los derechos al acceso a la administración de justicia de los ciudadanos, sobre todo si se tiene en cuenta que el simple aumento de términos para recurrir, de cinco a diez días, no mejora la posición de desigualad del ciudadano para enfrentar al Estado.

En concordancia con lo planteado por Quintero, Montaña indica que la situación presentada en la reclamación administrativa previa puede ser contraproducente para los intereses del ciudadano, ya que la revisión que hace la administración de sus propias decisiones termina adquiriendo una connotación de exclusiva legalidad, excluyendo la conveniencia y la oportunidad. Igualmente, puede concebirse como un aviso para la administración, para que esta comience a “armarse” frente al proceso judicial (2010, pág. 251)

Siguiendo la misma línea, Patiño señala que un paradigma clásico del derecho administrativo es la idea de la separación de poderes para excluir al ejecutivo del control judicial (1996, pág. 23), e indica que los privilegios que actualmente ostenta la administración son un rezago de ese paradigma de la autonomía. De esta manera, la vía gubernativa es uno de los privilegios consistente en la “carga que pesa sobre el administrado que pretenda discutir ante la jurisdicción la legalidad de un acto expedido por la administración, de poner en conocimiento de ésta a través de los recursos su inconformidad” (1996, pág. 28). La valoración que hace este autor es negativa, pues afirma que la obligatoriedad de interponer los recursos transgrede el postulado del libre acceso a la justicia, contemplado en el artículo 229 de la Constitución Política, entorpece y retarda inútilmente la defensa de los derechos de los particulares, mediante un mecanismo inconveniente e ineficaz. La ineficacia de este requisito se debe a la posición de juez y parte que asume la administración, lo que se traduce en la mayoría de los casos en una reafirmación del acto administrativo impugnado mediante los recursos.

Por último, se hará referencia a algunas tesis universitarias que han abordado el tema de la justificación de la reclamación administrativa previa. La totalidad de estas investigaciones defienden la idea de que el privilegio de lo previo no se encuentra justificado en Colombia.

Acosta y Holguín (El recurso de apelación como requisito de procedibilidad ante lo contencioso administrativo. Tesis de especialización en derecho administrativo, 2014) expresan que la obligación de interponer el recurso de apelación antes de acudir a la jurisdicción administrativa genera una carga para el administrado que, en relación con su condición de ignorancia o indefensión en la mayoría de los casos, no debería soportar.

También resulta significativo considerar que en la jurisdicción administrativa la dirección del proceso está en manos de abogados, a diferencia de la dirección del proceso administrativo que por regla general no se encuentra en manos de profesionales del derecho. Esto ocasiona que en la mayoría de los casos, las decisiones administrativas no estén acompañadas de criterios jurídicos sólidos (2014).

Es decir, la carga que debe soportar quien pretenda demandar a la administración, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es muy alta e injusta, porque usualmente se encuentra en una situación de ignorancia e indefensión, y porque el escenario en el que se deciden los recursos administrativos no ofrece las garantías de idoneidad jurídica, que sí se puede encontrar en el escenario judicial.

En el trabajo de grado de Quintero y Ramírez, se ofrecen algunos datos que permiten analizar la prosperidad de los recursos de apelación contra los actos administrativos. Los datos reflejados demuestran que tan solo el 13,7% de los recursos de apelación que se interponen, se resuelven de manera favorable al recurrente, mientras que el 86, 3% se resuelve de manera desfavorable (La viabilidad y eficacia del recurso de apelación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.Tesis de pregrado en derecho, 2003).

Si bien se trata de una investigación del año 2003, los datos cuantitativos que ofrece son relevantes. Así mismo, la normatividad existente en el año 2003 no difiere mucho de la que existe actualmente sobre la materia. Luego, los aportes de esta investigación siguen siendo vigentes.

Partiendo de estos datos, los autores concluyen que el requisito de procedibilidad que contemplada el artículo 135 del CCA, hoy artículo 161 del CPACA, debe modificarse, para que tal exigencia no sea una prerrogativa de la administración sino una opción del administrativo, que deben decidir si acude ante la administración, o presente directamente el debate jurídico ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (pág. 81).

En relación a la justificación del privilegio de la decisión previa, señalan que existe una justificación histórica de la vía gubernativa, como rezago de una primera etapa del derecho administrativo en la que las reclamaciones se presentadas y decidían por la misma administración. Una justificación de tipo practico, según la cual el agotamiento forzoso de la vía gubernativa evita la proliferación de procesos judiciales. Y una justificación de conveniencia, según la cual la vía gubernativa es una oportunidad para que la administración revise sus decisiones con el fin de modificarlas, aclararlas o revocarlas (pág. 111). No obstante, estas justificaciones son desvirtuadas cuando se analiza que el número de recursos resueltos a favor del recurrente es muy bajo.

Por su parte, Cristina Sánchez, manifiesta que la vía gubernativa sigue siendo un viejo rezago de la justicia retenida, y por ello un privilegio de la administración. Por lo cual, en pleno siglo XXI, después de que se haya abandonado la inmunidad y los privilegios de las autoridades estatales, y se predican los derechos de los administrados frente a la administración, debe reflexionarse sobre la eliminación de la vía gubernativa como requisito obligatorio para acudir al juez contencioso administrativo (La eliminación de la vía gubernativa motivo de debate conceptual contemporáneo Tesis de grado Universidad Nacional de Colombia, Especialización en Instituciones Jurpidico Políticas y Derecho Público, 2005, pág. 48).

Según lo anterior, la justicia retenida, como fundamento teórico de la vía gubernativa obligatoria, es un dogma injustificable en el estado actual del pensamiento jurídico que es altamente crítico a los privilegios y las inmunidades. Si es injustificable el fundamento de la medida, también lo es la medida en sí. Por ello, Sánchez concluye que el agotamiento de la vía gubernativa debe ser facultativo.

Finalmente, Barrera, señala que el ordenamiento jurídico, dentro de un Estado Social de Derecho, debe estar encaminado a generar herramientas encaminadas a garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales. Por ello, el derecho administrativo debe crear mecanismos que traduzcan esa tendencia durante la actuación administrativa. Tales objetivos no fueron ajenos a quienes promovieron la expedición del CPACA, sin embargo prevaleció la finalidad de siempre, descongestionar los despachos judiciales (La reafirmación de los recurso administrativos como requisito de procediblidad en ley 1437 de 2011: Una posición privilegiada de la administración pública en Colombia frente a los particulares. Tesis maestría en derecho administrativo, 2015, pág. 78).

Barrera considera que al limitarse el derecho a la tutela judicial efectiva, la posibilidad de recurrir en sede administrativa los recursos administrativos debe estipularse como un derecho y no como una obligación. Esto es, que el ciudadano tiene derecho a decidir si ejercer los recursos, o si por el contrario procede a demandar directamente (pág. 78).

El tema de la congestión judicial es problemático, pero no debe solucionarse a costa del sacrificio de los derechos constitucionales del interesado, menos cuando existe también la obligación de agotar la conciliación como requisito de procedibilidad. Si los jueces proponen más funcionarios para evitar la congestión judicial, tal vez esa sea una solución (pág. 79).

Finalmente, Barrera señala que al establecerse el trámite del recurso de apelación como requisito de procedibilidad, se evidencia una de las connotaciones de los recursos administrativos como “privilegio para la Administración a fin de que revise su actuación, la modifique o la confirme antes de que él juez natural lo haga” (Barrera, 2015, pág. 79).

Del presente capítulo se puede concluir que es mayor el número de razones en contra de la reclamación administrativa previa que el número de razones en contra.

Quienes defienden este privilegio como requisito de procedibilidad, afirman que es importante darle oportunidad a la administración para que resuelva los conflictos jurídicos en los que está inmersa, para evitar que el conflicto sea decidido por el juez, con la consecuencia congestión judicial que ello puede generar.

Los autores que se oponen a este privilegio argumentan que el sacrificio del derecho al acceso a la administración de justicia no compensa la eventual descongestión judicial lograda con la medida. Adicionalmente, la mayoría de autores coinciden en señalar que recurrir ante la propia administración es una medida poco eficaz, pues pocas veces la administración revoca sus decisiones y le da favor al interesado. Lo que en muchos autores parece ser una intuición es corroborado cuantitativamente en la investigación de Quintero y Ramírez.

Luego del recorrido normativo, se evidencia como las razones que han justificado la existencia del privilegio de la decisión previa en Colombia son de tipo pragmático, diferentes a las razones históricas que justificaron su existencia en España. En la exposición de motivos de la Ley 167 de 1941 se manifiesta que la finalidad de este requisito de procedibilidad es la de evitar decisiones contradictorias, y tanto en el Decreto 01 de 1984 como en la Ley 1437 de 2011 el interés por mantener este privilegio está enfocado a evitar la congestión judicial, considerando que al mantener este requisito de procedibilidad se la da oportunidad a la Administración de revisar su decisiones, evitando acudir al proceso judicial.

Desde el punto de vista jurisprudencial, se observa que la totalidad de sentencias analizadas justifican la existencia de este requisito de procedibilidad, al señalar que es un instrumento de garantía, que permiten la revisión de las decisiones de la administración, evitando la confrontación a nivel judicial. Dentro de las sentencias analizadas ocupa un papel trascendental la sentencia de la Corte Constitucional C-319 de 2002, sentencia que, no obstante determinar la constitucionalidad del privilegio de la decisión previa, incurre en la falacia de desvío de la cuestión o palabras equivocas, al confundir las connotaciones de garantía, carga y privilegio de los recursos administrativos. Esta posición jurisprudencial es confrontada por la posición mayoritaria de la doctrina, que ve en el privilegio de la decisión previa un instrumento ineficaz, que sacrifica de manera desmedida el derecho de acceso a la administración de justicia.

Finalmente, a través de la institución de la vía gubernativa, se observa la fuerte influencia española, que confluye con la influencia francesa en cuando al origen y justificación de la reclamación administrativa previa. Empero, las razones teóricas a favor de este requisito de procedibilidad obedecen a escenarios históricos donde el control judicial era visto como un control inoportuno e inconveniente, que chocan con el contexto actual que propende por un control y sometimiento pleno de la administración al derecho, donde no parece justificable la existencia de decisiones administrativas inmunes al control judicial.

Finalmente, se puede evidenciar hasta el momento una tensión entre el postulado constitucional de acceso a la administración de justicia y el privilegio de la decisión previa. Es decir, si bien la Constitución garantiza el acceso a la jurisdicción, la regulación del privilegio de la decisión previa, según las normas del CPACA parecen entrar en

contradicción con esa posibilidad de acudir ante el juez. Ello es así porque para presentar demanda de la nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo particular es requisito de procedibilidad agotar el recurso obligatorio, por regla general de apelación. Esto hace que el acceso a la jurisdicción se dilate mientras se resuelve el recurso, y, en caso de no interponer el recurso, la administración se libra de ser demandada.

Para determinar si ello es constitucional, es necesario, previamente, analizar cuál es el valor jurídico de la Constitución Política de 1991. Esto es, identificar si los postulados constitucionales tienen un valor jurídico importante, si son obligatorios y vinculantes, o si es válida la defensa en la hoja de papel sin la garantía real y efectiva desde el punto de vista material.

La finalidad del siguiente capítulo es resolver esta cuestión.

2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, ENTRE LO NORMATIVO Y LO SIMBÓLICO:

En el capítulo anterior se analizaron los recursos administrativos desde sus perspectivas de garantía, carga y privilegio. Se profundizó en esta última categoría, según la cual, el agotamiento del recurso administrativo de apelación es requisito de procedibilidad para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho un acto administrativo particular.

Esa obligación, en cabeza de quien pretende ejercer el derecho de acción, fue analizada a partir del contexto normativo del CPACA, teniendo en cuenta las consideraciones de la Comisión de Reforma. También se analizó la jurisprudencia, la doctrina y la historia, con la finalidad de conocer las razones a favor y en contra, que permite justificar, o refutar, la existencia del privilegio de la decisión previa.

A lo largo del capítulo anterior se evidenció la tensión existente entre el desarrollo legislativo de la reclamación administrativa previa y el derecho de acceso a la administración de justicia: la interposición del recurso administrativo de apelación tiene como consecuencia retardar el acceso a la jurisdicción, y si el recurso no se interpone, bajo las condiciones señaladas por la ley, la persona interesada en obtener un pronunciamiento judicial no podrá ejercer su derecho de acción.

El derecho de acceso a la jurisdicción es un derecho fundamental de rango constitucional, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política de 1991. Y el artículo 4 constitucional consagra el carácter normativo y prevalente de las disposiciones constitucional dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Luego, no deberían existir medidas legislativas que contraríen los postulados constitucionales.

Para resolver esta tensión, se requiere, en un primer momento, definir ¿cuál es el valor jurídico de la Constitución Política de 1991?, esto es, determinar si la Constitución tiene un valor jurídico importante, normativo o de otro tipo, en el que se pueda determinar si es aceptable o no medias infraconstitucionales contrarias a los postulados superiores. Para luego, en un segundo momento, profundizar en los deberes constitucionales que se desprenden del acceso a la administración de justicia, y poder confrontar si tales deberes se cumplen en el escenario de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La pretensión del presente capítulo es resolver estas cuestiones. Para lo cual se analizará el concepto de la fuerza normativa de la Constitución, como una primera respuesta a la pregunta planteada. Es decir, la fuerza normativa como valor jurídico de la Constitución, entendiendo lo normativo como aquello que cumple la función instrumental de guiar el comportamiento humano y encauzar el desempeño institucional en determinado sentido. Esto se hará teniendo en cuenta la jurisprudencia, pero fundamentalmente la doctrina a través de las corrientes del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo. Estas dos corrientes tienen como finalidad fundamentar la idea de que la Constitución tiene un

carácter normativo importante, que genera una serie de consecuencias jurídicas y políticas en cuando a su posicionamiento en el ordenamiento jurídico y su eficacia.

Pero como el carácter normativo no es el único que se desprende de la Constitución, posteriormente se analizará su papel simbólico como contracara del papel normativo. Esa fuerza simbólica implica analizar la eficacia no desde lo instrumental sino desde la función ideológica que cumple, es decir, a partir de la serie de significados que impactan la mente de las personas.

Luego se analizará la relación entre lo normativo y lo simbólico, como dos perspectivas de una misma realidad jurídica, enriqueciendo la discusión con los conceptos de eficacia semántica, constitucionalismo aspiracional y fetichismo.

Finalmente se identificarán los deberes constitucionales que se desprenden del derecho de acceso a la jurisdicción, para confrontarlos con la regulación establecida en el CPACA en cuanto a la posibilidad de obtener la nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo particular, y de esta manera definir si hay una correspondencia o no entre lo ordenado constitucionalmente y la regulación y diseño legal.

2.1. La fuerza normativa de la Constitución Política.

Diferentes autores colombianos han defendido la idea de la fuerza normativa de la Constitución Política de 1991. El carácter normativo y prevalente de las disposiciones constitucionales fueron consagradas en su artículo 4, según el cual la Constitución es norma de normas, y en caso de incompatibilidad entre las disposiciones constitucionales y otra norma se preferirán las disposiciones constitucionales.

Los defensores de esta idea expresan que la Constitución Política de 1991 “vincula a todos los sujetos públicos y privados, vinculación jurídica que se ubica en el nivel más alto del Derecho, el en vértice del ordenamiento jurídico, por encima de cualquier otra clase de normas” (Vila, 2009, pág. 174).

En la defensa de su fuerza normativa, la Constitución Política de 1991 ha sido comparada con la de 1886, y se ha expresado que la Constitución de 1886 consagraba un conjunto de buenos deseos o intenciones políticas, sin eficacia normativa y con un contenido fundamentalmente programático, mientras que la Constitución de 1991 establece un verdadero conjunto normativo, vinculante, que obliga a las autoridades y a los particulares.

La razón por la cual el título III de la Constitución de 1886, que se ocupaba de derechos civiles y garantías sociales, hacía parte del código civil por mandato del artículo 52 de esa constitución, era que sólo de esta manera podía ser aplicado por los jueces, en virtud de la hegemonía de la ley que se presentaba en el anterior contexto constitucional (Vila, 2009, pág. 175). Es por tal razón que se afirma la ausencia de fuerza normativa de la Constitución de 1886.

Otro ejemplo es el artículo 6 de la Ley 153 de 1887, derogado por el Acto Legislativo 3 de 1910. Dicha norma señalaba que: "Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución."

En relación con el cambio constitucional a partir de la Constitución de 1991, López ha manifestado:

> Los principales cambios en el derecho positivo que apuntalaron este cambio iusteorico son los siguientes: en primer lugar se positivizaron nuevas y expandidas declaraciones constitucionales de derechos fundamentales, pero más importante aún, se les dotó a dichos derechos de mecanismos de protección judicial directa (en Colombia, la acción de tutela); estos mecanismos abrieron la posibilidad para que los ciudadanos expresaran sus reclamos en un lenguaje constitucional y moral que no tenía que pasar por las restricciones o tecnicismos del derecho codificado y legislado. De esta forma y por primera vez, los ciudadanos podía presentar litigio constitucional en oposición a los casos tradicionales de derecho civil, penal o laboral que se resolvían mediante la aplicación de reglas legisladas; por último, la Constitución colombiana de 1991 (y con ella todas sus congéneres latinoamericanas de la misma época) crearon o reforzaron el papel de la jurisdicción constitucional que ya no sólo desataba conflictos entre las ramas de poder sino que se constituían en tribunal nacional de derechos constitucionales cuyas decisiones obligaban a todas las autoridades y a los particulares (Teoría impura del derecho, 2005, pág. 410).

De esta manera, la fuerza normativa de la Constitución Política se refiere a la obligatoriedad de sus disposiciones, y a su capacidad de vincular a los particulares y a las autoridades públicas.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución,

> Las autoridades no solo se hallan sometidas al derecho positivo presidido por la norma superior, en el ejercicio de sus competencias; también para la realización efectiva de los derechos subjetivos consagrados constitucionalmente, ante dichas autoridades pueden los ciudadanos exigir la realización efectiva de los derechos constitucionales (Sentencia C-415, 2012).

Es decir, existe un texto positivo de la más alta jerarquía normativa, acompañado de instrumentos de protección que garantizan su efectividad.

Rodrigo Uprimny y Cesar Rodríguez proponen una tipología de constituciones, para luego determinar en cuál de estas tipologías se puede ubicar la Constitución de 1991. Para desarrolla tal tipología, tienen en cuenta dos variables: 1. La fuerza normativa de la Constitución. 2. Su contenido.

En cuanto a la primera variable, se puede decir que las Constituciones son entendidas como normas vinculantes, por un lado, o como documentos políticos importantes pero sin fuerza normativa, por otro lado. La postura que se adopte depende de la tradición jurídica que se siga, la norteamericana, en el primer caso, o la europea, en el segundo.

De esta manera, se puede afirmar que la constitución tiene fuerza normativa cuando:

> No es sólo un documento político, sino una norma que vincula especialmente al legislador y por vía indirecta al ejecutivo, y que, por consiguiente, debe tener algún mecanismo que garantice su supremacía y su carácter obligatorio -esto es, alguna forma de justicia constitucional para proteger la norma fundamental contra vulneraciones por parte del legislador o del ejecutivo (Uprimny & Rodríguez, 2005, pág. 25).

Esta concepción normativa, desarrollada principalmente por el constitucionalismo estadounidense a partir del fallo Marbury versus Madison de 1803, tiene como sustento la facultad de los jueces de revisar las leyes contrarias a la Constitución.

En cuanto a la segunda variable, se puede diferenciar la Constitución procedimental, por un lado, de la valorativa, por el otro. En la visión procedimental, la Constitución establece sólo un marco de actuación de los poderes públicos y los particulares, es decir, regula instituciones y procedimientos. Las valorativas, no se limitan a lo anterior, también consagran valores que deben ser aplicados y realizados, es decir, una serie de programas a aplicar.

Cuando se mezclan estas dos variables, Uprimny y Rodríguez señalan que se pueden presentar cuatro tipos de constituciones. 1. Procedimental sin fuerza normativa, 2. Procedimental con fuerza normativa, 3. Valorativa sin fuerza normativa. 3. Valorativa con fuerza normativa.

Los autores citados ubican la Constitución Política de 1991 en el cuarto tipo, y manifiestan que “es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en la medida en que no sólo reconoce derechos liberales, sino también reconoce derechos sociales y les da fuerza normativa” (Uprimny & Rodríguez, 2005, pág. 29).

Profundizando en el concepto de norma en el derecho, Rodolfo Arango indica que una norma es lo que se expresa a través de un enunciado normativo. Todo enunciado normativo puede expresarse a través de una oración del deber ser, con la que se declara que una acción es ordenada, prohibida o permitida. De esta manera, “una norma expresada por un enunciado normativo es una norma jurídica cuando su cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo” (2005, pág. 9). En virtud de lo anterior, Arango concluye que una norma es una oración deóntica coactiva. Es decir, un enunciado del deber ser que ordena, prohíbe o permite, y que puede ser respaldado por la fuerza legítima del Estado, siendo un instrumento que guía el comportamiento humano.

Por lo anterior, la fuerza normativa de la Constitución Política de 1991 consiste en su capacidad de vincular a las autoridades públicas y a los particulares, estableciendo, además,

los mecanismos necesarios para su cumplimiento. En este contexto, los jueces cumplen un papel esencial, pues su actividad esté enfocada a garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales.

En Colombia existen diferentes instrumentos de control constitucional, concentrados y difusos, como lo son la acción pública de inconstitucionalidad, y la excepción de inconstitucionalidad. Adicional a ello se encuentra otras acciones procesales constitucionales, como la acción de tutela, popular, de grupo, de cumplimiento, entre otras, enfocadas a garantizar la fuerza normativa de la Constitución. Las acciones contencioso administrativas, como la acción de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, también están enfocadas a garantizar los derechos, principios valores constitucionales, pues dentro de las causales de nulidad de los actos administrativos se encuentra la violación de las normas superiores, y la Constitución Política se encuentra en la cúspide de esas normas superiores.

