

	GESTIÓN SERVICIOS BIBLIOTECARIOS						  
	CARTA DE AUTORIZACIÓN						
CÓDIGO	AP-BIB-FO-06	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 1

Neiva, 22 de noviembre de 2016

Señores
 Centro de información y documentación
 Universidad Surcolombiana
 Ciudad

Los suscritos Jorge Alirio Cortés Soto, con C.C. No. 12.117.067, y Edgar Ospina Montoya, con C.C. No. 7.729.957, autores de la tesis y/o trabajo de grado titulado justicia rogada y justicia material en las sentencias de los jueces administrativos del huila presentado y aprobado en el año 2016 como requisito para optar al título de magister en derecho público, autorizamos al Centro de Información y Documentación de la Universidad Surcolombiana para que con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

Cordialmente,


 Jorge Alirio Cortés Soto


 Edgar Ospina Montoya

	GESTIÓN SERVICIOS BIBLIOTECARIOS				  		
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO						
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 3

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: Justicia rogada y justicia material en las sentencias de los jueces administrativos del Huila

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
Cortés Soto	Jorge Alirio
Ospina Montoya	Edgar

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
López Daza	Germán Alfonso

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
López Daza	German Alfonso

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: Magister en derecho público

FACULTAD: Ciencias jurídicas y políticas

PROGRAMA O POSGRADO: Maestría en derecho público

CIUDAD: Neiva **AÑO DE PRESENTACIÓN:** 2016 **NÚMERO DE PÁGINAS:** (154)

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas X Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general___
 Grabados___ Láminas___ Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___
 Retratos___ Sin ilustraciones___ Tablas o Cuadros X

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento:

MATERIAL ANEXO:

PREMIO O DISTINCIÓN (*En caso de ser LAUREADAS o Meritoria*): Meritoria

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

Español

Inglés

	GESTIÓN SERVICIOS BIBLIOTECARIOS						 ISO 9001 SC 7384-1	 GP 205-1	 CERTIFIED iNet MANAGEMENT SYSTEM CO-SC 7384-1
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO								
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	2 de 3		

- | | |
|--------------------------|-----------------------|
| 1. Justicia | Justicie |
| 2. Constitucionalismo | Constitutionalism |
| 3. Neoconstitucionalismo | Neo-constitutionalism |
| 4. Derecho | Law |
| 5. Ética | ETHICS |

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

Se hace un análisis descriptivo, hermenéutico y holístico de los fundamentos filosóficos y de los teóricos del derecho sobre el concepto de justicia, así como del papel del juez al momento de resolver un conflicto, donde juega un papel importante e indiscutible el derecho y la moral, el constitucionalismo y el Neoconstitucionalismo.

Lo anterior fue decantado a la luz del surgimiento del Estado de Derecho y Social de derecho e incidencia del Neoconstitucionalismo en Colombia, la justicia rogada y la justicia material en los estatutos contenciosos administrativos (CCA y CPACA) bajo las constituciones de 1886 y 1991 y en el precedente del Consejo de Estado.

Luego se realizó un trabajo analítico con trabajo de campo para clasificar y analizar las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que fueron proferidas por los jueces administrativos del Huila del 2 de julio de 2012 al 30 de enero de 2015 y establecer la incidencia de Lajusticia rogada y la justicia material, arrojando un 62% de incidencia de la justicia material por aplicación de principios constitucionales y la justicia rogada por la adecuación del caso a las normas que fueron invocadas en la demanda.

Por último, se evidenció que la racionalidad en las decisiones analizadas se soporta en la aplicación del precedente vertical, más que en la autonomía del juez y el poder derivado de la constitucionalización del derecho.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

A descriptive, hermeneutic and holistic analysis of the philosophical foundations and theorists of the law on the concept of justice is made, as well as the role of the judge in the resolution of a conflict, where law and morality play an important and indisputable role, Constitutionalism and neo-constitutionalism.

This was decided in the light of the emergence of the Law and Social State of law and advocacy of Neo-constitutionalism in Colombia, justice and material justice in the administrative contentious statutes (CCA and CPACA) under the constitutions of 1886 and 1991 and in The precedent of the Council of State.

Then, an analytical work was carried out with field work to classify and analyze the nullity and reinstatement of the labor law that were pronounced by the administrative judges of Huila from July 2, 2012 to January 30, 2015 and establish the incidence Of Lajustice ordered and material justice, throwing a 62% incidence of material justice by application of constitutional principles and justice pleaded for the adequacy of the case to the rules that were invoked in the lawsuit.

Finally, it was evidenced that the rationality in the decisions analyzed is supported in the application of the vertical precedent, rather than in the autonomy of the judge and the

	GESTIÓN SERVICIOS BIBLIOTECARIOS					  	
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO						
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	3 de 3

power derived from the constitutionalisation of the law.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado: Ricardo Zuluaga Gil

Firma:



Nombre Jurado: Ricardo Zuluaga Gil

Firma:



**JUSTICIA ROGADA Y JUSTICIA MATERIAL EN LAS SENTENCIAS DE LOS
JUECES ADMINISTRATIVOS DEL HUILA**

**JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
EDGAR OSPINA MONTOYA**

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO
NEIVA – HUILA
2016**

TABLA DE CONTENIDO

Página

[Introducción.....4](#)

CAPÍTULO PRIMERO.

APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE JUSTICIA ROGADA Y JUSTICIA

MATERIAL.....8

1. El concepto de justicia.....8

1.1. En la escuela del Iusnaturalismo.....8

1.2. En la escuela del Iuspositivismo.....14

1.3. En la escuela de los libertarios.....17

2. El juez entre el derecho y la moral.....19

3. El constitucionalismo.....29

4. El Neoconstitucionalismo.....34

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL SURGIMIENTO DEL ESTADO LIBERAL E INCIDENCIA DEL

NEOCONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA.....42

1. Las revoluciones o la inspiración del constitucionalismo.....42

2. El Estado de Derecho norteamericano.....44

3. El Estado de Derecho francés.....48

4. El constitucionalismo en Colombia.....52

4.1. De España feudal a la independencia.....52

4.2. El Estado liberal o de Derecho en Colombia.....56

5. El Neoconstitucionalismo en Latinoamérica y Colombia.....62

CAPÍTULO TERCERO.

LA JUSTICIA ROGADA Y LA JUSTICIA MATERIAL EN LOS ESTATUTOS
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS BAJO LAS CONSTITUCIONES DE 1886 Y
1991.....69

CAPÍTULO CUARTO.

LAS DECISIONES DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS DEL HUILA EN ASUNTOS
LABORALES.....84

1. Contrato realidad docente.....94

2. Devolución aportes a salud.....100

3. Reliquidación asignación de retiro105

4. Reliquidación pensión docentes por factores.....109

5. Incidencia global.....112

CONCLUSIONES.....115

BIBLIOGRAFÍA.....124

ANEXOS.....131

INTRODUCCIÓN

Corresponde a los jueces la prestación del servicio de justicia que demanda la comunidad y para ello sus decisiones pueden darse atendiendo solamente las posiciones que sienten las partes en su litigio (justicia rogada) o exceder dicho marco y reconocer el derecho en la magnitud y calidad que sea del caso (justicia material).

Lo anterior no significa que la decisión obedezca a una posición caprichosa del juez sino que el constituyente le ha dado esas opciones pues al ser la justicia un servicio a cargo del Estado, los jueces son servidores suyos y están por ende sujetos a cumplir lo establecido en la Constitución, la ley o el reglamento.

Así lo disponen los artículos 121 y 122 de la Carta Política de 1991 y por esa vía, el artículo 230 ídem señala que sus decisiones están sometidas al imperio de la ley, siendo de orden público acatar los estatutos procedimentales conforme lo dispuso el artículo 13 del Código General del Proceso, garantizando a la vez el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, de ahí que desde esta perspectiva el juez solo puede decidir dentro de esos precisos cauces (justicia rogada).

De otro lado, el juez va a tomar una decisión sin las anteriores restricciones (justicia material) pues con apoyo en el preámbulo¹ de la Constitución puede actuar en

¹ El Estado tiene entre sus fines, asegurar la justicia, la igualdad y el orden social justo a los integrantes de la nación.

busca del orden social justo, ya que el artículo 2 Id señala como fines esenciales del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica, además de asignar a todas las autoridades, el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; aunado a los artículos 228 a 230 que otorgan autonomía e independencia al juez, siguiendo la orientación de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina pero garantizado el derecho a toda persona de acceder a la administración de justicia.

Tales principios tienen en su médula las controversias que desde los primeros siglos se presentan entre derecho positivo y derecho natural, lo que a la vez condujo a la controversia entre derecho y moral, a lo que se agrega la tensión entre justicia y derecho, imbricada también con la aparición de las Constituciones que normativizaron los principios y subordinaron la ley, junto con la preponderancia de las Constituciones, en lo que se ha llamado la constitucionalización del derecho.

Lo anterior nos enfrenta al objetivo de establecer las incidencias que han tenido los principios de la justicia rogada y de justicia material en las decisiones de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de los jueces administrativos del Huila, a partir de la Ley 1437 de 2011 que corresponde al último estatuto contencioso administrativo emitido y que inició su vigencia en julio de 2012.

Para el efecto, el capítulo primero hace una aproximación a los conceptos de

justicia rogada y de justicia material señalando las diferentes concepciones de justicia que sentaron algunos filósofos del iusnaturalismo, positivismo y libertarios, seguidos de los aportes que los teóricos del derecho, reunidos en torno al constitucionalismo y Neoconstitucionalismo, han efectuado sobre el papel de las constituciones en la garantía de los derechos de los gobernados, mencionando sus principios e identificando los aspectos relevantes de cada una de ellas.

En el capítulo segundo se estudia el surgimiento del Estado de Derecho en cuanto es a partir de él que adquiere relevancia la Constitución Política, no sólo porque a través de ella el poder dominante sienta las bases de su organización y dominación (Constitución orgánica) sino también porque de ella emergen la garantía de los derechos ciudadanos y las teorías constitucionalistas que desembocan en el nacimiento del Estado Constitucional; adquiriendo la Constitución un carácter vinculante (Constitución dogmática) que irradia todo el ordenamiento jurídico para impulsar la transformación de la sociedad y el desarrollo de las ideas Neoconstitucionales en la transformación Constitucional de Colombia y por ende en el papel del juez.

Todo lo anterior lleva en el capítulo tercero, a revisar los estatutos contenciosos administrativos donde se reflejan o desarrollan los aspectos constitucionales enunciados y que sirven de herramienta a los jueces administrativos para la solución de los conflictos sometidos a su conocimiento y con base en estos elementos, proceder en el capítulo cuarto al análisis hermenéutico de las decisiones que en temas de

carácter laboral se han tomado por los jueces administrativos en el Huila para establecer la incidencia que los principios de justicia rogada y justicia material han tenido en la solución de esos conflictos en vigencia de la Ley 1437 de 2011 emitida bajo el alero de la constitución de 1991 en un Estado Social de derecho.

Este trabajo tiene un análisis documental de tipo descriptivo – analítico, cualitativo y hermenéutico, en donde se identifican los supuestos teóricos de los principios de la justicia rogada y de justicia material, a la luz del fenómeno de la constitucionalización del derecho, su incidencia en la Ley 1437 de 2011 y en las decisiones de los jueces administrativos del Huila al resolver conflictos de nulidad y restablecimiento del derecho laboral.

Para el efecto, se analizan las sentencias de segunda instancia en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho laboral que han proferido los jueces administrativos del Huila a partir de la vigencia de la mencionada ley (2 de julio de 2012), para identificar la presencia de dichos principios y la incidencia que han tenido en los jueces para la resolución de cada caso.

CAPÍTULO PRIMERO. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE JUSTICIA ROGADA Y JUSTICIA MATERIAL

1. El concepto de justicia.

Quien se desempeña como juez cumple una tarea que es propia del Estado, pues presta el servicio público de justicia que las personas individualmente consideradas y la sociedad en su conjunto le reclaman por ser un derecho que le es propio, lo que conduce a que el juez al tomar una decisión se mueva en el marco de lo pedido y formalmente haga justicia o, exceda dicho marco y efectivice la justicia material a través de los principios constitucionales y procesales, de esa manera la justicia es un tema que compromete al individuo, la sociedad y el Estado y sea necesario aproximarnos al concepto de justicia.

1.1. En la escuela del Iusnaturalismo.

Es así como en el pensamiento iusnaturalista se encuentra que Platón se dedica en su obra La República (Politeia) al estudio de lo justo y lo injusto, para demostrar que el Estado y el individuo tienen la necesidad moral de obrar conforme a la justicia que es una virtud y principio de orden para las sociedades y las almas y conduce a la felicidad, a la perfecta armonía en la convivencia social.

La justicia es la elección del sabio porque ser justo es del agrado de los dioses, es un bien moral y es un bien espiritual, por eso está sujeto a la decisión personal, a la

que solo puede llegar quien posee el conocimiento adecuado, el sabio, el filósofo, quien debe ser el gobernante y en esa medida es también un asunto de prioridad política, que debe ser resuelto de manera práctica, en la cotidianeidad del hombre como un ser social por naturaleza, lo que le permite al alma justa y al hombre justo vivir bien, de ahí que la justicia sea una cualidad de los hombres y de los Estados (Olivari, 2008).

Por su parte Aristóteles que hace parte de la misma línea del pensamiento, con su obra *La Ética de Nicómaco*, irradia todo el pensamiento hasta nuestros tiempos al señalar que la justicia es una virtud perfecta en su relación con otro, no para sí mismo, lo justo es la observancia de la ley y de la igualdad (justicia general o universal), es dar a cada ciudadano lo que le corresponde según sus necesidades y aporte en la sociedad (justicia particular), en esa medida la justicia es distributiva y conmutativa (Contreras, 2012).

La justicia distributiva aristotélica aplica el principio de igualdad en la repartición de los honores y de los bienes, de manera que cada uno de los asociados reciba una porción adecuada a su mérito, se trata de una relación de proporcionalidad geométrica entre la comunidad y los individuos particulares, distribuye lo común en una medida proporcional (Bernal, 2005).

Es conmutativa para Aristóteles, la justicia que tiene lugar entre los individuos, cuyo objeto son los cambios o intercambios recíprocos entre personas, obedece a una proporción aritmética en donde el juez procura igualar la desigualdad que resulta en

injusticia, dado que la ley trata como iguales a las partes, el juez restaura la igualdad o sea, el medio entre lo mayor y lo menor (Bernal, 2005).

Dentro del universo del iusnaturalismo, Ulpiano enseña que la justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho y derecho (*ius*) deriva de “justicia” (*iustitia*). Es la técnica de lo bueno y de lo justo, *ars boni et aequi*, mejorando el concepto aristotélico de justicia distributiva, en cuanto se trata de dar o atribuir a cada uno su derecho (*ius suum*) como un criterio material de medida, sin que sea claro si tal derecho proviene de las normas jurídico positivas o de los principios iusnaturalistas. (Melo, 2004).

Por su parte en Santo Tomas de Aquino se encuentra que por el bautismo Dios infunde en el alma, las virtudes teologales y morales que son reglas habituales y firmes para hacer el bien. Las virtudes teologales (fe, esperanza y caridad) tienen como objeto a Dios y las virtudes morales (prudencia, justicia, templanza y fortaleza) se refieren a los actos humanos buenos, de ahí que la justicia es una virtud moral que conduce a la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que le es debido, lo que le corresponde y de dirigir sus acciones hacia el bien común que está representado en la ley. (Sánchez, 1984).

Señala Sánchez (1984) que en Santo Tomás el prójimo es la persona humana particular o la comunidad de la cual hace parte, es un ser social, inteligente y libre, con un cúmulo de necesidades que no puede satisfacer aisladamente debiendo recurrir a

los otros, por eso su tendencia natural a la comunidad, a la comunicación y a la relación con los otros que lo llevan a organizar núcleos compactos y suficientemente desarrollados para constituir una sociedad civil perfecta, con sus leyes, costumbres y su autoridad correspondiente; la comunidad es un todo compuesto de individualidades que se unen; por eso la justicia se ocupa de las relaciones de las partes con la comunidad; de ésta con las personas y entre personas, dando lugar a dos clases de justicia: la general o legal y la particular.

La justicia general o legal tomasina está orientada a la consecución del bien común a través del cumplimiento de la ley, en ella se determina la forma como las personas deben comportarse y el derecho objetivo de la comunidad a exigir su acatamiento. La justicia particular alude a la relación entre las personas como individualidades y de ellas con la comunidad, a la vida social de una persona y la relación con la comunidad, siendo distributiva y conmutativa. (Sánchez, 1984).

De otra parte, para Santo Tomas la justicia distributiva permite a la persona recibir equitativamente una parte de aquello que es de todos, se adapta a las personas atendiendo factores como los méritos, dignidad y necesidades, considera las diferencias que efectivamente se dan entre ellas, la igualdad entre desiguales. La justicia conmutativa se caracteriza por la reciprocidad, todas las personas tienen en relación con el otro los mismos derechos y deberes, se debe a otro una cosa igual a la que era suya, y a la que tiene derecho, restableciendo un equilibrio en las relaciones entre dos particulares. (Sánchez, 1984).

Ahora, de acuerdo con Ponce (2005) al inicio del modernismo, Kant sentó las bases del liberalismo moderno, señalando que un Estado es justo cuando garantiza tres principios racionales fundamentales: la libertad, igualdad e independencia, los que son desarrollados de la siguiente manera:

La libertad de los individuos a buscar su propia felicidad de la manera que crea más conveniente, sin afectar la libertad de los demás, sometiendo las pasiones y deseos (que Kant llama inclinaciones), al dominio de la razón. No se puede lograr de forma aislada sino relacional, algo a ser alcanzado incluso contra uno mismo y las propias pasiones, pero en comunidad con otros. Es una autonomía del sujeto racional en medio de seres humanos libres dentro de un Estado de derecho que tiene que regirse por una legislación de hombres libres sometidos al imperativo categórico que rige los asuntos morales, obligándolo a portarse de tal manera que su conducta pueda ser transformada en ley universal.

La igualdad en Kant consiste en que la libertad de cada uno armonice con la de los demás, mientras que la independencia se produce para cada miembro de la comunidad en cuanto es ciudadano, correspondiendo al Estado garantizar el deber de justicia por ser un deber jurídico que obliga a establecer si lo que prescriben las leyes es justo, a través del abandono de los principios empíricos y racionalizar los fundamentos de una legislación positiva posible. (Ponce, 2005).

Kant, menciona que existe una legislación moral y una legislación jurídica. La primera hace de una acción un deber y éste es el móvil de la acción. La segunda, hace de ciertas acciones un deber sin que necesariamente el deber sea el móvil porque pueden darse otros, incluso el temor a las sanciones, pues el derecho es una legislación que coacciona y la moral, un reclamo que atrae. El derecho se caracteriza por su exterioridad y la moral por su interioridad, de ahí que la legalidad o ilegalidad de la conducta se obtiene de comparar la conducta con el contenido del derecho mientras que la moralidad o inmoralidad se examina, comparando el móvil de la conducta con la moral. (Ponce, 2005).

Toda acción tiene una motivación y si ésta es la coacción de la norma, la necesidad de la acción es jurídica pero si la motivación corresponde a la bondad intrínseca de la acción, la necesidad es ética. Por eso el derecho exige actuar conforme al deber y la moral exige actuar conforme al deber ser según la teoría kantiana. (Squella, 2010).

Dentro de este grupo de pensadores se puede ubicar a Alexy, quien en su obra la "Justicia Como Corrección" señala que la justicia conmutativa es entendida en forma amplia y comprensiva como la justicia en los intercambios (conmutativa) y la justicia en la compensación y la pena (distributiva), para lo cual indica que en la doctrina clásica la justicia ha sido entendida como virtud humana, como el arte de hacer lo justo, dar a cada cual lo suyo (suum Cuique Tribuere) entrando en el campo moral únicamente la parte en la que se cuestionan los repartos y compensaciones. (Alexy, 1997/9).

En la justicia distributiva hay un sujeto que distribuye y una pluralidad de sujetos que reciben, mientras que en la justicia conmutativa en principio no se da una relación de sujetos sino de cosas o bienes, pero entre ellas se dan relaciones estrechas y eventualmente complejas, lo mismo que problemas morales que constituyen problemas de justicia en cuanto y en tanto, se conceptualicen como una distribución o una compensación y se cuestiona la justicia cuando una de ellas (distribución o compensación) es cuestionada, por tanto justicia es la corrección en la distribución y compensación (richtigkeit²). (Alexy, 1999).

La justicia y su sustituto la corrección, son conceptos abstractos e indeterminados que hacen parte de los más altos criterios de valoración, resultando análogo al concepto verdad, que a su vez es un alto criterio de valoración de corrección de proposiciones sobre lo que ocurre, lo justo es lo correcto y si algo es correcto es justo y para que algo sea correcto debe ser fundamentado o justificado mediante razones. (Alexy, 1999).

1.2. En la escuela del iuspositivismo.

Ahora, pasando a las teorías iuspositivistas, se encuentra Kelsen, quien es conocido por su análisis y argumentación racional, siguiendo a Platón, identifica la justicia con la felicidad de los seres humanos en sociedad y, siguiendo a Aristóteles la

² WWW.linguee.es/alemán-español/traducción/richtigkeit.html. Exactitud, precisión.

considera una virtud del individuo pues un hombre es justo cuando su obrar concuerda con el orden considerado justo. El orden social es justo, cuando regla la conducta de los hombres de modo tal que da satisfacción a todos y a todos les permite lograr la felicidad, sin que ese orden social justo sea un elemento esencial, es una característica posible mas no necesaria por cuanto no es posible garantizar a todos la felicidad. (González, 2013).

Pero es que el concepto kelseniano de felicidad de la justicia para convertirse en categoría social, parte de la transformación de la felicidad individual y subjetiva en la satisfacción de necesidades socialmente aceptadas, como ocurre con el concepto de libertad con el que frecuentemente se identifica la idea de justicia, por eso un orden social será justo cuando garantice la libertad individual. (González, 2013).

Es en el orden social bajo cuya protección se puede progresar en la búsqueda de la verdad, en la consecución de la libertad, la paz, la democracia y la tolerancia, donde se encuentra la justicia relativa para Kelsen. (González, 2013).

En esa misma línea de pensamiento se encuentra Herbert Lionel Adolphus Hart quien señala que el ideal de justicia corresponde a una función trazada por la razón que tiene como función paradigmática enjuiciar críticamente los contenidos del derecho positivo y la actividad de los órganos o autoridades encargadas de su producción, al igual que servir de fundamento de validez del mismo y la consiguiente pretensión de obligatoriedad, siempre que sus contenidos estén en consonancia con

determinado criterio de justicia escogido para este efecto. (Squella, 2010).

La función de enjuiciamiento crítico del derecho positivo, es de naturaleza valorativa en cuanto va a señalar que es justo o injusto pero eso no hace que pierda su condición de tal, pues ha sido instituido con independencia del criterio de validez, mientras que la función de servir de fundamento de la validez es de naturaleza constitutiva, pues lo justo se fundamenta en la validez del derecho positivo de manera que el derecho injusto no es válido ni es derecho porque no podría existir sino en armonía con dicho criterio. (Squella, 2010).

Por último, en ésta misma línea Alf Ross indica que la justicia es una idea clara que está dotada de una poderosa fuerza motivadora como fin del derecho pues delimita y hace armónicos los deseos, pretensiones e intereses en conflicto de la vida social de la comunidad, equivale a una demanda de igualdad en la distribución o reparto de las ventajas y las cargas que ofrece e impone la vida en común. (Squella, 2010).

Lo justo o injusto tiene sentido cuando califica la decisión tomada por un juez o autoridad a quien corresponde aplicar las normas y es justa, si está conforme con las normas del ordenamiento jurídico respectivo y no lo es en caso contrario, sea, es justa cuando la aplicación correcta de una norma se contrapone a la arbitrariedad. (Squella, 2010).

1.3. En la escuela de los libertarios.

Pasando a la escuela de libertarios, John Rawls indica que la justicia se funda en principios racionales, con una perspectiva de filosofía política y social que lo llevan a señalar que el papel de la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento (Ponce, 2005).

Según señala Squella (2010), el filósofo Rawls distingue entre el concepto de justicia como “un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones y definen una división apropiada de las ventajas sociales” (p. 177). A su turno, las concepciones de la justicia “son las que interpretan el concepto determinando qué principios determinan aquel balance y esa asignación de derechos y obligaciones y esta división apropiada” (p. 177) sin que tal balance derive de la existencia de un contrato social sino que se fundan en los siguientes principios:

1) toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos; y 2) las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones: deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertas a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades, y deben procurar el máximo beneficio a los miembros menos aventajados de la sociedad (Squella, 2010, p. 200).

Así, los principios de libertad (de plantear pretensiones de diseño de instituciones sociales y conceptualizar las formas del bien), de igualdad de

oportunidades (reconocer la diferencia entre iguales y rechazar las inaceptables) y de diferencia (favorecer a los más necesitados de la sociedad) son el fundamento para llevar a cabo la distribución de bienes primarios sociales. (Squella, 2010).

Su teoría plantea la tesis de justicia con equidad, para significar que toda persona tiene un sistema plenamente adecuado de derechos iguales y libertades fundamentales que también corresponden a todos, debiendo garantizar el valor justo de iguales libertades políticas y las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: primera, estar asociadas a posiciones y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad en materia de oportunidades y segunda, proporcionar el máximo beneficio a los miembros menos favorecidos de la sociedad. (Ponce, 2005).