La idea que se puede observar hasta el momento, es que la garantía judicial de los postulados constitucionales es un instrumento que soporta la naturaleza normativa de la Constitución Política, distinguiendo la constitución normativa de constituciones nominalistas y semánticas. El juez es quien decide en un caso concreto si se han incumplido los postulados constitucionales, ordenando a través de sus providencias las acciones respectivas para restablecer su cumplimiento. La ausencia de mecanismos judiciales efectivos implica señalar que la norma es obligatoria pero carece de instrumentos para hacerla cumplir, esto es, que en el fondo pierde su obligatoriedad.

La diferencia entre esta tipología de constituciones, normativas, nominalistas y semánticas, puede ser analizada a partir de Marcelo Neves, quien siguiendo al Loewenstein, indica que las constituciones normativas son aquellas con la capacidad de direccionar realmente el proceso del poder, de manera que las relaciones políticas, y los agentes de poder, quedan sometidos a las determinaciones materiales y procesales de la constitución. Las constituciones nominalistas, si bien consagran disposiciones de limitación y control del poder político, no tienen la capacidad de direccionar el proceso real de poder, no existiendo suficiente concretización constitucional. Por último, las constituciones semánticas son un simple reflejo de la realidad del proceso político, que sirven, al contrario que las normativas, como instrumento de los dueños del poder, sin incidir en la limitación y control del poder político (2015, pág. 135).

2.1.1. La fuerza normativa de la Constitución Política a partir del Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo:

En el acápite anterior se realizó un primer acercamiento sobre el carácter normativo de la Constitución Política, estableciendo una comparación con la Constitución de 1886, analizando la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto y profundizando en la

doctrina que defiende la idea de la fuerza normativa de la Constitución Política de 1991. Así mismo se dejó en evidencia el papel que cumple la actividad judicial como garantía de la fuerza normativa de la Constitución.

En este capítulo, se profundizará en el concepto de la fuerza normativa de la Constitución a partir de las teorías del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo, teorías que tienen como característica en común el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución. Es decir, las teorías del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo se presentan a continuación con la finalidad de fundamentar la idea según la cual la Constitución tiene un valor jurídico normativo.

Primero se desarrollará la corriente del neoconstitucionalismo, luego la del nuevo constitucionalismo y finalmente se plantearán algunas relaciones entre estos dos conceptos.

Autores colombianos como Leonardo García han señalado que Colombia se encuentra regida por los postulados del neoconstitucionalismo. Este autor, siguiendo a Carbonell, indica que existen tres eslabones que integran la realidad neoconstitucionalista en Colombia: la nueva constitución de 1991, la nueva práctica jurisprudencial de la Corte Constitucional, y los desarrollos teóricos realizados por profesores de las principales facultades de derecho. Esto implica que el neoconstitucionalismo en Colombia supone una novedad dentro de la concepción del Estado social de derecho, la práctica de los jueces y la enseñanza del derecho en las universidades (El "nuevo derecho" en Colombia: ¿Entelequia innecesario o nevedad pertinente?, 2008).

En similar sentido, Uprimny indica que las reformas constitucionales de los años noventa han hecho entrar a América Latina en lo que autores como Carbonell han denominado el neoconstitucionalismo, o en Estados de derecho constitucionales y no puramente legales, siguiendo los términos de Ferrajoli. Los cambios ocurridos en los años noventa indican que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos no se restringen a poner límites al Estado o a diseñar instituciones, sino que reconocen un amplio tratado de derechos y principios que imponen fines, pero igualmente formas de justicia constitucional, más o menos fuertes, con el fin de que esos mandatos constitucionales se cumplan (2011, pág. 124).

Durante las últimas tres décadas han aparecido nuevas categorías en el ámbito del constitucionalismo democrático, a saber, el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo, categorías que se suelen confundir, aunque son categorías diferentes, no obstante tener características en común (Viciano & Martínez, 2013).

El origen del concepto neoconstitucionalismo suele ubicarse hacia finales de 1990, cuando se publicaron los primeros trabajos de Susana Pozzolo y del grupo de filósofos del derecho de la universidad de Génova. La finalidad de estos trabajos era la de encontrar un denominador común sobre la función de la Constitución en el ordenamiento jurídico, y qué papel juega sus contenidos. De esta manera, una primera gran característica del neoconstitucionalismo ha consistido en el análisis teórico sobre el valor jurídico de la Constitución y su influencia y jerarquía sobre el resto del ordenamiento jurídico, haciendo énfasis en la aplicación y papel de los principios constitucionales (Viciano & Martínez, 2013, pág. 66). El neoconstitucionalismo busca explicar ese conjunto de constituciones que

fueron expedidas a partir de la Segunda Guerra Mundial, constituciones que tienen como rasgo en común el alto contenido de normas materiales o sustantivas.

Viciano Pastor y Martínez Dalmau, siguiente a Guastini, indican que los elementos principales que corresponden hoy a las doctrinas neoconstitucionales son: La superioridad axiológica de la Constitución sobre la ley, la Constitución con función limitadora del poder político y modeladora de la sociedad, la idea de que la Constitución carece de lagunas, la consagración de principios de justicia objetivos, la superioridad axiológica de los principios sobre las reglas, la superioridad axiológica de los normas que confieren derechos sobre las que organizan el poder público, la regulación vertical y horizontal de la Constitución, entre otras, (2013, pág. 69).

En el neoconstitucionalismo se defiende la idea de una Constitución invasora debido a su amplio catálogo de derechos por la omnipresencia de sus principios y reglas, y por las particularidades en la interpretación y aplicación de sus normas respecto a la aplicación e interpretación de la ley, tratando de recuperar el concepto de constitución y fortalecer su presencia determinadora en el ordenamiento jurídico. Bajo esta perspectiva, aunque el neoconstitucionalismo se muestra como una teoría del derecho, es también una teoría del poder, en particular del poder de los jueces a la hora de interpretar la Constitución (Viciano & Martínez, 2013).

A continuación se sigue a Zagrebelsky, en su síntesis que hace sobre el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, como estado paradigmático dentro del modelo neoconstitucional. Para este autor, existen algunos tipos ideales de formas de Estado: el Estado bajo el régimen de la fuerza, o Estado absoluto, propio del siglo XVII; el Estado bajo el régimen de policía, o del despotismo ilustrado, propio del siglo XVIII; y el Estado de Derecho, propio del siglo XIX. Históricamente, se observa que el Estado de Derecho es el resultado de un proceso de transformación sobre la manera como se ha estructurado el poder político en Europa. El Estado de Derecho indica un valor que es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos, y la inversión de la relación entre poder y derecho, propia del Estado absoluto y del despotismo ilustrado (El dereco dúctil. Ley, derechos, justicia, 2003, pág. 21).

No obstante, ante la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una formula vacía, sin contenido, no era de extrañar que en la época de los totalitarismos de entreguerras, se camuflaran bajo la figura de Estados de derecho (pág. 22).

Pero en el Estado liberal de derecho tenía una necesaria connotación sustantiva, referente a las funciones y fines del Estado. Esta forma característica del siglo XIX destacaba la protección y promoción del desarrollo de las fuerzas naturales de la población. La sociedad empezó a ser el punto central de la concepción del estado, y la ley empezó a concebirse como instrumento de garantía de derechos. (pág. 23). De esta manera, el Estado liberal de derecho consistió en condicionar a las autoridades del Estado a la libertad de la sociedad, a través de la ley.

Con la fundamentación filosófica del positivismo jurídico se logró que la concentración de la producción jurídica estuviera en la instancia legislativa, lo que suponía la reducción del

derecho a lo dispuesto por la ley. Pero en el Estado Constitucional "la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución" (pág. 34).

La asunción de tareas de gestión en cabeza del Estado, y no las simples tareas de garantizar; la pulverización del derecho legislativo; la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal; el pluralismo y la heterogeneidad de valores e intereses, hicieron que la ley perdiera el papel central que antes ostentaba. Y es por tales razones que la "ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad" (pág. 38).

En concordancia con lo anterior, el siglo XX fue definido como el del legislador motorizado en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico. Por ello, el derecho se mezcló y tecnificó. Las constituciones contemporáneas han tratado de poner remedio a esos efectos destructivos del ordenamiento jurídico, mediante la asunción de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para la rama legislativa, con la finalidad de orientar los desarrollos contradictorios de la producción legislativa (pág. 39).

De esta manera, fue necesaria la defensa de un conjunto de valores y principios superiores sobre los que existe un consenso social lo suficientemente amplio. Así, "la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cese así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición" (pág. 40).

La dialéctica que describe Zagrebelsky es la de la relación entre el poder, la ley y la Constitución. En un primer momento, un poder no limitado por la ley. En un segundo momento, el poder limitado por la ley, y en un tercer momento, el poder y la ley limitados por la Constitución.

Por su parte, Ferrajoli expresa que "la democracia constitucional es un modelo de democracia fruto de un cambio radical de paradigma acerca del papel del derecho producido en estos últimos cincuenta años" (Democracia y garantismo, 2010, pág. 27).

Señala que hay cinco cambios fundamentales que explican la constitucionalización del derecho (pág. 31), a saber: las condiciones de validez de las leyes, donde importa el cometido de las mismas y no solo las formas; la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley; el papel de la ciencia jurídica, que ya no solo es descriptiva sino crítica; la naturaleza de la democracia, pues hay elementos que no pueden ser decididos por la mayoría; y la relación entre la política y el derecho, pues ya no es el derecho el subordinado a la política.

De igual manera, este autor entiende el Estado en dos sentidos, un sentido débil, es decir, formal, y un sentido fuerte, esto es, sustancial.

El Estado de Derecho es el modelo representativo del Estado en sentido débil, es decir, un Estado que si bien está sometido al derecho, el derecho puede ser cualquier cosa independiente de su contenido. Lo contrario es el Estado Constitucional de Derecho, que sí está sometido a ciertos contenidos normativos.

Este autor contrapone estas dos figuras así:

> El modelo paleo-positivista del Estado Legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias (pág. 13).

Ahora bien, Ferrajoli explica la transformación del estado en sentido débil al estado en sentido fuerte mediante dos transformaciones, la primera es la del estado premoderno al estado moderno, y la segunda es del estado moderno al estado contemporáneo.

La primera transformación hace referencia a las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas. En el derecho premoderno, de formación jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unificado y formalizado de fuentes del derecho, sino distintas fuentes y ordenamientos jurídicos, ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica (pág. 15).

Un segundo cambio "es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma –garantizada por una específica jurisdicciones de legitimidad – a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez." (pág. 18)

Otro autor italiano, Riccardo Guastini, señala que hay siete "condiciones de constitucionalización" (La constitucionalización del ordenamiento jurídico, 2009, pág. 50), es decir, siete condiciones que debería cumplir un ordenamiento jurídico para ser considerado un ordenamiento constitucionalizado. Estas condiciones son: 1. Una constitución rígida. 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución. 3. La fuerza vinculante de la Constitución. 4. La sobreinterpretación de la Constitución (interpretación extensiva normas implícitas no expresas). 5. La aplicación directa de las normas constitucionales. 6. La interpretación conforme de las leyes. 7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Ahora bien, para Carbonell, el constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos principales a partir de la segunda Guerra Mundial. Las Constituciones que paradigmáticas de ese constitucionalismo contemporáneo son las de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) (Carbonell, pág. 9)

Luis Prieto, señala que por constitucionalismo contemporáneo, o neoconstitucionalismo, pueden entenderse al menos tres cosas: cierto tipo de Estado de derecho, una teoría del derecho o una ideología (Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, 2009, pág. 123)

Cuando se refiere a un modelo de Estado, se trata del modelo de Estado constitucional de Derecho, el cual "reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional" (Prieto, 2009, pág. 126).

Como teoría del derecho, este autor expresa los como rasgos sobresalientes de la constitucionalización del derecho más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución, omnipotencia judicial y coexistencia de pluralidad de valores (pág. 131).

Finalmente, como ideología, es "aquella filosofía política que considera que el Estado Constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política" (pág. 123).

Dentro de esa nueva visión del derecho, se resalta el papel de los derechos fundamentales. El papel de los derechos fundamentales ha sido entendido por Alexy de la siguiente manera:

> Las opiniones se mueven entre dos extremos. El primero de ellos puede sintetizarse en la tesis de que todo el sistema jurídico no es nada distinto a una concreción de los derechos fundamentales. Por el contrario, el otro extremo vislumbra en los derechos fundamentales solamente un estrecho conjunto de garantías restringidas y puntuales, más allá de cuyos límites se extiende un ámbito ajeno a estos derechos. Dado que, como prescribe el inciso 3, artículo 1º de la Ley Fundamental, los derechos fundamentales vinculan a los tres poderes públicos, entonces sólo puede ser correcta una solución intermedia. Los derechos fundamentales son, por una parte, principios materiales, siempre aplicables en todos los casos relevantes. No obstante, por otra parte, debe reconocerse que en las constituciones que fundan Estados democráticos, tiene validez también ciertos principios fundamentales – sobre todo el principio de competencia para decidir que está atribuida al legislador legitimado democráticamente – que contienen y restringen las competencias de control que tiene la jurisdicción (Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de principios, 2009, pág. 37)

Para Mauricio Martínez, autor colombiano, el constitucionalismo contemporáneo reúne las siguientes características: a) la primacía de los derechos fundamentales sobre razones de autoridad; b) el carácter normativo de la Constitución; c) la omnipresencia de jueces y magistrados como defensores de los derechos fundamentales; d) la omnipotencia de la Constitución y la rematerialización del derecho a través de los principios; e) la reivindicación de la democracia sustancial sobre la democracia formal y el principio de mayorías; f) la transformación de la autonomía y la discrecionalidad judicial que ceden ante el carácter vinculante de la doctrina constitucional y, en síntesis, g) la superación del Estado de derecho por el Estado Constitucional Social y Democrático (La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial, 2009, pág. 30).

Como puede verse, la fuerza normativa ha sido abordada por algunos autores a partir del neoconstitucionalismo. Por ejemplo, Prieto señala que el neoconstitucionalismo defiende la idea de una Constitución con fuerte contenido normativo y con garantía jurisdiccional (2002, pág. 114). Martínez señala, como característica de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que las normas constitucionales deben ser vinculantes y susceptibles

de producir efectos jurídicos (2009, pág. 42), conceptos que están en sintonía con los de Ferrajoli, Alexy, Guastini, Carbonell y Zagrebelsky.

Para Villabella, de las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX surgió la idea de la Constitución escrita como documento destinado a sintetizar los nuevos cánones ideológicos sobre el poder político y la sociedad, de tal modo, se derivó una noción cerrada y formal de la Constitución bajo el concepto racional-normativo, correlato de una concepción normativista, que delineó un sistema jurídico jerárquico, en cuyo vértice se encontraba la Constitución (2013). Como rasgo del neoconstitucionalismo, se encuentra la materialidad, que se refiere a la eficacia directa de la constitución, esto implica que la Constitución rija como fuente de derecho y como referente de la actuación de los poderes públicos, permeando las relaciones sociales (pág. 91).

Uprimny señala que el neoconstitucionalismo se caracteriza por la protección judicial reforzada de la Constitución, muy densa en derechos, lo que implica la judicialización de los problemas jurídicos que anteriormente eran debatidos en escenarios democráticos (2011, pág. 132).

Hasta el momento, se han visto las consideraciones sobre autores que reconocen el neoconstitucionalismo como una teoría jurídica que brinda herramientas para aplicar e interpretar las disposiciones constitucionales. Como rasgo en común de los autores citados, se encuentra la defensa de la Constitución Política como texto normativo de obligatorio cumplimiento, cuya protección y garantía ha ampliado el campo de la actuación judicial.

Por otra parte, en relación con el nuevo constitucionalismo, Viciano y Martínez, indican que este concepto, más reciente que el neoconstitucionalismo, tiene un doble objetivo: recuperar y actualizar el concepto de poder constituyente democrático, garantizando el origen democrático de la Constitución, por una parte, y, por otra parte, generar unos contenidos constitucionales que permitan resolver los problemas de legitimidad del sistema que el constitucionalismo social europeo no ha logrado resolver. En tal sentido, el nuevo constitucionalismo comparte con el neoconstitucionalismo la preocupación por la supremacía constitucional, pero opta por abrir espacios de participación directa de la ciudadanía, para evitar la oligarquiazción del sistema político (2013).

El nuevo constitucionalismo también le apuesta a:

> Extender las garantías y efectividad de los derechos sociales; establecer nuevos fundamentos axiológicos de la vida en común; incorporar la protección del ambiente como una política transversal que debe impregnar toda la actividad social; extender los controles constitucionales a los poderes privados, fundamentalmente a los poderes económicos que controlan y distorsionan los mercados; e intentar democratizar y garantizar la independencia del poder judicial, de los órganos de control de constitucionalidad y, en general, de las instituciones de control sobre el poder político o económico. Y, por supuesto, resolver la exclusión y marginación de las minorías étnicas y sociales y los grupos vulnerables (pág. 72).

El nuevo constitucionalismo surgió a finales del siglo XX con dos constituciones paradigmáticas, la colombiana de 1991 y la venezolana de 1999. Estas constituciones dieron paso a la expedición de la ecuatoriana de 2008, la boliviana de 2009. (2013), y si algo ha caracterizado al constitucionalismo latinoamericano no ha sido su capacidad de integración social, ni su fuerza normativa, ni su legitimidad democrática, sino todo lo contrario (pág. 73).

De esta manera, el nuevo constitucionalismo se ubica entre una teoría de la legitimidad y una teoría de la Constitución.

Ahora bien, como una de las principales diferencias del nuevo constitucionalismo con el neoconstitucionalismo, se resalta la de que "el nuevo constitucionalismo no es una teoría del derecho, sino una teoría de la Constitución relatada en un marco reescrito sobre la legitimidad democrática de la Constitución" (pág. 74). Es por esto que en el Estado constitucional la soberanía del Estado solo tiene sentido de manera dependiente de la soberanía del pueblo, por lo que el constitucionalismo democrático exige que la soberanía del Estado solo pueda concebirse en el ámbito de la normativa.

De esta manera, la Constitución es norma suprema porque expresa la voluntad democrática popular, y no sólo porque lo ordene su propio texto.

> La reivindicación del concepto de soberanía popular y su identificación con el poder constituyente; la incorporación de mecanismos de fortalecimiento de la legitimidad democrática del poder constituido, tanto a través de la participación directa en las decisiones como del control democrático del poder político organizado; la búsqueda de mecanismos de materialización y efectividad de la Constitución y la eliminación de las sombras nominalistas; y, por último, la desaparición definitiva del poder constituyente constituido o derivado (poder de reforma de la Constitución por parte de los órganos constituidos), al considerar materialmente indelegable el poder constituyente democrático. De estos cuatro elementos, tan solo uno –el tercero- puede entenderse compartido con el constitucionalismo del Estado Social y por el neoconstitucionalismo (pág. 76)

Finalmente, existe una diferencia sutil entre nuevo constitucionalismo y neoconstitucionalismo en cuanto a los principios constitucionales. Las constituciones del nuevo constitucionalismo están cargadas de elementos axiológicos consagrados en principios, pero no están carentes de reglas, la razón de ello está en la necesidad de encontrar caminos reales para aplicar la constitución y evitar con ello el nominalismo, ya que la falta de aplicación de la constitución ha sido uno de los grandes problemas del constitucionalismo criollo (2013).

El nuevo constitucionalismo analiza la exterioridad de la Constitución, es decir, su legitimidad, que sólo puede ser extrajurídica, y posteriormente, le interesa la interioridad de la Constitución, es decir, su normatividad. En este punto se conecta con al neoconstitucionalismo (pág. 79).

Para Villabella, el nuevo constitucionalismo latinoamericano tuvo influjo del neoconstitucionalismo Europeo (2013, pág. 94), razón por la cual, ambos comparten la idea común de la supremacía constitucional y su materialidad, y señala, como característica de las constituciones expedidas en América Latina en los últimos años, el reconocimiento *"*expreso de la supremacía constitucional, enfatizándose la primacía de esta en el ordenamiento jurídico, su fuerza vinculante para las personas naturales y los poderes públicos y su eficacia directa*"* (2013, pág. 107).

Finalmente, Uprimny, señala como característica del constitucionalismo latinoamericano su pertenencia a un nuevo tipo aspiracional o transformativo, con una fuerte matriz igualitaria. Esto se debe a que la mayoría del reformas constitucionales tenía como finalidad la superación de tradiciones autoritarias y arbitrarias, buscando la consolidación del Estado d derecho, y el incremento en la eficacia del estado, gracias a la independencia y capacidad de la justicia y de los organismos de control (2011, pág. 123). Esta naturaleza transformadora se ha tomado por dos vías, mediante Constituciones densas en derechos, y mediante la ampliación de mecanismos de participación democrática (pág. 123).

Ahora bien, la forma de lograr esa eficacia trasformadora de las Constituciones ha sido el reforzamiento de su fuerza normativa, incluyendo mecanismos de justicia constitucional que aseguren sus promesas de derechos y bienestar, no como expresiones meramente retoricas sino como mandatos normativos con eficacia práctica (pág. 124).

Uprimny, siguiendo a Gargarella, señala dos variables que sirven para caracterizar distintos pensamientos constitucionales: 1. En qué medida reconocen y protegen derechos fundamentales. 2. Cuánto espacio otorgan a la participación democrática en la toma de decisiones.