Finalmente, Habermas señala que a justicia es un concepto abstracto que tiene que ver con la igualdad en el sentido kantiano, no es un valor entre otros, es un predicado sobre la validez de los enunciados normativos universales que expresan normas morales generales, sobre lo que es igualmente bueno para todos, de ahí que la justicia depende de la legitimidad política porque el proceso de discusión y decisión democrática es la única forma de construir principios morales intersubjetivos como los de la justicia, el reconocimiento recíproco de todos los seres humanos como personas y el procedimiento para establecer normas válidas, dado que en su construcción participan sujetos libres e iguales que comparten ciertos márgenes de consenso. (Ponce, 2005).

Habermas, dice Squella (2010), propone la teoría procedimental de la justicia, que no es otra cosa que los procesos de comunicación social efectivos, reales, constitutivos de la democracia deliberativa; llevados a cabo por la interacción social de individuos libres e iguales, que pueden llegar a concordar en criterios de justicia y en pautas de conducta que trascienden a las comunidades con criterio de validez universal, incorporando ideas de solidaridad, lealtad, sinceridad, respeto mutuo y entendimiento social, como ocurre en el caso del derecho cuyas normas puedan legítimamente aplicarse en uso de la fuerza.

De las posturas que se han consignado se evidencia la evolución del pensamiento en torno al concepto de justicia, orientado hacia el papel que el derecho tiene en su configuración, como un aspecto que va a incidir en la dogmática jurídica pues el debate se va a centrar sobre la prelación que tienen el derecho natural fundamentado en valores y principios o el derecho positivo cimentado en la regla o la norma.

2. El juez entre el derecho y la moral.

En las distintas concepciones de justicia que se consignaron en el aparte anterior, aparece la disputa que se presenta entre derecho y moral, por eso en este acápite se verán las posiciones que llevaron a que los iuspositivistas consideraran que el único derecho que debe aplicar el juez, es el derecho positivo, la ley.

Como abre bocas resulta importante traer a colación que Ross, acerca de esta

confrontación, indicó:

Los positivistas han calificado a las doctrinas del Derecho natural de creencias basadas en ideas metafísicas o religiosas, incompatibles con los principios del pensamiento científico; y, por su parte, los jusnaturalistas han acusado a sus adversarios de falta de comprensión del reino del espíritu y de los valores, un reino que es bien real aunque no pueda ser descubierto o descrito por medio de la experiencia sensorial. (Ross, 2008, p. 199)

Bobbio (1998) señaló que “La expresión <<positivismo jurídico>> deriva de la locución Derecho positivo en contraposición a la de <<Derecho natural>>”(p. 35) que conduce a aclarar lo que es el primero porque “Toda la tradición del pensamiento jurídico occidental está dominada por la distinción entre <<Derecho Positivo>> y <<Derecho Natural>>, distinción que respecto del contenido conceptual, ya se encuentra en el pensamiento griego y latino” (p. 35) aunque su uso se da a partir de los textos latinos medievales y sobre la base de la formación del Estado moderno y la consolidación del Derecho positivo, se va perfilando en un proceso histórico el surgimiento del positivismo jurídico, cuyo eje central doctrinal es que no existe más derecho que el positivo.

En ese proceso histórico, Bobbio (1998) parte de señalar que en la antigüedad estaban identificados los conceptos de derecho natural y derecho positivo, con sentido contrapuesto: lo que es de la naturaleza o natural (physis) y lo que es creado por el hombre o convencional (thésis), así, en las Instituciones del Derecho Romano

aparecen el *Ius Gentium* (natural) y el *Ius Civile* (positivo), el primero establecido por la *naturalis ratio*, es inmutable en el tiempo y rige para todos los pueblos. El segundo, establecido por un pueblo para que lo rija, es cambiante en el tiempo y en el espacio, dejando sentado que en la antigüedad no había una preocupación por la producción de normas jurídicas dado que las mismas se daban en el rol de formación de la sociedad.

Las reglas existentes en la antigüedad y parte del medioevo, para Bobbio (1998) son de creación social, producto de la sociedad civil y no del Estado, el Derecho Romano surge “sobre la base de las *mores*, de la jurisdicción del pretor (cuyos resultados se consagraron en el *Edictum Perpetuum*) y sobre todo, sobre la base de elaboración de los juristas” (p. 47) que a la postre se recogieron en el *Corpus Iuris Civiles* a iniciativa de Justiniano, asumiendo el carácter de Derecho establecido por el Estado, habiéndose difundido ampliamente sobre la idea que eran normas no para una determinada ciudad sino fundadas en la naturaleza, con la ventaja de estar escrito y codificado, siendo conocido como Derecho Común a todos los pueblos.

Si bien en la sociedad clásica y medieval el derecho natural prevaleció sobre el positivo cuando entraban en contradicción, dado que el juez al resolver un conflicto entre personas, podía establecer una norma para resolver la controversia a partir de principios equitativos y de la razón, en el Estado Moderno la prelación la tuvo el derecho positivo pues el juez como órgano del Estado, se encuentra subordinado a solucionar las controversias únicamente a través de las reglas que emanan del Estado, como único y verdadero derecho pues como señalara Montesquieu, la decisión del juez

debe ser una fiel reproducción de la ley, lo que garantiza el valor de la seguridad jurídica (Bobbio, 1998).

Para complementar lo expuesto, Bobbio indicó (1998) que el derecho natural es universal e inmutable porque rige en todos los pueblos y mantiene su vigencia en el tiempo, su fuente está en la naturaleza y acciones sociales, por eso la moral y la ética son parte de sus principios básicos, siendo conocido por hombres a través de la razón o por obra de la divinidad, por eso se dice que establece lo bueno; mientras que el derecho positivo es particular y mutable, dado que rige en determinados lugares y puede ser modificado en el tiempo porque es una creación del hombre, al cual se accede por su declaración, en él se consagra lo útil, sin que la moral y la ética sean parte de sus principios.

El positivismo jurídico se manifestó especialmente durante el siglo XIX, tomando como eje de estudio el Derecho positivo que regula los contenidos jurídicos de la vida social humana, a partir de los postulados del positivismo filosófico catalizados por la codificación napoleónica y su enorme influencia en el continente europeo a partir del 1804, siendo la primera manifestación a través de la Escuela Francesa de la Exégesis (Bobbio, 1998).

De dicha escuela, Martínez (1992) ha indicado que emergen las que se han considerado son las principales características del positivismo jurídico a saber:

- a) El culto a la ley como expresión del Derecho.
- b) La interpretación subjetiva del Derecho, se busca el espíritu de la ley, la intención y voluntad del legislador, más que la letra de la misma, recurriendo a la historia de la elaboración de la ley en donde se expresa la finalidad que persigue, también a la jurisprudencia y los precedentes históricos.
- c) La concepción rígidamente estatalista del Derecho, solo el Estado puede hacer normas (omnipotencia del legislador), todo el Derecho se contiene en la ley que dimana del poder legislativo y los jueces crean Derecho con la aplicación de los principios generales del Derecho en nombre de la autoridad y del poder de la misma ley del Estado.
- d) El predominio del Derecho positivo sobre el Derecho Natural, que es visto como un conjunto de principios demasiado generales y abstractos de difícil aplicación práctica en la solución de los problemas jurídicos concretos como auténticas necesidades sociales.
- e) El criterio de autoridad que se concede a los intérpretes de la ley, en cuanto exégetas del Código napoleónico.
- f) Niega a la costumbre jurídica el valor de fuente del Derecho, llenando las insuficiencias de ésta a través de ella misma mediante la analogía.

Norberto Bobbio (1998) en su obra “El Positismo Jurídico” distingue tres aspectos del mismo: El positivismo jurídico metodológico, el positivismo jurídico como teoría del derecho positivo y el positivismo jurídico como ideología, los cuales desarrolla de la siguiente manera:

En primer lugar, el "positivismo jurídico metodológico" lo desarrolla en el capítulo 1º (El positivismo jurídico como aproximación avalorativa del Derecho) consagrando un método científico de identificación y descripción del Derecho como un hecho social, despojándolo de juicios de valor en una actitud éticamente neutral, a partir de datos verificables objetivamente, no por la correspondencia con un determinado sistema subjetivo de valores para así determinar cuándo se está ante un derecho válido (Bobbio, 1998).

En segundo lugar, "El positivismo jurídico como teoría del Derecho positivo", es analizado en los capítulos 2 a 6 y vincula la existencia del Derecho a la formación del Estado, el Derecho como producto de la actividad del Estado, la concepción coercitiva e imperativa del Derecho, la supremacía del Derecho producido por el Estado y de la ley como su fuente única (Bobbio, 1998).

Finalmente, el positivismo jurídico como "Ideología del Derecho", lo trata en el capítulo VII, para señalar que da lugar al llamado positivismo ético porque alude a la pretensión de cómo debe ser el Derecho desde la perspectiva de la realidad, para encontrar que existe un deber absoluto e incondicional, una obligación jurídica (coacción) y moral (convicción) de obedecer la ley por su validez que la hace justa, un valor final (versión fuerte) y por otra parte, el derecho posee un valor independientemente de su contenido (versión moderada), es el instrumento para cumplir el orden (Bobbio, 1998).

Por su parte, Hart identifica como elementos relevantes del positivismo jurídico que en todo ordenamiento hay normas que conllevan obligaciones seguidas de coerción y que dan lugar a una sanción por su incumplimiento (reglas primarias) y otras que otorgan derechos o potestades cuyo incumplimiento solo impide que se cumpla su propósito, siendo éstas reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación, siendo obligatorias porque el grupo social acepta una norma como modelo de comportamiento intersubjetivamente exigible, o sea, las normas jurídicas son órdenes o mandatos dadas por seres humanos. (Ramos, 2011).

De otro lado, alude a que no existe conexión necesaria entre Derecho y moral, o sea, entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, ya que los jueces adoptan la regla de reconocimiento, aceptándola, por razones muy variadas: morales, inercia, miedo, intereses egoístas. (Ramos, 2011).

Según Ramos (2011), desde la filosofía analítica del lenguaje, Hart propone la textura abierta del Derecho en cuanto se expresa a través de un elemento abierto que es el lenguaje, por eso las normas jurídicas contienen términos generales que designan tipos abstractos de cosas, actos o hechos que se producen en la vida social y “no siempre es posible saber con certeza si cada hecho real es o no reductible o subsumible en el hecho tipo fijado por la norma. La consecuencia de lo anterior es que toda norma jurídica tiene, junto a un núcleo de significado más o menos claro, una zona de penumbra en la que resulta difícil determinar en qué sentido debe aplicarse” (p. 338), siendo resuelto discrecionalmente por el juez a través de la llamada doctrina de la

discrecionalidad judicial, que le permite crear derecho.

Para Alf Ross (2008) la expresión “positivismo jurídico” significa una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica. La expresión “derecho natural” se toma en sentido amplio, como la actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, sobre la creencia de que el derecho no puede ser comprendido exhaustivamente en términos de principios empiristas sino que requiere una interpretación metafísica, o sea de los principios y de las ideas inherentes a la naturaleza racional o divina del hombre y que trascienden el mundo de los sentidos. Lo anterior significa que existe conexión necesaria entre el Derecho que es (derecho) y el Derecho que debe ser (moral).

Agrega que es posible establecer la existencia y describir el contenido del derecho en términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales (conductas y actitudes humanas); sin tener que recurrir a principios del derecho natural o de la moral natural para su validez, pues el derecho posee una fuerza moral intrínseca (la “fuerza obligatoria”) que constriñe a los súbditos a través de la amenaza de sanciones y moralmente, en conciencia, por eso el término validez no tiene sentido ni función dentro de la doctrina del derecho, es una idea apriorística que no puede ser reducida a términos empíricos definidos por medio de hechos observables, son modos distintos de hablar acerca del Derecho.

No existe el derecho natural, todo derecho es positivo, los principios o juicios éticos (morales, jurídicos) no son la expresión de verdades, algo a ser descubierto y establecido objetivamente mediante algún proceso de conocimiento.

Finalmente, Dworkin, en voces de Atienza y Ruiz (2009) en la obra los “Los derechos en serio”, propone que el Derecho no está constituido únicamente por reglas, sino también por principios; los cuales no pertenecen al Derecho por razones de pedigrí (derivar de una regla de reconocimiento), sino por razones morales, por eso no existe una clara distinción entre el Derecho y moral. En “Law’s Empire”, plantea que el Derecho no consiste propiamente o exclusivamente en normas, sino que es una actividad, una práctica interpretativa en la que juegan un papel determinante los fines y valores que definen la misma; el Derecho debe tener un carácter normativo, sin que resulte tan importante la descripción de la realidad, “como la participación en esa práctica de cara a conformarla de manera que se logre una realización máxima de los valores y fines que dan sentido a las normas y que tienen primacía sobre ellas” (p. 13).

Los pensadores mencionados coinciden en la transversalidad que tiene el derecho positivo, en cuanto se trata de reglas de construcción social que son imperativas y obligatorias por ser órdenes o mandatos emanados del Estado y tienen un mayor o menor grado de vinculación con la moral y aún no tenerla, sin que su eficacia o validez se vea afectada. Se aprecia que el papel del juez puede ser diferente, porque puede reducirse a una labor mecánica y avalorativa en la aplicación de la norma al caso concreto mediante la subsunción del mismo en la norma (Bobbio, Ross)

o activa y creadora de derecho para solventar las lagunas y antinomias que se presentan (Hart, Dworkin).

La crítica del positivismo jurídico, entre otros aspectos, señala Campbell (1989) se da porque describe el Derecho como un conjunto de reglas que son identificadas, comprendidas y aplicadas mediante el conocimiento técnico de los aplicadores del Derecho, sin tener en cuenta los aspectos morales y políticos de la vida diaria, desatendiendo las modificaciones interpretativas de la filosofía del Derecho sobre el papel crucial de los jueces en la asignación de sentido y significado a reglas que por sí mismas son compatibles con diferentes interpretaciones, además que las decisiones jurídicas dependen de multiplicidad de factores que no consigna la regla.

Dicho autor agrega que los objetivos descriptivos del positivismo jurídico, no pueden ignorar la inteligibilidad y significado que tiene, para quienes operan o son usuarios de las estructuras normativas, pues dan una caracterización satisfactoria de la institución social compleja, definen el Derecho en términos de hechos sociales, como mandatos de quien ostenta el poder.

Esa descripción del Derecho como un conjunto determinado de reglas, cumple una función ideológica oculta cual es, camuflar el poder político de los jueces, de imponer sus propios valores, haciendo pasar sus decisiones como la aplicación moralmente neutral de reglas preexistentes y hacer creer que los ciudadanos y los jueces están limitados por un deber de manifestar total obediencia a los requerimientos

de un “Derecho” objetivamente determinado.

Como puede verse, está arraigada la interacción e importancia de la moral y el derecho en la política pues en decir de Higuera:

La moral persigue el cumplimiento de valores, la política el bien común y el derecho la justicia; aunque en ocasiones se pretenda mostrar que son diferentes veremos que la relación entre ellas es más fuerte de lo que se manifiesta, la legitimidad de la política es jurídica y moral, la efectividad del derecho está en su poder pero también debe ser interpretado axiológicamente, así como los aspectos éticos tienen pretensión de generalidad y efectividad. (Higuera, 2011, p. 213).

3. El constitucionalismo.

El constitucionalismo en su formulación inicial se sitúa aproximadamente en el año de 1688, cuando se dio la revolución inglesa, debido a la necesidad de formular unos límites al control político del rey para garantizar los derechos de los súbditos y a su vez establecer que la autoridad del gobierno derivara de la norma constitucional.

Dicha necesidad surge del imperativo de erigir un nuevo orden de cosas en la vida social, en oposición a totalitarismos y autoritarismos, buscando a través de mecanismos jurídicos y políticos la prevención de cualquier forma de repetición, esto es que no se vuelvan a presentar los desmanes y abusos de las monarquías y dictaduras en contra de las personas y sus derechos.

Para ello se plantearon mecanismos de solución de conflictos, basados prácticamente en la concepción del Estado de derecho o Estado legal, con sus potencialidades y con sus insuficiencias, siendo desarrollado por un conjunto de actores dinámicos del derecho, en especial los operadores jurídicos, pues las constituciones que se expidieron con posterioridad a la revolución inglesa tienen el carácter de norma de reconocimiento de la validez de las leyes.

Ese fenómeno desembocó en 2 tipos de constitucionalismo: el francés y el estadounidense, los cuales estuvieron influenciados por el pensamiento iusnaturalista ilustrado e iusnaturalista republicano, respectivamente. La diferencia significativa está en que el primero, adoptó el criterio de que la Constitución solemniza la garantía de los derechos y la organización y división de los poderes, sin tener una relevancia significativa en los ordenamientos jurídicos que la adoptaron porque dicho texto fue considerado superior, más desde un punto de vista político que jurídico. Mientras que en el segundo, dejó de lado las estipulaciones anteriores, para consagrar la Constitución como una norma superior a cualquier ley ordinaria.

Tal codificación permea todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, tanto que la constitución y demás normas comparten los mismos objetivos para alcanzar indistintos cometidos estatales, por lo que cualquier operador jurídico al aplicar una norma subconstitucional (leyes y demás normas inferiores) también está aplicando la constitución misma.

Otra mirada y consecuencia del efecto de irradiación, de acuerdo con Tatiana Díaz Ricardo es que:

LA SUBORDINACIÓN DE LA LEY A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EQUIVALE a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que –como la experiencia lo enseña– podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático (Díaz, 2011, p. 109).

El constitucionalismo y la democracia han mantenido una relación histórica, siendo el primero, un fenómeno o mecanismo que surge por la necesidad de los Estados de tener una norma de normas, que irradie todo el ordenamiento jurídico del Estado y por tanto la integre en un sólo sentir, que no es otro que la efectividad y cumplimiento de los cometidos del Estado, traducidos en la materialización de los derechos y garantías. La democracia, en términos generales, es el sistema representativo que garantiza la participación popular en el poder político. (Ruiz, 2004).

Sin embargo, en la búsqueda de esa armonía se generan tensiones históricas,

debido a la relación entre la democracia y el constitucionalismo, y de otra parte a las injerencias del iusnaturalismo y el iuspositivismo que han existido hasta la fecha en los indistintos ordenamientos jurídicos.

Considera Guastini (2001) que la constitucionalización tiene las siguientes características:

- a) Una constitución rígida, es escrita y se encuentra protegida para que la legislación ordinaria no la pueda derogar, modificar o abrogar, pues éstas solo proceden a través de un procedimiento especial.
- b) La garantía jurisdiccional de la Constitución, asegura la rigidez de la constitución porque permite un control de las leyes con la Constitución.
- c) La fuerza vinculante de la Constitución, es la carga ideológica de la cultura política del Estado respectivo, concretizado en principios generales que exigen interpretación y concretización para su aplicación y disposiciones programáticas sobre derechos sociales.
- d) La “sobreinterpretación” de la Constitución, la cual permite superar cualquier aparente laguna gracias a los principios que existen en la constitución.
- e) La aplicación directa de las normas constitucionales para controlar el poder y regular las relaciones sociales buscando desarrollar sus principios.
- f) La interpretación conforme de las leyes, donde el juez preferirá la interpretación que mejor se adecue al texto constitucional y al caso en cuestión.

- g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que permite disminuir las controversias que se presenten entre los diferentes actores del sistema constitucional respectivo.

Así, es la Constitución la Ley de leyes, la ley fundamental a la cual deben las demás normas siempre y en todo momento tener como su norte, es decir, que deben buscar su aplicación y materialización, por lo que la idea que la ley u otra norma inferior desconozcan la primera no es una opción dentro del constitucionalismo, toda vez que las leyes quedan reguladas y supeditadas a las disposiciones abiertas de la Constitución.

Es que el desarrollo histórico del constitucionalismo evidencia el abandono del legalismo, sin que se advierta fácilmente dicha circunstancia en las codificaciones constitucionales, porque ésta se dio por diferentes prácticas jurídicas, al punto que las constituciones contemporáneas tienen respuesta para todo, no hay problema jurídico que no encuentre alguna solución en las disposiciones constitucionales, lo que se conoce como el efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*).

Ahora bien, se debe tener en cuenta que según Ferrajoli (2011), todo ordenamiento jurídico contiene alguna «pretensión de corrección» y algún «mínimo ético», de lo cual se advierte que el derecho y la moral estarían vinculados y de ello depende la justicia, pues en cierta medida es un elemento necesario del primero y una condición de validez de las normas, siendo una característica del iusnaturalismo.

Tal aspecto es compartido por el constitucionalismo anti-positivista (constitucionalismo ético), pues los principios constitucionales se forman como objetivamente justos, pero es una tesis opuesta a la iuspositivista de la separación, en cuanto señala que la existencia o la validez de una norma no implica que ésta sea justa o válida, cumpliendo así solo con el principio de legalidad como fuente de reconocimiento del derecho existente, máxime cuando las constituciones que se pretenden justas pueden no serlo y para algunos ser morales y políticamente cuestionadas.

4. El Neoconstitucionalismo.

El Neoconstitucionalismo como una nueva teoría constitucional surgió tras la segunda guerra mundial, caracterizándose por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, no solamente para fijar la forma de organización del poder sino también para garantizar los derechos de los asociados, la consagración de fines sustantivos y su concreción, a través de la proporcionalidad y tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales. (Nieto, 2008).

Sin embargo en la resolución de dichos conflictos surgen tensiones al momento de interpretar la norma aplicable al caso y su posible solución, presentándose así reiteradas e inacabadas discusiones históricas entre el concepto de justicia, democracia, iusnaturalismo, iuspositivismo, entre otros, como la vinculación entre el

derecho y la moral.

Para varios autores, entre ellos Ruiz (2004), el neoconstitucionalismo históricamente surgió, en un momento progresista del choque y unión del constitucionalismo francés (legalistas o simples estados de derecho) y el estadounidense (constitucionales o estados constitucionales de derecho), convergiendo lo fundamental de dichas corrientes, esto es, la rigidez constitucional y el control externo de constitucionalidad de la legislación, mejorando el anterior modelo legal o legalista mediante un tipo de interpretación y aplicación del derecho sustancial, así como en los principios constitucionales que conlleven a una mayor y mejor protección de los derechos constitucionales.

Es una nueva visión del Estado de derecho, donde fungen las normas jurídicas de 2 clases: las reglas como normas legalistas y los principios como normas constitucionales para alcanzar, garantizar y materializar los derechos reconocidos.

Desde tal perspectiva, Susanna Pozzolo (1998) señala que existen 4 características que determinan el neoconstitucionalismo, a saber:

- 1) Principios versus normas, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico se compone de normas y principios, diferenciándose en que los segundos tienen una dimensión mayor de peso o importancia, siendo entonces valores morales positivados, por lo que la mayoría de veces son consagrados en un lenguaje vago y un alto nivel de

abstracción, debiendo para su aplicación recurrirse a la interpretación y la argumentación jurídica, toda vez que se deben extraer del texto constitucional idóneo para regular la controversia en cuestión.

2) Ponderación versus subsunción, que se refiere al método interpretativo y aplicativo que requieren los principios, toda vez que éstos no sería interpretados y aplicados con el método de la subsunción, propio de las normas, por lo que se debe acudir al método de ponderación o balanceo.

Dicho método consiste en: a) la identificación de los principios idóneos para regular el caso en cuestión, por lo general se encuentran más de uno y se presenta entre estos antinomias parciales, sin que sean por eso excluyentes; b) los principios identificados deben ser sopesados para establecer la relación jerárquica de los mismos, lo cual debe ser axiológico; c) la caracterización en concreto de la jerarquía axiológica instaurada, es decir que se construye en relación al caso en cuestión y dependerá de las características propias del mismo, por lo cual el principio que prevalece puede ceder en el juicio de otro caso.

3) Constitución versus independencia del legislador, que consiste en la penetración del texto constitucional en el Estado y su ordenamiento jurídico, por lo que la materialización o sustancialización de la constitución tiene por objeto la distribución y la organización de los poderes, así como tiene un contenido sustancial que condiciona la

validez de las normas sub constitucionales, llegando la ley a convertirse en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales.

4) Jueces versus libertad del legislador, se refiere a la interpretación creativa de la jurisprudencia, debido a que al juez se le encarga una continua adecuación de la legislación a las disposiciones constitucionales al resolver el caso concreto, abandonando el método de la subsunción por la interpretación y aplicación de los principios al asunto en cuestión, debido a la injerencia de la constitución, por lo que el papel del juez es un elemento racionalizador del sistema jurídico, pues su interpretación moral del caso incide en la definición de las palabras del ordenamiento jurídico.

Corresponde a los jueces la prestación del servicio de justicia que demanda la comunidad y para ello sus decisiones pueden darse atendiendo solamente las posiciones que sienten las partes en su litigio (justicia rogada) o exceder dicho marco y reconocer el derecho en la magnitud y calidad que corresponda (justicia material).

En todo esto adquiere especial relevancia el papel de la persona, sea individual o colegiada, pues de acuerdo a su formación personal y profesional y sus condiciones socioeconómicas puede incidir en la decisión del mismo, por lo que “La doctrina del neoconstitucionalismo sostiene la prevalencia del punto de vista interno, del punto de vista del participante, en relación con el del observador desinteresado. Sólo desde la perspectiva del participante es identificable la decisión justificada” (Pozzolo, 1998, p. 343), de esa manera la formación de los jueces en Colombia hasta la constitución de 1991 estuvo cimentada en la existencia de un Estado de derecho y por ende bajo el

rigorismo del positivismo jurídico que consagró la constitución de 1886, lo que necesariamente incidió en la aplicación del principio de justicia rogada.

De otro lado, acerca de la vinculación entre el derecho y la moral, Dworkin ha indicado que todo caso difícil tiene solamente una única respuesta correcta, mientras que para Alexy existen varias posibles respuestas. Sin embargo, estas posturas no se excluyen, pues aparentemente el problema deviene y es heredado de las clases de Estado, así el Estado de Derecho se caracterizó por ser un estado legalista con una interpretación formal del derecho, mientras que en el Estado Constitucional de Derecho los principios adquieren una gran importancia, con formas de interpretación más material o sustantiva.

Estos aspectos en Colombia son visibles desde la perspectiva de la constitución de 1886 con un Estado de Derecho legalista y a partir de 1991 con la Constitución que dio lugar al Estado Social de Derecho.

Por lo anterior, se debe tener presente que el neoconstitucionalismo, como formulación de una tendencia constitucional liberal, pretende abrigar los derechos fundamentales y sería la condición necesaria para poder conservar la democracia representativa, debiéndose respetar los derechos de las minorías, pues una cosa es el principio de la mayoría y otra muy diferente el dominio de la mayoría (Kelsen), garantizándoles a todos los asociados sus derechos a través de sendos mecanismos de protección, con el fin de no repetición de los abusos de las monarquías y estados

absolutistas.

No obstante, para Garzón Valdés (1989) no bastaría sólo con los tradicionales derechos civiles y políticos y sus correspondientes garantías, sino también tendría que haber espacio para los derechos de segunda y tercera generación y obviamente con la obligación por parte del Estado de garantizarlos. Esto se puede lograr a través de un régimen de democracia representativa, que ofrezca las mismas posibilidades de autonomía para todos sin exclusión y que justamente toma a este conjunto de bienes básicos como los requisitos esenciales para permitir desarrollar la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad de sus derechos mínimos, esos que no pueden desconocerse por nadie ni por la voluntad popular.

Así, quienes tienen la función de materializar y aplicar la constitución son por excelencia los jueces, al estar obligados a ser constantes y coherentes con las disposiciones constitucionales (normas y principios) en el momento de resolver un caso, aun cuando la decisión no goce del beneplácito de la voluntad mayoritaria.

Pero, no se puede desconocer que por ser un fenómeno histórico, como ya se hizo alusión, éste necesita del concurso activo de los actores del Estado constitucional de derecho, esto es de la comunidad académica, profesionales del derecho, las autoridades estatales y demás asociados, para aportar a su continuo y material desarrollo en pro de la constitucionalidad y su irrigación en el ordenamiento jurídico.

Ahora, como dichas formas de Estado convocan a las autoridades judiciales a la actividad o activismo judicial, puede que la ponderación de éstos al momento de resolver el caso sometido a estudio se aparten del sentir constitucional del Estado en cuestión, al dejar puertas abiertas a la discrecionalidad para solucionar la controversia, lo cual desplaza la racionalidad pretendida, con el surgimiento del constitucionalismo y neoconstitucionalismo, para alejar y desterrar cualquier asomo de arbitrariedad o subjetivismo del Estado en contra de sus asociados, teniendo en cuenta, eso sí, que el neoconstitucionalismo presenta una vocación más localista o menos universalista por cuanto expresamente circunscribe su teoría al modelo jurídico-político en donde se presenta la controversia.

Para Carbonell (2012) el neoconstitucionalismo se puede entender desde 3 puntos de vista o enfoques: a) Constitucionalización, materialización o codificación de las Cartas Políticas; b) Movimiento judicial (activismo judicial e independencia judicial); y c) Movimiento académico.

Así, la constitucionalización surge inicialmente con el constitucionalismo contemporáneo, y se identifica en términos generales por la codificación de las constituciones, siendo esta la garantía del cambio de paradigma en la estructura y organización del Estado puesta al servicio de sus asociados, pretendiendo exterminar las tiranías de antaño.

De otra parte, el movimiento judicial se da con el papel preponderante que tiene

el juez al momento de resolver un problema jurídico en concreto, siendo éste garante de la materialización de la Constitución en el caso a resolver, sin límites y ataduras, distintas a las que le impone la misma Carta Política, mientras que el movimiento académico son los aportes intelectuales y doctrinarios sobre la evolución del constitucionalismo.

Ahora bien, para el objeto de investigación se tiene que el juez juega un papel importante en la constitucionalización del derecho gracias a los aporte de las constituciones que cambian el paradigma del Estado y de los académicos que han dado la formación humanista de los jueces para que en sus decisiones se concretice la justicia, atendiendo la teoría del Estado y la Teoría del Derecho, pues como se dijo en líneas anteriores el concepto de justicia tiene varias connotaciones y dependiendo de éstas se puede materializar la justicia rogada o la justicia material.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL SURGIMIENTO DEL ESTADO LIBERAL E INCIDENCIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA

El surgimiento del Estado liberal es el punto de partida para que las Constituciones orienten su organización administrativa y restablezca los derechos que al ciudadano le corresponden, para cuya protección ha sido instituido el juez, de ahí que procedamos a estudiar el surgimiento de ese Estado y la influencia que ha tenido en la evolución del Estado Colombiano.

1. Las revoluciones o la inspiración del constitucionalismo.

Para establecer la incidencia que ha tenido el Estado de derecho en el constitucionalismo y por esa vía, la incidencia que en el Neoconstitucionalismo ha tenido la instalación del Estado Constitucional de Derecho en Colombia, tenemos que señalar junto con Núñez:

En perspectiva conceptual o teórica, el Neoconstitucionalismo es una doctrina alimentada por la Constitucionalización del Derecho, escenario que tiene su causa en la fusión de las tradiciones de las cartas políticas y las constituciones garantizadas. No es el Neoconstitucionalismo el que ha generado el denominado Estado Constitucional de Derecho sino que, a la inversa, el surgimiento de este ha estimulado la proliferación del amplio espectro de ideas que se albergan (o a veces se estigmatizan) bajo el título de neoconstitucionalistas. (Núñez, 2015, p. 323)

Por eso es necesario auscultar el proceso histórico de la conformación de Colombia como Estado liberal de derecho en el entendido de un Estado surgido de una ley fundamental que “organiza, legitima y limita el poder estatal” (Marquardt, 2011, p. 28), todo ello bajo la influencia de la cultura jurídica occidental y de las instituciones españolas traídas con la conquista y colonización, de las que a la postre emergen las primeras formas de su organización al tiempo de la independencia, catalizadas por las ideas revolucionarias de la revolución norteamericana y de la revolución francesa.

Según Santofimio (1998) el proceso de formación del Estado como entidad jurídico política se presenta en la edad moderna, ubicada entre los siglos XV y XVIII³.

En el período en mención, dice Santofimio, se produce la unificación del poder dividido con la ruptura y fraccionamiento del imperio romano, mediante el surgimiento del Estado monárquico, absolutista y nacional. Este Estado se fundamenta en los principios de paz y tranquilidad, fue favorecido por los desarrollos de la ciencia, la expansión territorial, comercial y financiera de los principales Estados, el fortalecimiento de la burguesía como clase social y el surgimiento del derecho interno unificador, centralizador y diferencial (por un lado el derecho común y por otro, el del príncipe).

Es a partir del Estado nacional y absolutista que se desbordaron los ideales de la Ilustración política entre 1776 y 1825 de la mano de los pensadores liberales (Locke, Montesquieu, Rousseau) y cuyos planteamientos condujeron a la formación del Estado

³ Comprendida entre el descubrimiento de América y la revolución francesa.

de Derecho en la revolución norteamericana y en la revolución francesa, al igual que en la Colombiana de 1821. (Marquardt, 2009).

Entonces, el Estado de derecho marca el inicio del Constitucionalismo como fenómeno histórico-político y que según el historiador Arnold Toynbee, citado por Núñez (2014), ha surgido y se ha “desarrollado de manera prácticamente simultánea en los Estados Unidos de Norteamérica y en Francia” (p. 169) y aunque se nutrieron del iusnaturalismo racionalista, trazaron los derroteros para dos formas disímiles de instituciones y tradiciones jurídicas.

2. El Estado de Derecho norteamericano.

A partir de la separación e independencia en 1776 de las 13 colonias Inglesas en Norteamérica, se produjo la transformación del reino dinástico absolutista en un Estado constitucional, republicano y democrático como señala Marquardt (2011); transformación que se gestó al interior de la burguesía capitalista interesada en romper por razones políticas y económicas sus vínculos con Inglaterra, no propiamente contra el rey sino contra el parlamento como depositario de la soberanía y sus leyes, además, atraída por la ideología de la Ilustración y como dice Armitage (2011), en ella no se produjo el cambio de monarquía ni de constitución política de la metrópoli y tampoco se disolvió el imperio británico; surgieron 13 nuevos Estados organizados bajo un gobierno federal único: los Estados Unidos de Norteamérica.

Lo anterior lo confirma Núñez (2015), citando a Luis Prieto Sanchís, cuando informa que ese proceso emancipador está motivado en la protesta contra las leyes del parlamento cuya aplicación en las colonias no respetaba los principios básicos del orden establecido y generaba desigualdades en relación con los ingleses de la metrópoli, no se luchaba contra un antiguo régimen “la nueva institucionalidad no venía a remover el orden imperante, sino, en cierta forma a confirmarlo” (p. 171), agregando que la revolución americana “tiene un doble carácter: fundacional en tanto instituye una nueva entidad jurídico-política y de restauración, pues tiende al restablecimiento de derechos reconocidos” (p. 171).

Esta revolución aportó como principios fundantes del Estado liberal, la institucionalización del poder y del Estado de Derecho, en tanto es la acción de estructuras y órganos preestablecidos en la Constitución, la cual nos dice Núñez, apoyándose en Prieto, es concebida:

(...) como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos jurisdiccionalmente garantizado que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momentos histórico. En líneas generales esta es la tradición originaria de los Estados Unidos de Norteamérica, que se cimienta en la idea de supremacía constitucional y en su consecuente garantía jurisdiccional. (Núñez, 2015, p. 321).

La Constitución como norma superior y ordenadora, hace la separación vertical del poder con su distribución jerarquizada en órganos y estructuras (legislativo, ejecutivo y federativo); separación que se señala flexible, de pesos y contrapesos, por la colaboración entre ellos (check and balance) pues cada poder dentro del ámbito de sus competencias vigila el funcionamiento de los otros.

Igualmente, la Constitución trae un parlamento soberano y depositario del poder para cumplir sus cometidos, además instituyó la democracia como forma de gobierno del pueblo, al trasladar la soberanía del parlamento al pueblo y creó el sistema presidencialista, correspondiendo al presidente ejercer el poder ejecutivo.

Es en la Constitución que se restaura la declaración de los derechos y libertades individuales, recogiendo los antecedentes contenidos en la Carta Magna, Petition of right, Habeas Corpus Act, Bill of rights y Declaration of rights pues las regulaciones del common law que, si bien no es producto de la voluntad del príncipe ni está estatalizado, según señalan García de Enterría y Ramón Fernández (1993) “no integran por eso un verdadero ius orgánico y general, sino que se limitan a resolver local conditions and situations: Pound”. (p. 29).

De otra parte, el law of nature es el derecho superior, contenido en la constitución, el que otorga derechos políticos condensados en la declaración de independencia de 1776 y materializados en la constitución de 1787 con las enmiendas de 1789.

De la constitución también emerge el principio de legalidad entendido como el sometimiento de los poderes y las autoridades a ella, lo que de paso conlleva al control de constitucionalidad para su preservación porque como señala Alexis de Tocqueville, citado por Santofimio:

(...) la Constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las Leyes y no puede ser modificada por una Ley; es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución preferentemente a todas las Leyes (...). (Santofimio, 1998, p. 229).

Finalmente, como señala Núñez (2014), la supremacía de la Constitución se complementa con la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad, lo primero, porque dicho ordenamiento no puede estar sometido al mismo trámite de reforma de las leyes ordinarias sino que requiere de un mecanismo especial, complejo y orgánicamente diverso, dispuesto por ella misma y lo segundo, porque el modelo de pesos y contrapesos contenido en la primera Carta Fundamental del constitucionalismo moderno asignó un papel protagónico al poder judicial, no sólo en el ejercicio del control del resto de los poderes sino también en la salvaguarda de la propia Constitución.

Así, la revolución Norteamericana en cuanto se constituyó en el fundamento para el surgimiento de 13 nuevos Estados confederados, republicanos y presidencialistas, con poderes separados y balanceados, sujetos a un régimen

constitucional que garantiza su supremacía y los derechos fundamentales de los ciudadanos; se constituyó en un referente para los procesos revolucionarios que se produjeron en la segunda mitad del siglo VXIII.

3. El Estado de Derecho francés.

El Estado de derecho liberal, señalan los juristas, historiadores y politólogos, surgió de la revolución francesa (1789), enriquecida con la experiencia de la revolución americana pero contrario a ella, como dice Núñez (2014), debieron desmontar el antiguo régimen y sobre sus restos “sentar las bases para el desarrollo de la sociedad burguesa” (p. 182) encontrando una férrea resistencia a los embates republicanos que paulatinamente se neutralizaron en virtud del pacto celebrado con la monarquía absoluta, quien gracias a ello se constituyó “transitoria, brevemente y muy a su pesar en monarquía constitucional” (p. 183).

La revolución se orientó al desmonte del poder absoluto del rey como detentador del poder, aportando el principio de soberanía nacional para radicar el poder real en la persona abstracta e impersonal de la nación como ente superior y universal (1789) de la cual emanan todos los poderes y posteriormente quedó en cabeza del pueblo (1793) porque el poder es de todos por igual.

La soberanía nacional implicó igualar las relaciones de poder para evitar su concentración en un solo órgano y supuso, en voces de Miriam Henríquez (2014), un

pacto del antiguo y nuevo régimen para la distribución orgánica de poderes y en lo funcional un equilibrio de poderes que favoreció a la Asamblea Nacional en detrimento del ejecutivo en cabeza del Rey, quien a pesar de ser el jefe del ejecutivo, estaba subordinado a la asamblea nacional - órgano legislativo, por eso Michel Troper (citado por Núñez, 2014) indicó que se trató de una balanza de poderes desequilibrada a favor del Parlamento.

La supremacía que se otorgó a la Asamblea Nacional, derivó de su carácter representativo del pueblo y por eso la creencia que la ley, emanada de ella, es su voluntad omnipotente a la cual quedan sujetos todos los ciudadanos y autoridades porque en virtud de ella, se logra la igualdad y como señala Henríquez (2014) “constituye el único factor de creación del Derecho y lo abarca en su totalidad.” (p. 156), con ello suprime a la Constitución su carácter normativo.

Por eso nos dice Núñez (2014) que la Constitución es entendida “como estrategia de juego: una norma políticamente (no jurídicamente) superior que funciona como hoja de ruta para la actuación de los poderes públicos” (p.190) es decir, con valor político en cuanto su parte dogmática consagró los derechos del ciudadano que sirven de fin al Estado y limitan la acción de los gobernantes e instrumentaliza la división de poderes.

Igualmente, corresponde a la ley establecer los procedimientos y competencias para delimitar el obrar de las autoridades y así garantizar la seguridad jurídica para los

gobernados, por eso los gobernantes se hallan sujetos al principio de legalidad y los obliga a actuar dentro de los marcos y limitaciones que en ella se establezcan.

Los jueces y tribunales no podían inmiscuirse en asuntos de la administración ni en el ejercicio de la función legislativa o suspender la ejecución de la ley ni crear derechos, pues las Constituciones de este período, comenta Núñez (2014), “depositaron en el pueblo la defensa final del ordenamiento constitucional” y según Santofimio (1998) existía un “recelo frente a los antiguos parlamentos judiciales, que constituían reductos de la nobleza dispuesta a defender sus intereses” (p. 244).

Retomando el tema de la soberanía, de ella derivan los principios de representación o delegación y legalidad, puesto que el poder de la nación es ejercido por los gobernantes a quienes les ha sido delegado y ellos representan a ésta, lo anterior en virtud de haber estatuido la democracia representativa como forma de gobierno.

El poder está institucionalizado en la constitución escrita de la cual ha dicho Núñez:

También en líneas generales este es el modelo iniciado por la Revolución Francesa, que pese a basar su sistema en una norma suprema, confirió la competencia de ponerlo en marcha a la acción política del parlamento, depositario de la soberanía popular en términos rousseauianos, es decir, ilimitados, y por tanto, carente de controles heterónomos. (Núñez, 2015, p. 322)

En la revolución francesa no se consagró el control de constitucionalidad en cuanto y en tanto, dice Henríquez (2014), no era la norma suprema del ordenamiento jurídico, por eso es el mismo órgano legislativo quien debe cuidarse de no desbordar las atribuciones fijadas por la Constitución, se trata de un control político y Santofimio (1998) agrega que ello subsistió hasta la constitución de 1958 en que se adoptó el control constitucional a través del Consejo Constitucional y se consolidó en 1971.

La declaración de los derechos del ciudadano, si bien tienen una clara influencia de la experiencia Norteamericana, la diferencia radica en su consagración con carácter universal, para toda la humanidad, por ser un reconocimiento de derechos inherentes al hombre y la naturaleza humana, están condensados en la parte dogmática de la constitución escrita con los cuales se buscó alcanzar la igualdad y libertad, combatir la corrupción y la tiranía y que “habría de operar –en principio– como límite material a los poderes estatales”. (Núñez, 2014, p. 189).

Posteriormente, con la Constitución de 1793 se consagró la separación absoluta de poderes pero manteniendo cierta primacía la Asamblea Nacional; el poder ejecutivo se asignó al Consejo Ejecutivo y la función judicial siguió en los jueces con las limitaciones mencionadas y sin que ningún poder pudiera interferir en las funciones de los otros.

Como en la práctica esa separación no ocurrió, la Constitución de 1795

estableció un legislativo bicameral: el Consejo de los Quinientos y el Consejo de los Ancianos. El primero, tenía la iniciativa legislativa y el segundo, la aprobación de las leyes; el ejecutivo estuvo a cargo de un Directorio de cinco miembros nombrado por el legislativo y designaban ministros y administradores públicos, dotados de cierta facultad normativa reglamentaria, sin que el papel del juez fuera alterado. (Henríquez, 2014).

Entonces, la revolución francesa fue el faro que iluminó al constitucionalismo moderno en la formación de los nuevos Estados liberales de Derecho, surgidos en el proceso revolucionario de Latinoamérica.

4. El constitucionalismo en Colombia.

A partir de la experiencia constitucional de Norteamérica y Francia, se procede a revisar el proceso de la conformación del Estado de Derecho en Colombia.

4.1. De España feudal a la independencia.

Para el tiempo del descubrimiento y conquista de América, Europa se encontraba históricamente transitando del periodo del bajo Medievo a la edad moderna, es decir, del paso del Estado absoluto estamental al Estado absoluto Nacional, pues España se había erigido en un imperio con un Estado absolutista, el cual, nos dice Santofimio, subsistió hasta el 24 de septiembre de 1810 (decreto 01) en que se ratificó la soberanía nacional en el rey y se implantó de manera incipiente la división de

poderes, en la llamada revolución gaditana que dio lugar a la reunión extraordinaria de las cortes de Cádiz.

Antes de la aventura de Colón en su búsqueda de rutas hacia la India, nos dicen Alfonso García-Gallo (1967) y Beatriz Bernal (2011) que los Reyes Católicos fijaron en las Capitulaciones concedidas al aventurero genovés, las bases jurídicas del gobierno del Nuevo Mundo, emitidas de acuerdo con los principios jurídicos medievales imperantes en Castilla y se fue ajustando a las necesidades y particularidades que se crearon en las colonias de ultramar, a través de abundantes regulaciones casuísticas y especiales, como lo fueron también las primeras autoridades (Casa de Contratación de Sevilla, Audiencia, Gobernación, Patronato Indiano) y las medidas para solucionar los problemas de la falta de producción de los territorios indios (repartimiento de indios).

De acuerdo con Jaramillo (1989), fue con Carlos V en el año 1542 que se fundaron las primeras audiencias y se promulgaron las primeras Leyes de Indias para asumir el pleno control de sus colonias, que al cabo del tiempo se tornó en una red de normas (cédulas reales, pragmáticas, provisiones y la extensa legislación de Indias) que no se suprimieron con la independencia sino que según Santofimio, incidió para que en los primeros años existiera una “evidente influencia de las instituciones políticas españolas en los ordenamientos jurídicos y administrativos americanos” (p. 261) al igual que en la función judicial.

En las colonias, dice Jaramillo (1989), se constituyó una estructura burocrática

sin división de poderes y una caótica división de competencias pues los diferentes órganos ejercían funciones administrativas, judiciales y legislativas, aunado a la designación de funcionarios sin una adecuada selección, producto del pago de servicios a la Corona o por compra, como forma de financiamiento y en los cuales tuvieron poca participación los criollos y españoles de América.

Dicha situación, según Beatriz Bernal (2011), quisieron corregirla los Borbones introduciendo grandes cambios en los ámbitos político-administrativo, económico y jurídico, es decir, “no sólo dinásticos, sino también ideológicos y políticos que se reflejaron en el derecho” (p. 207) ya que su formación la recibieron en la cultura francesa bajo el racionalismo ilustrado y por eso introdujeron los secretarios de despacho, consejos y ministros, en lo central, la división territorial y los municipios con autonomía, al contar con sus propias autoridades.

Acerca de la función judicial en España, nos dice Santofimio (1998) que en “la tradición judicial no era estamental-noble, al contrario dichas funciones en la época del absolutismo fue desempeñada por juristas” (p. 268) situación que de acuerdo con Nieto (citado por Santofimio), marcara “la influencia de los juristas en apoyo al ejercicio de las funciones reales desde la edad media” (p. 269) y además “influyeran en el mantenimiento de un sistema judicialista de control de la actividad administrativa”. (p. 261).

En lo relacionado con la organización territorial de las colonias, terminó creando

provincias que fueron adquiriendo un alto grado de autonomía ante la inadecuada administración y control que sobre ellas ejercía la corona, gestando “diversos intereses provinciales, interprovinciales y locales que con la eclosión de la independencia se agudizaron”. (Marquardt, 2011, p.155).

El descontento de las élites regionales y de la burguesía, educada en la ilustración, no lograron la representación adecuada y equitativa en las esferas del poder continental imperial ni en el local, más el impulso dado por las ideas de libertad e igualdad de la Ilustración, de la mano con la traducción que de los derechos del hombre y del ciudadano hizo Antonio Nariño en 1793, dieron como fruto el fundamento ideológico de la revolución en América.

A lo anterior, indica Marquardt (2011), se unió la crisis en la monarquía española a causa de la invasión napoleónica y la usurpación del poder en 1808 por parte de José Bonaparte, generando en las colonias de ultramar una reacción contra el gobierno irregular e ilegítimo en defensa de la monarquía pero se radicalizó hacia una revolución.

De acuerdo con lo expuesto, la situación política y jurídica de España dio lugar a que se produjera la independencia de sus colonias de ultramar en América, tal como lo hicieron las colonias Norteamericanas de Inglaterra y al igual que en ellas, mediante un cambio sustancial en la conformación política bajo el ideario de la Ilustración y la influencia de la experiencia norteamericana y francesa, levantada sobre los cimientos del antiguo régimen colonial español y promovida por la burguesía criolla conformada

por comerciantes y latifundistas.

4.2. El Estado liberal o de Derecho en Colombia.

Dice Tomás Jordán Díaz (2014) que el estudio de “lo constitucional” es una labor compleja pues la Constitución política tiene un doble carisma: es una norma jurídica y es un acuerdo político y a ello se agrega que Alarcón y Belalcázar (2009), han indicado que en el proceso de constitucionalismo colombiano se realizó un trasplante de ideas y la reproducción de instituciones foráneas, por eso el estudio del Estado de Derecho en Colombia es una labor compleja.

En ese sentido, dice Zuluaga (2008) que la historia constitucional de Colombia ha puesto de presente que “nuestra sociedad ha sido incapaz de alcanzar un consenso constitucional que sea suficientemente profundo y duradero” (p. 8) dado que el desarrollo histórico del constitucionalismo ha sido muy agitado:

(...) y así lo ha sido desde la segunda década de siglo XIX, cuando en las provincias que hasta entonces habían sido parte del denominado Virreinato de la Nueva Granada en el marco del imperio español, se comenzó a difundir e implementar el ideario constitucional, que era expresión del liberalismo burgués de aquellos años. Una buena manera de probar este aserto es simplemente revisar el extenso número de constituciones que rigieron en nuestro país en ese momento, pues entre 1811 y 1816, época de la llamada Primera República, en Colombia estuvieron vigentes 9 de las

llamadas constituciones provinciales⁴ (Zuluaga, 2008, p. 8).

Siguiendo ese derrotero, el origen del Estado de Derecho en Colombia se dio en forma similar a las colonias inglesas en Norteamérica, pues estuvo signado por los ideales del liberalismo burgués y la independencia de las diferentes provincias que la corona había organizado y habían alcanzado un alto grado de autonomía, gracias a las diferencias geográficas, políticas y culturales propias de ellas.

La situación mencionada ha llevado a Zuluaga (2008) a indicar que no se tiene un acuerdo sobre la fecha en que se inició nuestra historia constitucional que se ha levantado “sobre una gran falacia histórica el comienzo de nuestra nacionalidad. Me refiero a la mal llamada Acta de Independencia de julio 20 de 1810, que resulta ser un documento muy problemático como mito fundacional de la República, en la medida que en ese escrito no se proclamaba la independencia del entonces Virreinato de la nueva Granada respecto del dominio español, ni tampoco era, mucho menos, un instrumento que tuviera alcance nacional” (p. 8) dado que el cabildo de Santafé hace evidente la adhesión al monarca español y no hace manifestación expresa de independencia.

En sentido contrario, el acta de constitución del Estado libre e independiente de El Socorro del 15 de agosto de 1810 a las declaraciones de independencia emitidas hasta 1821 por cada una de las provincias integrantes del virreinato de Nueva Granada,

⁴ Establecer un número preciso y completo de constituciones de esa época no es fácil, dada la escasez de fuentes y las especiales circunstancias en medio de las cuales fueron producidas. Al efecto, me tengo a una voz autorizada como la de Carlos Restrepo Piedrahita en su obra *Primeras constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993.

se encuentra en términos generales, una clara influencia de la revolución norteamericana, en cuanto se aprecia la invocación de derechos naturales e inherentes al hombre para justificar su separación de la metrópoli, la adopción del federalismo, la sumisión a la religión católica, la consagración de la soberanía popular, la separación absoluta de poderes en aras de garantizar la libertad y evitar el absolutismo, más la prohibición al poder judicial de intervenir en asuntos administrativos, junto con la consagración de los derechos y deberes del ciudadano.