A partir de estas variables señala cuatro tipos de pensamientos constitucionales: 1. El conservador que defiende una participación y deliberación democrática débil junto a un reconocimiento y protección débil de los derechos constitucionales. 2. El liberal que defiende una participación y deliberación democrática débil junto a un reconocimiento y protección fuerte de los derechos constitucionales. 3. El republicano y radical, que defiende un reconocimiento y deliberación democrática fuerte junto a un reconocimiento y protección débil de los derechos constitucionales. 4. Aquel donde se presenta una participación y deliberación democrática fuerte junto a un reconocimiento y protección fuerte de los derechos constitucionales. Este último correspondería a la idea del nuevo constitucionalismo latinoamericano (pág. 132).

Según lo visto hasta el momento, tanto el neoconstitucionalismo como el nuevo constitucionalismo defienden la idea de la fuerza normativa de la Constitución Política.

El neoconstitucionalismo surgió como consecuencia del análisis de las Constituciones europeas de la segunda posguerra. Como rasgo en común de dichas Constituciones se encuentra la pretensión normativa, esto es, la de establecer unos postulados normativos obligatorios y prevalentes, con un carácter sustancial, con un contenido axiológico importante y no meramente formal. Estas Constituciones constituyen una reacción política y jurídica contra los actos inhumanos y degradantes ocurridos durante la segunda guerra

mundial, es por ello que el respeto de la dignidad humana aparece como un principio en común de esas nuevas Constituciones. La interpretación que los autores han realizado de esas constituciones es lo que se conoce como neoconstitucionalismo, ideas que han sido interpretadas en américa latina gracias al análisis efectuado por Carbonell. Los aspectos fundamentales del neoconstitucionalismo son: la fuerza normativa, vinculante y prevalente de la Constitución, la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución que se desprende de su carácter normativo, su aplicación directa, la primacía de derechos, el papel central del juez y la reivindicación de una democracia sustancial que descree del principio de mayorías en la definición de derechos.

El nuevo constitucionalismo ha sido definido como una teoría de la Constitución, que busca interpretar las constituciones latinoamericanas expedidas en los últimos años, que retoma algunas ideas del neoconstitucionalismo, pero las lleva más allá en cuanto al análisis político del origen democrático de las Constituciones. El contexto latinoamericano es un contexto muy rico en diversidad étnica y cultura, lo que implica un reto más profundo en la forma como se origina el poder constituyente. Por ello, el nuevo constitucionalismo defiende la idea de una constitución de origen democrática. De esta manera, la Constitución no obliga solamente porque expresamente lo diga su articulado, sino también porque es producto de la participación democrática del pueblo.

2.2. La eficacia simbólica de la Constitución Política.

En el capítulo anterior se analizó, a través de autores europeos y latinoamericanos, el concepto de la fuerza normativa de la Constitución Política a partir de las teorías del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo. La fuerza normativa se refiere a la obligatoriedad de la Constitución, a la capacidad de transformar y dirigir el comportamiento humano, y controlar el ejercicio del poder político. Desde esta perspectiva, la fuerza normativa implica una eficacia instrumental de la norma, esto es, considerar la norma como un instrumento que guía el comportamiento humano.

Pero ese carácter instrumental o normativo no es el único que posee el derecho ni las normas jurídicas, ya que tanto el derecho como las normas pueden tener una eficacia simbólica. La eficacia simbólica es la contracara de la eficacia normativa.

En el presente capítulo se analizará la eficacia simbólica de la Constitución Política a partir de los autores Mauricio García y Marcelo Neves.

Usualmente, la eficacia del derecho se analiza desde la perspectiva instrumental, es decir, en la medida en que el derecho logra cumplir sus objetivos de ordenar la conducta humana. Bajo esta perspectiva, se dice que cuando el derecho no cumple tal objetivo, se califica de ineficaz.

Según García, la eficacia del derecho puede ser analizada desde otra perspectiva, según la cual el derecho es lenguaje con el que se hacen cosas, y no todo lo que el derecho dice

querer hacer, se hace. Las cosas que el derecho dice querer hacer son sólo una parte de las cosas que el derecho realmente hace (García M. , La eficacia simbólica del derecho, 2014, pág. 28)

Por lo tanto, el problema de la ineficacia del derecho no está sólo en la incapacidad de los legisladores, o en la desobediencia de los ciudadanos, sino también en que gran parte de lo que hace el derecho es ordenar cosas que no están hechas parar ser cumplidas. De esta manera, el derecho se genera para producir otros efectos diferentes, tales como efectos simbólicos, que funcionan en la mente de los ciudadanos, y no efectos materiales (pág. 28).

De esta manera, las normas jurídicas a veces no consiguen sus propósitos a través de lo que contemplan, sino por medio del impacto que rodea su promulgación. Otras veces consiguen otros objetivos diferentes a los propuestos. En estos casos, la eficacia proviene de lo que se evoca, de lo que inspira, más de lo que ordena o establece. El derecho ordena no solamente a través de lo que explícitamente establece, sino también a través de su producción y consumo, de lo implícito, de la interpretación que hacen sus destinatarios del él.

Por ello, García señala que la ineficacia del derecho no siempre es un fracaso (pág. 43), y la eficacia del derecho no se puede limitar al campo instrumental. La eficacia del derecho no solo se debe medir por su capacidad para alcanzar los objetivos jurídicos que persiguen las normas, sino también por la capacidad de lograr otros objetivos de tipo político. Es por ello que el derecho "no siempre funciona a través de la fuerza impositiva o facultativa de sus contenidos sobre la conducta de los ciudadanos, también lo hace a través de la fuerza legitimadora de sus formas" (García M. , 2014, pág. 47).

Cuando lo que establece el derecho tiene el mismo grado alto de importancia, como de dificultad en su aplicación, la eficacia simbólica cumple un propósito conciliador entre la realidad y los ideales. El de aceptar que el derecho es un ideal, sin que se renuncie a que el derecho exista, al menos como ideal (pág. 48).

A partir de lo anterior, García define el derecho como:

> Un campo social, en el cual los participantes se disputan la interpretación correcta, autorizada y legítima de los textos jurídicos. Aquellos que participan en el campo jurídico –como aquellos que lo hacen en el cambo religioso, por ejemplo- luchan por la apropiación del poder simbólico que está implícito en los textos jurídicos. De esta manera, el derecho se convierte en la forma por excelencia de poder simbólico y de violencia simbólica. El poder significativo del derecho radica en el derecho que tiene para poder definir su significado (García M. , 2014, pág. 51).

Siguiendo a Bourdieu, el derecho es un campo social, esto es, un "conjunto de relaciones objetivas e históricas entre actores que ocupan determinadas posiciones y que luchan por un poder o un capital" (pág. 109), y en el caso del derecho, ese poder o capital consiste en la apropiación del poder simbólico, que está implícito en las normas jurídicas.

Bajo esta perspectiva, el símbolo debe ser entendido como el sentido implícito, indirecto, no explicito, producto de la interpretación. De esta manera, la fuerza reguladora del derecho puede surgir de la imagen que produce o de su implementación.

García establece unas diferencias entre los conceptos de eficacia, efectividad y eficiencia. La efectividad se refiere a la realización de una conducta, sin que ello implique el logro de los objetivos propuestos. La eficacia consiste en la realización de una conducta y sus objetivos. La eficiencia implica lograr los objetivos a través de los mejores medios. (pág. 98).

La diferencia entre fuerza instrumental y la fuerza simbólica radica en que unas veces la incidencia social del derecho puede originarse de su capacidad impositiva o reguladora, otras veces de su capacidad vinculadora de símbolos que evoca cuando se publica. La acción instrumental es caracterizada por la transformación de la realidad a través de los medios, por otra parte, las acciones simbólicas se caracterizan por ser acciones orientadas a producir significado en el contexto de la interpretación y la comunicación (pág. 91).

Es decir, el derecho puede tener una eficacia instrumental, que consiste en la capacidad que tiene para encauzar el comportamiento humano. Pero también puede tener una eficacia simbólica, que consiste en generar una serie de significados e interpretaciones para crear seguridad, legitimidad o una sensación de justicia, por ejemplo.

Ahondando en la diferencia entre lo simbólico y lo instrumental, las normas pueden ser instrumentos prácticos dirigidos a la acción. En este caso la existencia de una norma no se explica simplemente por su validez formal sino por su capacidad para producir un cierto comportamiento en los individuos destinatarios de la norma, pero las normas también pueden ser símbolos dirigidos a la representación. En este caso, su fuerza radica en el impacto mental que produce un discurso legal con capacidad para establecer la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso y entendido como parte fundamental de instituciones político-jurídicas legítimas (pág. 92).

En virtud de lo anterior, la eficacia simbólica del derecho es:

> Una estrategia de los operadores jurídicos (instancias creadoras o aplicadoras del derecho) o de los receptores del derecho (ciudadanos, grupos sociales, etc.) que consiste en utilizar aquello que el lenguaje jurídico evoca en sus textos, con el propósito de conseguir fines políticos diferentes a los plasmados en la norma misma y a partir del efecto comunicativo que dichas evocaciones originan en los receptores de la norma. Mientras la eficacia instrumental logra el cumplimiento de la conducta a través de la difusión de la idea de obligatoriedad –o de castigo, según el caso- la eficacia simbólica logra sus objetivos por medio de la difusión de una idea de legitimidad, de autoridad o de justicia (pág. 99).

Ahora bien, la dimensión simbólica de lo jurídico puede presentarse desde varías visiones: La liberal, la marxista y las constructivistas.

Según la visión liberal, el Estado, el poder y el derecho existen en una suerte de simbiosis, las acciones estatales se justifican a través de las normas jurídicas, y las normas jurídicas, a su vez, son eficaces cuando están respaldadas por el poder del estado. Es decir, el poder legitimador, simbólico, del derecho se apoya en el poder efectivo, material, de poder y viceversa (pág. 101).

Según la visión marxista, el derecho es un instrumento de dominación destinado a legitimar, a través el símbolo de unidad, justicia, igualdad, neutralidad, generalidad, entre otros, una sociedad injusta dominada por unos pocos (pág. 103).

Las dos visiones anteriores ven al derecho como un instrumento, es decir, como algo que opera en una realidad que le es externa. Las visiones constructivistas se oponen al instrumentalismo, y según estas teorías tanto los sujetos, los objetos, las instituciones, las realidades sociales se encuentran en una relación de reciproca incidencia, marcada por la comunicación y la cultura. (pág. 106). De esta manera, el derecho es un campo de confrontación entre posiciones y poderes, y el resultado de dicha confrontación no está resuelto de antemano, pudiendo ser la dominación o la emancipación.

En consonancia con lo señalado por García, Valencia indica que el derecho es un juego cuyas reglas son modificables por los jugadores, pero al mismo tiempo, dichas reglas están dotadas de cierta permanencia, de una dinámica propia que se impone a los actores, en la medida que no hay nada decidido de antemano. “Cualquier desenlace es posible, toda victoria es precaria, toda derrota es reversible” (Cartas de Batalla, Una crítica del constitucionalismo colombiano, 2012, pág. 48).

Ahora, la eficacia simbólica es un concepto flexible y amplio, ya que abarca tanto la defensa como la crítica al poder, “al ser una práctica que incluye no solo la estructura sino la agencia, es decir, no solo las condiciones materiales del poder sino también la capacidad de los actores sociales para incidir e incluso transformar tales estructuras” (García M. , 2014, pág. 119). Es por ello que lo simbólico, a juicio de García, puede servir tanto para dominar como para emancipar.

La eficacia simbólica es, entonces, un mecanismo político de adaptación que permite una cierta conciliación inestable entre las necesidades de cambio y las necesidades de que todo siga igual (pág. 133).

En el caso colombino, el uso del estado de excepción con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, es un ejemplo de la fuerza simbólica del derecho, pues en tanto que norma constitucional, a partir de la representación que eso evoca, sirve para hacer cosas distintas de las que se desprenden de la lectura desprevenida del texto constitucional. El estado de sitio de finales del siglo XX dependía de la retórica legitimante que provenía de la Constitución, porque el estado de sitio hacia posible la concentración de poder sin renunciar al constitucionalismo (pág. 146).

Según García, la Constitución de 1991 es un caso típico de constitución aspiracional, que se caracteriza por tener una carga de derechos muy generosa y una clara vocación de efectividad de sus normas. Estas constituciones crean un amplio espacio de discusión

pública, que tiene una dimensión jurídico-instrumental, pero también una dimensión comunicativa y simbólica. En un primero momento, los derechos consagrados en las constituciones aspiracionales contienen un maximalismo que parece obedecer a un fetichismo jurídico, tendiente a responder más a necesidades de legitimación política que a la voluntad real de proteger. Siguiendo a Gargarella, esos derechos son clausulas dormidas que pueden llegar a ser realidades (págs. 175-177).

El uso simbólico consiste en la apropiación política de los significados evocados por los textos jurídicos, y puede tener origen en la acción de los creadores de la norma, como también en los aplicadores. Ocurre por ejemplo con normas de la Constitución que son muy progresistas en derechos sociales, "que luego son interpretadas y aplicadas por la Administración Pública (con una disponibilidad de recursos limitada) a través de una reglamentación que desconoce los objetivos previstos en la Constitución" (pág. 208).

Por esta razón, el derecho sirve para afianzar la dominación y la defensa de intereses dominantes, pero como no opera en una realidad que le es externa, sino que es un elemento constitutivo de esa realidad, puede ser utilizado para ganar batallas destinadas a ser ganadas por los grupos dominantes (pág. 231).

En cuanto a la clasificación de la eficacia simbólica, se pueden identificar dos tipos de eficacia simbólica: la originaria y la derivada. La originaria se refiere a normas concebidas para no tener la eficacia instrumental anunciada en sus textos. La derivada se refiere a normas destinadas a cumplir sus objetivos, pero que en el curso de su aplicación o interpretación adquieren otros objetivos no declarados. Las primeras se mueven en la dimensión del hacer-creer, es decir, de las representaciones, las segundas en el ámbito del hacer-hacer, esto es de la acción. (pág. 233). En el primer caso el derecho se crea para hacer pensar que la realidad ha cambiado porque la norma establece dicho cambio.

La eficacia simbólica originaria implica la existencia de normas instrumentalmente ineficaces, pero que pueden tener seis objetivos: 1. Reificar la realidad social. 2. Deslegimitar un actor social. 3. Consagrar un valor o un deber. 4. Diferir una decisión. 5. Esconder otro propósito. 6. Figurar un valor, un principio, una realidad (pág. 235).

La eficacia simbólica derivada agrupa aquellas normas que:

> Fueron concebidas con la inicialmente con la intención de lograr eficacia instrumental pero que, en el proceso de aplicación, por diferentes razones, terminan teniendo una eficacia meramente simbólica. El elemento estatal aquí consiste en la apropiación política del sentido por parte de las instancias encargadas de interpretar, reglamentar o aplicar la norma, lo cual se logra a través de la desviación de objetivos (pág. 247).

Ello se debe, entre otras razones, a que "hay normas reglamentarias que no están destinadas a ejecutar o a desarrollar la norma superior de la cual provienen, sino justo lo contrario, a inhabilitarlas" (pág. 250).

Por el momento se ha analizado la concepción de eficacia simbólica de Mauricio García, como un concepto flexible que permite conciliar la ideología con la realidad, como un instrumento de dominación, pero también de liberación, que parte de una concepción del derecho como un campo social de lucha por el sentido del derecho, donde nada está definido de antemano.

Profundizando un poco más en el concepto de lo simbólico en el derecho constitucional, a continuación se seguirá al profesor brasilero Marcelo Neves, quien estudia el problema de la ineficacia normativa de los textos constitucionales. Para este autor, este fenómeno es común en los países subdesarrollados, donde las normas muchas veces no alcanzan sus objetivos instrumentales por no lograr incidir en el comportamiento humano.

El objeto central de este autor consiste en explicar la falta de normatividad jurídica del texto constitucional, al no ser concretados normativamente, generando un papel político simbólico con importantes implicaciones en la esfera jurídica, esto es "la discrepancia entre la función hipertróficamente simbólica y la insuficiente concretización jurídica de cuerpos constitucionales" (La constitucionalización simbólica, 2015, pág. 25), en otras palabas, un distanciamiento entre el texto y la norma, entre lo escrito y lo que se cumple.

Neves retoma la distinción entre lo instrumental y lo simbólico, y señala que, a diferencia de las variables instrumentales, la actitud simbólica no está orientada conforma una relación lineal medio-fin y, por otro lado, no se caracteriza por una conexión directa manifiesta entre significante y significado, distinguiéndose por su sentido mediato y latente (pág. 46). Es decir, en la dimensión simbólica no se ve la norma como un instrumento para guiar el comportamiento humano, sino como una manera de crear unos significados que están ocultos en la norma, que no se aprecian con claridad.

La distinción entre acción instrumental y simbólica es similar a la diferencia entre discurso denotativo y connotativo. En la denotación hay una relación relativamente entre expresión y contenido; en la acción instrumental, de forma similar, un direccionamiento de la conducta hacia fines fijos. En la connotación, el lenguaje es más ambiguo, la acción simbólica es connotativa en la medida que adquiere un sentido mediante e impreciso que se agrega a su significado inmediato y manifiesto. (pág. 48), luego, en la legislación simbólica el significado latente prevalece sobre el significado manifiesto (pág. 47). En esta distinción, se puede observar la coincidencia de Neves con García.

La legislación simbólica apunta al predominio, o inclusive a la hipertrofia, en lo que se refiere al sistema jurídico, de la función simbólica de la actividad legisladora y de su producto, la ley, sobre todo en detrimento de la función jurídico-instrumental.

> Cuando la función simbólica del texto constitucional es excesiva, asociándose a una bajísima fuerza jurídico-normativa del modelo constitucional proclamado solemnemente en los términos de un Estado democrático de derecho, la Constitución pierde su significado jurídico, adquiriendo relevancia en el plano de la retórica y el discurso político (pág. 12).

Basándose en Kindermann, Neves señala que la legislación simbólica puede ser: 1. Una confirmación de valores sociales. 2. Una forma de demorar la capacidad de acción del Estado. 3. Una manera de postergar la solución de conflictos sociales a través de compromisos dilatorios (2015).

En el primer caso, lo que se busca con las leyes es hacer prevalecer determinados valores como una forma de reconocimiento de superioridad social. Ejemplo de ello es la legislación que prohíbe el aborto. Se ha demostrado que la prohibición del aborto, al igual que la del licor, es ineficaz desde el punto de vista instrumental, pues las personas no se sienten disuadidas a cometer abortos. Sin embargo, la prohibición del aborto busca confirmar valores religiosos como lo es la supremacía de la vida.

En el segundo caso, lo que se busca es generar confianza en los ciudadanos en el respeto de un gobierno o del Estado. Esta es también llamada como legislación-coartada, ya que se ve la acción del legislador como una satisfacción de las expectativas de los ciudadanos. Un ejemplo típico de este tipo de legislación simbólica es el aumento de las sanciones penales ante al incremento de ciertas conductas criminales, ya se explicó que este fenómeno consiste en generar sensación de seguridad (símbolo), reconociendo su ineficacia instrumental.

En el tercer caso, la legislación puede ser vista como una fórmula de compromiso dilatorio, en este caso se busca transferir la solución de un conflicto a un futuro indeterminado. El ejemplo de este caso es la regulación laboral, que establece sanciones contra el empleador que abusa de sus derechos, pero que en la práctica las sanciones que buscan garantizar los derechos del trabajador son de difícil ejecución práctica.

Neves explica que el concepto de Constitución puede ser visto desde diferentes perspectivas: la sociología, la jurídico-normativa, la ideal y la cultural-dialéctica (2015, pág. 84). La concepción sociológica fue formulada por Lasalle al señalar que la Constitución de un estado era la expresión de los factores reales de poder, y al considerar las normas constituciones como mera expresión de la constitución real, en la cual hay una absoluta dependencia. Desde el punto de vista jurídico-normativo, existe una identificación entre ordenamiento jurídico y Estado, donde la norma es concebida como un objeto ideal, y se desconoce la realidad de las expectativas de las normas constitucionales como elementos estructurales de la Constitución. La perspectiva ideal se impuso con las revoluciones burguesas del siglo XVIII y XIX, para señalar que era Constitución aquella que correspondiera a unos valores y principios determinados, a saber: garantía de libertades, división de poderes y Constitución escrita. Por último, la concepción cultura-dialéctica es una síntesis de las tres dimensiones referidas, presentándose una relación recíproca entre deber ser constitucional y ser constitucional.

Sobre la relación entre texto y norma Neves explica:

> No se habla de legislación y de actividad constituyente como procedimiento de producción de norma jurídica (general), sino de emisión de texto legal (Gesetzesestextgebung) o de emisión de texto constitucional

> (Verfassungstextgebung). La norma jurídica, especialmente la norma constitucional, es producida en el transcurso del proceso de concretización (pág. 113).

Finalmente, la constitucionalización simbólica no solo debe ser vista en sentido negativo, también puede ser entendida en términos positivos en la medida que la actividad constituyente, y el lenguaje constitucional, desempeñan un papel político e ideológico (pág. 124).

Por último, Neves habla de constitucionalización simbólica cuando "las instituciones constitucionales básicas –los derechos fundamentales (civiles, políticos y sociales), la "separación" de podres y la elección democrática- no encuentran resonancia generalizada en la praxis de los órganos estatales ni en la conducta y expectativas de la población" (pág. 129).

De lo visto hasta ahora, se puede concluir que la eficacia simbólica de la Constitución Política hace referencia a aquellas disposiciones constitucionales que no tienen la capacidad normativa de encauzar el comportamiento humano hacia un fin determinado, es decir, que carece de carácter instrumental. No obstante, mediante esa eficacia simbólica se cumple otra función importante para el derecho, como lo es la función de crear significados y legitimidad.

En la eficacia simbólica los efectos son producidos en la mente de los ciudadanos, y no a nivel material como ocurre con la eficacia normativa o instrumental. De esta manera, los efectos son producidos por el impacto que rodea la promulgación de la norma, y por el cumplimiento de otros objetivos de tipo político, producto de la fuerza legitimadora de sus formas. Su fuerza radica en el impacto que produce el discurso y su capacidad de establecer diferencias entre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso.

Para García la eficacia simbólica puede ser definida como una estrategia de los operadores jurídicos o de los receptores del derecho, que consiste en utilizar aquello que evoca el lenguaje jurídico con la pretensión de obtener fines políticos diferentes a los plasmados normativamente, mediante el efecto comunicativo que se evoca en los receptores de la norma. La eficacia instrumental logra el cumplimiento de la conducta a través de la difusión de la idea de obligatoriedad (de castigo) mientras que la eficacia simbólica logra sus objetivos por medio de la difusión de una idea de legitimidad, de autoridad o de justicia

La eficacia simbólica tiene un propósito mediador o conciliación entre la realidad y los ideales, y se presenta cuando lo que establece el derecho tiene el mismo grado de importancia como de dificultad en su aplicación. Esto es, es un mecanismo político de adaptación que permite la conciliación inestable entre las necesidades de cambio y las necesidades de que todo siga igual. Ello es ejemplificado por García a través del análisis de la Constitución de 1991 como caso típico de constitución aspiracional, caracterizada por tener una carga muy generosa de derechos y una clara vocación de efectividad de sus normas. Estas constituciones crean un amplio espacio de discusión pública, que tiene una dimensión jurídico-instrumental, pero también una dimensión comunicativa y simbólica. En un primer momento, los derechos consagrados en las constituciones aspiracionales

contienen un maximalismo que parece obedecer a un fetichismo jurídico, tendiente a responder más a necesidades de legitimación política que a la voluntad real de proteger.

Con la función simbólica de las normas se genera un impacto mental, no instrumental, donde se persiguen objetos diferentes a los expresamente consagrados por las normas constitucionales, como es el caso de la relación entre enunciados denotativos y enunciados connotativos formulado por Neves. Es decir, se busca generar una serie de significados y legitimación mediante lo que se evoca y se inspira en sus textos. El ejemplo más claro es el de los aumentos de las penas cuando en una sociedad como estrategia política para genera una sensación de seguridad. Tal como se analizó, se sabe aumentar las penas no es una medida efectiva contra el delito, pero genera que los miembros de una sociedad se pueden sentir más seguros cuando escuchan ese tipo de medidas.

García parte de que el derecho es un campo social, es decir, un escenario de disputa, donde los actores luchan por lograr que su sentido sobre las normas sea el sentido aplicable en una sociedad. Por ello, la eficacia simbólica busca conciliar el derecho real con el derecho ideal, esto es, busca armonizar lo que existe y no se cumple con lo que efectivamente se cumple. Luego, como se trata de un campo de lucha, la eficacia simbólica sirve para dominar o para emancipar, ya que se parte de una incidencia recíproca entre el derecho y los actores jurídicos, entre la estructura y los agentes.

En la eficacia simbólica de la Constitución, los derechos fundamentales, civiles, políticos y sociales, la separación de podres y la elección democrática no encuentran resonancia generalizada en la práctica de los órganos estatales ni en la conducta y expectativas de la población.

La eficacia simbólica puede ser clasificada desde diferentes puntos de vista. García indica que la eficacia simbólica puede ser originaria o derivada, dependiendo si desde el principio de la expedición de la norma esta tiene el propósito de no ser aplicada, o si durante su aplicación y reglamentación se le resta eficacia a la misma. Mientras que Neves señala como tipos de legislación simbólica la que busca confirmar valores sociales, la que busca demorar la capacidad de acción del estado y la que busca postergar la solución de conflictos sociales.

Según lo anterior, si existe una disposición constitucional con pretensión normativa, pero su aplicación o reglamentación le resta eficacia, se presenta una eficacia simbólica derivada de esa disposición constitucional, porque a juicio de Neves la norma no es solamente el resultado del proceso de creación de la disposición, sino también el resultado de su proceso de concretización. Ahora bien, el uso simbólico consiste en la apropiación política de los significados evocados por los textos jurídicos, y puede tener origen en la acción de los creadores de la norma, como también en los aplicadores. Ocurre por ejemplo con normas de la Constitución que son muy progresistas en derechos, que luego son interpretadas y aplicadas por la administración mediante reglamentaciones que desconocen los objetivos previstos.

La Constitución garantiza el acceso a la jurisdicción en el artículo 229, pero la regulación del CPACA en torno a la posibilidad real y efectiva de demandar un acto administrativo

particular da razones para pensar lo contrario, es decir, si bien existe esa pretensión de eficacia normativa del acceso a la jurisdicción, la regulación de los requisitos para demandar le restan eficacia normativa y le otorgan un alto grado de eficacia simbólica derivada.

De lo anterior se puede concluir con Neves que cuando la función simbólica del texto constitucional es excesiva, asociándose a una bajísima fuerza jurídico-normativa del modelo constitucional proclamado solemnemente en los términos de un Estado democrático de derecho, la Constitución pierde su significado jurídico, adquiriendo relevancia en el plano de la retórica y el discurso político.

2. 3. La relación entre lo simbólico y lo normativo:

Hasta el momento se ha analizado tanto la eficacia simbólica como la eficacia normativa de la Constitución Política. Lo simbólico es un concepto oponible a lo normativo, ya que en lo simbólico la noma no cumple el fin expresamente señalado dentro de la norma, mientras que en lo normativo ese fin sí se cumple. Se puede afirmar que lo simbólico y lo normativo son dos caras de la misma moneda, en la medida que son dos posibilidades de una misma norma: o la norma cumple instrumentalmente sus objetivos expresos, o la norma cumple otros objetivos tácitos.

Se debe aclarar que lo anterior es en términos ideales, pues existen diferentes grados o niveles de eficacia simbólica que concurren con la eficacia normativa. De lo que se trata es de identificar esas dos posibilidades de la eficacia de las normas constitucionales, a partir del análisis de sus efectos en el comportamiento humano.

La pregunta que puede guiar el presente capitulo es ¿cómo transitar de la garantía simbólica hacia la garantía normativa de la Constitución? Es decir, como lograr que lo consagrado constitucionalmente deje de tener un contendido retórico, semántico, nominal, fetichista, para que adquiera un verdadero valor normativo e instrumental. Para ello es necesario analizar la relación que existe entre lo normativo y lo simbólico, para lo cual se abordaran las consideraciones teóricas de Lemaitre, Villa, Gargarella, Uprimny y García.

La relación entre lo simbólico y lo normativo puede analizarse a partir de la propuesta de Julieta Lemaitre, quien inicia su análisis con una paradoja (El derecho como conjuro, 2009): ¿Cómo es posible que en Colombia coexista una cultura jurídica arraigada en medio de barbarie de la guerra?, a partir de ello pareciera que el derecho es un discurso sin mayor eficacia en el mundo social.

Esta paradoja puede ser entendida en términos más generales como la disyuntiva que se plantea entre el derecho y la realidad. Lemaitre centra su análisis en el uso del derecho por los movimientos sociales para generar significados sociales (pág. 28). De esta manera, la pretensión de la autora es dar cuenta de la forma como el derecho hace parte de un campo político en el cual se utiliza también, con diversos grados de legitimidad, la violencia física.

El derecho es bandera y no solo campo de batalla en el que se dan las luchas, por eso, el derecho y la violencia en Colombia son una cuestión de significados culturales, tanto el derecho para los movimientos sociales, como el que imponen los ejércitos y grupos armados a través de la violencia (pág. 30).

Luego del análisis del papel del derecho para los movimientos sociales, se concluye que el apego al derecho ha sido criticado fuertemente por la teoría jurídica bajo el calificativo de fetichismo, es decir, como un apego de manera implícita o explícita que se describe como irracional, emocional, mitológico o religiosos (pág. 383).

En el fetichismo jurídico la norma es vista como un instrumento que tiene mayores posibilidades de las realmente posibles. Se cree que el derecho tiene una fuerza mágica que con su sola promulgación puede modificar la realidad.

El fetichismo tiene sus orígenes tanto en el marxismo como en el formalismo jurídico. El marxista y el antiformalista persisten en que el fetichismo legal sirve tanto para indicar un formalismo conservador, como para indicar una complicidad con la injusticia del sistema (pág. 384). Lo que se crítica es que el fetichista tiene la idea de que el derecho puede cambiar la realidad social, cuando realmente no es así.

No obstante, en la esencia del fetichismo legal está el goce que produce el derecho progresista independiente de su aplicación, o incluso, en el exceso de sus posibilidades reales de aplicación (pág. 385). Si bien el fetichismo es visto desde negativamente por el hecho de atribuirle unos efectos al derecho diferentes a los que realmente merece, Lemaitre trata de rescatar una visión positiva del fetichismo, a través de su significado otorgado desde el psicoanálisis.

El fetichismo se originó en el concepto francés de dioses falsos, que eran traídos desde África. Por tanto, se enmarca dentro de una relación de poder donde hay unos dioses verdaderos: los del cristianismo europeo, y otros falsos: los de otras partes, como por ejemplo los africanos. Ahora, el deseo por un objeto no se explica por lo atractivo del objeto, sino por el vacío que éste pretende llenar (pág. 389). El fetiche es un símbolo, no es el objeto en sí, sino lo que representa. Es decir, el fetichista no se siente atraído por el objeto en sí (la norma) sino por lo que esa norma representa (la realidad). De esta manera el fetichismo normativo no solo tiene una carga negativa, sino que puede tener una carga positiva para los movimientos sociales: el fetichismo como carta de batalla, como invitación a la transformación de ese “sueño” que aún no es real, como la posibilidad de imaginar un mundo mejor y la posibilidad de ponerlo en práctica.

De esta manera, Lemaitre muestra una cara favorable del fetichismo, por la actitud o aprecio de la realidad y no a la norma jurídica en sí.

Por el contrario, Valencia se opone a Lemaitre, y defiende una visión pesimista del fetichismo jurídico. Este autor manifiesta que reducir los problemas públicos a meras deficiencias normativas, de forma tal que con la modificación o sustitución de normas constitucionales se puede lograr la solución del conflicto, sin que ello implique intervención practica en el problema, es un tan sólo un pretexto de los reformistas, que no

incide positivamente en la solución del problema. Esto se debe a que como se ha demostrado en la histórica política nacional, el reformismo constitucional no busca el cambio, sino su simbología, no busca la modernización, sino su retórica, no busca la democracia, sino su simulación ideológica (2012, pág. 16).

Es por ello que el reformismo constitucional es un dispositivo ideológico que busca prevenir el cambio social y reproducción el consenso político (pág. 61). Por tal razón es un operador del continuismo político y social, y actúa como un verdadero fetichismo jurídico.

En el mismo sentido, Gargarella, defiende la tesis según la cual las constituciones latinoamericanas son el producto de un pacto ente liberales y conservadores, que dieron lugar a una organización institucional políticamente muy restrictiva (2011), estableciendo libertades políticas limitadas al lado de libertades económicas muy amplias.

A mediados del siglo XIX, las constituciones fueron reformadas, con la finalidad de expandir libertades políticas. Tal tendencia se acentuó a finales del siglo XX. No obstante, se terminó por reproducir el parámetro dominante a principios del siglo XX, en el que "los reformistas se dedican a expandir los derechos existentes, pero sin incorporar las modificaciones acordes y necesarias, en el otra área fundamental de la Constitución, el área de la organización del poder". (pág. 290).

Gargarella critica la actitud de creer que la simple consagración o ampliación de derecho y libertades es suficiente para su garantía, sin contar que es necesario el acompañamiento de reformas en la estructura del poder público, en otras palabras, la ampliación o consagración de derechos en insuficiente para su garantía, si no se acompaña de modificación es en la organización del poder.

Refiriéndose a los límites de las reformas que sólo buscan ampliar derechos, sin reformar el poder público, Gargarella indica:

> Uno de los límites más significativos es, justamente, el de haber concentrado las energías del cambio en la sección de derechos, sin reconocer la influencia que (tal como examináramos más arriba), se ejerce sobre ellos desde la sección constitucional dedicada a la organización del poder.
>
> Al actuar de este modo los líderes del reformismo social parecen asumir que la potencia transformativa del Derecho es tal, que la mera inclusión de ciertas cláusulas constitucionales resulta autooperativa: basta con incorporar ciertos cambios en la Constitución, para que ellos cobren vía, se autoejecuten (pág. 302).

En otras palabras, una de las restricciones propias de los proyectos reformistas de la Constitución fue el de concentrar energías en la sección de derechos, sin acompañarlas de reformas en la organización del poder.

Siguiendo la idea de Gargarella y Valencia, se puede indicar que la simple consagración de derechos le otorga una mera eficacia simbólica (de retórica y de discurso político) a tales derechos, cuando no se acompaña de cambios en la estructura del poder público. Los

cambios en la estructura del poder público son los que le otorgarían eficacia normativa a tales derechos.

De esta manera, la relación que Garagarella establece entre lo simbólico y lo normativo se encuentra en lo que llama la sala de máquinas, es decir, la organización del poder. Si la parte dogmática de la Constitución no se acompaña de una parte orgánica diseñada y estructurada en función de los derechos, principios y deberes, la Constitución tendrá un carácter meramente simbólico y no normativo. Esto quiere decir que lo que puede garantizar que se transite de una constitución simbólica a una constitución normativa es la organización del poder político.

Si esta idea general de Gargarella se concretiza al objeto de análisis de la presente investigación, se puede afirmar que dependiendo del diseño en la administración de justicia (parte orgánica), depende el respecto de los derechos, principios y valores consagrados constitucionalmente. Es decir, no se puede concentrar los esfuerzos en la mera consagración formal de derechos, pensando que el derecho es un fetiche con más posibilidad de las que realmente tiene, cuando no se hacen reformas en la administración de justicia, enfocadas permitir un acceso ágil y eficaz a la administración de justicia.

La crítica al reformismo constitucional en américa latina es compartida por Uprimny. Según este autor, un punto importante de reflexión es el de la eficacia de los procesos constitucionales, relacionado con la eficacia del derecho en América Latina. Las constituciones latinoamericanas tienen vocación normativa y se encuentra llenas de aspiraciones. Pero a pesar de dicha vocación, la distancia entre los textos constitucionales y la realidad social y política sigue siendo muy grande. Empero, América Latina continua teniendo esa tradición, de adherirse teóricamente a las formas constitucionales, pero teniendo muchas dificultades para concretarlas (2011, pág. 133).

Uprimny se refiere a un elemento muy importante que es el carácter aspiracional de las constitucionales latinoamericanas. La relación entre lo normativo y lo simbólico también puede ser analizada a partir del concepto de constitucionalismo aspiracional.

Según García, el constitucionalismo aspiracional ha prosperado en situaciones donde hay una gran inconformidad con el presente, y una gran expectativa por un futuro mejor. Así mismo, busca la efectividad fáctica y no meramente jurídica de sus normas. Esa efectividad se contempla mediante dos vías: 1. La movilización política. 2. El control judicial de las leyes y actos administrativos. De igual manera, el constitucionalismo aspiracional genera tensiones interinstitucionales entre mayorías políticas y los jueces. Adicional a ello, el constitucionalismo aspiracional requiere algo más que el simple desarrollo legal o jurisprudencial, requiere el compromiso de los movimientos sociales, es decir, un constitucionalismo militante, así como la consolidación de una nueva cultura jurídica (2012).

Por ello, “dado que la constitución es una constitución-en-acto, el texto promulgado es solo un primer paso, importante desde luego, pero sólo un primero paso en la tarea de hacer efectivos esos derechos” (pág. 97). Es decir, la simple proclamación del texto

constitucional es el inicio de un proceso político enfocado a materializar los postulados proclamados.

Existe un optimismo moderado en el que se puede defender el texto aspiracional, entendido tanto sus limitaciones como sus ventajas de la lucha política en el que está inmerso. De acuerdo con esta visión, las constituciones aspiracionales son importantes, pero por sí solas insuficientes. Es necesario el apoyo social y político, el activismo judicial progresista y una cultura en pro de la protección de derechos (2012).

Las limitaciones del constitucionalismo aspiracional obedecen, en buena medida, a la tensión que se presenta entre democracia y derechos. García, siguiendo a Madison, Ely y Ackerman, indica que una constitución ideal debe lograr un máximo de participación democrática posible, compatible con el máximo de protección de derechos posible. El constitucionalismo democrático es aquel que logra este ideal. (pág. 98)

García identifica un constitucionalismo preservador, que se asocia con la limitación del poder y protección del statu quo. Y entre el constitucionalismo democrático se encuentran dos modelos intermedios, el aspiracional-judicial y el aspiracional-político. La calificación de judicial o político depende de la forma predominante como se intenta llevar a la práctica los mandatos constitucionales, es decir, a través de los jueces, en el primero caso, o a través del poder legislativo, en el segundo caso. Colombia es ejemplo del primer caso, Venezuela del segundo (pág. 99).

La razón por la cual en Colombia se haya seguido ese camino obedece, entre otras razones, a la debilidad política de los partidos, a una participación popular débil, y a la fuerte tradición de autonomía judicial. Por el contrario, en Venezuela, las mayorías políticas se encauzaron a través del chavismo y la Revolución Bolivariana.

Las falencias del modelo aspiracional-judicial es el déficit político que le resta eficacia a las decisiones judiciales. Las falencias del modelo aspiracional-político es la concentración de poder que ha impedido un sistema de pesos y contrapesos.

De lo visto en el presente capítulo, se puede apreciar la relación existente entre lo simbólico y lo normativo, como conceptos contrapuestos, como dos visiones contrarias de la misma realidad jurídica.

Lemaitre formula una visión optimista del fetichismo jurídico, explicada a partir de las teorías del psicoanálisis. Por el contrario, Valencia presenta una visión pesimista del fetichismo jurídico, y crítica el reformismo constitucional, como un aparato ideológico que superficialmente defiende el reformismo constitucional, pero para que todo siga igual.

Para Gargarella, la manera de transitar de una constitución retorica o simbólica hacia una constitución normativa es la adecuada estructuración de la sala de máquinas de la Constitución Política, es decir, de la parte estructural del poder público, ya que las meras consagraciones de derechos no son autooperativas.

Finalmente, Uprimny y García describen el constitucionalismo latinoamericano como un constitucionalismo aspiracional que se encuentra en un punto intermedio entre el ideal del constitucionalismo democrático y el constitucionalismo preservador. Siendo necesario el apoyo social, político, el activismo judicial progresista y una cultura en defensa de la protección de derechos. Bajo esta perspectiva, el constitucionalismo aspiracional puede entenderse como un punto intermedio entre un constitucionalismo simbólico y un constitucionalismo normativo.

Lo analizado en este capítulo permite concluir que el tránsito de la garantía simbólica hacia la garantía normativa de la Constitución esta mediado por la consagración de un acceso a la administración de justicia de manera real y efectiva, que permita la intervención oportuna del juez como garante de los principios, valores y derechos constitucionales.

De manera clara García indica que para llegar al ideal de un constitucionalismo democrático, donde se presenta el máximo de participación compatible con el máximo de protección de derechos, es necesario garantizar un control judicial efectivo de las leyes y actos administrativos.

Se observa entonces que la garantía del acceso a la administración de justicia es esencial en el logro de un constitucionalismo democrático que tiene la pretensión de darle un contenido normativo eficaz a esos postulados aspiracionales.

En virtud de lo anterior, el acceso a la justicia administrativa ocupa un papel fundamental en la presente investigación, por la tensión que se ha evidenciado con el mantenimiento del privilegio de la decisión previa.

Por ello, es necesario profundizar en las obligaciones constitucionales que se desprenden del derecho de acceso a la administración de justicia, y luego confrontarlas con la manera en que se desarrolla ese derecho en el escenario de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ello es lo que se abordará en el siguiente capítulo.

2. 4. El acceso a la justicia administrativa en Colombia:

El acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política. Tal como se ha indicado a lo largo de esta segunda parte, la Constitución Política tiene fuerza normativa que, aunque en ocasiones esa fuerza es más simbólica que normativa, implica que las disposiciones constitucionales tienen fuerza vinculante garantizada a través de mecanismos de protección judicial.

Como se pudo evidenciar en la primera parte de la presente investigación, la reclamación administrativa previa obligatoria genera una tensión sobre el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que el agotamiento del recurso obligatorio de apelación implica retardar, y en ocasiones impedir, la posibilidad de demandar el acto administrativo particular a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo anterior, en el presente capítulo se analizará cómo se encuentra estructurado el derecho de acceso a la justicia en el campo del control judicial de los actos administrativos de carácter particular.

Para cumplir lo anterior, se analizará la propuesta teórica de Araujo, las normas constitucionales y legales que consagran el derecho de acceso a la justicia administrativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Previamente, se abordará al criterio de Eduardo García quien, haciendo referencia a las inmunidades de la administración, manifiesta que la historia del derecho administrativo es la historia de "la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación" (1983, pág. 26).

Es decir, en la historia del derecho administrativo se ha presentado una tensión entre el control judicial plenario sobre la administración y sus actos por un lado, y la resistencia a ese control, la existencia de inmunidades y de reductos exentos de fiscalización, por el otro lado. Esta disciplina jurídica ha evolución en función de la reducción de dichas inmunidades.

A partir de esta situación, Araujo afirma que el sistema de protección de derechos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho propugna la plenitud del control jurisdiccional sobre los diferentes conflictos de derecho público y privado (2011), plenitud del control jurisdiccional que es garantizada a través de la consagración el derecho al acceso a la administración de justicia.