Dicha Constitución en solo catorce artículos, expresa el núcleo del ideario constitucionalista de la ilustración política, al adoptar la soberanía del pueblo y el modelo contractual de Rousseau y Locke; junto con la adopción del federalismo, la separación de poderes, las elecciones cíclicas, el establecimiento de medidas de protección de los derechos de los indígenas, la abolición de los resguardos, y la garantía de la propiedad, mezclados con instituciones y normas heredadas de España (Alarcón y Belalcázar, 2009).

Desde tal acta hasta la actual Carta Política de 1991, se profirieron las constituciones de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y de 1886, las cuales se constituyeron en la Ley fundamental del Estado, con un contenido meramente orgánico bajo el entendimiento de ocuparse de las diversas formas de organización que tuvo Colombia luego de su independencia.

En 1821 se emitió, por el primer Congreso General de Colombia en Cúcuta, la

primera Constitución de la república de Colombia, integrando los Estados de Ecuador y Venezuela como una sola y centralista, fundada en el republicanismo ilustrado y el iusnaturalismo, en la soberanía nacional, la democracia representativa, elecciones cíclicas, separación tridimensional de poderes y sistema presidencialista en cabeza del libertador Bolívar, mientras que el poder judicial quedó en manos de la Corte de Justicia, Cortes Superiores y Tribunales Subalternos, siendo esta Ley fundamental considerada como la verdadera Carta Nacional, con un carácter orgánico al punto que no correspondió a uno de sus núcleos, lo atinente a los derechos fundamentales, pues fueron consignados al final del texto en las disposiciones generales.

La disolución de la república de Colombia en 3 Estados estuvo seguida de la emisión de las constituciones en donde así quedó reflejado, siendo la de 1830 la que rigió en nuestro territorio, manteniendo en ella el núcleo de la Constitución de 1821, al igual que en las constituciones de la Nueva Granada de 1832 y 1843 con un perfil más liberal, según Marquard (2011).

A continuación se expidieron las Constituciones de 1853, que hizo énfasis en la autonomía local y abrió el camino para la consagración del federalismo en la Constitución de 1858 en que los 8 Estados de la Confederación Granadina, se acogieron a las competencias que les fijó la Carta para regular todos aquellos aspectos que no correspondían a la federación, bajo la carga de organizar los poderes públicos de manera popular, alternativa y representativa, reservándose la federación la organización de los poderes generales, lo que se vino a consolidar en la Constitución

de 1863, perdurando hasta su derrota con la Constitución de 1886.

La Constitución de 1886 rigió durante cerca de un siglo, antecediendo la actual Carta Política, ha sido conocida como la Carta de la regeneración en cuanto ella retomó varios elementos contenidos en las constituciones de 1821 a 1843, entre ellas, la orientación católica, el abandono del federalismo y la soberanía nacional, siendo concebida como el instrumento que permitía afianzar la unidad nacional, de ahí su sistema unitario y centralizado al estilo francés pero flexibilizado con la descentralización territorial del modelo español, fortaleciendo la soberanía nacional, el poder ejecutivo, con tridivisión de poderes y la prevalencia de la ley.

Dispuso que la soberanía radica en la Nación a quien corresponde dispensar y garantizar los cometidos estatales, contando para ello con la banca central; consagró los derechos y deberes del hombre y las garantías sociales pero sin consagrar mecanismos para su protección, estableció que la justicia es un bien, imponiéndole al Presidente y al poder judicial procurar una administración pronta y cumplida; estableció el control concentrado de constitucionalidad en la Corte Suprema de Justicia a quien corresponde decidir sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que fueran objetados por inconstitucionalidad.

Adicionalmente, en términos generales, consagró que las autoridades o servidores públicos deben cumplir, hacer cumplir y ejecutar la Constitución, las leyes y demás normas, así como los mandamientos o decisiones judiciales y que la ley creará

los tribunales o juzgados que sean necesarios para la administración de justicia, determinando las atribuciones que le correspondan, esto es, la existencia del principio de legalidad⁵ surgido en la revolución francesa.

Por último, la Constitución Política de Colombia de 1991 es la actual Carta Magna de la República de Colombia, con un amplio catálogo de derechos que estableció y cambió de manera sustantiva el proceso de constitucionalismo porque no se preocupó sólo por la organización política del Estado en cuanto mantuvo todas las propiedades y elementos del Estado de Derecho, sino que también se ocupó de su aspecto social, al punto que se constituyó como Estado Social de derecho.

En lo atinente a su condición de Estado de Derecho mantuvo los elementos que le son inherentes: la existencia de una Constitución rígida, con una parte orgánica que condensa la organización del Estado, iterando su condición de república unitaria, organizada en forma descentralizada, con un régimen democrático y presidencialista y con división de poderes que colaboran armónicamente para el cumplimiento de los cometidos estatales.

En lo relacionado con su aspecto social, se resaltan su fase dogmática, por los principios y valores que le sirven de fundamento y el amplio menú de derechos que se establecen, los instrumentos para su garantía, protección y eficacia y otros aspectos

⁵ Artículo 20.- Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las Leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas. Artículo 63.- No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en Ley o en reglamento.

propios de las tendencias constitucionales que se mencionarán más adelante.

5. El Neoconstitucionalismo en Latinoamérica y Colombia.

El surgimiento del Estado de derecho sobre la base de un texto constitucional, ha dado lugar a la formación de la corriente Neoconstitucional que busca transformar el Estado de Derecho en Estado Constitucional, planteando su mayor intervención en la creación de espacios democráticos y de garantía de los derechos humanos, bajo el substrato de hacer vinculante la Constitución en todo tipo de relaciones mediante reglas y principios de contenido programático.

Señalan Viciano y Martínez ⁶ (2010) que los procesos constituyentes Latinoamericanos, dimanaban directamente de los conflictos sociales aparecidos por las políticas neoliberales que se aplicaron particularmente durante la década de los ochenta y de los movimientos populares que intentaron contrarrestarlos, buscando que la Constitución deje de ser un instrumento de limitación del poder constituido, para avanzar en la configuración de materializar la voluntad de los pueblos en el uso del poder constituyente, haciéndola plenamente normativa y fórmula democrática, como ha ocurrido en el constitucionalismo europeo en las primeras décadas del siglo XX y se está viendo últimamente en el constitucionalismo hispano:

(...) ha sido en América Latina donde han tenido lugar los últimos intentos de realización

⁶ Se trata de doctrinantes que si bien son Positivistas, hacen un importante análisis del surgimiento del Neoconstitucionalismo en Latinoamérica en su crítica al mismo.

práctica de estos modelos, fruto de las condiciones sociales y políticas presentes en determinados países –constitucionalismo necesario– y por medio de asambleas constituyentes, plenamente democráticas, que han traducido a los textos constitucionales la voluntad revolucionaria de los pueblos. Se trata de una aportación crucial, de relevancia reconocible (...). (Viciano y Martínez, 2010, p. 310).

En esa medida, el Neoconstitucionalismo se ha caracterizado por la presencia de Constituciones con amplios y generosos catálogos de derechos fundamentales, rigidez en cuanto al procedimiento de su reforma, junto con estrictos recursos de control de constitucionalidad (concentrada, difusa o mixta) y el carácter supremo y vinculante de sus disposiciones en todos los órdenes.

Se agrega a ello, el activo papel de los jueces en la interpretación y aplicación de los mandatos constitucionales, como dice Carbonell, desde la perspectiva de los valores y principios y empleando técnicas de ponderación y proporcionalidad, entre otras, que les permite la creación de sub-reglas normativas en la solución de conflictos; todo lo cual se evidencia en las Constituciones de Nicaragua de 1987, Brasil de 1988, Colombia de 1991, Paraguay de 1992, Perú de 1993, Argentina de 1994, Venezuela de 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009.

En Colombia, la Constitución de 1991 se tiene como paradigmática del Neoconstitucionalismo en el contexto de Latinoamérica, pues su emisión fue producto de la movilización social y política que mostraban la necesidad de adecuar el ordenamiento constitucional (séptima papeleta) ante la situación de inestabilidad e

ingobernabilidad por la violencia derivada de los grupos guerrilleros y bandas de narcotraficantes.

Tal situación quedó consignada en el Decreto legislativo No. 1926 de agosto 24 de 1990, emitido para restablecer el orden público, en donde se señala que “(...) es urgente crear las bases de un fortalecimiento institucional que permita superar la situación de perturbación (...)”, agregando que la Corte Suprema de Justicia había indicado que los hechos evidenciaban que las instituciones “(...) tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar (...)” y además que las mismas son ineficaces “(...) se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y de ataque (...)”, llevando a autorizar la contabilización de las papeletas que clamaban por una constituyente que reformara la Carta.

La citada asamblea constituyente, de acuerdo con Noguera-Fernández y Criado de Diego (2011) “suponen un rescate de los principios de soberanía popular y de la doctrina clásica del poder constituyente” (p. 18), pues se eligió por los cauces democráticos, originando y transformando la institución en un Estado Social de Derecho.

Como tal, su aspecto social está marcado por los valores del respeto y garantía de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran, la prevalencia del interés general, la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad,

el conocimiento, la libertad, la paz, y un orden político, económico y social justo; como se aprecia en su preámbulo.

Adicionalmente, consagró un amplio catálogo de derechos fundamentales (del individuo, económicos, ambientales, culturales y sociales) junto con diversos mecanismos judiciales para su protección, verbigracia, la acción de tutela, el hábeas corpus, acciones populares, de grupo y de cumplimiento, de manera que su consagración encontrara en ellas su efectividad y eficacia de su goce, de manos de los jueces, por eso Zuluaga (2008) no dudó en señalar:

La Constitución colombiana de 1991, en sentido estrictamente formal, ha venido siendo construida, esencialmente, por la interpretación que de ella hacen los jueces, y en particular por la jurisprudencia que ha ido burilando lentamente la Corte Constitucional. El poder legislativo, inmerso en la crisis del Estado y de la clase política, parece distante, y hasta ausente, en la producción del derecho acorde con los postulados constitucionales y las necesidades del país. (Zuluaga, 2008, p. 132)

En dicha Constitución se amplió la base democrática a través de distintos mecanismos de participación, a saber, el voto, el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocación del mandato que serían reglamentados por el legislador (artículo 103).

La justicia fue consagrada como un valor, un derecho fundamental y un servicio público, ya que es un elemento fundante del Estado, también una garantía reconocida a

todas las personas para acceder a la justicia en la solución pacífica de sus conflictos y, un servicio o función a cargo del Estado.

Esa función se materializa en todos los niveles a través de órganos especializados que funcionan de manera desconcentrada, jerarquizada, autónoma, pública y permanente, para dirimir los conflictos entre particulares (justicia ordinaria cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia). La instrucción de causas criminales corresponde a la Fiscalía General de la Nación y la atención de los asuntos propiamente administrativos y disciplinarios de la rama judicial está en el Consejo Superior de la Judicatura.

Los conflictos de particulares con el Estado y entre entes estatales, se dirimen mediante justicia especializada representada por la jurisdicción contencioso administrativa, cuya cabeza es el Consejo de Estado, quien además de ser el juez de la administración y ejercer el control de sus actos, hechos y contratos, también cumple función de cuerpo consultivo de la administración a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil.

Lo más relevante del aparato judicial, lo constituye la creación de la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241), a quien corresponde ejercer el control concentrado de constitucionalidad de la ley que había sido introducido en el constitucionalismo colombiano (con la reforma constitucional que en 1910, se introdujo a la Carta anterior), no obstante que

todos los jueces ejercen control difuso de constitucionalidad por vía de la acción de tutela en la protección de los derechos constitucionales fundamentales y por vía de la excepción de inconstitucionalidad, pues en caso de contradicción de la ley u otra norma con una disposición constitucional, prevalece ésta (artículo 4º).

Las decisiones que tomen los jueces son independientes con prevalencia del derecho sustancial y aunque siguiendo la tradición romano-germánica y positivista se señaló que solo están sometidos al imperio de la ley, siendo criterios auxiliares la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (artículo 230), pero la jurisprudencia en la práctica se ha constituido en fuente primaria de derechos, en gran medida por la acción de la Corte Constitucional quien según Diego López (2012) “ha fundado su autoridad en el valor expandido del precedente constitucional”. (p. 6).

La consagración de todos estos aspectos implicó una extensa reglamentación al punto que son 380 artículos más 61 artículos transitorios que según Zuluaga:

(...) en principio resulta criticable, porque una Constitución debe ser un código fundamental, pero también un código básico, al alcance de los ciudadanos, cuya pedagogía se facilite al punto de que ella deje de ser un texto reservado al mundo a veces esotérico de los juristas, y sea más bien la norma que oriente la conducta cotidiana y corriente de los ciudadanos. (Zuluaga, 2008, p. 132).

Así pues, el Neoconstitucionalismo en Hispanoamérica fue el resultado de las

crisis sociales que condujeron la transformación del Estado de Derecho en un Estado Constitucional de Derecho, en donde la Constitución supera los marcos orgánicos de la organización del Estado para adentrarse en los aspectos sociales, más democrático, participativo y garante de los derechos de las personas, irradiando todo el ordenamiento jurídico, siendo Colombia uno de los primeros Estados que hizo tránsito hacia el Estado Constitucional de Derecho.

Ese tránsito se ha llevado a cabo a pesar de la normatividad que se encontraba vigente con antelación al proceso constituyente de 1991 y que se mantuvo (Decreto 01 de 1984) regulando el procedimiento ante la administración y el trámite de los procesos judiciales contra la administración, regidos por el principio de legalidad arraigado en la Constitución de 1886 y posteriormente, bajo el alero de la Ley 1437 de 2011 emitida acogiendo diferentes aspectos de la jurisprudencia de las altas cortes, especialmente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional y nutriéndola de los principios constitucionales y del derecho procesal, por eso entraremos a auscultar algunos aspectos relevantes de dichos textos.

CAPÍTULO TERCERO. LA JUSTICIA ROGADA Y LA JUSTICIA MATERIAL EN LOS ESTATUTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS BAJO LAS CONSTITUCIONES DE 1886 Y 1991.

En la Constitución de 1886 Colombia se reconstituyó en una república unitaria y se erigió en un Estado de Derecho sustentado en la soberanía nacional, la división de los poderes públicos con funciones separadas para cada uno y la consagración de los derechos del individuo y del ciudadano, dentro de los cuales se encuentra el debido proceso pero sin establecer medios para su defensa y garantía, sólo el deber abstracto de las autoridades de garantizarlos, en cuanto han sido instituidas para proteger a todas las personas en sus derechos⁷.

En ella se consagró que, entre otros, son fines del Estado “asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz”⁸ y el deber de las autoridades de brindar “la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio ilegítimo del poder, a través de jueces autónomos establecidos para controlar las actuaciones de la Administración Pública” (Araujo, 2009, p. 385) aclarando que esa protección fue concebida desde la aplicación de la ley y bajo la sombra de la prevalencia de lo formal, de acuerdo con lo previsto en su artículo 26 en cuanto señaló que el derecho al debido proceso conlleva la observancia de las formas propias de cada juicio, lo mismo que al consagrar en el artículo 161 de manera sencilla que las sentencias de los jueces deben

⁷ Ver el artículo 19.

⁸ Ver el preámbulo.

ser motivadas.

La consagración del imperio de la ley como baluarte de la organización institucional y substrato mismo del obrar de todas las autoridades, esto es, en la ley se encuentra el marco de acción de las autoridades y por ende las decisiones judiciales están sujetas a ella, sin establecer otras fuentes del derecho, como señalara Hernández (2012): “Antaño la atención del jurista se enfocaba en la Ley como reflejo de la Constitución, las Leyes eran percibidas como la Constitución encarnada y triunfante, por entregas periódicas (...)”. (p. 17).

Durante su vigencia se expidieron los siguientes códigos administrativos: la Ley 130 de 1913 que según Hernández (2012) fue un código exclusivamente judicial, luego se expidió la Ley 167 de 1941 que reguló la organización de la jurisdicción contencioso administrativa y los procedimientos administrativos y por último, el decreto 01 de 1984 que marcó el fin de los estatutos procesales emitidos bajo la esfera de la constitución de 1886, o sea, del Estado de derecho.

La Ley 130 de 1913 en su artículo 54 establecía la necesidad de señalar en la demanda las normas legales y constitucionales que le sirven de fundamento, aplicable para todo tipo de procesos, aspecto que modificó la Ley 617 de 1941 en su artículo 84 numeral 4 al señalar que: “Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”; aspecto que entronizó al procedimiento contencioso administrativo el principio de

justicia rogada en todos los asuntos donde se discutiera la legalidad de un acto administrativo, sin perjuicio de la atribución dada al juez para decretar pruebas de oficio para aclarar puntos dudosos u oscuros⁹ y para declarar probadas excepciones de mérito cuando se encuentren justificados los hechos u omisiones que las constituyen¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en materia laboral a que se refiere este trabajo, se debe solicitar la anulación de actos administrativos de contenido particular y concreto para que surja la reparación del daño, debiendo necesariamente la parte actora cumplir las formalidades mencionadas, sin lo cual no puede tomarse decisión de fondo.

Posteriormente, con fundamento en el artículo 11 de la Ley 58 de 1982 se expidió el que según Araujo (2009) se ha considerado es el primer código contencioso administrativo, el Decreto 01 de 1984, con una parte destinada a regular el funcionamiento de la administración, sujetándola a los principios del derecho administrativo y otra para regular el procedimiento contencioso en la solución de los conflictos dimanados del funcionamiento de la administración, sin la sujeción directa a los principios procesales o constitucionales.

Las decisiones judiciales adoptadas bajo el alero de esta codificación, quedaron marcadas por el sino de la llamada jurisdicción rogada y que en el presente trabajo se identifica con la justicia rogada, para hacer alusión a que el juez para dirimir un conflicto

⁹ Artículo 91 (Ley 130, 1913).

¹⁰ Artículo 111 (Ley 130, 1913).

de su competencia estaba supeditado al marco legal procesal fijado por la posición de las partes en el proceso, esto es, lo señalado en la demanda y la contestación de la demanda, específicamente en procesos donde se incoe la anulación de actos administrativos la carga de señalar las normas vulneradas por él y el concepto de la violación, sin tener potestades el juez para resolver aspectos no pedidos (extrapetita), que excedan lo pedido (ultrapetita) o correspondan a menos de lo pedido (minuspetita).

La demanda en forma se traduce en el cumplimiento de varios requisitos, entre ellos, la designación de las partes y sus representantes para así establecer los sujetos implicados en el conflicto, las aspiraciones del demandante en términos de lo que quiere, junto con el señalamiento del fundamento fáctico del litigio y las pruebas que aporta o solicita para que lleven la convicción al fallador, siendo fundamental que en aquellos asuntos donde se discute la legalidad de actos administrativos, se señalen: “las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”¹¹.

Dicha exigencia fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-197 de 1999, bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el artículo 4º de la Constitución.

¹¹ Ver el artículo 137 del Decreto 01 de 1984 también conocido como CCA.

Además, los artículos 138 a 142 de ese estatuto aluden a otros requisitos que atañen con la individualización de las pretensiones, especialmente cuando se trata de actos administrativos que deben ser plenamente determinados y especificados, sobre todo cuando ha sido objeto de recursos en sede administrativa o la administración guardó silencio frente a ellos; lo mismo que los anexos obligatorios de la demanda, entre otros: los actos atacados, petición y recursos y prueba de la calidad en que se comparece junto con las normas de alcance local y finalmente, el deber de hacer la presentación personal del libelo ante el juez que debe conocer de ella; como puede verse, son muchos los requisitos que deben cumplirse y cuya omisión obstaculiza el trámite que le corresponde.

La demanda “implica la iniciación de la actuación procesal” (López, 1997, p. 422) y se trata de una serie de requisitos formales obligatorios que corresponde acatar para de esa manera garantizar un suerte de debido proceso y lealtad procesal al demandado para ejercer su defensa y contradicción, en cuanto al contestar debe satisfacer otras reglas específicas de contenido formal,¹² empezando por la identificación de la entidad y su representante o apoderado, seguido de un pronunciamiento sobre el fundamento factual u omisivo de la administración y las razones de la defensa donde se incluyen las excepciones “que se invoquen contra las pretensiones”, más la solicitud de pruebas y la indicación del lugar para notificaciones, denotándose así el rigor formalista de la traba de la relación procesal.

Con base en lo anterior, corresponde al juez velar que se cumplan estrictamente

¹² Ver el artículo 144 del Decreto 01 de 1984

esa formalidades, ya sea inadmitiendo o rechazando la demanda para que se subsanen las falencias que lo permitan o impidiendo que siga su curso (artículo 143 del Decreto 01 de 1984) y en esa medida le corresponde al operador judicial moverse en las aguas superficiales y anegadizas de la formalidad procesal más que en los mares profundos del derecho sustancial.

Complementa lo anterior, el imperativo que tiene el juez al emitir la sentencia de motivarla analizando “los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones, con el objeto de resolver todas las peticiones”¹³ de manera que tenga congruencia externa, o sea, guardando estricta relación con las pretensiones y excepciones sin poder fallar ultra o extra petita y, que tenga congruencia interna, es decir, que exista coincidencia entre la parte considerativa y la parte resolutive.

Igualmente, en ese marco procesal se afianzó el principio de la non reformatio in pejus, en virtud del cual el juez al resolver la segunda instancia no puede tratar o extenderse más allá de los aspectos establecidos en el recurso¹⁴ o hacer más gravosa la situación del apelante único, contrario sensu, cuando ambas partes han apelado, no tiene límites para decidir.

Pero bajo dicho estatuto aparecen trazas de lo que podría considerarse son los albores de la justicia material, pues se otorgaron al juez facultades oficiosas para

¹³ Ver el artículo 170 del Decreto 01 de 1984

¹⁴ Atendiendo lo previsto en el artículo 357 del estatuto procesal civil, aplicable por la remisión que a él hace el artículo 267 del CCA, dado que ello no se regula en él.

decretar pruebas¹⁵ y declarar excepciones de mérito que encuentre probadas aunque las partes no las hayan alegado¹⁶, es decir, dichas atribuciones le permiten buscar la verdad y la justicia material, sin entenderse en su momento que estaba aplicando las disposiciones de la Carta o principios constitucionales o del derecho procesal, era la mera aplicación de la ley.

Con la Constitución de 1991 se modificó su parte dogmática incluyendo la ampliación del catálogo de derechos, la consagración de mecanismos para su protección, el multiculturalismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena entre otros aspectos, lo que en voces de Uprimny (2011): “ha erosionado el sistema tradicional de fuentes jurídicas y el papel central que tenía en el pasado la Ley y la reglamentación gubernamental en los ordenamientos jurídicos nacionales”. (p. 139)

Agrega Uprimny que al haberse erigido como un Estado Social de Derecho implica: “enfaticar la importancia de la búsqueda de un orden social justo, que ampare todos los derechos” (p. 140) y a ello cabe agregar que en la administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial, conforme quedó plasmado en el artículo 228 de la Carta Política, aunque en principio las decisiones de los jueces sigan sometidas al imperio de la ley, como se consignó en el artículo 230 constitucional y allí se haya señalado que los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares.

¹⁵ El artículo 169 permite que en cualquiera de las instancias se puedan decretar pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de la verdad o de puntos oscuros o que ofrezcan dudas.

¹⁶ El artículo 164 inciso 2 consagra la facultad del juez para decidir en la sentencia las excepciones de mérito propuestas por el demandado y “cualquiera otra que el fallador encuentre probada”.

El viraje dado en la Constitución de 1991 hacia un Estado Social de Derecho, conllevó a la supremacía constitucional como norma de normas y por tanto con superioridad jerárquica sobre las demás codificaciones, generándose así una mayor intensidad de la constitucionalización del derecho en la medida que el juez aplica directamente las normas de la Carta sin el filtro de la ley, es decir, la irrigación de la Constitución Política en todo el ordenamiento jurídico y la organización política del Estado que han permitido a Hernández señalar:

La consolidación de una justicia constitucional y, con ella, la creciente y entera constitucionalización de la justicia y del derecho, han proporcionado una nueva dimensión a la defensa de los derechos. La justicia en acción, por iniciativa ciudadana, y para realizar los objetivos constitucionales, ha dado lugar al denominado activismo judicial, que no sólo tiene origen en iniciativas más o menos audaces de los jueces, sino en la voluntad del pueblo soberano. El activismo judicial es, en realidad, activismo ciudadano para movilizar el aparato de justicia en pro de los derechos. (Hernández, 2012, p. 19).

Sobre tales bases, el gobierno nacional a través del Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007 encomendó a la “Comisión para la Reforma a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa” la modificación del Código Contencioso Administrativo para adecuarlo a las disposiciones constitucionales previstas en la Carta Política de 1991 y “hacer eficientes los diferentes procedimientos judiciales que se aplican en la jurisdicción contencioso administrativa e implementar la oralidad en dicha jurisdicción” (Araujo, 2011, p. 401); de esa manera se emitió la Ley 1437 de enero 18 de 2011, que

corresponde al actual estatuto de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo¹⁷ que regula el funcionamiento de la administración y el procedimiento contencioso frente a la administración.

La expedición de la Ley 1437 de 2011 hace eco de rezagos positivistas y fija a las partes que concurran a rogar la justicia contencioso administrativa, el cumplimiento de una serie de requisitos previos o de procedibilidad y otros formales y concomitantes que de alguna manera restringen el derecho de acceso a la justicia; requisitos que deben ser verificados por el juez, por cuanto de ello pende la actuación del demandado en ejercicio de su defensa y cierra el marco para tomar la decisión en forma congruente.