El acceso a la administración de justicia tiene diferentes connotaciones. A continuación se sintetizan las disposiciones normativas consagradas en el preámbulo y los artículos 1, 2, 228 y 229 de la Constitución Política, en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, y en la Ley 1564 de 2012, en relación con el acceso a la administración de justicia, para luego formular como se encuentra estructurado este derecho a la luz del derecho administrativo y de la jurisprudencia constitucional.

Con fundamento en las disposiciones constitucionales referidas, se observa que la justicia es un fin constitucional y su administración y prestación es función pública. La administración de justicia se presta en un contexto de independencia, publicidad y permanencia, con sujeción a la prevalencia del derecho sustancial, con un funcionamiento desconcentrado y autónomo. Así mismo es un derecho fundamental, que implica la facultad de toda persona de acceder a la administración de justicia.

Según la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996 la administración de justicia tiene como finalidad hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en la Constitución Política y en la ley, con la pretensión de lograr y mantener la convivencia social y la concordia nacional. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida, eficaz y eficiente.

Por último, según la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva, con sujeción a un debido proceso de duración razonable.

De lo anterior se observa que el acceso a la administración de justicia es un valor constitucional, entendido como un compromiso general del Estado con el fin de alcanzar la convivencia social y pacífica, asegurar la integridad del orden político, económico, jurídico y social justo. De este valor justicia desprende el deber del Estado consistente en prestar un buen servicio de justicia, de manera eficaz (pág. 251).

También es un derecho fundamental, pues implica "el reconocimiento al derecho a que se imparta justicia" (Araujo, 2011, pág. 252). Como derecho fundamental puede ser garantizado mediante la acción de tutela, y guarda una estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo, así mismo, relacionado con la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, en el que la simple consagración formal de recursos y procedimientos no es suficiente, cuando los mismos no son idóneos y eficaces.

El acceso a la administración de justicia también tiene un soporte normativo convencional. Ello se evidencia a partir del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. A la luz de esta norma, no es efectivo un recurso ilusorio, inútil, que se resuelve en un contexto de carencia de independencia e imparcialidad, o por un órgano sin la capacidad para ejecutar su decisión, o en el evento en que se presenta un retardo injustificado (pág. 254).

Para la Corte Constitucional, el derecho al acceso a la administración de justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva son sinónimos, y pueden ser entendidos como la posibilidad de todas las personas que residen en Colombia de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante los jueces y tribunales, para resguardar la integridad del orden jurídico y la protección y restablecimiento de derechos e intereses, con sujeción al debido proceso (pág. 254).

Este concepto que presenta Araujo, es tomado de la línea jurisprudencial sobre el concepto de administración de justicia, establecido en las sentencias T-553 de 1995, T-406 de 2002, C-426 de 2002, T-1051 de 2002 y T-1078 de 2012 de la Corte Constitucional.

> El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes (Sentencia T-283, 2013).

A partir de este concepto, se desprenden unas obligaciones en cabeza del Estado, a saber: La de respetar, según la cual el Estado debe abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización. La de proteger, según la cual el Estado debe adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho. Y la de realizar, según la cual el estado debe (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho (Sentencia T-283, 2013).

Igualmente, para hacer efectivo el derecho a la administración de justicia, es necesario garantizar (i) La posibilidad de acudir y plantear un problema ante los jueces. (ii) Que ese problema sea resuelto. (iii) Que la decisión judicial se cumpla de manera efectiva, restableciendo los derechos lesionados (Sentencia T-283, 2013).

Los deberes y prohibiciones indicados anteriormente, han sido reiterados por la Corte Constitucional mediante sentencia C-169 de 2014. En esta sentencia la corte declaró la inconstitucionalidad del arancel judicial establecido en la Ley 1653 de 2013, por considerarlo una barrera definitiva que restringe el acceso a la administración de justicia y el ejercicio del derecho de defensa dentro del proceso judicial. A diferencia del arancel judicial establecido en la Ley 1394 de 2010, donde la cancelación del arancel judicial se hacía al final del proceso, la Ley 1653 de 2013 establecía el deber de pagar ese tributo antes de presentar la demanda o de hacer efectiva la posición de defensa. De esa manera, se convertía en una condición previa de acceso a la justicia, o del ejercicio del derecho de defensa (Sentencia C-169 , 2014).

En el campo del derecho administrativo, la finalidad de la administración de justicia es lograr el mayor equilibrio entre las prerrogativas de la administración pública y los derechos de las personas. Lo anterior, implica un cuestionamiento sobre la existencia y vigencia real del derecho a la tutela judicial efectiva, en el ámbito de las actuaciones administrativas.

De esta manera es necesario considerar la intensidad y la técnica de control judicial sobre la actuación administración, con el fin de evitar zonas inmunes al control, dificultades procesales en la actuación de los titulares del derecho y la forma de proceder de la actuación, sin que el ejercicio de las prerrogativas y privilegios de las autoridades que ejercen función administrativa se antepongan a los derechos e intereses legítimos de las personas (Araujo, 2011, pág. 272).

Esta pretensión es compleja, si se tiene en cuenta la forma como está estructurado el acceso a la administración de justicia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se busca ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos particulares, por los diferentes requisitos de procedibilidad que se deben cumplir, y por la inmunidad judicial que genera el hecho de no agotar los recursos administrativos obligatorios.

Tal como se explicó en la primera parte de la presente investigación, la persona que quiera demandar mediante nulidad y restablecimiento del derecho un acto administrativo particular,

previamente debe ejercer los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, como lo dispone el numeral segundo del artículo 161 del CPACA. Y a la luz del artículo 76 del CPACA, el recurso de apelación, cuando proceda, es obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Una vez la administración de respuesta al recurso, el interesado podrá demandar el respectivo acto. Y, según el artículo 86 del CPACA, si transcurridos dos meses contados a partir de la interposición de este recurso, no se ha notificado decisión expresa sobre el mismo, se entenderá que la decisión es negativa. En este último evento se configura un acto administrativo presunto o ficto, que puede ser demandando, mediante la figura del silencio administrativo.

No obstante, a pesar de agotar los recursos obligatorios, el numeral primero del artículo 161 del CPACA contempla otro requisito de procedibilidad, que consiste en la conciliación prejudicial. Según esta norma, cuando los asuntos sean conciliables, la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

El artículo 2.2.4.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015, reglamentario del sector justicia, reitera lo señalado en el artículo 3 Decreto 1716 de 2009, y señala un plazo de hasta tres meses para adelantar la diligencia de conciliación prejudicial.

Una vez el interesado haya agotado los recursos obligatorios, y la conciliación prejudicial, podrá acudir ante el juez administrativo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Bajo los supuestos señalados en el artículo 230 del CPACA, el interesado podrá hacer uso de las medidas cautelares, con la finalidad de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la medida cautelar por excelencia es la de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. El artículo 233 del CPACA señala que cuando se solicita una medida cautelar, como lo es la suspensión provisional, la autoridad judicial dará traslado por el término de 5 días al demandado. Luego de este término, la autoridad tiene un plazo de 10 días para pronunciarse sobre ella.

Resumiendo hasta el momento, se observa que, si una persona quiere demandar un acto administrativo particular, deberá agotar los recursos obligatorios (que puede tardar hasta 2 meses) y agotar la conciliación prejudicial (que puede tardar hasta 3 meses). Y si quiere obtener un pronunciamiento cautelar, deberá esperar hasta 5 días y luego hasta 10 días más. Los anteriores términos en un mundo ideal, sin congestión judicial.

En otras palabras, aun haciendo uso de la suspensión provisional, el diseño normativo está establecido para que el actor deba esperar por lo menos 5 meses y 15 días, para obtener un pronunciamiento judicial.

Se puede concluir que el acceso a la administración de justicia es un fin constitucional, pero al mismo tiempo es un derecho fundamental que implica una serie de deberes en cabeza del estado. En virtud de esos deberes, el Estado debe facilitar las condiciones para acceder a la administración de justicia y debe hacer efectivo este derecho. Ello implica que se garantice la posibilidad de plantear el problema jurídico ante los jueces, que dicho problema sea decidido mediante una providencial judicial con la capacidad de restablecer los derechos e intereses lesionados, y de ser cumplida de manera efectiva.

En el escenario de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el acceso a la administración de justicia plantea una tensión entre los privilegios e inmunidades a favor de la administración y la garantía judicial de los derechos e intereses de los administrados.

Acceder a la justicia administrativa, con el fin de impugnar judicialmente un acto administrativo particular, implica el cumplimiento de unos requisitos de procedibilidad que funcionan como mecanismos retardatorios de la posibilidad de que el juez conozca el problema jurídico respectivo. Esto es así, porque quien pretenda demandar debe agotar el recurso administrativo obligatorio, que por regla general es el derecho de apelación, y debe agotar la conciliación prejudicial. Si no lo hace, el juez inadmitirá la demanda para cumplir los requisitos de procedibilidad, y ante su incumplimiento, el juez rechazará la demanda.

En cuando al agotamiento del recurso administrativo obligatorio, este se resuelve en un escenario administrativo donde la administración actúa como juez y parte, lo que implica la ausencia de verdaderos criterios de imparcialidad. El acto administrativo no recurrido mediante la apelación, simula los efectos de la cosa juzgada.

Analizados estos requisitos previos a la demanda, se observa que no están enfocados a facilitar las condiciones de acceso a la administración de justicia, sino a todo lo contrario. Así mismo, cuando no se agota el recurso administrativo de apelación, se desvanece la garantía de plantear el problema jurídico ante los jueces, esto es, el acto administrativo no recurrido no podrá ser objeto de demanda.

Ahora bien, lo dicho en este segundo capítulo permite comprender cuál es la fuerza jurídica de la Constitución Política, y de qué manera se deben resolver las tensiones existentes entre las normas constitucionales por un lado, y las normas infraconstitucionales por el otro.

A partir de las teorías del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo se puede sustentar la idea según la cual la Constitución Política tiene una fuerza normativa, que implica la obligatoriedad de sus disposiciones. La Constitución no es un conjunto de buenos deseos ni de disposiciones programáticas ineficaces, sino que es un conjunto normativo que obliga a las autoridades estatales y a los particulares, con la capacidad de encauzar el ejercicio del poder político y de regir el comportamiento de las personas.

Adicional a ello, y siguiendo los postulados del nuevo constitucionalismo, la Constitución obliga porque es producto de la soberanía popular.

Pero la Constitución no tiene solo fuerza normativa, sino que también tiene una eficacia simbólica, donde no interesa tanto la capacidad de guiar el comportamiento humano, sino que crear una serie de significados, cumpliendo propósitos diferentes a los explícitamente indicados en las normas. El tema de la eficacia simbólica fue analizado en comparación con otros conceptos interesantes como lo de eficacia semántica, nominal o retórica, y los de constitucionalismo aspiración y fetichismo. Todos estos conceptos unidos por la idea de que a veces las disposiciones constitucionales no tienen la capacidad jurídica instrumental que se desprende de su vocación normativa.

Es decir, la Constitución Política tiene una fuerza normativa, pero a veces se sobrepone la eficacia simbólica que le resta su vocación instrumental.

Ahora bien, existe un aspecto fundamental que relaciona lo visto hasta el momento: el papel del acceso a la jurisdicción como garantía de la fuerza normativa de la Constitución Política. La idea se puede sustentar en la propuesta de Gargarella, quien llama la atención en la ineficacia de la garantía de los derechos, cuando las reformas constitucionales no se acompañan de modificaciones en la estructura del poder político. La manera como esté estructurada la defensa judicial de la Constitución Política permite garantizar su fuerza normativa y los derechos que de ella se desprenden. Si se impide controlar judicialmente las leyes y actos administrativos contrarios a la Constitución Política, se resta fuerza normativa a la Constitución. Es decir, el tránsito de una Constitución simbólica hacia una Constitución normativa está en la garantía judicial plena de las leyes, actos administrativos y demás normas y disposiciones infraconstitucionales.

Y es precisamente este el aspecto central de la presente investigación, porque contrario a lo sostenido teóricamente hasta el momento, se observa, a partir del diseño legislativo del CPACA, que existe una regulación enfocada a retardar e impedir el acceso a la justicia administrativa, pues para lograr el control judicial de un acto administrativo es necesario agotar una serie de requisitos retardatorios, e incluso nugatorios del derecho de acceso a la jurisdicción.

3. LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRIVILEGIO DE LA DECISIÓN PREVIA EN COLOMBIA:

El problema de la presente investigación consiste en determinar si se encuentra justificado constitucionalmente el privilegio de la decisión previa en Colombia. Es decir, determinar si la exigencia legal consistente en agotar los recursos que legalmente son obligatorios en Colombia, previo a demandar la nulidad de un acto administrativo particular, ofrece razones válidas a la luz del ordenamiento constitucional.

Para resolver este problema de investigación, se utilizó una metodología explicativa, basada en un enfoque cualitativo, por medio del cual se describieron e identificaron las diferentes razones que justifican la existencia del privilegio de la decisión previa, con el propósito de identificar la finalidad que se pretende suplir este requisito de procedibilidad y confrontarla con la Constitución Política a través de la aplicación del juicio de proporcionalidad.

En un primer momento, se investigaron, identificaron y describieron las diferentes razones históricas, doctrinarias, normativas y jurisprudenciales relativas al privilegio de la decisión previa en Colombia, con el fin identificar las diferentes motivaciones que han sustentado la existencia de este privilegio.

La descripción de estas razones tuvo la pretensión de abarcar en la mayor medida de lo posible las diferentes perspectivas sobre el privilegio de la decisión previa, abordando las dos influencias más fuertes del derecho administrativo en Colombia, a saber, la francesa y la española.

En un segundo momento, a partir de la doctrina, se abordó el concepto de la fuerza normativa y la fuerza simbólica de la Constitución Política, haciendo énfasis en el contexto latinoamericano, y profundizando en el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, mostrando las particularidades del acceso a la administración de justicia administrativa, teniendo en cuenta que la garantía judicial de los preceptos constitucionales es un elemento esencial para determinar si la Constitución Política realmente posee fuerza normativa.

Finalmente, en el presente capítulo se pretende establecer si esas razones históricas, doctrinarias, normativas y jurisprudenciales coinciden con los postulados, reglas, principios y valores, contemplados en la Constitución Política de 1991, a través de la aplicación del juicio de proporcionalidad.

La finalidad del presente capitulo es fortalecer metodológicamente el análisis sobre la justificación constitucional del privilegio de la decisión previa a través de la aplicación del juicio de proporcionalidad.

Para cumplir lo anterior, se sintetizarán las diferentes razones que justifican el privilegio de la decisión previa, para encontrar una finalidad que permita aplicar el test de proporcionalidad con mayor precisión.

Ahora bien, es necesario hacer dos aclaraciones preliminares, la primera consisten en determinar el sentido en que se utiliza la expresión justificación constitucional. Y la segunda consiste en señalar como el test de proporcionalidad es una herramienta enfocada a satisfacer la pretensión de corrección de las decisiones jurídicas, en especial las decisiones judiciales.

La justificación constitucional se refiere al análisis crítico de las razones que sustentan la existencia del privilegio de la decisión previa, en relación con las disposiciones constitucionales.

Para lo cual se tomó la distinción entre razones explicativas y razones justificatorias planteada por Manuel Atienza.

Atienza indica que en la filosofía de la ciencia se puede distinguir entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. Por una parte está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría, mostrando como se genera y desarrolla el conocimiento científico. Por otra parte, está el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, es decir, confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez (Atienza, 2006, pág. 31).

Cuando esta distinción se traslada al campo de la argumentación jurídica, se observa que:

> Una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión. Si pensamos en el argumento que concluye afirmando: A los presos del Grapo se les debe alimentar por la fuerza, podemos trazar la distinción entre los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc., que movieron a un determinado juez a dictar esa resolución y las razones que el órgano en cuestión ha dado para demostrar que su decisión es correcta o aceptable (que está justificada). Decir que el juez tomó esa decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una razón justificatoria (Atienza, 2006, pág. 32)

Retomando a Nino, Atienza señala que las razones explicatorias se identifican con los motivos, y que ellas están conformadas por estados mentales que anteceden causalmente ciertas acciones. La razón explicatoria está dada por una combinación de creencias o deseos. Por el contrario, las razones justificatorias sirven para valorar una acción, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista.

En el presente caso, se adopta esa distinción y se acoge el concepto de razones justificatorias. Para efectos de la presente investigación, la justificación constitucional se entiende como la valoración del privilegio de la decisión previa, a la luz del derecho de

acceso a la administración de justicia, esto es, si la forma como está diseñada la reclamación administrativa previa obligatoria, como requisito de procedibilidad, es coherente con las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política.

La segunda aclaración consiste en acoger los planteamientos teóricos según los cuales el test de proporcionalidad es una herramienta encaminada a satisfacer la pretensión de corrección propia de las decisiones jurídicas, y en especial de las decisiones judiciales. Por lo cual se rechazan aquellas teorías que defienden la falta de criterios de razonabilidad de las decisiones jurídicas y judiciales.

Esta aclaración es necesaria ya que el objeto de la presente investigación es analizar la justificación constitucional del privilegio de la decisión previa, y ello implica resolver una tensión entre este privilegio a favor de la administración y el derecho de acceso a la administración de justicia. Para resolver esta tensión se debe adoptar una decisión jurídica encaminada a ser la decisión correcta según los postulados constitucionales.

La interpretación jurídica como género, y por ello la interpretación judicial como especie, persiguen una pretensión de corrección, consistente en hallar la mejor decisión posible en un caso concreto:

> La interpretación judicial sí persigue alcanzar una interpretación correcta del derecho, en el sentido de hacer lo mejor posible con el material jurídico que el juez tiene a su disposición, todo lo cual constituye la pretensión de corrección que estaría presente incluso en cualquier forma de interpretación jurídica (Uprimny & Rodríguez, 2008, pág. 83).

La complejidad para cumplir esa pretensión de corrección es aún mayor en el escenario del derecho constitucional. Esto si se tiene en cuenta que la estructura normativa de un alto número de derechos constitucionales obedece a la estructura normativa de los principios.

La diferencia entre reglas y principios no es solamente una diferencia de grado, es decir, sobre el nivel de generalidad, pues también existe una diferencia cualitativa. Los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Es por ello que los principios pueden ser cumplidos en diversos grados. Las reglas, por el contrario, son normas que exigen un cumplimiento pleno, es decir, o son cumplidas o no son cumplidas, esto quiere decir que las reglas contienen determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente (Alexy, 2002, pág. 13).

Por lo anterior, los criterios clásicos de interpretación y aplicación del derecho, tales como la subsunción, se muestran insuficientes para resolver conflictos jurídicos sobre derechos constitucionales. Gradualmente, los criterios clásicos han sido desplazados por otros criterios como la ponderación, la proporcionalidad y la razonabilidad.

Bajo esta perspectiva, es válido indagar sobre los criterios que aseguran la racionalidad tanto de las decisiones jurídicas como de las decisiones judiciales. Bernal Pulido, siguiente

a Wróblewski indica que una decisión racional es una decisión justificada, es decir, aquella que procede de un razonamiento respetuoso de las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica (2008, pág. 50).

De esta manera, la racionalidad, la razonabilidad y el principio de proporcionalidad son criterios para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales, y en este sentido son criterios para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el control de constitucionalidad (Bernal, 2008, pág. 61).

Javier Barnes indica que el principio de proporcionalidad se enmarca en un sistema sobre los derechos fundamentales y los límites frente a la actividad limitadora del legislador y demás poderes públicos. El principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y ponderar la licitud de límites normativos de las libertades, de interpretaciones o aplicación de la legalidad, a partir de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio (Barnes, 1998).

Barnes indica que "es al fin elegido por la norma o su aplicación al que hay que hacerle hablar, el que nos dirá si el medio adoptado quiebra solemnemente los criterios apuntados" (pág. 16). Es decir, lo que se analiza en el juicio de proporcionalidad es si el fin de la norma, o su aplicación, desborda los postulados constitucionales de manera desproporcionada. Por ello, el principio de proporcionalidad es de carácter relativo, pues de él no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo las referidas al caso, según la relación medio-fin, en relación con los bienes, valores o derechos que se pretenden satisfacer. También tiene un carácter relacional al comparar dos magnitudes, los medios a la luz del fin. A partir de ello, el principio de proporcionalidad "se articula técnicamente en torno a tres criterios escalonados: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio" (pág. 18).

En cuanto al fundamento del principio de proporcionalidad, en el contexto Español y Europeo, indica que su fundamento último se encuentra en la cláusula de Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, que encarna una idea elemental de justicia material: "la proscripción de todo sacrificio de libertad inútil, innecesario o desproporcionado" (pág. 19).

Arnold, Martínez y Zúñiga (2012) indican que a partir de la expedición de la Ley Fundamental de Bonn y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán se introdujo un nuevo lenguaje referido al principio de razonabilidad, según el cual la producción del derecho debe sujetarse a estándares que impidan o disminuyan la arbitrariedad. Esta idea constituye el origen de la idea de proporcionalidad. La idea de proporcionalidad es consecuencia de la razonabilidad, y mediante la proporcionalidad se busca determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente adecuada a perseguir un fin determinado.

En Alemania, "el principio de proporcionalidad se ha mostrado como un instrumento eficaz, pragmático y flexible para moderar la tensión entre el individuo y el poder público" (2012, pág. 71), conformado por cuatro requisitos que resultan aplicables en toda intervención en la libertad y propiedad de las personas por el poder público, ya sea el

legislador, el ejecutivo o el judicial. En virtud de ello, las medidas del poder público: A. Deben perseguir una finalidad legítima. B. Deben ser adecuadas o idóneas para la promoción de dicho objetivo legítimo. C. Deben ser necesarias, y entre varias alternativas de intervención deben preferirse las que afecten menos a los derechos involucrados. D. Debe ser proporcionales en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser adecuada al objetivo intervenido.