Pero a la par de ello, el juez es dotado de atribuciones para adecuar el trámite que le corresponda si el demandante ha indicado uno equivocado (artículo 171), decretar pruebas de oficio (artículo 213), decidir las excepciones previas y de mérito que encuentre probadas aunque no hayan sido propuestas por el demandado (artículos 180-6 y 187 inciso 2), hacer el saneamiento permanente (artículos 180-5 y 207) y garantizar la preservación del orden jurídico pues los procesos tendrán por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, por lo que en la aplicación e interpretación de sus normas deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal (artículo 103).

¹⁷ También conocido y citado en este documento como CPACA.

Adicionalmente, quienes acudan a dicha jurisdicción estarán en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código, colaborando para el buen funcionamiento de la administración de justicia, con lo cual quedaron consagrados los postulados de la constitucionalización del derecho.

Los aspectos constitucionales y procesales que se han mencionado, han dado lugar a que el Consejo de Estado fije diferentes posiciones en relación con el principio de justicia rogada dentro de los procesos donde se promueve la nulidad de actos administrativos de contenido laboral, siendo así como en un primer momento bajo la vigencia de la Constitución de 1886 y el Decreto 01 de 1984 estimó de manera rígida que la parte demandante tiene la carga de señalar las normas que el acto administrativo ha vulnerado y el concepto de la violación.

Precisó la alta corporación en la sentencia de Sala Plena proferida el 3 de marzo de 1989 dentro del expediente con radicado No. R-037 y ponencia de la doctora Clara Forero de Castro, que el juez no puede tener en cuenta otras disposiciones ni aspectos o causales de anulación no invocadas en la demanda: “El Consejo no está autorizado para escoger, de su cuenta, las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso, sustituyéndose así el deber procesal del demandante, porque esta acción ni es pública ni es oficiosa”, sentando así en forma categórica el imperio de la justicia rogada.

Consideró dicha sentencia que es discrecional del actor escoger las normas que han resultado afectadas con el acto administrativo que ataca y el señalamiento de los

motivos de esa violación en cuanto: “(...) está jurídicamente condicionada, para la prosperidad de la acción, a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor (...)”, de manera que es una verdadera camisa de fuerza que ata al juez, sobre todo por el carácter de precedente vertical que debe servir de criterio orientador bajo las reglas constitucionales de ese tiempo.

Aún bajo las reglas de la Constitución de 1991 pero en vigencia del Decreto 01 de 1984, el Consejo de Estado adoptó algún tiempo la misma posición estricta de la exigencia del principio de justicia rogada como puede verse en la sentencia de julio 13 de 1992 siendo ponente Joaquín Barreto Ruiz, dentro del expediente 4855 y actor el señor José Enrique Botero Muñoz, lo mismo que en la sentencia de abril 2 de 1993 donde fue ponente Dolly Pedraza de Arenas en el proceso 5145 y también en la sentencia de abril 14 de 1993 con ponencia de Diego Younes Moreno dentro del radicado 5304 siendo demandante Alfonso Blum Arango.

Pero igualmente, en vigencia de la Constitución de 1991 y del Decreto 01 de 1984 se presentan decisiones en donde el Consejo de Estado asumió una posición intermedia en relación con la aplicación del principio de justicia rogada, a partir de la interpretación de la demanda pues sin negar el carácter rogado de la jurisdicción que apareja acatar las formalidades exigidas para la demanda, estimó en la sentencia proferida el 6 de agosto de 2008 por la Sección Segunda dentro del expediente con, radicado No. 15001-23-31-000-2001-00869-01(8624-05) que: “no es viable en un Estado Constitucional de Derecho convertir las formalidades propias de la acción en barreras para acceder al derecho a la administración de justicia”.

En esa decisión precisó que sin modificar la demanda ni llegar a efectuarle correcciones que afecten su contenido, el juez debe dirigir el proceso e interpretar “razonablemente la demanda y así evitar un fallo inhibitorio” a efectos de permitir la vinculación de otros demandados.

De igual forma, el Consejo de Estado a través de la Sección Segunda, Subsección A, con sentencia de octubre 27 de 2011 proferida dentro del expediente con radicación No. 25000-23-25-000-1995-38054-01(2270-05) y sobre la base de la exequibilidad del artículo 137-4 del CCA, se apartó de manera excepcional del principio de justicia rogada, estimando que “en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial, no puede extremarse la aplicación de la norma acusada, hasta el punto de sacrificar el derecho material por el exagerado rigorismo procesal”, pues frente a la vulneración de un derecho fundamental de aplicación inmediata, el juez tiene la obligación de protegerlo aunque en la demanda no se hubiere invocado.

Desde luego que tal posición no es unánime por cuanto siguen existiendo posiciones ambivalente acerca de la interpretación que debe hacer el juez en torno a las formalidades procesales y la garantía del derecho de acceso a la justicia, como se observa en la sentencia emitida el 5 de mayo de 2015 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en el expediente con radicación No. 25000-23-24-000- 2010-00260-01 en vigencia de la actual Constitución en donde vuelve a recabar la existencia del principio de justicia rogada.

En tal decisión se retoma la exigencia del artículo 137-4 del CCA al señalar que toda demanda interpuesta ante esta jurisdicción que se dirija contra un acto administrativo, debe señalar las normas violadas y explicar el concepto de la violación, sin abrir posibilidades para que el juez haga la interpretación de la demanda y efectivice la materialidad del derecho en litigio, sobre la base de que se trata “(...) de una carga mínima razonable y proporcionada, que busca regular y racionalizar el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, hacerlo compatible con el deber constitucional de colaborar con el buen funcionamiento del aparato judicial (...)”, tal como lo regla el artículo 95-7 de la Constitución en aras de garantizar el derecho a la defensa de la administración pública.

Tal decisión niega al juez la posibilidad de ser sujeto activo dentro del proceso, en cuanto indicó que debe velar por la verificación y exigencia de esas formalidades en la medida que las mismas le permiten estructurar en debida forma su decisión “(...) pues presumiéndose la legalidad de los actos demandados, a falta de cargos correctamente estructurados y expuestos, carecerá de elementos concretos sobre los cuales realizar un juicio capaz de fundamentar una decisión que merezca los efectos de cosa juzgada (...)” siendo que al juez le corresponde resolver con las normas aplicables al caso concreto.

Finalmente, bajo la constitución de 1991 y desatando un asunto sometido al anterior estatuto contencioso administrativo (Decreto 01 de 1984 o CCA), el Consejo de

Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de junio 16 de 2016 emitida en el expediente con radicación número 54001-23-31-000-2006-00003-01(2590-14), extiende los contenidos garantistas de la Constitución de 1991 al indicar que “pese a la notoria falta de claridad y técnica en la demanda, deben predominar derechos de orden superior como el de acceso material a la administración de justicia y la prevalencia de lo sustancial sobre las formalidades”, poniéndose de presente la irradiación de la Carta Política en el ámbito procesal administrativo al sopesar o ponderar los principios de acceso a la justicia y debido proceso.

Recalcó el órgano supremo de la jurisdicción contencioso administrativa que si el juez no advierte fallas en las formalidades de la demanda y le dio el impulso correspondiente y con posterioridad se detectan, no puede dar lugar a fallos inhibitorios “(...) cuando es bien sabido que el juez tiene el deber, por supuesto en tanto le sea posible, de hacer uso de todas las prerrogativas y facultades con que se encuentra investido para evitar fallos inhibitorios”, es decir, vuelve sus pasos a la justicia material.

Bajo las premisas constitucionales, jurisprudenciales y procesales que anteceden, los jueces administrativos se enfrentan a la ponderación de los principios de justicia rogada y de justicia material que están ínsitos en dos derechos de raigambre constitucional: de una lado, el debido proceso que regula el artículo 29 de la constitución en cuanto las partes deben ceñirse al rigor de las formalidades procesales y de otro lado, el acceso a la justicia – prevalencia del derecho sustantivo sobre las

formalidades que consagran los artículos 228 y 229 de la Carta.

Igualmente, aunque el artículo 230 de la Constitución Política señala que la jurisprudencia es criterio orientador en la decisión de los jueces, en la práctica se ha constituido en una verdadera fuente de derechos, al punto que su desconocimiento se constituye en una vía de hecho que permite la tutela contra decisiones judiciales, por eso los jueces administrativos se encuentran compelidos a seguir las decisiones del Consejo de Estado y ya ha quedado expuesta la forma desarticulada en que ha tratado el tema de la justicia rogada y la justicia material, haciendo que los jueces también discrepen acerca del alcance e incidencia de dichos en sus decisiones, dando lugar a soluciones divergentes o contradictorias en casos similares.

Los jueces administrativos del Huila no son ajenos a la situación que ha sido planteada y ello ha llevado a que se analicen en este trabajo las sentencias que en temas laborales de nulidad y restablecimiento del derecho han proferido durante la vigencia de la Ley 1437 de 2011 bajo la influencia creciente del precedente vertical del Consejo de Estado como órgano de cierre.

CAPÍTULO CUARTO. LAS DECISIONES DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS DEL HUILA EN ASUNTOS LABORALES.

La entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 puede ser considerada un aporte del Neoconstitucionalismo, teniendo en cuenta la irradiación de la constitución en dicha codificación, como se puede ver en la relación de interdependencia de principios constitucionales y procesales que trae dicho estatuto.

Es que la constitución política de 1991 dispuso que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial¹⁸ mientras que el CPACA señaló que los procesos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativa tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, lo mismo que la preservación del orden jurídico, así como la aplicación e interpretación de las normas del Código de acuerdo con los principios constitucionales y los del derecho procesal, haciendo un llamado especial en torno al principio de igualdad y el deber procesal y constitucional de las partes¹⁹.

La referencia expresa que el artículo 103 del CPACA hizo a la protección del derecho a la igualdad, está relacionada con todo cambio de la jurisprudencia sobre el

¹⁸ Ver el artículo 230.

¹⁹ Ver el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

alcance y contenido de la norma que debe ser expresa, suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga, de manera que los conflictos de similares características sean resueltos de manera similar, con lo cual se avizora el cambio de paradigma en torno al papel de la jurisprudencia como fuente de derecho y no solo como criterio orientador.

De la misma manera, recaba esta regla en el deber constitucional que asiste a las partes que concurran ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, cumpliendo con las cargas procesales y probatorias previstas en ese estatuto, lo que está en consonancia con el deber de colaboración que el artículo 97-7 de la Constitución Política asigna a toda persona.

Así las cosas, teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se estimó necesario analizar la irradiación constitucional que se enuncia, por cuanto implica una mayor participación de los jueces, en términos generales, para alcanzar la justicia en la solución de los casos y la participación de las partes en ello.

Ahora bien, como el objeto de estudio se centra en establecer la incidencia de los principios de justicia rogada y de justicia material, se han seleccionado los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho laboral que han sido resueltos por los Juzgados Administrativos Orales de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila – salas orales, a partir del nuevo estatuto procesal administrativo, dado que en esos conflictos

el juez, en principio, es más garantista en la medida que propende por la protección del mínimo de derechos que asiste a los empleados estatales como parte débil de la relación laboral pública.

Las sentencias que se han proferido en dicho medio de control, se estudian a través de una investigación con enfoque holístico, descriptivo, prospectivo y hermenéutico.

Para la recolección de los datos se identificaron 1197 sentencias de primera y segunda instancia en los diferentes medios de control (nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, controversias contractuales y constitucionales), proferidas por la jurisdicción administrativa a partir del 2 de julio de 2012 en que inició la vigencia la Ley 1437 de 2011 hasta enero 30 de 2016²⁰ precisando que de ellas 524 corresponden a decisiones de primera instancia y 673 de segunda instancia²¹.

Dentro de éstas, se halló un grupo de 421 providencias que son asuntos no laborales (reparación directa, controversias contractuales y constitucionales, etc.) que representan el 63% y otras 252 decisiones de nulidad y restablecimiento del derecho de diferentes temas (impuestos, disciplinarios, responsabilidad fiscal, entre otros)²² que corresponden al 37%, haciendo la selección de 242 fallos de carácter estrictamente laboral que corresponde al universo de sentencias a analizar en este trabajo: así:

²⁰ Ver anexo tabla No. 1

²¹ Ver anexo gráfica No. 1

²² Ver anexo gráfica No. 2

TABLA No. 2 SENTENCIAS POR TEMA.

TEMAS	No. de sentencias por tema
Contrato realidad no docente	3
Contrato realidad docente	37
Devolución aportes a salud	46
Insubsistencia	3
Mesada 14	7
Pensión gracia	1
Pensión sobrevivencia	2
Reliquidación asignación de retiro	24
Reliquidación pensión docente factores	105
Reliquidación pensión no docente factores	14
TOTAL	242

La escogencia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho laboral se efectuó además, por corresponder al mayor volumen de litigios que para el año 2015 se presentaron ante la jurisdicción contenciosa administrativa del Huila, pues en el inventario de los juzgados administrativos figuran 2953 expedientes que corresponde al 78% de la carga laboral,²³ se trata de asuntos que se han venido acumulando desde el año 2012 porque no han podido ser evacuados y ese comportamiento se mantuvo con los 1784 ingresos de demandas laborales que durante ese año se presentaron en los juzgados administrativos del Huila y equivalen al 54% de los ingresos de dicho año²⁴, es decir, los asuntos laborales ocupan la mayor demanda de justicia en esta

²³ Ver anexo grafica No. 3

²⁴ Ver anexo gráfica No. 4

jurisdicción .

La misma situación se presenta con el inventario a cargo del Tribunal con 1011 expedientes laborales, los cuales corresponde al 66% de su carga laboral²⁵ o asuntos represados y a ello se adicionan los 1394 expedientes de la misma especie ingresados en ese año y que constituyen el 46% de carga nueva,²⁶ manteniéndose de esa manera un alto flujo de asuntos de esta naturaleza y por consiguiente una mayor productividad en las decisiones judiciales sobre dicha temática.

Fuera de lo anterior, se consideró que en esos conflictos es plausible que el juez propenda por garantizar mayormente el mínimo de derechos de los servidores, no obstante la existencia del principio de justicia rogada, reflejada en la indicación específica de las normas que el acto impugnado ha vulnerado, situación que es de menor ocurrencia en otros medios de control²⁷ en donde el principio *iura novit curia*²⁸ prevalece, esto es, el juez resuelve la situación sin que se le señalen las normas específicas del caso o se aparte de las que indiquen las partes, como señala Bohórquez:

El *iura novit curia* ha sido ligado a la máxima de “dame los hechos, yo te daré el Derecho”, expresada como “da mihi factum, Tibi Dabo ius”, o “narra mihi factum, narro tibi ius”, la cual, según Stein (1988), surgió en Roma para dividir el trabajo, reservándole

²⁵ Ver anexo gráfica No. 5

²⁶ Ver anexo gráfica No. 6

²⁷ Controversias contractuales y de reparación directa.

²⁸ De acuerdo con Bohórquez (2013) el significado literal es: "el juez conoce el derecho". La Corte Constitucional en la sentencia T-851 de 2010 indicó: "Y de acuerdo con el principio *iura novit curia*, el cual permite al juez hacer caso omiso de las normas aducidas por las partes para decidir de acuerdo con el derecho aplicable".

al juez el derecho y a las partes los hechos, luego de introducirse la figura de un juez jurista que frente a las partes dejaba de tener la misma posición respecto del derecho, como sí la tenían anteriormente el pretor y el jurado, que no eran juristas (2013, p. 26).

Las sentencias se clasificaron en los siguientes temas afines o estratos: contrato realidad no docente, contrato realidad docente, devolución aportes a salud, insubsistencia, mesada 14, pensión gracia, pensión sobrevivencia, reliquidación asignación de retiro, reliquidación pensión docente factores y reliquidación pensión no docente factores.

En cada estrato, las sentencias se organizaron por el código único de identificación de procesos (orden numérico de menor a mayor), el cual fue establecido por los Acuerdos No. 201 de 1997 y 3449 de 2006 emanados de la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y está integrado por el código único de identificación geográfica y por el código único de radicación de procesos.

El primero, contiene el código del DANE para el municipio donde se ubica el juzgado, el código del juzgado, el código de la especialidad y el consecutivo del despacho del juzgado para un total de 12 números. El segundo, corresponde al año en que se radica el proceso, el consecutivo de radicación y dos dígitos para el consecutivo de recursos del proceso (primera o segunda instancia) y son 11 dígitos.

Para efectos del presente trabajo, en la selección aleatoria de la muestra se tomó solo la segunda parte, o sea, el código único de radicación de procesos adicionado con las iniciales de los nombres de los magistrados ponentes, los cuales

aparecen en el cuadro de resultados, mientras que en las fichas de análisis de cada sentencia se consignó todo el número de identificación de procesos con sus 23 dígitos y el nombre completo del magistrado ponente de cada sentencia.

Identificadas las sentencias y los estratos, se estableció una muestra representativa de ellas y para el efecto se hizo el diseño muestral aplicando un muestreo aleatorio simple con afijación proporcional y selección sistemática, utilizando las siguientes fórmulas:

$$n = \frac{NZ^2PQ}{Ne^2 + Z^2PQ}$$

En donde:

n = Tamaño de muestra definitiva

N = Tamaño Poblacional (Total de procesos o sentencias)

Z = Es la desviación que corresponde a un nivel de confianza en una distribución normal standard. Para el presente estudio se prefija un nivel de confianza del 95%

e = Error máximo admisible. Se trabajará con un error admisible del 8%, el cual es prefijado por los investigadores

P = Proporción de la población con la característica de estudio

Q = Proporción de la población que no posee la característica de estudio

Se trabajó con el concepto de equiprobabilidad, es decir:

$$P = Q = 0,5$$

La muestra definitiva del estudio corresponde entonces a 94 sentencias.

Para distribuir la muestra en cada estrato, se aplicó una afijación proporcional:

$$nh = (Nh/N) (n)$$

En donde:

nh = Corresponde a la muestra específica de la subpoblación del estrato h

Nh = Corresponde a la subpoblación del estrato h

Así las cosas, aplicada la afijación proporcional al tamaño de cada estrato (subgrupo), quedó así:

TABLA NO. 3 MUESTRA POR ESTRATOS.

TEMAS	No de sentencias por tema	Diseño muestral aleatoria simple
Contrato realidad no docente	3	1
Contrato realidad docente	37	15
Devolución aportes a salud	46	19
Insubsistencia	3	1
Mesada 14	7	3
Pensión gracia	1	1
Pensión sobrevivencia	2	1
Reliquidación asignación de retiro	24	9
Reliquidación pensión docente factores	105	39
Reliquidación pensión no docente factores	14	5
TOTAL	242	94

Ahora, para la selección de cada elemento (sentencia) dentro de cada estrato (subgrupo) se trabajó una selección sistemática que consistió en aplicar la siguiente fórmula:

$$K = N_h/n_h$$

Para el efecto se seleccionó un elemento cada k-ésimo, eligiendo el primer elemento al azar y luego seleccionando cada K - ésimo elemento en forma rígida y sistemática, haciendo la selección 1 de K para cada estrato (tema), el cual arrojó como resultado las sentencias analizadas²⁹.

Seguidamente se diseñó la ficha de evaluación y trabajo³⁰ para el análisis de las decisiones seleccionadas, a efectos de identificar los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda, contestación de la misma, la decisión de primera instancia, recurso de apelación y alegaciones, más la sentencia de segunda instancia y así poder determinar las providencias que fueron proferidas en aplicación de los principios de justicia rogada bajo el entendido de que se adecuó el caso a la norma (subsunción) o de justicia material, en el entendido de la ponderación de principios.

Luego de diligenciar cada ficha para cada una de las sentencias de segunda instancia seleccionadas, se tabularon los resultados obtenidos para identificar la mayor

²⁹ Ver anexo tabla No. 3.

³⁰ Ver anexo ficha No. 1

o menor incidencia de dichos principios en las decisiones de los jueces administrativos en el Huila por cada estrato³¹.

De la muestra analizada (94 sentencias) el 82% (77 sentencias) corresponde a procesos promovidos por docentes oficiales y por tanto en temas laborales representan la mayor cantidad de usuarios del servicio de justicia pues sólo el 18% (17 sentencias) corresponden a otros sectores de los servidores oficiales, dentro de los cuales están las fuerzas armadas para los casos de reliquidación de asignación de retiro, contrato realidad, insubsistencias, pensión de sobrevivientes y reliquidación pensional de servidores administrativos de entes territoriales³².

Es que un reglón amplio del sector de empleados públicos lo constituyen los docentes oficiales, en la medida que el servicio educativo se debe garantizar a la población en todo el territorio del Huila (urbano y rural) y en todos los niveles de formación (preescolar, básica y media en los grados 0 a 11) lo que implica la vinculación de un grueso número de personas y de paso, el surgimiento de un sinnúmero de conflictos laborales.

Los problemas laborales que aquejan a los docentes del sector público están relacionados en un 51% con los factores salariales que se tuvieron en cuenta para la liquidación de su pensión en virtud del régimen de transición que les corresponde (39 sentencias), un 25% de sus litigios derivan del cobro que se les hace por aportes a

³¹ Ver anexo tabla No. 4.

³² Ver anexo gráfica No. 7.

salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre y que no se les hacen a los pensionados del sistema general de seguridad social en pensiones (19 sentencias).

De esos conflictos, el 20% corresponden a reclamaciones originadas en la forma de su vinculación (mediante órdenes de prestación de servicios, contratos de prestación de servicios, a través de juntas de acción comunal) sin derecho a prestaciones sociales (15 sentencias) y un 5% son otros conflictos de menor ocurrencia (4 sentencias) por pensión gracia y pago de la mesada.

Ahora, se procede a auscultar en cada uno de los estratos más representativos de la muestra, la incidencia que los tantas veces citados principios, han tenido incidencia en la solución de tales litigios, teniendo en cuenta que el estrato de reliquidación pensiones no docentes no se analiza porque comparte, en términos generales, similares argumentos de las partes y en las decisiones de los jueces de primera y segunda instancia que los desataron.

Para los fines pertinentes a este trabajo, se ha considerado que si la decisión del litigio estuvo dada por la subsunción del hecho a la norma, se entiende que la incidencia fue del principio de justicia rogada, mientras que si la solución estuvo cimentada en la ponderación de principios frente a los conflictos y vacíos normativos, la incidencia fue de la justicia material.

1. Contrato realidad docente.

El tema de contrato realidad docente (15 sentencias) hace relación a que los demandantes fueron vinculados por las entidades territoriales para prestar el servicio público de educación a través de órdenes de prestación de servicios, contratos de prestación de servicios o por contratos con intermediación de las juntas de acción comunal, encubriendo una relación laboral sin derecho a prestaciones sociales y en algunos casos con menor remuneración a la del personal de planta, no obstante que su misión es similar, realizan las mismas funciones para satisfacer el mismo servicio, en idénticas condiciones temporales y espaciales.

La existencia de tal relación fue negada por las entidades territoriales al momento de solicitarse su declaración por parte de los docentes vinculados, dado que existió una relación contractual permitida por la ley mientras se aprobaba la planta docente definitiva del municipio y las decisiones así tomadas fueron impugnadas ante los jueces administrativos para el reconocimiento de dicha relación y obtener el pago de los mayores ingresos junto con las prestaciones de ley.

Las entidades demandadas se opusieron a las pretensiones manifestando que los docentes demandantes no han pertenecido a su plante de personal para tener derecho a la misma remuneración, teniendo en cuenta que se vincularon mediante contratos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993 y por ende, no es

procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales deprecadas e igualmente que ha operado la prescripción del derecho.

Lo anterior, sirvió de fundamento para que los jueces administrativos formularon como problema jurídico, en términos generales, sí existió una relación laboral entre los actores y los entes demandados con ocasión de las órdenes de prestación de servicios que los unieron.

La incidencia de los principios de justicia rogada o justicia material en las decisiones de primera instancia se refleja en la siguiente tabla:

TABLA No. 5 CONTRATO REALIDAD DOCENTE

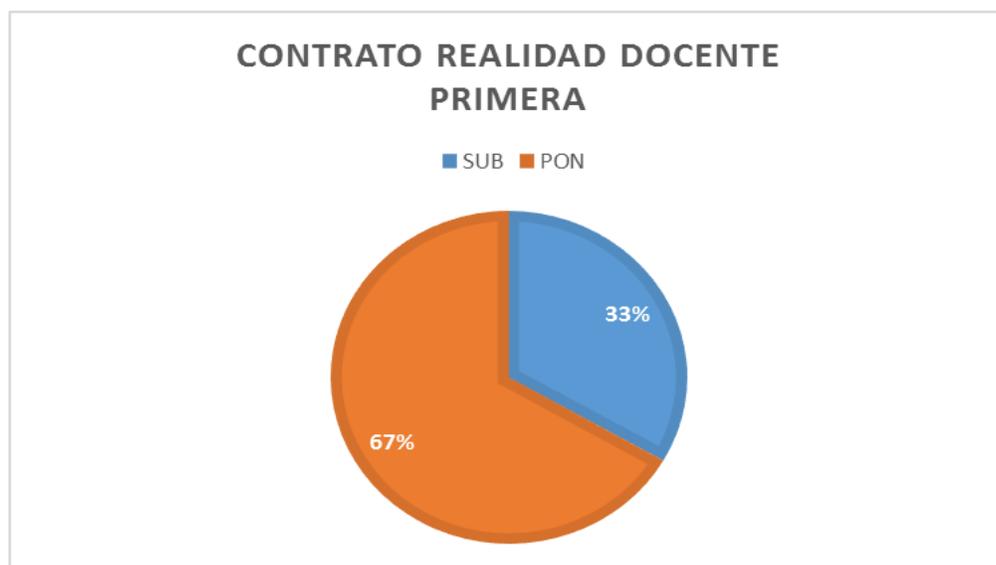
TEMAS	N° DE SENTENCIAS	MUESTRA	PRIMERA INSTANCIA		SEGUNDA INSTANCIA		TOTAL	
			SUB	PON	SUB	PON	SUB	PON
CONTRATO REALIDAD DOCENTE	37	15	5	10	14	1	19	11

En el análisis de este tema se encuentra que en primera instancia, los jueces: a) negaron las pretensiones en un 20% (3 sentencias) porque no se demostró la relación laboral y/o se declaró probada una excepción diferente a la prescripción; b) accedieron a éstas sin aceptar o decretar probada la excepción de prescripción en un 40% (6 sentencias); c) accedieron parcialmente al declarar la nulidad del acto demandado y declarar la relación laboral, decretando la prescripción de los derechos laborales reclamados excepto el reconocimiento de los aportes y tiempo laborado para efectos

pensionales, en un 26,7% (4 sentencias); y d) se decretó de oficio la excepción de prescripción en un 13,3% (2 sentencias).

De acuerdo con lo anterior y según aparece en la gráfico que sigue, en el 67% (10 fallos) los jueces declararon la nulidad de los actos demandados, la existencia de la relación laboral y accedieron al restablecimiento del derecho, al menos en el reconocimiento de los aportes y tiempo laborado para efectos pensionales, al encontrar probados los elementos propios de la relación laboral en aplicación de los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades frente a las reglas que rigen los contratos estatales a través de los cuales fueron vinculados.

GRÁFICA No. 8 SUBSUNCIÓN / PONDERACIÓN PRIMERA.



Lo señalado fue atendiendo la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional, que alude a la primacía de la realidad sobre las formalidades en

asuntos laborales y la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, fechada enero 19 de 2009, siendo ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez dentro del expediente con radicación No. 70012331000200003449-01 que estableció el carácter constitutivo de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, siendo a partir de ella que se hace exigible el derecho y por ende no opera la prescripción trienal.

Contrario sensu, en el gráfico se aprecia que en el 33% (5 sentencias) las decisiones se inclinaron por la adecuación del hecho a la norma, dado que en 2 casos se declaró probada de oficio la excepción de prescripción aplicando un criterio de autoridad, en la medida que se tuvo en cuenta la decisión de abril 9 de 2014 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A con ponencia del magistrado Luis Rafael Vergara Quintero en el expediente con radicación No. 200012331000-201100142-01 que produjo un cambio jurisprudencial sobre ese tema.

En efecto, allí se señala que la sentencia es constitutiva en la medida que el derecho se reclame dentro de los 3 años siguientes a la terminación de la relación laboral o de lo contrario se produce la prescripción y de esa manera en los casos estudiados, la decisión encontró que las reclamaciones excedieron el término previsto para ello.

En las otras 3 sentencias, se negaron las pretensiones por cuanto no se satisficieron los presupuestos de las normas sustanciales y procesales que condujeran a acreditar la relación laboral y la legitimación de las partes, esto es, teniendo los

actores la carga de probar la relación laboral, no lo hicieron y de esa manera tal situación fue enmarcada en las reglas procesales que así lo exigen.

En relación con las decisiones de segunda instancia proferidas por el Tribunal, en un 93% (14 sentencias) se declaró probada la prescripción de los derechos reclamados, acogiendo la misma jurisprudencia acabada de citar, como lo habían hecho los jueces en algunas oportunidades, según antes se indicó.

El Tribunal adecuó los casos a lo previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 en donde se estableció que los derechos laborales prescriben en 3 años desde que se hicieron exigibles, o sea, desde la terminación de la relación laboral cuando desaparecen los obstáculos para demandar el reconocimiento de sus derechos y así, la aplicación de la subsunción del hecho a la norma indican que las sentencias fueron resueltas bajo el principio de justicia rogada.

Como en una sola decisión del Tribunal (7%) revocó el fallo de primera instancia que negó las pretensiones, porque no se probó la relación laboral con el ente territorial, para en su lugar acoger la existencia de la relación laboral sobre la base de aplicar los principios de primacía de la realidad y favorabilidad, operó la justicia material, aun cuando se declaró de oficio la prescripción de los derechos salvo el tiempo de servicio para fines prestacionales³³.

³³ Ver anexo gráfica No. 9

Al hacer un comparativo de la incidencia de la justicia rogada en las decisiones de primera y segunda instancia en torno al contrato realidad docente, se aprecia que en la primera instancia hubo menor inclinación por la aplicación de dicho principio, dado que solamente se profirieron 5 sentencias acogiendo la prescripción, lo que no acaeció en la segunda instancia, cuya incidencia fue mayor dado que se emitieron 14 sentencias con aplicación de tal prescripción³⁴.

Sobre la incidencia de la justicia material en las dos instancias, aparece que en primera instancia fueron 10 sentencias con ponderación de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades legales y favorabilidad, mientras que en segunda instancia, fue menor, solamente una sentencia acogió la principalística, justamente en forma correlativa a la incidencia de la justicia rogada, que como se indicó en precedencia, tuvo mayor énfasis en la segunda instancia³⁵:

Al promediar los resultados entre la incidencia de una y otra forma de justicia en las dos instancias, hay una mayor influencia de la justicia rogada en las decisiones judiciales sobre el contrato realidad pues 19 asuntos fueron decididos bajo la subsunción del caso a la regla, mientras que únicamente en 11 decisiones hubo prevalencia de los principios constitucionales y procesales en cuanto se protegió el derecho de los servidores a obtener el pago de sus prestaciones sociales con arreglo a los principios ya mencionados³⁶.

³⁴ Ver anexo gráfica No. 10

³⁵ Ver anexo gráfica No. 11

³⁶ Ver anexo gráfica No. 12

2. Devolución aportes a salud.

Dentro del estrato de devolución de aportes de salud (19 sentencias) los docentes reclaman que no se les hagan los descuentos establecidos por la Ley 91 de 1989 (artículo 8-5) sobre las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre, con destino al mencionado servicio pues dicha norma fue derogada por la Ley 812 de 2003 y además el régimen común, más favorable, no los consagra, encontrando en la siguiente tabla el comportamiento que en primera y segunda instancia tuvieron la justicia rogada (subsunción) y la justicia material (ponderación) en las decisiones de primer y segundo grado, a saber:

TABLA No. 6 DEVOLUCIÓN APORTES A SALUD.

TEMAS	N° DE SENTENCIAS	MUESTRA	PRIMERA INSTANCIA		SEGUNDA INSTANCIA		TOTAL	
			SUB	PON	SUB	PON	SUB	PON
DEVOLUCIÓN APORTES A SALUD	46	19	19	0	6	13	25	13

En la primera instancia, la muestra arroja que en el 100% de los casos (19 sentencias) los jueces estimaron que por tener los docentes un régimen especial de pensiones (Ley 91 de 1989) debían regirse por dichas reglas y contribuir con el aporte sobre las mesadas adicionales al haber sido excluidos del régimen general de pensiones por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que no consagra el pago de tales aportes. Adicionalmente, porque el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003

señaló que los docentes vinculados con anterioridad a su vigencia, se rigen por el régimen anterior ya que los que se vinculen con posterioridad quedan cobijados por el régimen general y por tanto no pagan los mismos, lo cual está en consonancia con el párrafo transitorio 1º del Acto legislativo No. 1 de 2005 que tampoco consagra los aportes sobre aquellas.

De esa manera, los jueces de primera instancia se inclinaron por la subsunción normativa, esto es, encasillaron la situación fáctica de los docentes en la normatividad especial que establecieron los aportes de salud para tales servidores sobre todas las mesadas, sin que les fuere aplicable el régimen ordinario en donde no se consagran tales descuentos por ser excluyentes dichos regímenes.

En el gráfico que está a continuación, se analiza el comportamiento que en la segunda instancia tuvo la justicia rogada en torno a la devolución de los aportes que se estudian, porque en un 32% (6 sentencias) se aplicó la subsunción del caso a las normas invocadas en la demanda, sobre la base de que si bien los docentes tienen un régimen especial de pensiones y quedaron excluidos del sistema común, el párrafo del artículo 1º del Decreto 1073 de 2002 prohibió los descuentos sobre las mesadas adicionales de acuerdo con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, por eso no habría lugar a los mismos en la medida que dichas disposiciones les son aplicables y son más favorables en virtud de precedente que luego se traerá a colación.

GRÁFICA No. 13 DEVOLUCIÓN APORTES A SALUD SEGUNDA.

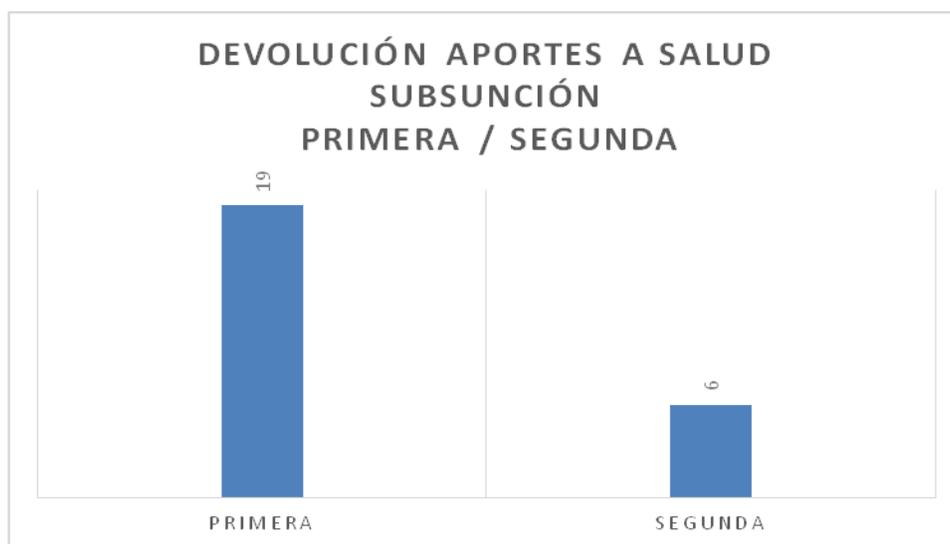
En efecto, el Consejo de Estado en sentencia de febrero 3 de 2005 anuló parcialmente el párrafo de dicho decreto e indicó que no puede hacerse ningún descuento sobre la mesada adicional de diciembre pero sí sobre la mesada de junio y por eso revocó parcialmente la decisión inicial, reconociendo la devolución de los aportes que se hicieron a los docentes en la mesada de diciembre.

En la gráfica se observa que el Tribunal en un 68% (13 sentencias) aplicó la ponderación del principio de favorabilidad frente al conflicto normativo sobre los descuentos mencionados, ya que el régimen especial los consagra pero el régimen ordinario no alude a ellos pues en el artículo 81 de la Ley 812 y el Decreto 2341, ambos de 2003, fijan el valor total de cotización para salud en la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 sin incluir las mesadas adicionales, por eso debe serles aplicado.

Lo anterior adicionado a que ello fue acogido por la sentencia C-369 de 2004 y por eso sólo deben hacer aportes a salud sobre la mesada adicional de junio, como señala el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1073 de 2002, luego de la nulidad parcial del mismo, decretada por el Consejo de Estado en sentencia de febrero 3 de 2005.

Ahora, al hacer el comparativo de la justicia rogada tanto en primera como en segunda instancia, aparece que un 100% de las decisiones de los jueces se adoptaron en aplicación de la misma, frente a un 32% de las decisiones del Tribunal fincadas en la subsunción del caso a la norma, como se aprecia en la siguiente gráfica:

GRÁFICA No. 14 SUBSUNCIÓN PRIMERA / SEGUNDA.

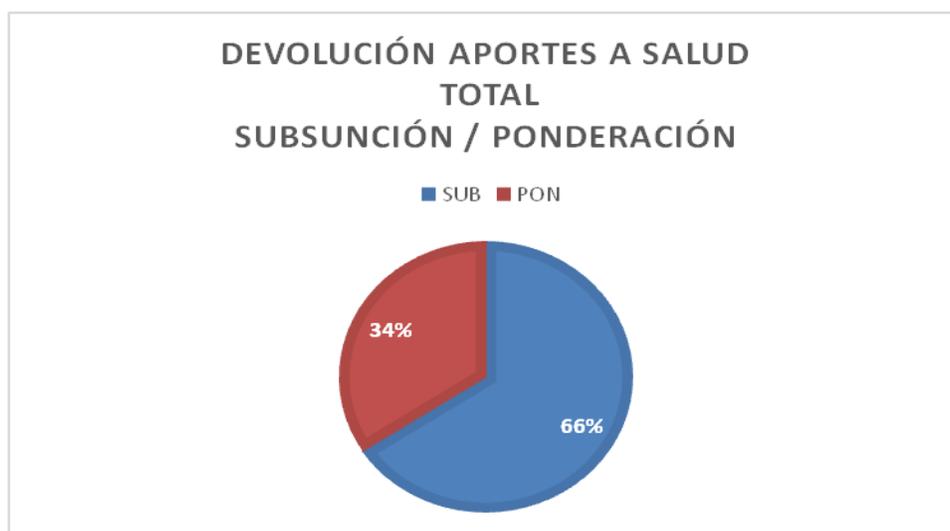


Por último y en sentido inverso, la siguiente gráfica permite ver que la comparación de justicia material entre juzgados y tribunal, presenta a jueces menos inclinados a hacer justicia material o sea adecuando el caso a las normas especiales que rigen el sector docente y al tribunal, más inclinado por la ponderación de los

principios que solventaron los conflictos entre las normas especiales de los docentes y generales reguladoras de los descuentos.³⁷

En la ponderación de los resultados totales que la muestra ofrece, en relación con el tema de devolución de aportes a salud, la siguiente gráfica permite inferir que en el 66% de los casos se aplicó la justicia material en la medida que las decisiones encontraron normas que rigen diferentes regímenes en materia pensional y de aportes que deben hacer los pensionados para acceder al servicio de salud, lo que se solucionó mediante la aplicación del principio de favorabilidad de la norma general para excluir a los docentes del pago de aportes a salud en las mesadas de diciembre y solo en el 34% las decisiones, se inclinaron por la justicia rogada al aplicar de manera preferente el régimen especial de los docentes que los grava con el citado aporte para salud.

GRÁFICA No. 16 TOTAL SUBSUNCIÓN / PONDERACIÓN.



³⁷ Ver anexo gráfica No. 15

3. Reliquidación asignación de retiro.

Otro de los estratos representativos de la muestra lo constituyen las 9 decisiones de reliquidación de asignación de retiro de los militares y policiales (siendo equivalente a la pensión de jubilación), cuya temática en 6 de ellas (67%) es el incremento de la misma con el índice de precios al consumidor (IPC), en 2 se busca el reajuste del sueldo mensual e inclusión del subsidio familiar (22%) y en 1 caso, se alude a la inclusión de la prima de actividad (11%), encontrando en la siguiente tabla la forma como se tomaron las decisiones con aplicación de la subsunción y la ponderación.

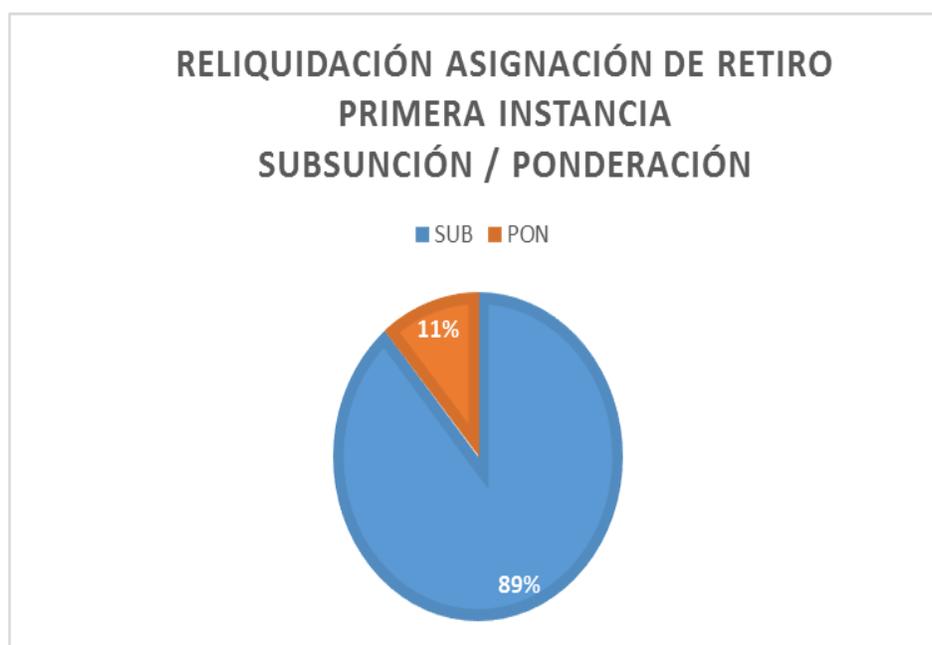
TABLA No. 7 RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO.

TEMAS	N° DE SENTENCIAS	MUESTRA	PRIMERA INSTANCIA		SEGUNDA INSTANCIA		TOTAL	
			SUB	PON	SUB	PON	SUB	PON
RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO (NO DOCENTE)	24	9	8	1	8	1	16	2

En la solución de estos 9 casos y de acuerdo con la gráfica que más adelante se inserta, aparece que en primera instancia se profirieron 8 sentencias con la aplicación del principio de justicia rogada (89%), al encontrar que la situación fáctica se enmarca en las normas que fueron invocadas en las demandas, atinentes a la aplicación extensiva del IPC del régimen común a las fuerzas armadas por disposición legal.

En una sentencia operó la justicia material (11%), al ponderar el principio de favorabilidad frente al conflicto de normas propias de las fuerzas armadas y policiales, en las que se consagró la inclusión del subsidio familiar como factor salarial en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales pero no a los soldados y policiales del nivel ejecutivo.

GRÁFICA No. 17 SUBSUNCIÓN / PONDERACIÓN PRIMERA.

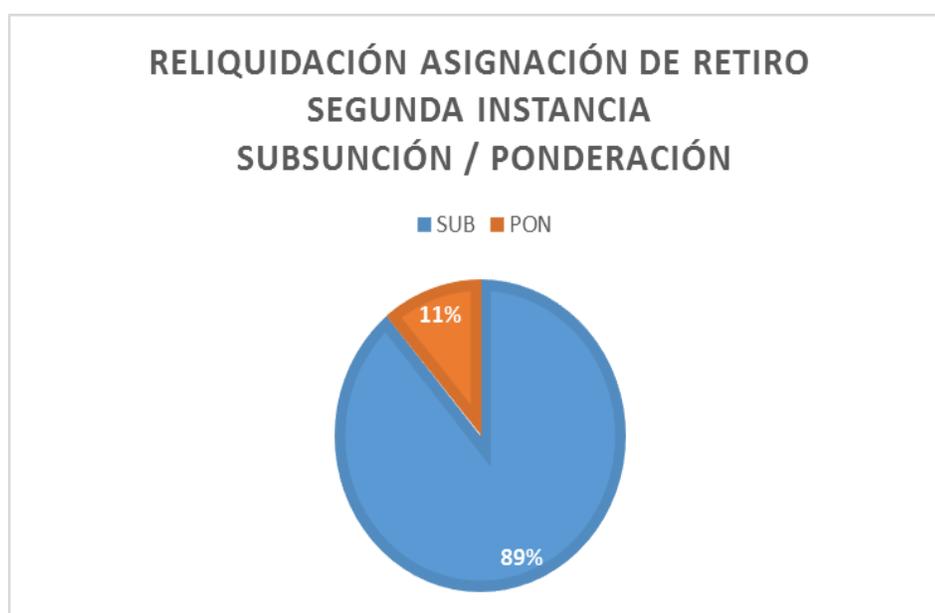


La situación se mantuvo en la segunda instancia pues en el 89% (8 sentencias) se hizo prevalecer la justicia rogativa en cuanto se aplicó la adecuación de los casos o situaciones fácticas a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 y 1º de la Ley 238 de 1995 que regulan el incremento pensional con el IPC durante los años 1997 a 2004.

Lo anterior se repite en relación con la exclusión de la prima de actividad, en la medida que el artículo 11 del Decreto 609 de 1977 no permitía la adecuación en él de la situación fáctica estudiada y lo mismo se indicó en torno al reajuste del sueldo devengado en actividad que se estimó estaba ajustado al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 el cual además sólo consagra como factor salarial el subsidio familiar para los oficiales y suboficiales.

Sólo en una decisión (11%) el Tribunal optó por aplicar la justicia material al dar solución al conflicto generado por las normas, con la aplicación del principio de favorabilidad e igualdad, en relación con la inclusión del subsidio familiar como factor a considerar en la liquidación de la asignación de retiro, tal como se observa en la siguiente gráfica:

GRÁFICA No. 18 SUBSUNCIÓN / PONDERACIÓN SEGUNDA.



Al promediar los resultados que en primera y segunda instancia se produjeron en la aplicación de la justicia rogada y de la justicia material, es el mismo comportamiento, 16 sentencias que corresponden al 89% se solucionaron con subsunción del hecho a la norma y un 11% que corresponde a 2 sentencias, la solución se obtuvo por ponderación con aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad.

4. Reliquidación pensión docentes por factores.

El tema de reliquidación de la pensión para docentes por factores salariales, plantea el conflicto originado con los ingresos salariales que deben tenerse en cuenta como base de liquidación – IBL para fijar la mesada pensional, situación que resulta controversial ante la existencia de un régimen de transición originado en diversas normas que regulan la cuestión pensional docente y permiten la aplicación de los regímenes anteriores más favorables.

El 100% de los casos analizados (39 sentencias) giran alrededor del incremento de la mesada pensional de los docentes, por cuanto al momento de fijar el ingreso base de liquidación - IBL para establecer la mesada pensional, no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados y certificados durante el último año de servicio, lo cual fue solicitado por los demandantes y negado por los demandados, quienes señalaron que ello va en contravía del sistema pensional del magisterio colombiano, el cual fijó los factores que se deben tener en cuenta para fijar el monto de la pensión, esto es, aquellos sobre los cuales se hicieron aportes para tener derecho a la pensión.

Para la solución de tales conflictos, en la tabla que a continuación se inserta, aparece la incidencia de los principios que son tema de este trabajo, tanto en primera como en segunda instancia, así:

TABLA No. 8 RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE FACTORES.

TEMAS	N° DE SENTENCIAS	MUESTRA	PRIMERA INSTANCIA		SEGUNDA INSTANCIA		TOTAL	
			SUB	PON	SUB	PON	SUB	PON
RELIQUIDACIÓN PENSIÓN	105	39	0	39	0	39	0	78

En la primera instancia en el 100% de los casos, los jueces resolvieron declarar la nulidad del acto administrativo demandado, en lo atinente al IBL que determina la pensión de jubilación y dispusieron lo pertinente para el restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta la prescripción de las diferencias en las mesadas pensionales causadas, entre otras ordenaciones.

Para el efecto se inclinaron por la justicia material, al ponderar los principios de igualdad material, progresividad, favorabilidad en materia laboral y no regresividad frente a la dicotomía que plantean las normas que indican los ingresos a tener en cuenta para el IBL y establecer en monto de la mesada pensional:

Lo anterior, siguiendo un criterio de autoridad, traducido en la aplicación del precedente de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, proferido en el radicado No. 25000232500020060750901 (011209) con ponencia del

doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila y en donde se unificó la posición del máximo órgano de esta jurisdicción en relación con tal tema.

En dicho precedente se estableció que la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes vinculados al servicio oficial, en virtud de los principios de favorabilidad, progresividad y no regresividad, debe hacerse con el 75% de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio, dado que tanto la Ley 91 de 1989 (artículo 15-2) como la Ley 812 de 2003 (artículo 81) junto con el Acto Legislativo 01 de 2005 (parágrafo transitorio 1º) que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, permiten a los docentes regirse por la normatividad anterior, más favorable.

Siendo la reglamentación más favorable la consagrada en la Ley 33 de 1985 pues en ella se señaló que la pensión se liquida con el 75% de los ingresos promedio que sirvieron de base para los aportes del último año de servicio y dichos ingresos, según tal precedente, no se indicaron de manera taxativa para conformar la base de liquidación pensional, los cuales están simplemente enunciados y por ende no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador en el último año de prestación de servicio como retribución por el mismo y por tanto deben incluirse previas las deducciones legales pertinentes.

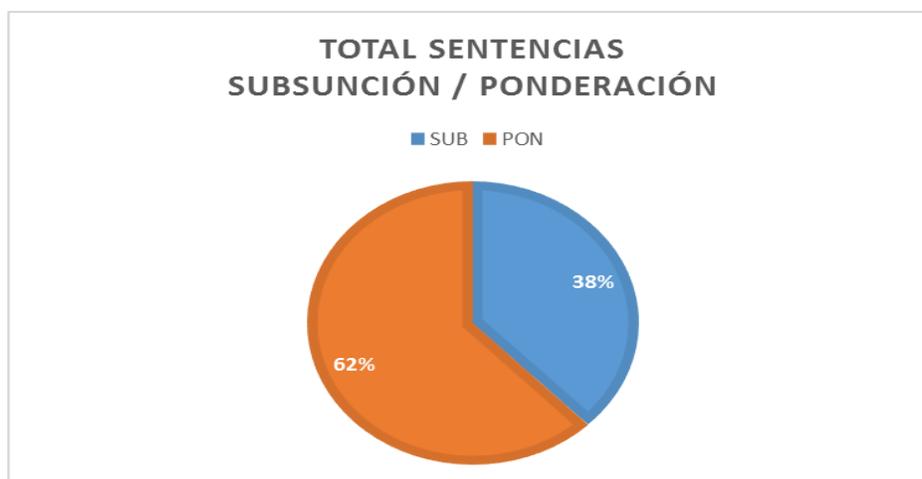
Por su parte, el Tribunal Administrativo del Huila en segunda instancia se encontró con el mismo problema jurídico estudiado por los jueces administrativos a partir de establecer si la pensión de los docentes fue liquidada conforme a la ley vigente (Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003) al tiempo de su causación y por ende no les asistía el derecho a que se incluyan otros factores salariales.