Insignares y Molinares (2012) señalan que en la labor interpretativa de la Corte Constitucional colombiana se ha desplegado una metodología propia, que integra el test de igualdad de Estados Unidos y el juicio de proporcionalidad europeo, diseñando de esta forma un juicio integrado de constitucionalidad. Esta metodología aprovecha las ventajas de los dos métodos y disminuye las críticas contra la Corte Constitucional por aquellos que la señalan de invadir las esferas legislativas del Congreso, pues en aquellos casos donde existe una mayor discrecionalidad del legislador, la intervención de la Corte es más débil, por el contrario, cuando la discrecionalidad del legislador es más débil, la intervención de la Corte es más fuerte.

Insignares y Molinares, luego de analizar las sentencias C-093 de 2001 y C-452 de 2005 de la Corte Constitucional, concluyen que el análisis en relación a las medidas adoptadas por el legislador se constituye en un proceso que "reduce el margen de interpretaciones abusivas de los jueces y promueve una mixtura de métodos (Estados Unidos y Europa) que fortalecen la metodología de juicio integrado por la Corte Constitucional colombiana" (pág. 116).

Ahora bien, en el presente caso, estos criterios de interpretación judicial son útiles a las decisiones jurídicas en general, debido a la relación género-especie que existe entre decisión jurídica y decisión judicial. Esto es, la decisión judicial es una especie de decisión jurídica, y por ende aquella tiene elementos en común con esta. Este análisis es útil y aplicable, porque está enfocado a determinar la justificación de las decisiones judiciales como decisiones jurídicas.

Como se indicó, la Corte Constitucional, a través de las sentencias T-422 de 1992, C-026 de 1996, C-093 de 2001 y C-671 de 2001, entre otras, ha desarrollado el juicio de igualdad, a partir de la razonabilidad y la proporcionalidad, que se ha visto sustentado en los pronunciamientos de los tribunales constitucionales de España, Alemania y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y a partir de las herramientas hermenéuticas de origen estadounidense, fue consolidando la diferente intensidad del juicio de igualdad, a la luz de la importancia del principio democrático, a favor de la libertad de configuración legislativa, frente a los ámbitos del ordenamiento jurídico (Sentencia C-520, 2016).

A partir del año 2001, la Corte Constitucional consideró que era conveniente aprovechar las ventajas de cada uno de los test en la medida que:

> "confluyen herramientas hermenéuticas compatibles, en tanto se estructuran a partir de un análisis de medios y fines alrededor de las decisiones de los poderes públicos. Con ello, consideró este Tribunal que se aprovecharía, entonces, el mayor poder

> analítico del juicio de proporcionalidad, con el carácter diferencial del test de igualdad" (Sentencia C-520, 2016).

De esta manera, la Corte Constitucional diseñó un test integrado que aplica al juicio de proporcionalidad con distintas intensidades, de acuerdo al ámbito en el que se encuentre la decisión controvertida, como se verá más adelante, en busca mantener una relación inversamente proporcional entre la libertad de configuración del legislador y la facultad de revisión del juez constitucional, con el fin de maximizar la protección del principio democrático.

De esta manera, la Corte quiso solventar las diferentes críticas de quienes alegaban su falta de legitimidad para convertirse en una especie de legislador negativo al declarar inexequibles los actos de los órganos elegidos popularmente. Mediante la graduación de intensidades, la Corte protege el principio de libre configuración legislativa sin renunciar a su papel de guardiana de la Constitución Política.

Pero el test integrado proporcionalidad o razonabilidad no sólo es aplicable en contextos donde se presentan limitaciones al derecho a la igualdad, sino que también ha sido utilizado con el fin de analizar las limitaciones de otros derechos fundamentales, y para ejercer el control de constitucionalidad.

A continuación se explican los pasos del test de proporcionalidad, con el fin de aplicarlo en la presente investigación para determinar si el privilegio de la decisión previa es una medida justificable desde el punto de vista constitucional. Es decir, determinar si ese requisito de procedibilidad que consiste en agotar los recursos administrativos obligatorios, previo a ejercer el derecho de acción contra actos administrativos constitucionales, supera un escrutinio de constitucionalidad, teniendo en cuenta la forma como limita el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Ello implica confrontar el diseño normativo del CPACA en relación con el privilegio de la decisión previa frente al artículo 229 de la Constitución Política. Por lo anterior es que es plenamente aplicable el juicio de proporcionalidad.

A partir de lo anterior, se pueden identificar por lo menos cuatro pasos que conforman el test de proporcionalidad, los pasos son: 1. Identificar la finalidad constitucional de la norma objeto de análisis 2. Analizar la adecuación o idoneidad de la norma para cumplir el fin constitucional propuesto. 3. Determinar si la norma es necesaria. 4. Analizar la proporcionalidad en sentido estricto (Sentencia C-470 , 2011).

De esta manera, la Corte Constitucional ha expresado:

> La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su "idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida

> mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad" (Sentencia C-520, 2016).

La idoneidad o adecuación se entiende como aquella en la cual la medida adoptada conduce a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. En la necesidad se analiza cuál es la medida más favorable para el derecho intervenido en comparación con las otras medidas que tengan la misma idoneidad. La proporcionalidad en estricto sentido busca analizar que las ventajas obtenidas con la medida compensen los sacrificios que implica, es decir, se establece un análisis entre costo y beneficio, de manera tal que si los beneficios logrados no compensan los costos en que se incurra, la medida no es proporcional (Bernal, 2008, pág. 67).

Fernando Galeano (2011) quien sintetiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al juicio de igualdad. Para este autor el juicio integrado puede ser:

Leve: cuando se trata de materias económicas, tributarias, de política internacional, frente a competencias específicas definidas por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, frente al análisis de normatividad preconstitucional derogada que aun surte efectos, y cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecia, prima facie, una amenaza para el derecho en cuestión. En este caso, el fin buscado debe ser legítimo, es decir no debe estar prohibido constitucionalmente, y el medio empleado debe ser adecuado para alcanzar el fin buscado.

Intermedio: cuando se pueda afectar un derecho constitucional no fundamental, o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. En este caso, el fin buscado no sólo debe ser legítimo, sino también constitucionalmente importante. El medio debe ser adecuado, no prohibido y efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma.

Estricto: en caso de clasificaciones sospechosas como las enumeradas en el artículo 13 de la Constitución Política, cuando la medida recae sobre personas de debilidad manifiesta, grupos marginados, discriminados o sin acceso efectivo a toma de decisiones. Cuando la medida afecta, prima facie, gravemente el goce de un derecho fundamental y cuando se examina una medida que crea un privilegio. En estos casos, el fin buscado no solo debe ser legítimo e importante, sino además imperioso. El medio debe ser adecuado, efectivamente conducente y necesario, esto es, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. La aplicación del juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionalmente afectados por el establecimiento de la medida.

Ahora bien, el test de proporcionalidad que se debe aplicar en el presente caso es el estricto, ya que la medida adoptada puede afectar gravemente el goce de un derecho fundamental como lo es el acceso a la administración de justicia, y porque las normas del CPACA consagran un privilegio a favor de la administración.

3.1. La finalidad del privilegio de la decisión previa:

A lo largo de la presente investigación se han descrito las diferentes razones que explican la existencia del privilegio de la decisión previa. A continuación, se propone una sistematización que recopila esas diferentes razones, para formular, a través de un ejercicio sintético, la finalidad que pretende cumplir el privilegio de la decisión previa:

Desde el punto de vista histórico, durante la revolución francesa de 1789 existieron razones de tipo político para impedir que los jueces controlaran a la administración. La idea de la separación de poderes sirvió para separar de manera radical la función judicial de la función administrativa, impidiendo que los parlamentos pudieran controlar los actos de la administración.

Algunos autores defienden o mitifican la revolución francesa como el origen del Estado de Derecho, cuando, paradójicamente, la finalidad de defender la separación de poderes era propender por una administración no controlada por los jueces. La finalidad política era que los jueces, representantes de la aristocracia, no ejercieran las facultades del poder de registro y del veto devolutivo, que obstaculizaran el ideario revolucionario.

Esa etapa, conocida como la de la justicia retenida, donde la administración era juez de sus propios actos, es para muchos el origen del derecho administrativo. Si bien la idea originaria cambió cuando se implementó la justicia delegada, hoy en día sirve para defender la inmunidad de la administración frente al control judicial, en un contexto político muy diferente al de aquella época.

Ahora bien, la vía gubernativa es una institución de origen español que surge a partir de la consolidación de la separación entre lo gubernativo o administrativo, por un lado, y lo contencioso o judicial, por el otro. Entre 1845 y 1847 se consolidó la vía gubernativa en España como un requisito previo para acudir al juez.

La finalidad histórica de esta institución fue la de afrontar tres necesidades:

1. La garantía de la situación jurídica de los compradores de bienes nacionales, con el fin de sustraer este tipo de negocios a los jueces ordinarios, ante la proclividad de fallar en contra de la administración, con la consecuente paralización de las ventas.

2. Las exigencias de la regla de inembargabilidad y de la normalización presupuestaria de los entes públicos, como respuesta ante la crisis financiera alrededor de 1840, en la cual las entidades administrativas no tenían como pagar sus deudas. Por tal razón se ideó la estrategia de retardar el pago de la obligación, con el fin de permitir que la administración presupuestara el dinero que debía, sin tener que perder sus bienes por los respectivos embargos.

3. Las tendencias a una centralización eficaz de la defensa procesal de la administración, con el fin de que la vía gubernativa sirviera para que la administración pudiera prefabricar su estrategia de defensa, y poder defenderse mejor.

En ambos casos, el francés como el español, la idea era eludir, o por lo menos retardar, el control de juez, por ser considerado un control inconveniente para la administración.

Desde el punto de vista normativo, se encuentran las siguientes finalidades:

Tal como se indicó, en la exposición de motivos de la Ley 167 de 1941, segundo Código Contencioso Administrativo, se parte de la idea de que existe un principio fundamental del derecho administrativo según el cual no existe recurso judicial sin agotar la vía gubernativa. Razón por la cual, este principio se aplicó por la jurisprudencia antes de 1941, aún sin que estuviera consagrado expresamente en la Ley 130 de 1913, primero Código Contencioso Administrativo.

La razón principal de consagrar normativamente este principio era la de evitar los conflictos entre las autoridades administrativas y los jueces, cuando se impugnaba vía judicial un acto administrativo no recurrido vía administrativa. De esa manera, si la autoridad administrativa resolvía en determinado sentido un recurso, y el juez competente fallaba en sentido contrario, en relación con el acto objeto del recurso, la decisión del juez era ineficaz, pues la decisión administrativa del recurso quedaba en vigor, al no ser objeto del control judicial.

Es decir, la finalidad era evitar conflictos entre la administración y los jueces al emitir decisiones contradictorias.

En relación con el Decreto 01 de 1984, tercer Código Contencioso Administrativo, se consideró que era más fácil para el administrado y mejor para la administración, obligar a ejercer los recursos de la vía gubernativa, pues se trababa de mejor manera la litis, y el administrado tenía la posibilidad de ahorrarse todo un proceso judicial.

Por su parte la Comisión de Reforma del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, indicó que era necesario mantener el privilegio de la decisión previa porque era una medida de descongestión judicial, y su eliminación implicaría mayor congestión judicial. Así mismo se indicó que la administración debía corregir sus propios errores, sin que su ineficacia fuera trasladada al juez.

En relación con la jurisprudencia, la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha defendido el privilegio de la decisión previa, al considerar que es una oportunidad para ejercer una justicia interna dentro de la administración.

Este privilegio, constituye una ventaja o beneficio para el particular, por tratarse de una vía rápida y oportuna para proteger derechos, y porque se evita un costoso y engorroso proceso judicial. Al mismo tiempo satisface la pretensión del interesado y garantiza el derecho de defensa y contradicción. De esta manera, se garantiza el principio de economía procesal.

La vía gubernativa es un derecho del administrado y un mecanismo ágil y efectivo de defensa, de igual manera, el privilegio de lo previo se deriva del principio de autotutela de la administración, según el cual la administración puede resolver los conflictos en que está inmersa, al dársele la oportunidad de revisar sus propias decisiones.

De esta manera, la vía gubernativa es una manifestación del derecho al acceso a la administración de justicia.

Según la doctrina, la vía gubernativa es un escenario de debate que permite la contradicción de los actos administrativos, razón por la cual el término para interponer los recursos se ampliaron de 5 a 10 días, para darle una mayor oportunidad al ciudadano.

Igualmente, es una herramienta de autocontrol y corrección. De esto se desprende la idea del proceso contencioso como un proceso ex post, de carácter revisor, lo que implica que los recursos judiciales no tengan un carácter suspensivo.

El privilegio de la decisión previa tiene como efecto la presunción e validez del acto y su ejecutividad inmediata, así mismo implica que la carga procesal este en cabeza del demandante, quien se enfrenta a la administración en condiciones de desigualdad procesal.

Ahora bien, si las diferentes razones se sintetizan aún más, con el fin de identificar el fin constitucional que persigue este privilegio, se observa que hay por lo menos dos finalidades:

La primera consiste en retardar la vía judicial, descongestionando la justicia, para que la administración revise su decisión, en virtud del principio de economía procesal, donde el interesado puede obtener una decisión a su favor, sin afrontar el largo, desgastante y oneroso proceso judicial.

La segunda indica que la finalidad es otorgar al particular un instrumento de defensa y contradicción, que permite la impugnación de los actos administrativos, constituyéndose en un instrumento de control y en una manifestación de acceso a la administración de justicia.

En virtud de lo anterior, la segunda finalidad sintetizada debe ser descartada, porque confunde las diferentes connotaciones de los recursos administrativos.

Tal como se indicó al principio, los recursos administrativos tienen una triple condición de garantía, carga y privilegio. La Corte Constitucional, en especial en la sentencia C-319 de 2002, incurre en la falacia de “palabras equivocas”. Esta falacia consiste en cambiar el sentido de una palabra en el transcurso del argumento (Weston, 2000, pág. 131), así mismo, incurre en la falacia de desvío de la cuestión.

Se presentan estas falacias porque la Corte Constitucional inicia el estudio de los recursos como carga y privilegio, pero luego cambia el sentido de los recursos como garantía. De esta manera, toda su argumentación está guiada a defender los recursos como instrumentos

de defensa, contradicción y control, pero olvida el sentido inicial por el cual se demanda del Código Contencioso Administrativo que es el de los recursos como carga y privilegio.

Bajo esta perspectiva, es que la segunda finalidad, sintetizada conforme a lo anterior, debe ser descartada, pues la presente investigación no pretende analizar la justificación constitucional de los recursos como garantía, sino como privilegio y carga. Esto se debe a que la discusión no está enfocada a determinar si se deben mantener o no los recursos administrativos como garantía, esto es, como herramienta de contradicción y defensa. Ciertamente la consideración de los recursos como garantía en principio no encierra una tensión con los postulados constitucionales, diferente a la tensión que sí se presenta cuando se comprenden los efectos de no agotar los recursos obligatorios, como lo es la imposibilidad de demandar vía judicial la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo no recurrido.

Por lo tanto, se concluye hasta el momento, que la finalidad constitucional que persigue el privilegio de la decisión previa en Colombia es retardar la vía judicial, para descongestionar la justicia, y permitir que la administración revise su decisión, en virtud del principio de economía procesal, donde el interesado puede obtener una decisión a su favor, sin afrontar el largo, desgastante y oneroso proceso judicial.

En relación con el propósito de descongestionar la jurisdicción, la Corte Constitucional (Sentencia C-470 , 2011) ha manifestado que es un instrumento válido para garantizar una administración de justicia pronta y eficaz.

El grado de congestión de los juzgados puede ser uno de los indicadores de rendimiento para evaluar su desempeño, y sirve para diseñar las herramientas y planes para mejorar la eficacia de la gestión judicial.

Es por ello, que el propósito de buscar la descongestión de los despachos judiciales es una finalidad constitucionalmente importante.

No obstante, la Corte ha indicado que:

> La descongestión judicial no puede ser asumida como un fin en sí mismo, sino apenas como un mecanismo complementario para garantizar el acceso a la justicia, ese sí explícitamente mencionado por el texto superior en su artículo 229 y definido por la jurisprudencia como un derecho fundamental (…)
>
> Pues en efecto, es sólo en la medida en que la demanda de justicia en desarrollo de ese derecho supera y desborda la capacidad institucional del Estado para responder a esa necesidad, que se justifica entonces la descongestión como un interés de la ciudadanía, cuya relevancia avala la necesidad de contar con políticas públicas sobre la materia, las cuales deben entonces tener una necesaria vocación de transitoriedad, siempre atada y condicionada a la persistencia del problema que se busca superar.

> Esta última reflexión permite a la Corte refrendar su conclusión en el sentido de que la descongestión de los despachos judiciales una finalidad legítima y constitucionalmente importante, no obstante lo cual su relevancia es necesariamente inferior a la del derecho de acceder a la administración de justicia, que es el principal interés al que debe servir (Sentencia C-470 , 2011).

Por lo anterior, el propósito de descongestionar los juzgados judiciales es un fin legítimo, importante. Así mismo es imperioso, en la medida que busca impedir escenarios de colapso institucional para que el servicio de administrar justicia no vaya a ser suspendido. Empero, es relevante resaltar que las medidas de descongestión deben tener la vocación de transitoriedad, y que en todo caso es un instrumento al servicio del acceso a la administración de justicia, esto es, que su importancia no puede ser superior al derecho al acceso a la administración de justicia.

De esta manera, concluye que el fin de retardar el acceso a la vía judicial, para descongestionar la justicia, y permitir que la administración revise su decisión, es un fin constitucionalmente legítimo. El fin de retardar la vía judicial tiene como razón de ser una medida de descongestión judicial, donde la administración puede reconsiderar su decisión y el administrado tiene la oportunidad de resolver su conflicto jurídico sin necesidad de acudir al juez.

Es decir, se trata de un solo fin, pero sustentado en razones de constitucionalidad y conveniencia como lo es la de desjudicializar el conflicto jurídico entre la administración y el administrado. Empero, se advierte que la medida de descongestión es un instrumento a favor del acceso a la administración de justicia, ya que lo que se pretende es que sólo un pequeño número de casos tengan que ir donde el juez, cuando existe la posibilidad de resolver los problemas jurídicos de manera previa, para que la administración de justicia pueda funcionar de manera adecuada, y no colapse la prestación de esta función pública por causa del altísimo número de casos que ingresan a los despachos día a día.

3.2. La adecuación o idoneidad:

Como se indicó en el acápite anterior, la finalidad constitucional que se desprende del privilegio de la decisión previa consiste en retardar la vía judicial, para descongestionar la justicia, y permitir que la administración revise su decisión, en virtud del principio de economía procesal, donde el interesado puede obtener una decisión a su favor, sin afrontar el largo, desgastante y oneroso proceso judicial.

Ahora bien, de acuerdo a la actual regulación que se encuentra en los artículos 76, 128 y 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la persona que pretenda demandar la nulidad de un acto administrativo de carácter particular y definitivo, deberá agotar el recurso de apelación cuando sea procedente, como requisito previo a ejercer su derecho de acción. De no hacerlo, el interesado no podrá demandar el acto administrativo respectivo.

Se observa entonces, que la construcción normativa a partir de los artículos referenciados del CPACA, conduce a retardar la vía judicial, pues implica que el interesado, previo a ejercer su derecho de acción, agote el recurso de apelación, y ello implica que la administración tenga la oportunidad de revisar su decisión. El CPACA también regula los efectos que tiene que la administración no responda las peticiones o los recursos dentro de los términos de tres meses y dos meses, respectivamente. Lo que implica que si transcurrido dicho término la administración no responde, se entenderá, por regla general, que la decisión es negativa, habilitando la posibilidad de demandar los actos administrativos respectivos.

De ello se infiere que la regulación de los recursos conlleva a retardar la posibilidad de demandar, pero no de forma indefinida. El hecho de retardar el acceso a la administración de justicia, genera que los procesos no entren a ser resueltos por los despachos judiciales de manera inmediata, sino que, previo a ello, se le otorga a la administración la posibilidad de resolver el conflicto, lo que implica que en algunos casos, los conflictos jurídicos serán resueltos sin necesidad de acudir ante el juez, y otros no podrán ser resueltos porque el administrado dejó vencer el término para interponer los recursos, luego, no podrá demandar. Es por ello que la medida es adecuada y efectivamente conducente.

3.3. La necesidad:

Analizar la necesidad del privilegio de la decisión previa en virtud de su finalidad retardatoria del acceso a la jurisdicción, implica determinar la existencia de otras medidas que tengan la misma idoneidad o conducencia, y que sea menos lesiva a los principios, reglas y derechos con los que pueda entrar en tensión. Necesariamente, las medidas en cuestión deben ser comparadas con otras medidas establecidas legalmente, que también tengan la potencialidad de retardar el acceso a la administración de justicia.

Hay otros dos mecanismos que se aplican en el derecho administrativo, que podrían retardar el acceso a la administración de justicia, y funcionaría de manera similar a como funcionan los recursos.