Al momento de resolverlos, el Tribunal aplicó el mismo razonamiento de los jueces mediante la ponderación conforme al precedente judicial del Consejo de Estado que se indicó, para garantizar los principios señalados y por tal razón se confirmaron en su totalidad las decisiones apeladas.

5. Incidencia global.

Al revisar las decisiones que se adoptaron en las sentencias analizadas, el resultado que arroja el estudio, según la gráfica que adelante se consigna, es que en promedio en el 62% de las decisiones de la jurisdicción administrativa del Huila, han sido tomadas bajo la influencia del principio de justicia material, dando prelación a los principios pro homine, favorabilidad, progresividad y no regresividad al igual que el de inescindibilidad de las normas frente a las antinomias normativas (61% en primera instancia – 57 sentencias y 64% en segunda instancia – 60 sentencias), así:

GRÁFICA No. 19 SUBSUNCIÓN / PONDERACIÓN TOTALES.



Tan sólo en el 38% del promedio de las decisiones, se dio aplicación al principio de justicia rogada, es decir, por adecuación del caso a las normas que fueron invocadas en la demanda (39% en primera instancia – 37 sentencias y 36% en segunda instancia – 34 sentencias).

Los fallos que han dado aplicación al principio de justicia material, se han sustentado en sentencias del Consejo de Estado donde se han aplicado los mencionados principios, siendo del caso destacar que el principio de favorabilidad es el prevalente en los procesos de contrato realidad docente y en el tema de descuentos para salud que se hacen a los docentes en las mesadas adicionales que devengan en junio y diciembre.

Los principios de integralidad, progresividad y no regresividad son evidentes para los temas de reliquidación de pensiones relacionados con el régimen de transición para pensiones en cuanto a las normas aplicables y los factores salariales que deben considerarse para fijar el ingreso base de liquidación.

Como la aplicación de dichos principios se efectúa en forma indirecta al remitirse a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se aprecia que en esas decisiones los jueces de manera consciente y directa estén aplicando los principios, sino que se sujetan al principio de autoridad frente a lo decidido por el órgano de cierre de la jurisdicción pues a partir de la Constitución de 1991 y los desarrollos que de ella ha

venido haciendo la Corte Constitucional, la jurisprudencia ha adquirido un papel protagónico como fuente de derechos y en la decisión de los jueces.

Adicionalmente, el desconocimiento del precedente vertical se ha erigido en una causal de procedencia de la tutela por vía de hecho, de manera que el juez que no se ciña a la misma está vulnerando los principios de confianza legítima y seguridad jurídica y en esa medida es obligatorio su acatamiento.

La justicia rogada se evidencia en primera instancia principalmente en los asuntos de descuentos de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, donde los jueces sometieron los asuntos a resolver a un análisis estrictamente normativo, sea exegético o sistemático, sin acudir a principios o ponderación de éstos.

Mientras que en segunda instancia, la justicia rogada se manifestó en los temas de contrato realidad docente, donde pese a la posible existencia de los derechos reclamados, se declaró probada la excepción de prescripción del derecho mediante la subsunción de cada caso a las circunstancias de tiempo previstas en las normas.

Adicionalmente, en los temas citados se resolvió con aplicación de la justicia rogada sobre condena en costas, en donde de la sola interpretación de la norma, en cuanto al supuesto de hecho y consecuencia jurídica, se dirimió el recurso de apelación, inclusive en asuntos donde no fue objeto de apelación.

CONCLUSIONES.

Los jueces administrativos del Huila no han sido ajenos a la evolución constitucional y normativa, ello ha sido determinante en la forma de cumplir la función de administrar justicia y de prestar el servicio público asumido por el Estado de resolver en forma pacífica los conflictos de la sociedad y garantizar el acceso al servicio, especialmente en torno a los litigios laborales que se presentan con sus servidores, evidenciándose, no fácilmente, el abandono parcial del legalismo, si se atiende que en las sentencias analizadas el 38% fueron tomadas en aplicación del imperio de la ley, bajo la incidencia de la justicia rogada. Es que durante cerca de un siglo que estuvo vigente la Constitución Política de 1886, las decisiones judiciales sirvieron a la diosa ley y el camino para superarlo apenas se empieza a andar.

Se resalta el gran avance que ha tenido la constitucionalización del derecho en la solución de los casos pues en el 62% la decisión partió de la confrontación o antinomia de las reglas y aún de su ausencia y se tomó bajo la ponderación de los principios y derechos constitucionales laborales, con una mayor tendencia al Neo constitucionalismo, al utilizar los mecanismos necesarios, para garantizar los derechos de los usuarios o partes en contienda y hacer efectivo el principio de justicia material.

Si bien es cierto que en el 38% las decisiones analizadas estuvieron marcadas por la justicia rogada, limitándose a dar prevalencia a la ley en los temas de contrato realidad, reliquidación de asignación de retiro y devolución de aportes en salud, en

ellos no se ofrecían discrepancia o antinomias normativas.

En el primer tema, o sea, el contrato realidad, la subsunción del hecho a la norma operó para señalar la prescripción de los derechos laborales deprecados porque no fueron reclamados judicialmente desde que se hicieron exigibles, conforme a los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 o se negaron las pretensiones porque no se probó la relación laboral como substrato procesal necesario para la prosperidad de las pretensiones.

En los casos de reliquidación de asignación de retiro, la existencia de un régimen especial para policiales y miembros de fuerza pública que tienen unas reglas específicas de actualización de las pensiones o asignaciones de retiro, mediante el principio de oscilación, aparecía incompatible con la regulación del incremento pensional mediante el IPC del régimen general; los cuales fueron resueltos con la extensión del régimen común del IPC para las fuerzas armadas a través de los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 y 1º de la Ley 238 de 1995 durante los años 1997 a 2004 y de esa manera se surtió la adecuación de los casos fácticos a dichas normas.

Igual aconteció con la inclusión de la prima de actividad y el reajuste del sueldo devengado en actividad, pues el artículo 11 del Decreto 609 de 1977 no permitía la adecuación en él de la situación fáctica estudiada en el primero, esto es, dicha prima no es factor salarial para el personal en retiro y en el otro, se señaló que estaba ajustado al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual consagró como factor salarial

el subsidio familiar para los oficiales y suboficiales.

Por último, en la devolución de aportes a salud se encontró que los jueces de primera instancia resolvieron todos los casos con subsunción normativa, al estimar que los docentes tienen un régimen especial de pensiones (Ley 91 de 1989) y por tanto, no se les aplica el régimen ordinario que no consagra tales descuentos pues dichos regímenes son excluyentes, conforme a los artículos 279 de la Ley 100 de 1993, 81 de la Ley 812 de 2003 y el párrafo transitorio 1º del Acto legislativo No. 1 de 2005, mientras que de ese 100% en la segunda instancia, sólo en un 32% se aplicó la subsunción citada como manifestación de la justicia rogada.

Esa mayor manifestación de la justicia material en las decisiones judiciales, no necesariamente indica que los postulados Neoliberales estén presentes con conocimiento de causa y a sabiendas de su ejercicio, que la constitucionalización del derecho sea una conducta inherente a los jueces administrativos del Huila, sino que es la sujeción a los precedentes de las altas cortes. En los asuntos que fueron decididos por ponderación de valores y principios, como manifestación de la justicia material, hubo al menos una decisión de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado donde se fijaron los derroteros que dirimieron las antinomias, contradicciones y vacíos de las reglas.

No es arriesgado concluir que por vía de la jurisprudencia de las altas cortes, se ha venido desarrollando y extendiendo la aplicación directa de los postulados

constitucionales, gracias a que en los actuales p nsumes de las universidades la formación de abogados ha recibido la influencia de los nuevos teóricos y filósofos del derecho en torno a la constitucionalización del ordenamiento jurídico, con la aplicación directa de las normas constitucionales en la garantía de los derechos de las personas y la obligatoriedad en la aplicación del precedente.

La jurisprudencia no es solo un criterio orientador de las decisiones judiciales como señala el artículo 230 de la Constitución Política, sino que es una verdadera fuente de derechos y un criterio obligado para que el juez cumpla su función de administrar justicia pues el no hacerlo lo hace incurrir en causal de vulneración del debido proceso y violación del derecho de acceso a la justicia, en lo que se conoce como vía de hecho por desconocimiento de la jurisprudencia, en esa medida y bajo ese criterio, las decisiones que se analizaron est n subordinadas al criterio de autoridad que constituyen las jurisprudencias que les sirvieron de sustento.

Es que los principios de justicia rogada y de justicia material están ligados al concepto mismo de justicia; concepto éste que ha sido elaborado desde diferentes perspectivas jurídicas, filosóficas y políticas que responden a las circunstancias sociales de la época, desde una virtud individual de clase (Platón y Aristóteles) hasta una virtud comunitaria (Santo Tomás, Kant), desde la materialidad del reparto de cosas individuales (Aristóteles, Ulpiano) hasta la distribución de las cosas comunes (Santo Tomás, Kant, Rawls, Alexi), desde su identificación con el derecho natural (Platón, Aristóteles, Ulpiano) hasta la consagración y aplicación del derecho positivo (Kant,

Kelsen).

Lo anterior sin dejar de mencionar que se le identifica con la moral, la equidad, la felicidad, la libertad, se le tiene como un deber y un derecho fundamental de las personas, un principio o valor fundante propio del Estado Social de Derecho y también es una función a cargo del Estado que se presta a través de los jueces mediante la aplicación de reglas o normas y aún de principios, para hacer efectivos los derechos de las personas.

Es con el surgimiento del Estado moderno que se dio la consolidación del Derecho positivo y puso a la humanidad a resolver un nuevo conflicto en la filosofía del Derecho sobre la existencia y prevalencia del derecho natural o del derecho positivo, posicionándose las tesis iuspositivistas en cuanto lograron que el derecho positivo fuera el único y verdadero derecho, contenido en la ley emanada de la autoridad encargada de su expedición (Bobbio) o mandatos de creación social (Hart, Ross) que son de obligatorio cumplimiento.

Resulta igualmente controversial lo relacionado con su validez, legitimidad e interpretación o valoración y su relación con la moral, lo mismo que el papel mecánico inicial del juez sometido al imperio de la ley y el papel activo que en los tiempos recientes ha asumido ante la constitucionalización del derecho, en cuanto y en tanto sólo puede aplicar la ley en el sentido que se ajuste a la Carta Política o aplicando directamente los valores y principios que irradian la Constitución y le permiten crear

derecho, esta es la punta del iceberg que irradia la aparición de las teorías constitucionalistas y neoconstitucionalistas.

No es profunda la diferencia entre las posturas del constitucionalismo y del Neoconstitucionalismo, resultando una tarea difícil llegar a diferenciarlos, pues sin lugar a dudas los 2 responden a la necesidad de delimitar el ejercicio del poder público para reconocer y positivizar en una constitución, los derechos y garantías de las personas a través de instrumentos constitucionales y legales que en manos del juez hagan realidad dichas garantías y no meros enunciados normativos.

Las tensiones derivadas del derecho natural y el derecho positivo, derecho y justicia, a pesar de los siglos que llevan en discusión, hoy en día conservan su vigencia porque el operador judicial se mueve entre los conflictos que emergen de la aplicación de los principios constitucionales y de las leyes en donde se encuentra incita la equidad y la moral versus la rigidez de la legalidad, en aras de la justicia formal (rogada) o de la justicia material, pues no necesariamente una solución legal de un caso concreto es en sí una decisión justa, como tampoco lo sería frente a una decisión basada en principios, todo depende desde la perspectiva de quien analice la situación.

Los jueces están supeditados a los procesos dialécticos de reorganización de los Estados con ocasión de los nuevos contratos sociales reflejados en las constituciones y que aparejan mutación de las normas para solucionar conflictos con una mayor o me-

nor incidencia de la ley – reglas o, principios – valores que derivan en una justicia rogada o en una justicia material.

Son las Constituciones el punto donde los detentadores del poder organizan las estructuras estatales y fijan los derechos, principios y valores que han de regir y armonizar la vida en sociedad, tal como se presentó con las revoluciones norteamericana, francesa y el proceso de independencia de las colonias españolas en América donde el papel del juez fue determinante para el equilibrio de poderes y garantizar los derechos de las personas.

Los procesos constitucionales surtidos en las colonias inglesas de América, en Francia y en las colonias de España en América, no tuvieron barreras territoriales y temporales para servir de acicate y sustento en la formación del Estado liberal o de Derecho, con las características inherentes a las culturas de cada una de esas sociedades, pero identificadas en cuanto a los principios de libertad y autonomía de los pueblos, el rechazo a los gobiernos autoritarios –monárquicos y acoger la democracia y los regímenes presidencialistas con sustento en la división de poderes y que se contienen en una Constitución.

Las nuevas crisis presentadas en Europa con ocasión de las guerras mundiales y en Latinoamérica por causa de la violencia o las teorías neoliberales, pusieron en evidencia que el Estado de Derecho no tenía la solución para ello, siendo necesario replantear el papel del Estado desde la misma Constitución, por vías legítimas para

suplir sus falencias en el Estado Constitucional.

A partir de dicho Estado, el Neoconstitucionalismo propende por materializar la voluntad de los pueblos expresada en el uso de su poder constituyente para la creación de espacios democráticos y de garantía de los derechos humanos, bajo el substrato de hacer vinculante la Constitución en todo tipo de relaciones mediante principios y valores de contenido programático.

Tales estatutos encuentran en las reglas o la ley su desarrollo y dentro de ellos están los procedimientos judiciales, mediante los cuales las personas dirimen de manera pacífica los conflictos que se presentan al interior de la sociedad; el hombre como animal político superó los estados de barbarie para cifrar en una suerte de confianza y pacto colectivo, la resolución de la problemática generada al interior de una sociedad de intereses, de una sociedad desigual y conflictiva, en sus jueces.

Los procedimientos se adecuan a los postulados propios del Estado en que son expedidos, en esa medida bajo la égida de la Constitución de 1886 en Colombia se instauró, el régimen constitucional del Estado de derecho perdurando más de 100 años, bajo el entendido que el Derecho es la ley y que la ley es la expresión de la voluntad del pueblo emanada de sus delegados instalados en el colectivo del Congreso, de ahí que las autoridades están sujetas al imperio de la ley y por ende, los jueces también.

Las decisiones de los jueces deben estar en consonancia con la ley pues al

aplicar la ley se aplica la Constitución y por ese camino, no puede salirse del marco fáctico y jurídico que, de acuerdo con la ley, le fijen las partes en la demanda y la contestación, llevándolo a proveer una justicia formal, una justicia que no exceda lo pedido, una justicia que no supere los límites de las normas que se invocan ni las normas que regulan los procedimientos, una justicia rogada.

Sólo en la medida que el pacto social contenido en la constitución de 1991, transformó el ente político en un Estado Social de Derecho, se otorgaron al juez amplias facultades para ser garante de los derechos fundamentales de las personas y a través de sus decisiones alcanzar el cometido estatal de alcanzar un orden económico y social justo, de ahí que a su amparo surgió un nuevo estatuto procesal donde se amplía y modifica el papel del juez, haciéndolo más proactivo en torno a la toma de decisiones mediante principios y valores que sirven de sustento al Estado como organización política.

Ya no se trata de que formalmente el juez resuelva los asuntos que le corresponde sino que extendiendo los efectos de las disposiciones constitucionales a todo el ordenamiento, garantice los derechos de las personas frente a la arbitrariedad de la administración, como aquí quedó evidenciado en las decisiones tomadas por los jueces administrativos del Huila, mayormente sustentadas en la ponderación de principios que han brindado protección a los derechos de docentes y pensionados.

BIBLIOGRAFÍA.

- Adams, S. (2004). Historia del Mundo desde las primeras civilizaciones hasta nuestros días. Editora El Tiempo, Bogotá.
- Aguilá, G. (2014). Conferencia de abril 10 de 2014, dictada en el marco del ciclo de conferencias organizado por el Instituto Panamericano de Derecho Procesal, capítulo Paraguay. Aula Magna de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Asunción, Paraguay. Publicada en Youtube en abril 18 de 2014.
- Alarcón B., E y Belalcázar P., I. (2009) Las primeras constituciones democráticas en Colombia (1810-1815), p. 199 - 212. En Constitucionalismo Comparado editado por Bernd Marquardt Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá.
- Alexy, R. (1997/9). Los conceptos de derecho y justicia. Justicia Como Corrección. (Ana Inés Haquín, Trad.). Universidad Cristhian Albrecht de Kiel. Consultado en: www.biblioteca.org.ar/libros/140319.pdf
- Alzate R., L .C. (2011). Temas de Derecho Procesal Administrativo Contemporáneo. El proceso contencioso administrativo y otros trámites procesales desde una perspectiva garantista. Universidad La Gran Colombia seccional Armenia.
- Araujo O., R. M. (2009). La justicia administrativa en la Constitución Política de 1991 en: Retos y Perspectivas del Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Arboleda P., E. J. (2012). Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2a ed., Bogotá, Legis editores.

- Arias G., F. (2011). La estructura del proceso contencioso administrativo en la Ley 1437 de 2011 y la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa. Universidad de Santo Tomás, Revista Principia Iuris Núm. 16, Junio 2011.
- Armitage, D (2011). La Primera Crisis Atlántica: La Revolución Americana. Apareció en inglés en Nicholas Canny y Philip Morgan (eds.), *The Oxford Handbook of the Atlantic World: 1450- 1850* (Oxford: Oxford University Press, 2011) y reproducida con el permiso de Oxford University Press. <http://www.20-10historia.com/articulo1.phtml>, párrafo 5.
- Atienza, M. y RUIZ, J. (2009). *Dejemos Atrás El Positivismo Jurídico*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Bernal G., B. (2011). La periodificación del Derecho Indiano en la obra de Alfonso García-Gallo. *Cuadernos de Historia del Derecho*, (revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), No. 18, p. 193-210.
- Betancur J., C. (2009.). *Derecho procesal administrativo*. 7ª. Edición, Medellín, Señal Editora.
- Bobbio, N. (1998). *El Problema del Positivismo Jurídico*. (Rafael de Asís & Andrea Greppi, Trad.). Madrid, España: Editorial Debate S.A.
- Bordalí S., A. (2008). La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* No.30.
- Bohórquez H., V. E. (2013). *Mejores Trabajos de grado. El iura novit curia en la aplicación del derecho en la decisión judicial. Estudio desde el derecho fundamental al acceso a la justicia*, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

- Brewer-Carías, A. R. (2011). Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX, file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/MAESTRIA/Dialnet.
- Campbell, T. (2002). El sentido del positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, (25), 303-331.
- Carbonel, M. (2012). Conferencia Neoconstitucionalismo en América Latina, en el Seminario Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos fundamentales. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, 25 de Agosto de 2009, publicado el 8 mayo de 2012 en Youtube.
- Castaño Z., L.O. (2011) *Hermenéutica y Justicia Constitucional*. Colombia (2011). Editorial Académica Española.
- Corte Constitucional. (7 de abril de 1999) sentencia C-197/99. (MP Antonio Barrera Carbonell).
- Consejo de Estado, Sala Plena. (3 de marzo de 1989) sentencia radicación R-037. (MP Clara Forero de Castro).
- Consejo de Estado, Sección Segunda. (13 de julio de 1992) sentencia radicación 4855 (MP Joaquín Barreto Ruiz).
- Consejo de Estado, Sección Segunda. (2 de abril de 1993) sentencia radicación 5145 (MP Dolly Pedraza de Arenas).
- Consejo de Estado, Sección Segunda. (14 de abril de 1993) sentencia radicación 5304 (MP Diego Younes Moreno).
- Consejo de Estado, Sección Segunda. (6 de agosto de 2008) sentencia radicación 15 001 23 31 000 2001 00869 01 (8624-05) (MP. Jesús María Lemus Bustamante).

- Consejo de Estado, Sección Segunda. (19 de enero de 2009) sentencia radicación 7001 23 31 000 2000 0344901 (MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez).
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. (27 de octubre de 2011) sentencia radicación 25 000 23 25 000 1995 38054 01 (2270-05) (MP. Alfonso Vargas Rincón).
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. (9 de abril de 2014) sentencia radicación 25000 12 33 1000 2011 0014201 (MP. Luis Rafael Vergara).
- Consejo de Estado, Sección Primera. (5 de mayo de 2015) sentencia radicación 25 000 23 24 000 2010 00260 01 (8624-05) (MP. Guillermo Vargas Ayala).
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. (16 de junio de 2016) sentencia radicación 54 001 23 31 000 2006 00003 01 (2590-14) (MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez).
- Departamento Administrativo De La Presidencia De La Republica. Decreto legislativo No. 1926 de agosto 24 de 1990, por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. Diario Oficial No. 39.512 de agosto 24 de 1990.
- Duque A., C. y Martínez C., A. C. (2011). El nuevo Código de procedimiento administrativo y de procedimiento contencioso administrativo y la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia. Universidad Santo Tomás, Revista Iusta Núm. 34, Enero 2011.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de derecho, en Carbonell, M. (coord.), Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid.

- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, pp. 15-53, (Traducción de Nicolás Guzmán).
- Friede, J. (1989) La conquista del territorio y el poblamiento. En *Nueva historia de Colombia. Tomo 1. Colombia indígena, conquista y colonia*. Editorial Planeta S.A., pp. 69 y 70.
- García de E., E. y Ramón F., T. (1993) *Curso de derecho administrativo, T. I*, Editorial Civitas S.A., Madrid.
- García-Gallo, A. (1967). Problemas metodológicos de la historia del Derecho Indiano, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, No. 18, Facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Garzón M., J. C. (2014) *El nuevo proceso contencioso administrativo, Sistema escrito – Sistema oral* Ed. 2014, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá.
- Garzón V., E. (1989). Representación y democracia, *Doxa* No. 6 (1989), P. 143 a 163
- González M, P. E. (2013). Reseña del artículo de Hans Kelsen titulado ¿Qué es justicia? *Revista Verba Iuris*, 29, p. 181-185.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*, primera edición, editorial Doctrina Jurídica Contemporánea.
- Henríquez V., M. (2014). El modelo de control político de constitucionalidad de las Leyes imperante en Francia y Chile durante los siglos XVIII y XIX. *La Teoría Constitucional, ensayos escogidos*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Chile, p. 151 – 168.
- Hernández B., A. (2012). *Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Una mirada a luz de la Ley 1437 de 2011*. Nomos impresores, Bogotá.

- Higuera J., D. M. (2011). El Gobierno De Los Jueces, El Control De Constitucionalidad, Entre La Política, La Democracia y El Derecho. Revista Principia Iuris No.16, 2011-2.
- Jaramillo, J. (1989). La administración colonial. En Nueva historia de Colombia, Tomo 1. Colombia indígena, conquista y colonia, p. 175 a 193, Editorial Planeta S.A., Bogotá.
- Jordán D., T. (2014). Teoría constitucional, ensayos escogidos. Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición: diciembre 2014, Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.
- López B., H. F. (1997). Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, parte general, tomo I, Dupre editores, Bogotá.
- López H., J. (2004). El concepto de Derecho de Alf Ross en su etapa analítica. Anuario de Filosofía del derecho, (21), p. 313-336.
- López M., D.E. (2012). El derecho de los jueces, segunda edición, editorial Legis, Bogotá.
- Malagón P., M. (2005). La revolución francesa y el derecho administrativo francés: La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. Diálogos de saberes: Investigaciones y ciencias sociales, (23), 167 – 190.
- Martínez, J. G. (1992). El Concepto de Justicia En El Pensamiento de Norberto Bobbio y Otras Cuestiones de su Filosofía Jurídica. Anuario de la facultad de derecho (10), 197 – 242.
- Martínez B., J. (2006). Santo Tomás de Aquino y la Teoría de la Justicia. Derecho y Humanidades, (12), 109 - 117. Revista Universidad de Chile.

- Marquardt, B. (2009). Constitucionalismo comparado, acercamientos metodológicos, históricos y teóricos, 15 - 55, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Marquardt, B. (2011). Los dos siglos de Estado constitucional en América Latina (1810 – 2010), tomo 1, 41 a 64, Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá
- Marquardt, B. (2011). Los dos siglos de Estado constitucional en América Latina (1810 – 2010), tomo 2, 3 a 39, Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá.
- Matías C., S. R. (2010). Investigación y Derecho, Universidad Libre, Revista Verbas Iuris No. 24, Julio – Diciembre de 2010.
- Melo S., I. M. (2004). Algunos aportes al concepto de justicia. Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humana, Vol. 4, núm. 7, Art. 2, 97 - 118.
- Montaña P., A. y Ospina G., A.F. (2004). La Constitucionalización del Derecho Administrativo – XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Munné G. J. (2005). Quién pudiera ser positivista. Los modelos de ciencia jurídica y el debate actual sobre el positivismo jurídico. Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política, (2), 101 - 118.
- Naranjo F., C. E. (2009). Crisis del Derecho Administrativo clásico frente al 'principio de constitucionalidad' de la actividad pública. Incidencia de las acciones constitucionales en el Derecho Administrativo, 110-156, Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Segunda parte. Editorial Universidad de Rosario (Colombia).
- Nieto, A. (2004). Gobierno y justicia en las postrimerías del antiguo régimen. Cuadernos de Historia del Derecho, 189-202.