El primero de ellos es la revocatoria directa de los actos administrativos. Institución que se encuentra regulada en los artículos 93 y siguientes del CPACA, y consiste en la posibilidad que tiene la administración para revocar sus propios actos administrativos, de oficio o por solicitud de parte. El plazo para decidir la solicitud de revocatoria directa es de dos meses. Sin embargo, la solicitud de revocatoria directo no tiene efectos suspensivos, ni revive términos para demandar, ni da lugar a la aplicación del silencio administrativo. De igual manera, para revocar un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto se requiere del consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

El otro mecanismo que también podría retardar el acceso a la administración de justicia es la conciliación prejudicial. La conciliación prejudicial constituye un requisito de procedibilidad, adicional al agotamiento del recurso obligatorio, conforme al artículo 161 del CPACA. Según esta norma, cuando los asuntos sean conciliables, la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

El artículo 2.2.4.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015, reglamentario del sector justicia, reitera lo señalado en el artículo 3 Decreto 1716 de 2009, y señala un plazo de hasta tres meses para adelantar la diligencia de conciliación prejudicial.

En derecho administrativo la conciliación sólo puede ser adelantada ante las autoridades de la Procuraduría General de la Nación y debe ser aprobada judicialmente, para tener efectos de cosa juzgada. La conciliación tampoco suspende los efectos de los actos administrativos.

Ahora bien, la conciliación prejudicial es un requisito de procedibilidad para acudir a la vía judicial. Ello quiere decir que si el interesado no agota este requisito, no podrá demandar. De esta manera, las consecuencias de no agotar el recurso y de no agotar la conciliación prejudicial son las mismas. A pesar de ello, el término para llevar a cabo la conciliación es de tres meses, mientras que el término del silencio administrativo frente a los recursos es de dos meses. Y, como se indicó, la conciliación no tiene efectos suspensivos. Por ello, la conciliación no sólo no es menos lesiva, sino que tampoco es más favorable que el privilegio de la decisión previa.

Por su parte, la revocatoria directa de los actos administrativos no tiene efectos suspensivos, tampoco revive términos ni da lugar a la configuración del silencio administrativo. El término para resolver las solicitudes de revocatoria directa es de dos meses, es decir, el mismo término para configurar el silencio administrativo frente a los recursos. De esta manera, al igual que la conciliación, la revocatoria directa no es ni menos lesiva, ni más favorable que el privilegio de la decisión previa.

Por lo anterior, el privilegio de la decisión previa es un mecanismo necesario para cumplir la finalidad de retardar el acceso a la administración de justicia, partiendo de la comparación realizada en relación con la conciliación prejudicial y la revocatoria directa.

En otras palabras, se puede concluir que el privilegio de la decisión previa es un mecanismo necesario, en la medida que no existen otros mecanismos retardatarios de la jurisdicción, con los mismos beneficios, ni que sean menos lesivos en comparación con el privilegio de la decisión previa.

3.4. La proporcionalidad en sentido estricto:

La proporcionalidad en estricto sentido busca analizar que las ventajas obtenidas con la medida compensen los sacrificios que implica, es decir, se establece un análisis entre el costo y beneficio. Si el costo es mayor al beneficio, la medida no es proporcional, luego, no supera el test de proporcionalidad, y por ende, no sería constitucional.

En el caso del privilegio de la decisión previa el beneficio que se logra es retardar el acceso a la administración de justicia, para evitar la congestión judicial, permitir que la administración revise su propia decisión, y la posibilidad de que el interesado obtenga una decisión a su favor de manera ágil y eficaz.

El costo o sacrificio que se presenta es la pérdida un acceso a la administración de justicia efectivo y oportuno, e incluso, la pérdida definitiva de la oportunidad para demandar, cuando el interesado no agota el recurso obligatorio. Es decir, la consecuencia de la aplicación del privilegio de la decisión previa es la imposibilidad de acudir a la vía judicial.

Ahora bien, es necesario analizar con mayor detalle los beneficios, frente a los costos de la medida.

En primer lugar, la posibilidad de que las autoridades administrativas revoquen sus actos a través de la interposición de los recursos es remota. Esto se debe a que la forma como están estructurados los recursos implica que la administración asuma la posición de juez y parte, lo que implica la ausencia de criterios de objetividad e imparcialidad para decidir. Quien juzga su propia decisión, por lo general realizar todos los esfuerzos argumentativos para demostrar que tiene la razón.

En segundo lugar, la mayoría de investigaciones y de la doctrina concluyen que el agotamiento de los recursos es una medida ineficaz. Incluso, en la investigación de Quintero y Ramírez (2003), se encuentran datos que apoyan lo manifestado. De acuerdo con esta investigación, el 86, 3% de los recursos de apelación que se interponen, se resuelven de manera desfavorable, mientras que tan sólo el 13,7% se resuelve de manera favorable. Ello indica que los beneficios de evitar que el proceso llegue ante el juez, porque la administración reconoce su error, y resuelve el problema jurídico planteado, son de remota ocurrencia.

En tercer lugar, la consecuencia de no agotar este requisito, en la mayoría de los casos ineficaz, es la de anular el valor, principio y derecho al acceso a la administración de justicia. Esta garantía constitucional es esencial, en la medida que está enfocada a hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. Al mismo tiempo, el control judicial es la herramienta que garantiza la fuerza normativa de la Constitución Política. Sin garantías de defensa judicial frente a las violaciones de las normas constitucionales, la Constitución Política es mera retórica.

En cuarto lugar, la consecuencia de no agotar el privilegio de la decisión previa implica generar zonas de inmunidad judicial a favor de la administración, en el contexto de un Estado Social de Derecho, que propende por la plenitud del control judicial sobre la administración. Contrariando el principio de legalidad al que se encuentra sometida la administración pública, conforme a los artículos 6 y 121 de la Constitución Política. Ello implica que la administración podrá actuar en contra del ordenamiento jurídico, y que la persona afectada por dicha situación se vea desprotegida del recurso judicial para enmendar el daño causado.

Una vez aplicado el juicio de proporcionalidad al privilegio de la decisión previa, teniendo en cuenta su objetivo normativo, a la luz de la jurisprudencia y de la regulación normativa actual, se observa que su finalidad es "*retardar la vía judicial, para descongestionar la justicia, y permitir que la administración revise su decisión, en virtud del principio de economía procesal, donde el interesado puede obtener una decisión a su favor, sin afrontar el largo, desgastante y oneroso proceso judicial*". Dicha finalidad es legítima desde el punto de vista constitucional. La regulación respectiva del CPACA también es idónea y adecuada para lograr dicho fin. De igual manera es necesaria en comparación con los otros instrumentos retardatorios que ofrece el CPACA. No obstante, la medida no es proporcional en sentido estricto porque los beneficios que eventualmente se pueden lograr, además de ser de remota ocurrencia, no compensan el sacrificio correlativo consistente en la anulación del derecho al acceso a la administración de justicia.

Es necesario tener en cuenta otros aspectos importantes. El término para agotar los recursos administrativos es de 10 días hábiles, realmente es un término muy corto que recae sobre los ciudadanos, que en la mayoría de circunstancias desconocen los tecnicismos jurídicos necesario para impugnar judicialmente un acto administrativo. Usualmente el ciudadano busca al abogado cuando quiere demandar, pero cuando quiere ejercer el derecho de acción se encuentra con que no se agotó este requisito de procedibilidad.

El recurso de apelación es una garantía limitada pues la Administración asume la posición de juez y parte, siendo inusual que revoque sus propios actos, por lo menos en más del 86% de los casos no lo hace, según la investigación de Quintero y Ramírez. Este recurso no garantiza una impugnación bajo criterios de objetividad e imparcialidad, y la mayoría de la doctrina coincide en ello.

La consecuencia de tener que agotar el recurso es muy desfavorable, pues implica retardar el acceso a la jurisdicción, como una garantía real de protección de derechos e intereses jurídicos. Y la consecuencia de no agotarlo es la de anular completamente la posibilidad de acceder a la jurisdicción, despojando al ciudadano afectado de la única garantía real de defensa. Garantía sin la cual los derechos protegidos constitucionalmente son mera retórica, y garantía sin la cual la violación del ordenamiento jurídico por parte de la Administración queda en total impunidad.

4. CONCLUSIONES:

A la pregunta de investigación ¿se encuentra justificada constitucionalmente la exigencia consistente en agotar los recursos que legalmente son obligatorios en Colombia, previo a demandar la nulidad de un acto administrativo particular? se debe responder en sentido negativo, por las razones que se explican a continuación.

1.1. Los recursos administrativos en Colombia tienen una triple condición de garantía, carga y privilegio. Como garantía son instrumentos que permiten ejercer el derecho de defensa y contradicción, es decir, permiten impugnar, ante la administración sus propias decisiones, con el fin de que la decisión sea aclarada, modificada, adicionada o revocada. Son una carga procesal para los ciudadanos, en la medida que quien pretenda demandar la nulidad y restablecimiento del derecho de un acto administrativo particular, previamente deberá interponer el recurso obligatorio, que por regla general es el recurso de apelación. Y constituyen un privilegio a favor de la administración, ya que, previo a demandar, a la administración hay que exponerle la reclamación que se pretende entablar ante el juez, so pena de que el interesado no pueda demandar el acto administrativo cuestionado. Esto último implica retardar el acceso a la jurisdicción, y una inmunidad a favor de la administración cuando no se agota el recurso obligatorio, implicando que el acto administrativo tendrá, además de los atributos de presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad propios de los actos administrativos, los efectos de cosa juzgada.

Esta consideración de los recursos administrativos como privilegio a favor de la administración es llamada el privilegio de la decisión previa, el privilegio de lo previo o la reclamación administrativa previa.

1.2. La razón fundamental que justificó mantener el privilegio de la decisión previa en la Ley 1437 de 2011 (CPACA) es la descongestión judicial, pues se consideró que este requisito de procedibilidad era un instrumento eficaz para disminuir el número de casos que son decididos en los despachos judiciales.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, la Corte Constitucional ha declarado que la obligación de presentar los recursos administrativos, como presupuesto procesal, se ajusta a la Constitución al ser instrumentos de garantía y contradicción. La visión favorable de los recursos ha sido acompañada por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sin embargo, la jurisprudencia ha realizado un análisis parcializado de los recursos, pues solamente se ha enfocado en los recursos como garantía, sin profundizar en las connotaciones de los recursos como carga y privilegio. La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado ha reiterado las ventajas de agotar los recursos, situación a la que en principio no parece razonable oponerse, pero no han analizado a profundidad los efectos negativos de no agotar los recursos, como por ejemplo lo es la inmunidad al control judicial de los actos administrativos no recurridos.

De esta manera, en la sentencia C-319 de 2002 de la Corte Constitucional, que se mostró a favor de la constitucionalidad del privilegio de la decisión previa, se incurrió en las falacias de desvío de la cuestión y de palabras equivocas al determinar la constitucionalidad o

justificación de los recursos como carga o privilegio, argumentando desde la connotación de los recursos como garantía. Esta sentencia goza de los efectos de la cosa juzgada constitucional relativa, toda vez que la constitucionalidad de la medida se analizó solo desde la perspectiva de algunos de los cargos posibles. Primero, por lo parcializado de su análisis sin tener en cuenta los graves efectos de esta carga o privilegio, y segundo, porque el análisis se concentró en la necesidad de contar con la asesoría de un abogado para interponer los recursos y los gastos económicos que ello implicaba. Por ello, el debate de la constitucionalidad del privilegio de la decisión previa no se ha agotado.

Por otra parte, un sector minoritario de la doctrina coincide con los planteamientos jurisprudenciales al señalar que los recursos son garantías e instrumentos de defensa y contradicción, resaltando el hecho de que existe una dualidad de controles, donde el control administrativo es requisito de procedibilidad para ejercer el control judicial. El acceso a la justicia se muestra como una última ratio, como una posibilidad engorrosa y costosa que se debe evitar, favoreciendo el ejercicio de los recursos administrativos como instrumento para desjudicializar el conflicto jurídico que se presente.

1.3. Existe un sector mayoritario de la doctrina que defiende la idea del origen francés del derecho administrativo en Colombia. Otro sector minoritario defiende la influencia de otras tradiciones, tales como la española e incluso la anglosajona. Al respecto es necesario concluir que no es cierto que el derecho administrativo haya surgido en Colombia a partir de 1913. También es incorrecto ir al otro extremo y afirmar que el derecho francés no haya tenido influencia en el desarrollo del derecho administrativo colombiano. Lo que realmente ha ocurrido es una confluencia de tradiciones jurídicas en el derecho administrativo colombiano, presentándose una influencia muy fuerte del derecho español durante la conquista, la colonia y los primeros años de la república, que luego se fue desvaneciendo a partir de 1913, cuando empezó una influencia muy fuerte del derecho francés.

Es por ello que la tradición francesa es insuficiente para comprender el verdadero desarrollo del derecho administrativo en Colombia. Un ejemplo a favor de esta conclusión es la influencia española en el desarrollo y consolidación del privilegio de la decisión previa. Para quien defiende la tesis del origen francés resulta paradójico que en Francia la reclamación administrativa previa sea excepcional, mientras que en Colombia sea la regla general al igual que en España.

1.4. El privilegio de la decisión previa en Colombia tiene su origen normativo en el artículo 71 de la Ley 167 de 1941, considerado el segundo Código Contencioso Administrativo, no obstante haber sido aplicado por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado con anterioridad a su consagración normativa, al considerarse que este privilegio era un principio fundamental del derecho administrativo.

La finalidad de su consagración normativa era la de evitar decisiones contradictorias a nivel administrativo y a nivel judicial, ya que si la autoridad administrativa resolvía en determinado sentido un recurso, y el juez competente fallaba en sentido contrario, en relación con el acto objeto del recurso, la decisión del juez era ineficaz, pues la decisión administrativa del recurso quedaba en vigor, al no ser objeto del control judicial.

El privilegio de la decisión previa en Colombia tiene sustento en dos tradiciones jurídicas, la francesa y la española. De la tradición francesa se adoptó la idea sostenida en el contexto de la justicia retenida, según la cual la administración es juez de sus propios actos, razón por la cual, es ante ella que se deben impugnar sus decisiones administrativas.

De la tradición española se adoptó el concepto de la vía gubernativa, como etapa de reclamación previa que se adelanta ante la administración, como prerrequisito para acudir a la vía judicial. La vía gubernativa es una institución de origen español que surgió a partir de la consolidación de la separación entre lo gubernativo o administrativo, por un lado, y lo contencioso o judicial, por el otro. Entre 1845 y 1847 se consolidó la vía gubernativa en España como un requisito previo para acudir al juez. La finalidad histórica de esta institución fue la de afrontar tres necesidades: 1. La garantía de la situación jurídica de los compradores de bienes nacionales, con el fin de sustraer este tipo de negocios a los jueces ordinarios, ante la proclividad de fallar en contra de la administración, con la consecuente paralización de las ventas. 2. Las exigencias de la regla de inembargabilidad y de la normalización presupuestaria de los entes públicos, como respuesta ante la crisis financiera alrededor de 1840, en la cual las entidades administrativas no tenían como pagar sus deudas. Por tal razón se ideó la estrategia de retardar el pago de la obligación, con el fin de permitir que la administración presupuestara el dinero que debía, sin tener que perder sus bienes por los respectivos embargos. 3. Las tendencias a una centralización eficaz de la defensa procesal de la administración, con el fin de que la vía gubernativa sirviera para que la administración pudiera prefabricar su estrategia de defensa, y poder defenderse mejor.

Como puede verse, el privilegio de la decisión previa está sustentado en principios que surgieron contextos políticos donde se defendía la idea de la inmunidad judicial de la administración, afirmando la inconveniencia de que el juez pudiera controlar a la administración. El contexto político de la actualidad es totalmente diferente, pues hoy se defiende la idea de un sometimiento total de la administración al ordenamiento jurídico, y de un control judicial pleno, como garantía de ese sometimiento al derecho. Mientras que en Francia, durante la revolución francesa se defendió la idea de separación de poderes, como estrategia teórica para impedir el control de los jueces a través del poder de registro y el veto devolutivo, hoy en día se defiende un sistema de frenos y contrapesos, donde el juez ocupa un papel central como garante del equilibrio de los poderes públicos, sin que se pueda sostener le inconveniencia del control judicial, como se hacía también en España.

1.5. Desde el punto de vista de la doctrina, la mayoría de autores ofrecen razones en contra de la reclamación administrativa previa. Quienes defienden este privilegio como requisito de procedibilidad, afirman que es importante darle oportunidad a la administración para que resuelva los conflictos jurídicos en los que está inmersa, para evitar que el conflicto sea decidido por el juez, con la consecuencia congestión judicial que ello puede generar. Los autores que se oponen a este privilegio argumentan que el sacrificio del derecho al acceso a la administración de justicia no compensa la eventual descongestión judicial lograda con la medida. Adicionalmente, la mayoría de autores coinciden en señalar que recurrir ante la propia administración es una medida poco eficaz, pues pocas veces la administración revoca sus decisiones y le da favor al interesado. Lo que en muchos autores parece ser una intuición es corroborado cuantitativamente en la investigación de Quintero y Ramírez.

Ahora bien, una consecuencia teórica de mantener el privilegio de la decisión previa, es la de considerar que la acción judicial contra los actos administrativos recurridos administrativamente tiene un carácter revisor. De esta forma, cuando el demandante se enfrenta a la administración en la vía judicial lo hace en una situación de desventaja, pues se parte del supuesto de que el acto administrativo ya fue objeto de un control previo, y que su legalidad fue ratificada mediante ese control. Razón por la cual, se fortalece la presunción de legalidad de los actos administrativos, según la cual las decisión objeto de la impugnación judicial se entiende emitida para suplir las necesidades del servicio, y de conformidad con el ordenamiento jurídico. Ello conlleva a que el demandante deba desvirtuar la presunción de legalidad, ante una administración que en ocasiones es pasiva en su defensa, porque cuenta con esa ficción a su favor. En otras palabras, no existe igualdad de armas desde el punto de vista procesal. Ello, aunado al concepto de jurisdicción rogada, a la prohibición de fallos extra y ultra petita, a los requisitos de conciliación prejudicial, y al diseño normativo de acceso a la administración de justicia administrativa, permite señalar que la forma como está estructurado el proceso judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo es desequilibrada a favor de la administración, que es la usual demandada, y en contra del particular que discute la legalidad de su actuación, que es el usual demandante.

2.1. En virtud del artículo 4 constitucional, la Constitución Política tiene un carácter normativo y prevalente, según el cual la Constitución es norma de normas, y en caso de incompatibilidad entre las disposiciones constitucionales y otras disposiciones se preferirán las disposiciones constitucionales. En ello consiste la fuerza normativa de la Constitución Política de 1991, que implica la capacidad de vincular a las autoridades públicas y a los particulares, estableciendo, además, los mecanismos necesarios para su cumplimiento. En este contexto, los jueces cumplen un papel esencial, pues su actividad esté enfocada a garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales.

Tanto el neoconstitucionalismo como el nuevo constitucionalismo defienden la idea de la fuerza normativa de la Constitución Política.

Ello implica comprender la Constitución como un conjunto normativo obligatorio, denso en contenido, invasora, con la capacidad de guiar el comportamiento humano y el poder político, con un control judicial fuerte, donde la posición central del juez ha ido desplazando el papel protagónico que tenía el legislador.

La diferencia de enfoque más relevante es la del origen democrático de la Constitución, no tanto porque el neoconstitucionalismo lo niegue expresamente, sino porque no profundiza en su estudio de la misma manera que lo hace el nuevo constitucionalismo. El contexto latinoamericano es un contexto muy rico en diversidad étnica y cultura, lo que implica un reto más profundo en la forma como se origina el poder constituyente. Por ello, el nuevo constitucionalismo defiende la idea de una constitución de origen democrática. De esta manera, la Constitución no obliga solamente porque expresamente lo diga la propia Constitución, sino también porque es producto de la participación democrática del pueblo.

2.2. La Constitución Política no solamente tiene una fuerza normativa o instrumental, sino que también posee una fuerza o eficacia simbólica, que se desprende de aquellas

disposiciones constitucionales que no tienen la capacidad normativa de encauzar el comportamiento humano hacia un fin determinado.

En la eficacia simbólica los efectos son producidos en la mente de los ciudadanos, y no a nivel material como ocurre con la eficacia normativa o instrumental. Los efectos son producidos por el impacto que rodea la promulgación de la norma, y por el cumplimiento de otros objetivos de tipo político, producto de la fuerza legitimadora de sus formas. Su fuerza radica en el impacto que produce el discurso y su capacidad de establecer diferencias entre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso.

La eficacia simbólica es una estrategia de los operadores jurídicos o de los receptores del derecho, que consiste en utilizar aquello que evoca el lenguaje jurídico con la pretensión de obtener fines políticos diferentes a los plasmados normativamente, mediante el efecto comunicativo que se evoca en los receptores de la norma. La eficacia instrumental logra el cumplimiento de la conducta a través de la difusión de la idea de obligatoriedad (de castigo) mientras que la eficacia simbólica logra sus objetivos por medio de la difusión de una idea de legitimidad, de autoridad o de justicia

La eficacia simbólica tiene un propósito mediador o conciliación entre la realidad y los ideales, y se presenta cuando lo que establece el derecho tiene el mismo grado de importancia como de dificultad en su aplicación. Un ejemplo de ello es la Constitución de 1991, que se puede calificar como una Constitución aspiracional, caracterizada por tener una carga muy generosa de derechos y una clara vocación de efectividad de sus normas. Estas constituciones crean un amplio espacio de discusión pública, que tiene una dimensión jurídico-instrumental, pero también una dimensión comunicativa y simbólica. En un primero momento, los derechos consagrados en las constituciones aspiracionales contienen un maximalismo que parece obedecer a un fetichismo jurídico, tendiente a responder más a necesidades de legitimación política que a la voluntad real de proteger.

Con la función simbólica de las normas se genera un impacto mental, no instrumental, donde se persiguen objetos diferentes a los expresamente consagrados por las normas constitucionales, como es el caso de la relación entre enunciados denotativos y enunciados connotativos.

La eficacia simbólica busca conciliar el derecho real con el derecho ideal, esto es, busca armonizar lo que existe y no se cumple con lo que efectivamente se cumple. Luego, como se trata de un campo de lucha, la eficacia simbólica sirve para dominar o para emancipar, ya que se parte de una incidencia recíproca entre el derecho y los actores jurídicos, entre la estructura y los agentes.

En la eficacia simbólica de la Constitución, los derechos fundamentales, civiles, políticos y sociales, la separación de podres y la elección democrática no encuentran resonancia generalizada en la práctica de los órganos estatales ni en la conducta y expectativas de la población.

La eficacia simbólica puede ser clasificada desde diferentes puntos de vista, puede ser originaria o derivada, dependiendo si desde el principio de la expedición de la norma esta

tiene el propósito de no ser aplicada, o si durante su aplicación y reglamentación se le resta eficacia a la misma. También puede ser clasificada de conformidad por lo que buscan: confirmar valores sociales, demorar la capacidad de acción del estado o postergar la solución de conflictos sociales.

La norma jurídica no es solamente el resultado del proceso de creación de la disposición, sino también el resultado de su proceso de concretización. El uso simbólico puede tener origen en la acción de los creadores de la norma, como también en los aplicadores.

La Constitución garantiza el acceso a la jurisdicción en el artículo 229, pero la regulación del CPACA en torno a la posibilidad real y efectiva de demandar un acto administrativo particular da razones para pensar lo contrario; es decir, si bien existe esa pretensión de eficacia normativa del acceso a la jurisdicción, la regulación de los requisitos para demandar le restan eficacia normativa y le otorgan un alto grado de eficacia simbólica derivada. De esta manera, cuando la función simbólica del texto constitucional es excesiva, asociándose a una bajísima fuerza jurídico-normativa del modelo constitucional proclamado solemnemente en los términos de un Estado democrático de derecho, la Constitución pierde su significado jurídico, adquiriendo relevancia en el plano de la retórica y el discurso político.

2.3. Lo simbólico y lo normativo son dos conceptos contrapuestos y constituyen dos visiones diferentes de una misma realidad jurídica. Las normas pueden tener la capacidad instrumental de guiar el comportamiento humano, pero también pueden tener la capacidad simbólica de generar significados. La relación entre estos dos conceptos se puede analizar desde diferentes perspectivas.

Lemaitre, por ejemplo, formula una visión optimista del fetichismo jurídico, explicada a partir de las teorías del psicoanálisis, al considerar que la atracción por el fetiche no es una atracción por la idea irreal en sí, sino por la realidad que esa idea representa. Por el contrario, Valencia presenta una visión pesimista del fetichismo jurídico, y crítica el reformismo constitucional, como un aparato ideológico que superficialmente defiende las reformas constitucionales para que todo siga igual. Para Gargarella, la manera de transitar de una constitución retorica o simbólica hacia una constitución normativa es la adecuada estructuración de la sala de máquinas de la Constitución Política, pues las meras consagraciones de derechos no son autooperativas. Finalmente, Uprimny y García describen el constitucionalismo latinoamericano como un constitucionalismo aspiracional que se encuentra en un punto intermedio entre el ideal del constitucionalismo democrático y el constitucionalismo preservador. Siendo necesario el apoyo social, político, el activismo judicial progresista y una cultura en defensa de la protección de derechos. Bajo esta perspectiva, el constitucionalismo aspiracional puede entenderse como un punto intermedio entre un constitucionalismo simbólico y un constitucionalismo normativo.

De esta manera, la garantía judicial de la Constitución Política, esto es, la posibilidad real y efectiva de impugnar judicialmente los actos infracontitucionales como leyes y actos administrativos, es fundamental para transitar de una Constitución simbólica, retorica, nominal, fetichista, hacia una Constitución normativa e instrumental, como lo pretende ser la Constitución de 1991.

2.4. El acceso a la administración de justicia es un fin constitucional, pero al mismo tiempo es un derecho fundamental que implica una serie de deberes en cabeza del estado. En virtud de esos deberes, el Estado debe facilitar las condiciones para acceder a la administración de justicia y debe hacer efectivo este derecho. Ello implica que se garantice la posibilidad de plantear el problema jurídico ante los jueces, que dicho problema sea decidido mediante una providencial judicial con la capacidad de restablecer los derechos e intereses lesionados, y de ser cumplida de manera efectiva.

En el campo del derecho administrativo, la finalidad de la administración de justicia es lograr el mayor equilibrio posible entre las prerrogativas de la administración pública y los derechos de las personas. Es decir, garantizar las prerrogativas administrativas que tienen como sustento el cumplimiento de los fines esenciales del estado en garantía de los derechos de los administrados. Es por ello que en el escenario de la jurisdicción de lo contencioso administrativo el acceso a la administración de justicia plantea una tensión entre los privilegios e inmunidades a favor de la administración y la garantía judicial de los derechos e intereses de los administrados.

Acceder a la justicia administrativa, con el fin de impugnar judicialmente un acto administrativo particular, implica el cumplimiento de unos requisitos de procedibilidad que funcionan como mecanismos retardatorios de la posibilidad de que el juez conozca el problema jurídico respectivo. Esto es así, porque quien pretenda demandar debe agotar el recurso administrativo obligatorio, que por regla general es el derecho de apelación, y debe agotar la conciliación prejudicial. Si no lo hace, el juez inadmitirá la demanda para cumplir los requisitos de procedibilidad, y ante su incumplimiento, el juez rechazará la demanda.

En cuando al agotamiento del recurso administrativo obligatorio, este se resuelve en un escenario administrativo donde la administración actúa como juez y parte, lo que implica la ausencia de verdaderos criterios de imparcialidad. El acto administrativo no recurrido mediante la apelación, simula los efectos de la cosa juzgada.

Se puede observar entonces que en el escenario de la jurisdicción de lo contencioso administrativos, los requisitos necesarios para obtener un pronunciamiento judicial contra un acto administrativo particular no están enfocados a facilitar las condiciones de acceso a la administración de justicia, sino a todo lo contrario, es decir, a retardar el acceso a la jurisdicción. Siendo necesario resaltar que cuando no se agota el recurso administrativo de apelación, se desvanece la garantía de plantear el problema jurídico ante los jueces, esto es, el acto administrativo no recurrido no podrá ser objeto de demanda, generando una indebida inmunidad a favor de la administración, por ende, un escenario ajeno al control judicial y al derecho.

3. La *finalidad* constitucional que se desprende del privilegio de la decisión previa consiste en retardar la vía judicial, para descongestionar la justicia, y permitir que la administración revise su decisión, en virtud del principio de economía procesal, donde el interesado puede obtener una decisión a su favor, sin afrontar el largo, desgastante y oneroso proceso judicial.

De acuerdo con la actual regulación de los artículos 76, 128 y 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el privilegio de la decisión previa *conduce* a retardar la vía judicial, pues implica que el interesado, previo a ejercer su derecho de acción, agote el recurso de apelación, y ello implica que la administración tenga la oportunidad de revisar su decisión.

Así mismo, es un mecanismo *necesario*, en la medida que no existen otros mecanismos retardatarios de la jurisdicción, con los mismos beneficios, ni que sean menos lesivos en comparación con el privilegio de la decisión previa.

Sin embargo, no es *proporcional en sentido estricto* porque los costos que genera son mayores a los beneficios que se pueden esperar de este privilegio.

En primer lugar, la posibilidad de que las autoridades administrativas revoquen sus actos a través de la interposición de los recursos es remota, en la medida que la administración asume la posición de juez y parte, lo que implica la ausencia de criterios de objetividad e imparcialidad para decidir. Quien juzga su propia decisión, por lo general realizar todos los esfuerzos argumentativos para demostrar que tiene la razón.

En segundo lugar, la mayoría de investigaciones y de la doctrina concluyen que el agotamiento de los recursos es una medida ineficaz. Incluso, en la investigación de Quintero y Ramírez (2003), se encuentran datos que apoyan lo manifestado. De acuerdo con esta investigación, el 86, 3% de los recursos de apelación que se interponen se resuelven de manera desfavorable, mientras que tan sólo el 13,7% se resuelve de manera favorable. Ello indica que los beneficios de evitar que el proceso llegue ante el juez, porque la administración reconoce su error, y resuelve el problema jurídico planteado, son de remota ocurrencia.

En tercer lugar, la consecuencia de no agotar este requisito, en la mayoría de los casos ineficaz, es la de anular el derecho al acceso a la administración de justicia. Esta garantía constitucional es esencial, en la medida que está enfocada a hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. Al mismo tiempo, el control judicial es la herramienta que garantiza la fuerza normativa de la Constitución Política. Sin garantías de defensa judicial frente a las violaciones de las normas constitucionales la Constitución Política es mera retórica.

En cuarto lugar, la consecuencia de no agotar el privilegio de la decisión previa implica generar zonas de inmunidad judicial a favor de la administración, en el contexto de un Estado Social de Derecho, que propende por la plenitud del control judicial sobre la administración. Contrariando el principio de legalidad al que se encuentra sometida la administración pública, conforme a los artículos 6 y 121 de la Constitución Política. Ello implica que la administración podrá actuar en contra del ordenamiento jurídico, y que la persona afectada por dicha situación se vea desprotegida del recurso judicial para enmendar el daño causado.

De esta manera, si bien el privilegio de la decisión previa busca un fin legitimo a nivel constitucional, es idónea, adecuada y necesaria, no es proporcional, y por ende no es constitucional.

Ello permite concluir que no existen razones constitucionales que justifiquen el mantenimiento del privilegio de la decisión previa en Colombia, y que las razones históricas que la motivaron hoy en día sean inaceptables. Además, genera ilegitimas zonas inmunes del control judicial en el contexto de una Constitución Política con pretensión normativa. Su mantenimiento implica considerar que la Constitución es una consagración de preceptos ineficaces, retóricos, nominales, semánticos y simbólicos.

Cuando las autoridades administrativas ejercen sus competencias violando los derechos que deben proteger, se abre paso a la competencia de los jueces, como los llamados a restablecer ese equilibrio vulnerado. Bajo tales circunstancias, no se podría limitar la intervención del juez por razón de las competencias administrativas, porque precisamente lo que busca el juez es salvaguardar la razón constitucional de tales competencias otorgadas a las autoridades administrativas. No resulta plausible otorgar unas competencias a la administración, que la administración eventualmente abuse de ellas, y que, al mismo tiempo, sean inmunes al control judicial. Eso es un total sinsentido jurídico.

La historia del constitucionalismo y del derecho administrativo es la historia del control del poder, es la historia de la racionalización del poder público a través de garantías normativas, es la historia de la eliminación gradual de las inmunidades.

Es por ello que el dilema planteado en el título de la presente investigación, entre razón de Estado o Estado de razón, implica limitar esa razón de Estado que es el privilegio de la decisión previa como instrumento de descongestión judicial, que ha funcionado como argumento para limitar el acceso a la administración de justicia. Limitando esa razón de estado se puede lograr un verdadero Estado de razón, respetuoso de los derechos y garantías constitucionales, y sujeto a los límites normativos que establece el ordenamiento jurídico.

5. BIBLIOGRAFÍA:

Acosta, J., & Holguin, N. (2014). *El recurso de apelación como requisito de procedibilidad ante lo contencioso administrativo. Tesis de especialización en derecho administrativo.* Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Alexy, R. (2002). *Derecho y Razón Práctica.* México: Fontamara.

Alexy, R. (2009). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de principios.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales.* Bogotá: Legis.

Araujo, R. (2011). Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 247-291.

Arnold, R., Martínez, J., & Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constituiconal. *Estudios Constitucionales, Año 10, No. 1* , 65-116.

Atienza, M. (2006). *Las razones del derecho.* Lima: Palestra.

Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad, Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público, núm. 5* , 15-49.

Barrera, N. (2015). *La reafirmación de los recurso administrativos como requisito de procediblidad en ley 1437 de 2011: Una posición privilegiada de la administración pública en Colombia frente a los particulares. Tesis maestría en derecho administrativo.* Bogotá: Universidad del Rosario.

Benavides, J., & Ospina, A. (2012). La justificación de los recursos administrativos. *Derecho del Estado*, 73-105.

Bentancur, C. (2012). *Derecho procesal administrativo.* Bogotá: Señal editorial.

Bernal, C. (2008). *El Derecho de los derechos.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismos.* Madrid: Trotta.

Cassagne, J. (2000). La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa. *Revista Peruana de Derecho Público*, 97-122.

Colombia. (5 de agosto de 1886). Constitución Política de Colombia.

Colombia. (4 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia.

Colombia. Congreso de la República. (diciembre de 13 de 1913). Ley 130. *Sobre la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo*.

Colombia. Congreso de la República. (24 de diciembre de 1941). Ley 167. *Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa*.

Colombia. Congreso de la República. (7 de marzo de 1996). Ley 270. *Estatutaria de la Administración de Justicia*.

Colombia. Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

Colombia. Congreso de la República. (12 de julio de 2012). Ley 1564. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*.

Colombia. Consejo de Estado. (19 de Junio de 1998). Sentencia No. 8498. C.P. Julio Enrique Correa Restrepo.

Colombia. Consejo de Estado. (20 de Septiembre de 2007). Sentencia No. 1995-12217-01. Bogotá: C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Colombia. Consejo de Estado. (26 de Junio de 2008). Sentencia No. 2001-00446-01. C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

Colombia. Consejo de Estado. (29 de mayo de 2014). Sentencia No. 20383. C.P. Carmen Teresa Oriz De Rodríguez.Colombia.

Corte Constitucional. (15 de Noviembre de 1996). Sentencia C-060. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia. Corte Constitucional. (13 de Junio de 1996). Sentencia C-263. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia. Corte Constitucional. (17 de Noviembre de 1999). Sentencia C-160. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia. Corte Constitucional. (6 de Otubre de 1999). Sentencia C-742. M.P. Jose Gregorio Hernández.

Colombia. Corte Constitucional. (22 de Abril de 2003). Sentencia C-313. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional. (20 de Septiembre de 2006). Sentencia C-792. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia. Corte Constitucional. (13 de junio de 2011). Sentencia C-470 . M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia. Corte Constitucional. (6 de junio de 2012). Sentencia C-415. M.P. Mauricio González Cuervo.

Colombia. Corte Constitucional. (16 de mayo de 2013). Sentencia T-283. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte Constitucional. (19 de marzo de 2014). Sentencia C-169 . M.P. María Victoria Calle Correa.

Colombia. Corte Constitucional. (21 de septiembre de 2016). Sentencia C-520. M.P. María Victoria Calle Correa.

Colombia. Corte Constitucional. (2 de Mayo de 2002). Sentencia C-319. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Colombia. Presidencia de la República. (10 de enero de 1984). Decreto 01. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*.

Colombia. Presidencia de la República. (14 de mayo de 2009). Decreto 1716. *Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001*.

Colombia. Presidencia de la República. (26 de mayo de 2015). Decreto 1069. *Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho*.

Comisión de Reforma del Código Contencioso Administrativo. (mayo de 5 de 2008). *Corporación Excelencia en la Justicia.* Recuperado el 11 de Noviembre de 2016, de http://www.cej.org.co/

Ferrajoli, L. (2009). Pasado y futuro del estado de derecho. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo.* Madrid: Trotta.

Galeano, F. (2011). *El Desarrollo del Test de Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional.* Bogotá: Universidad de los Andes.

Gallego, A. (2009). *Poder y Derecho, Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX.* Madrid: Marcial Pons.

Garcia, E. (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobienro, poderes normativos).* Madrid: Civitas.

García, E., & Fernández, T. (2008). *Curso de derecho administrativo. Tomo II* (Vol. Tomo II). Bogotá: Temis.

García, L. (2008). El "nuevo derecho" en Colombia: ¿Entelequia innecesario o nevedad pertinente? *Revista de Derecho No 29, Universidad del Norte*, 289-330.

García, M. (2012). Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democrácia y Cambio Social en América Latina. *Análisis político No. 75*, 89-110.

García, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho.* Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia.

Gargarella, R. (2011). El constitucionalismo latinoamericano y la "sala de máquinas" de la Constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional No. 48*, 289-305.

Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución - Dos siglos de constitucionalismo en américa latina (1810-2010).* Buenos Aires: Katz editores.

Gómez, G. (2004). *Derecho administrativo.* Bogotá: ABC editores.

Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos.* Madrid: Trotta.

Güechá, C. (2014). *Derecho procesal administrativo.* Bogotá: Ibañez.

Ibañez, J. (1985). Actas de la Comisión Asesora para la reforma del Código Contencioso Administrativo. En J. Ibañez, *Antecedentes del Código Contencioso Administrativo III* (págs. 1305-1870). Bogotá: Banco de la República.

Insignares, S., & Molinares, V. (2012). Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana. *Vniversitas No. 124*, 91-118.

Jinesta, E. (2014). Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa. En A. Brewer, L. Parejo, & L. Rodriguez, *La Proteccion de Los Derechos Frente Al Poder de La Administracion. Libro Homenaje Al Profesor Eduardo Garcia de Enterria* (págs. 607-634). Bogotá: Temis.

Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro.* Bogotá: Siglo del hombre.

Llinas, D. (2013). *Estado indiano Estado responsable.* Bogotá: Ibañez.

Long, M. (2000). *Los grandes fallos de la jurisprudencia francesa.* Bogotá: Librería del Profesional.

Lopez, D. (2005). *Teoría impura del derecho.* Bogotá: Legis.

Luna, L. (1981). *Lo contencioso administrativo.* Bogotá: El Profesional.

Malagón, M. (2007). *Vivir en policía.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Marriaga, R. (1964). *Derecho Contencioso Administrativo Colombiano.* Bogotá: Editorial Aplicación Publicitaria.

Martínez, M. (2009). *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Moderne, F. (1999). Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia. En L. Rodríguez, *Historias y perspectivas de la jursidicción administrativa en Francia y America Latina, Memorias del coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado Francés* (págs. 23-30). Bogotá: Temis.

Montaña, A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Neves, M. (2015). *La constitucionalización simbólica.* Lima: Palestra.

Oelckers, O. (1972). El principio de la autotutela administrativa como privilegio de la administración pública. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, 121-136.

Parejo, L., & Jimenez, L. (1998). *Manual de Derecho Administrativo, Volumen I.* Barcelona: Ariel.

Patiño, D. (1996). La lucha contra los privilegios de la administración. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 19-48.

Penagos, G. (2005). *Vía gubernativa.* Bogotá: Doctrina y Ley.

Peña, D. (2008). *La construcción del derecho administrativo colombiano.* Bogotá: Temis.

Prieto, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonel, *Neoconstitucionalismos.* Madrid: Trotta.

Puñet, P. (2011). Una excepción a la excepción de acto firme: Las relaciones jurídico-administrativas de naturaleza obligatoria. *Revista de Administración Pública*, 223-256.

Quintero, C., & Ramírez, J. (2003). *La viabilidad y eficacia del recurso de apelación como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.Tesis de pregrado en derecho.* Bogotá: Universidad Javeriana.

Quintero, G. (2013). Panorama del procedimiento administrativo en la ley 1437 de 2011: ¿Hacia un derecho más ciudadano? En M. Malagón, *El derecho público y los viente años de la Constitución de 1991* (págs. 55-76). Bogotá: Universidad de los Andes.

Restrepo, M. (2011). *Estudio regional de la congestión en la jurisdicción administrativa.* Bogotá: GIZ.

Rodriguez, G. (1983). La jurisdicción y el Procedimiento Contencioso Administrativo. *Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 30-37.

Rodríguez, L. (1985). La vía gubernativa. *Revista Colegas*.

Rodríguez, L. (2007). *Derecho administrativo general y colombiano.* Bogotá: Temis.

Sanchez, C. (2005). *La eliminación de la vía gubernativa motivo de debate conceptual contemporáneo Tesis de grado Universidad Nacional de Colombia, Especialización en Instituciones Jurpidico Políticas y Derecho Público.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Santamaría, J. (2000). Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa. *Revista de Administración Pública*, 81 - 138.

Santamaría, J. (2002). *Principios de derecho administrativo.* Madrid: Marcial Pons.

Tascón, T. (1942). *Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano, comentario al nuevo código de la materia (Ley 167 de 1941).* Bogotá: Minerva.

Tascón, T., Miranda, R., Hernandez, G., Peñaranda, G., Abad, E., Rivadeneira, C., y otros. (1941). Exposición de motivos del proyecto de ley "orgánica del Consejo de Estado y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo". *Anales del Senado, Leyes autógrafas 61 a 70, Tomo VII*, 920-931.

Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafios. En C. Rodríguez, *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (págs. 109-137). Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Uprimny, R., & Rodríguez, A. (2008). *Interpretación judicial, Modulo de Autoformación.* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Uprimny, R., & Rodríguez, C. (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. *Debates de coyuntura económica*, 23-40.

Valencia, H. (2012). *Cartas de Batalla, Una crítica del constitucionalismo colombiano.* Bogotá: Panamericana.

Vera, D. (2000). La reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles y laborales. *Revista de Administración Pública*, 253-263.

Viciano, R., & Martínez, R. (2013). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El otro derecho No. 48*, 63 - 84.

Vidal, J. (2010). *Derecho administrativo.* Bogotá: Legis.

Vila, I. (2009). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo.* Bogotá: Legis.

Villabella, C. (2013). El derecho constitucional del siglo XXI en América Latina: entre la ósmosis y un nuevo paradigma. *El otro derecho No. 48*, 85-113.

Weston, A. (2000). *Las claves de la argumentación.* Bogotá: Planeta.

Zagrebelsky, G. (2003). *El dereco dúctil. Ley, derechos, justicia.* Madrid: Trotta.

Zambrano, W. (2012). La protección de los derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa. En M. Briceño, & W. Zambrano, *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (págs. 37-52). Bogotá: Consejo de Estado.