- Nieto, E. (2012). *“Democracia y Neoconstitucionalismo”*. Recuperado de <http://eduardohernandonieto.blogspot.com/2008/07/qu-es-el-neoconstitucionalismo.html>
- Noguera-F. , A y Criado de Diego, M (2011) La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13, (1), 15-49.
- Núñez L., J. I. (2014) Constitución: entre regla del juego y estrategia de juego. *La Teoría Constitucional, ensayos escogidos*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Chile, 161.
- Núñez L., J. I. (2015) Explorando el Neoconstitucionalismo, *Revista Ius et Praxis*, Año 21, Nº 1, 315 – 344. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales a partir de sus tesis principales: “Black holes & Revelations”
- Olivari, W. (2008). Sobre la justicia en el libro "La República" de Platón. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, enero-junio, 99 -108.
- Palacio H., J. Á. (2014). *Derecho Procesal Administrativo*. 8a. Edición, Editorial: Librería jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín.
- Parra G., A. del P. *Justicia Restaurativa y Otros Tipos de Justicia*.
- Pampillo B., J.M. (2010) *Hacia una integración jurídica americana. Algunas consideraciones sobre la cumbre de la unidad de América Latina y el Caribe*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Nueva Época, Número 8*, Madrid, UCM. 2008 y *Bases Jurídicas para la Integración Americana en Temas de Derecho III*, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, p.103.
- Pérez V., J. (2011). *Régimen Político y Constitucional de Colombia*. Tomo II. Parte orgánica de la Constitución. Editorial Académica Española.

- Pokrovski, V.S y O. (1966) Historia de las ideas políticas. Traducción de Carlos Marín Sánchez, Editorial Grijalbo, México, p. 205 – 263.
- Ponce E., M. E. (2005). Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy. *Jurídica: anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, (35), 211-234.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación *constitucional*. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (21), fascículo: 2, 339-354.
- Purcell, F. (2008). La Revolución Norteamericana y las tensiones interpretativas en su historiografía reciente. *Revista Digital de Historia Iberoamericana*, Vol. 1, No. 1, 55 – 69.
- Ramos P., J. A. (2011). Teoría positivista del Derecho y derechos naturales en H. L. A. HART. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, (12), 331 - 364.
- Ricardo, T. D. (2011). Validez del derecho: análisis conceptual a partir de los modelos teóricos de Kelsen y Alexy. *Revista Mario Alario D'filippo*, 3 (1), 105 – 111
- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. *Alf Ross, el concepto de validez y otros ensayos* (México, DF, Fontamara, 1993) año 6, número 12, 199-348.
- Ruiz M., A. (2004). "Constitucionalismo y democracia". *ISONOMÍA* No. 21 / 2004, 51-84.
- Sánchez, G. (1985). *Acerca de la Justicia en Santo Tomas De Aquino*. *Estudios Públicos*, (18), 77-92.

- Santofimio G., J. O. (1998). Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de administración pública y derecho administrativo. Tomo I. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Santofimio G., J. O. (2004). Tratado de Derecho Administrativo-Contencioso Administrativo, Vol. 3. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Suárez C., M.E. (2010). Aprender en clase el concepto de Estado de derecho en España. Revista Digital Innovación y Experiencias Educativas, No. 16, noviembre 2010.
- Squella N., A. & Valenzuela, R. (2006). Seminario (La justificación de las decisiones judiciales) Facultad de ciencias jurídicas y sociales Universidad Austral de Chile, marzo 23 de 2005. Revista de derecho (Valdivia), 19 (1), 277-292.
- Squella N., A. (2010). Algunas concepciones de la justicia. En Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Vol. 44, 175 - 216.
- Vaughan, N., Suárez, E. & Pérez, M. (2013). Manual de Citas y Referencias Bibliográficas. [1a Edición]. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.
- Vega de H., M. Derecho Procesal Administrativo, 3ª. Edición. Bogotá: Editorial Leyer, 2010.
- Venegas F., A. (2011). Temas de Derechos de Seguros, Capítulo: Constitucionalización del Derecho, Editorial Universidad de Rosario (Colombia), Bogotá, 227.
- Viciano P., R. & Martínez D., R. (2011). Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Gaceta constitucional, 48, 307-328.
- Uprimny Y., R. (2011). ¿Existe un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano? Una visión sintética de las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Este documento hace parte de uno ampliado llamado: "Tendencias recientes del consti-

tucionalismo en América Latina” integrado al documento Instituciones Judiciales y democracia. Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la independencia y Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910, Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, Editorial Buena Semilla, Bogotá.

- Zuluaga G., Ricardo. (2008). De la expectativa al desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas. Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 231

ANEXOS

TABLA No. 1 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL

TOTAL SENTENCIAS	PRIMERA	SEGUNDA	NRD 2DA	OTRAS 2DA	NRD LABORAL
1197	524	673	252	421	242

TABLA No. 3 RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE LAS FICHAS

Tema	Radicación	Primera instancia		Segunda instancia		Subtotal			
						Primera instancia		Segunda instancia	
		Sub	Pon	Sub	Pon	Sub	Pon	Sub	Pon
Contrato realidad no docente (1)	2012-00231-02 EDC		X	X		0	1	1	0
Contrato realidad docente (15)	01- 2013-00044-01 EDC		X	X		5	10	14	1
	02-2013-00044-01 EDC		X	X					
	2012-00051-01 RAP	X		X					
	2012-00060-02 JACS		X	X					
	2012-00076-01 JACS		X	X					
	2012-00139-01 EDC	X		X					
	2012-00205-01 JACS	X		X					
	2012-00219-01 EDC		X	X					
	2012-00240-01 EDC	X			X				
	2012-00276-01 JACS		X	X					
	2012-00281-01 JACS		X	X					
	2013-00011-01 EDC	X		X					
	2013-00038-01 EDC		X	X					
	2013-00049-01 JACS		X	X					
	2013-00102-01 EDC		X	X					
				X					

Devolución aportes a salud (19)	2012-00221-01 RAP	X				19	0	6	13
	2012-00223-01 RAP	X			X				
	2012-00229-01 JACS	X			X				
	01-2012-00230-01 RAP	X		X					
	06-2012-00230-01 RAP	X			X				
	2012-00231-01 JACS	X			X				
	2012-00254-01 RAP	X			X				
	2012-00255-01 JACS	X			X				
	2012-00258-01 EDC	X			X				
	2012-00259-01 EDC	X			X				
	2012-00261-01 RAP	X		X					
	2013-00010-01 RAP	X		X					
	2013-00062-01 JACS	X			X				
	2013-00090-01 JACS	X			X				
	2013-00115-01 JACS	X		X					
	2013-00132-01 EDC	X		X					
	2013-00137-01 EDC	X			X				
	2013-00146-01 EDC	X			X				
	2013-00200-01 JACS	X			X				
Insubsistencia (1)	2012-00047-01 JACS	X		X		1	0	1	0
Mesada 14 (3)	2012-00124-01 RAP	X		X		3	0	3	0
	2013-00160-01 RAP	X		X					

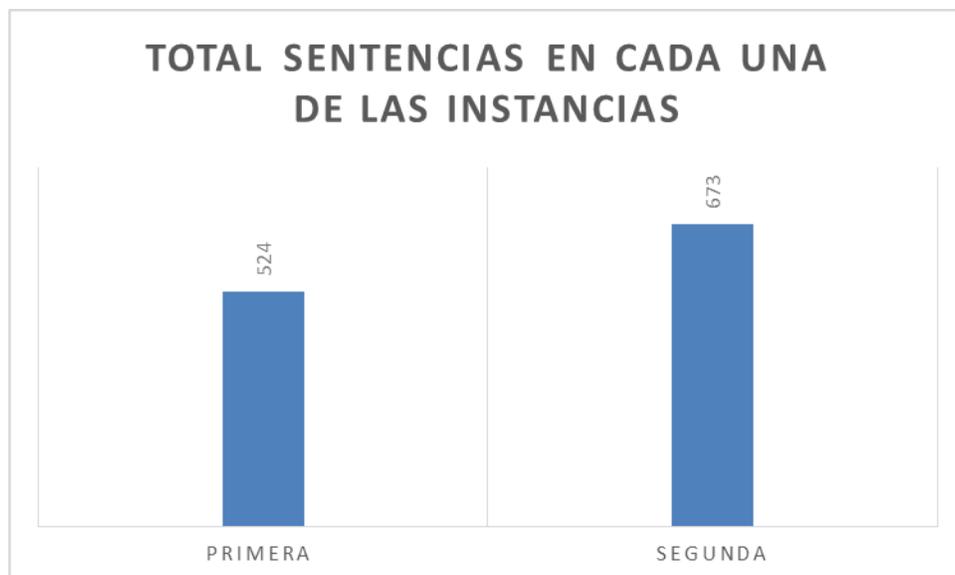
	2013-00191-01 RAP	X		X					
Pensión gracia (1)	2013-00385-01 JACS	X		X		1	0	1	0
Pensión sobrevivencia (1)	2012-00188-01 EDC		X		X	0	1	0	1
Reliquidación asignación de retiro (9)	2012-00058-01 EDC	X		X		8	1	8	1
	2012-00081-01 JACS	X		X					
	2012-00147-01 RAP	X		X					
	2012-00149-01 RAP	X		X					
	2012-00173-01 RAP	X		X					
	2012-00243-01 EDC	X		X					
	2013-00018-01 JACS	X		X					
	2013-00067-01 EDC	X		X					
	2013-00283-01 RAP		X		X				
Reliquidación pensión docente factores (39)	01-2013-00299-01 RAP		X		X	0	39	0	39
	06-2013-00299-01 RAP		X		X				
	2012-00029-01 EDC		X		X				
	2012-00033-01 JACS		X		X				
	2012-00044-01 RAP		X		X				
	2012-00079-01 JACS		X		X				
	2012-00106-01 JACS		X		X				
	2012-00114-01 EDC		X		X				
	2012-00140-01 EDC		X		X				
	2012-00172-		X		X				

	01 RAP							
	2012-00182-01 EDC		X		X			
	2012-00193-01 RAP		X		X			
	2012-00199-01 RAP		X		X			
	2012-00206-01 EDC		X		X			
	2012-00234-01 EDC		X		X			
	2013-00004-01 JACS		X		X			
	2013-00016-01 RAP		X		X			
	2013-00025-01 EDC		X		X			
	2013-00031-01 JACS		X		X			
	2013-00066-01 RAP		X		X			
	2013-00093-01 JACS		X		X			
	2013-00117-01 JACS		X		X			
	2013-00121-01 JACS		X		X			
	2013-00162-01 JACS		X		X			
	2013-00222-01 JACS		X		X			
	2013-00248-01 RAP		X		X			
	2013-00253-01 EDC		X		X			
	2013-00260-01 JACS		X		X			
	2013-00266-01 EDC		X		X			
	2013-00281-01 EDC		X		X			
	2013-00290-01 JACS		X		X			
	2013-00298-01 EDC		X		X			
2013-00301-		X		X				

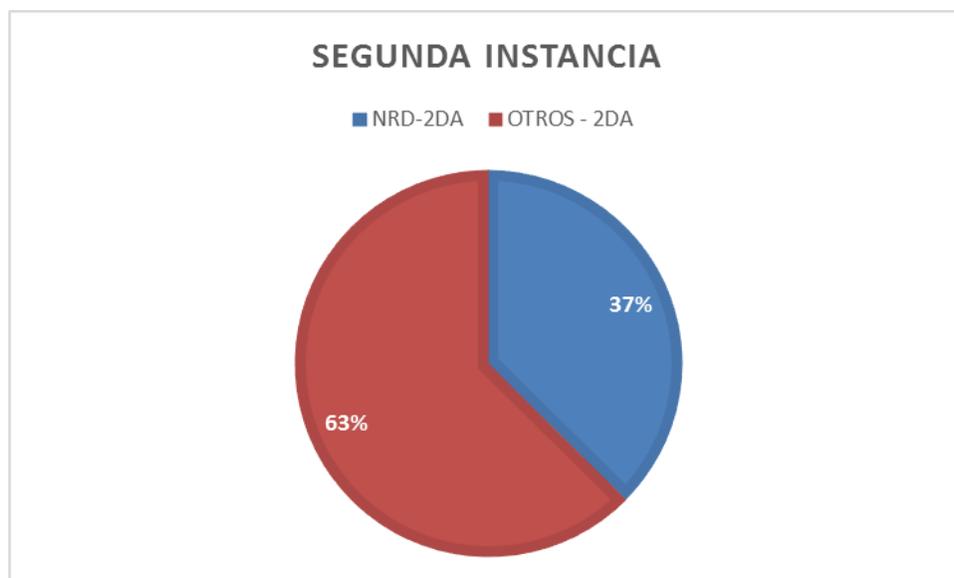
	01 EDC								
	2013-00323-01 EDC		X		X				
	2013-00340-01 RAP		X		X				
	2013-00363-01 JACS		X		X				
	2013-00388-01 RAP		X		X				
	2013-00394-01 RAP		X		X				
	2013-00401-01 JACS		X		X				
Reliquidación pensión no docente factores (5)	2012-00025-01 RAP		X		X	0	5	0	5
	2012-00117-01 EDC		X		X				
	2013-00001-01 JACS		X		X				
	2013-00180-01 EDC		X		X				
	2013-00342-01 JACS		X		X				
TOTAL						37	57	34	60

TABLA No. 4 CONSOLIDADO DE RESULTADOS

TEMAS	N° DE SENTENCIAS	NUESTRA	PRIMERA INSTANCIA		SEGUNDA INSTANCIA		TOTAL	
			SUB	PON	SUB	PON	SUB	PON
CONTRATO REALIDAD (NO DOCENTE)	3	1	0	1	1	0	1	1
CONTRATO REALIDAD	37	15	5	10	14	1	19	11
DEVOLUCIÓN APORTES A SALUD	46	19	19	0	6	13	25	13
INSUBSISTENCIA (NO DOCENTE)	3	1	1	0	1	0	2	0
MESADA 14	7	3	3	0	3	0	6	0
PENSIÓN GRACIA	1	1	1	0	1	0	2	0
PENSIÓN SOBREVIVENCIA (NO DOCENTE)	2	1	0	1	0	1	0	2
RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO (NO DOCENTE)	24	9	8	1	8	1	16	2
RELIQUIDACIÓN PENSIÓN	105	39	0	39	0	39	0	78
RELIQUIDACIÓN PENSIÓN (NO DOCENTE)	14	5	0	5	0	5	0	10
TOTAL	242	94	37	57	34	60	71	117

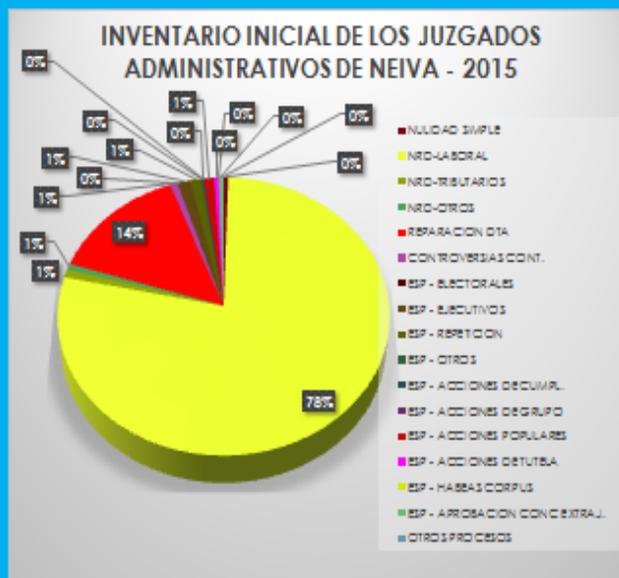
GRÁFICA No. 1 TOTAL SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EN CADA INSTANCIA

GRÁFICA No. 2 PORCENTAJE SENTENCIAS LABORALES Y OTRAS EN SEGUNDA INSTANCIA

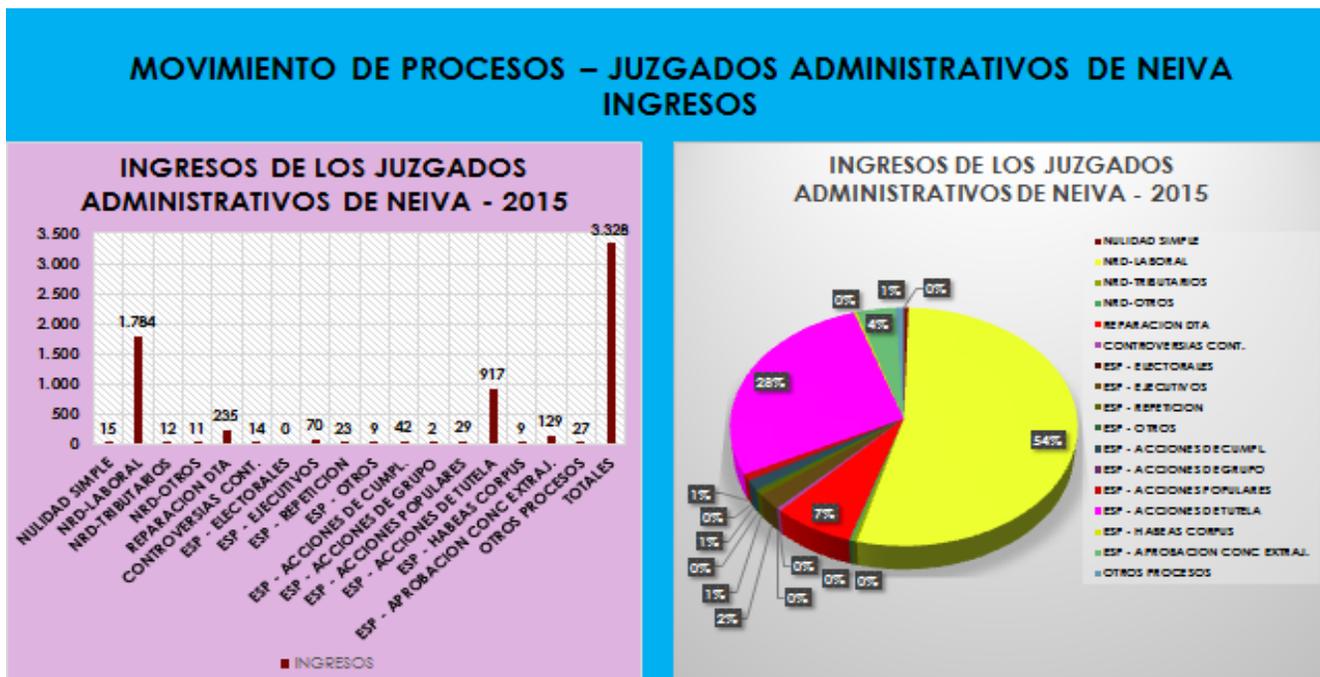


GRÁFICA No. 3 INVENTARIO JUZGADOS EN 2015.

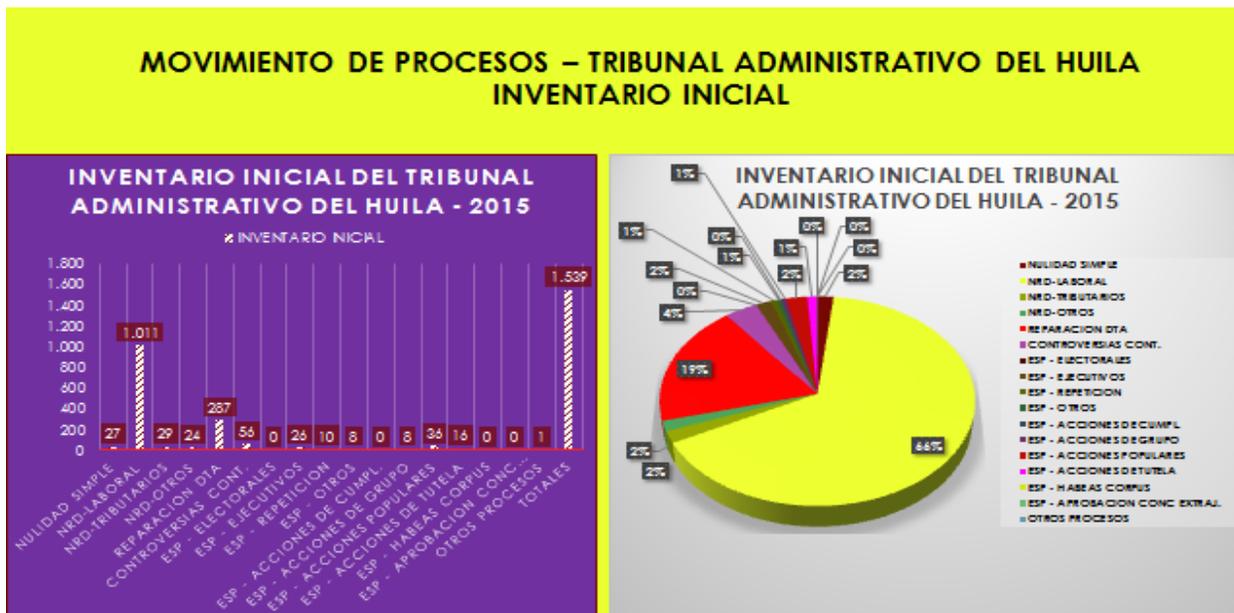
MOVIMIENTO DE PROCESOS – JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE NEIVA
INVENTARIO INICIAL



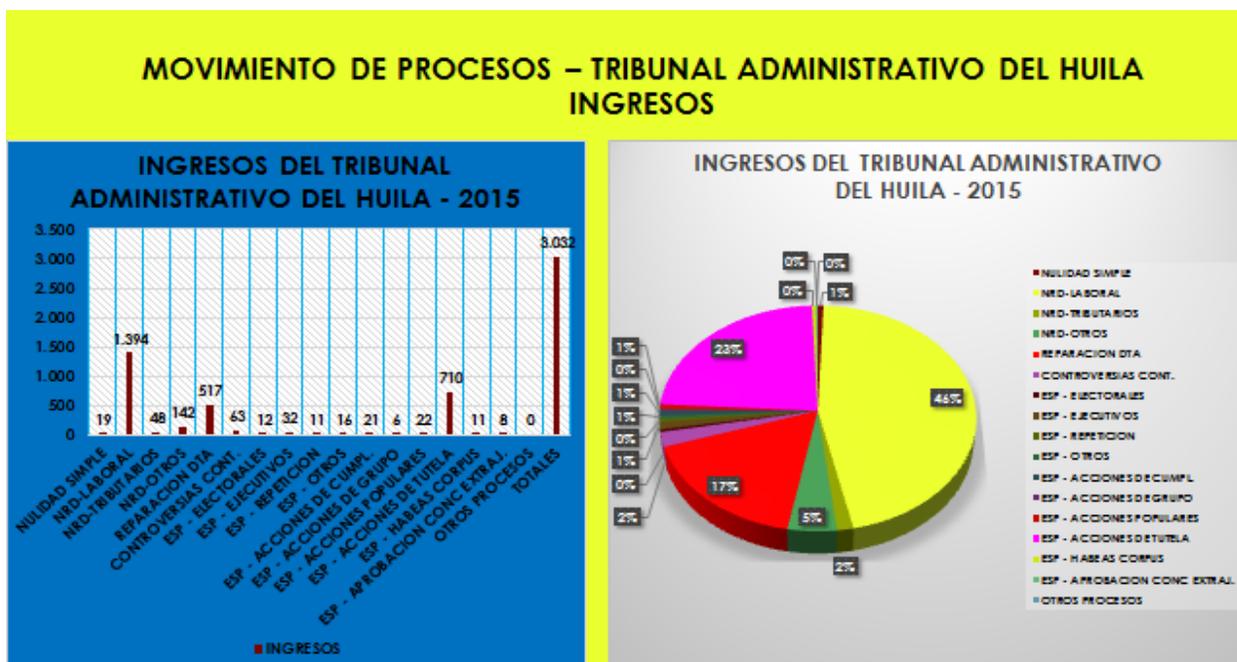
GRÁFICA No. 4 INGRESOS JUZGADOS 2015.



GRÁFICA No. 5 INVENTARIO TRIBUNAL 2015.

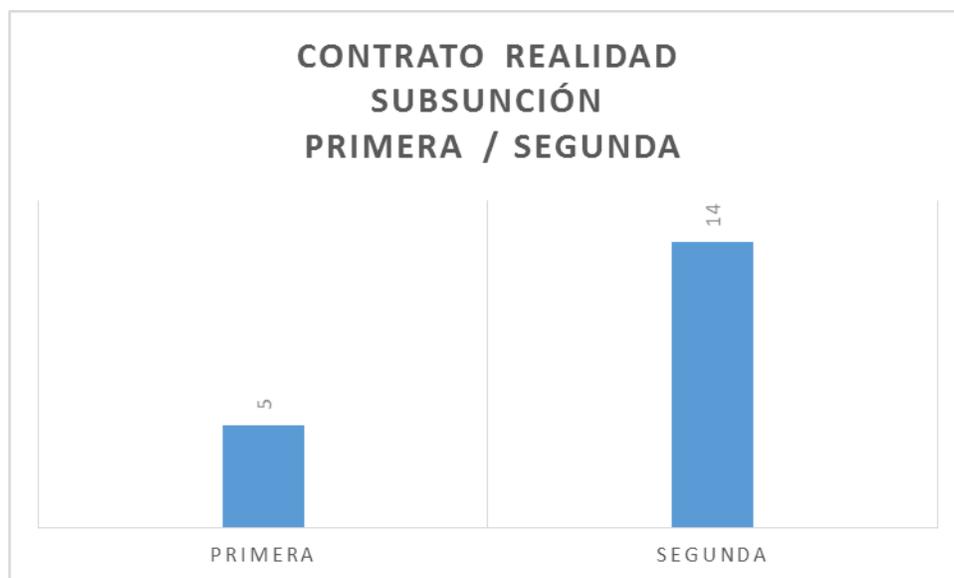


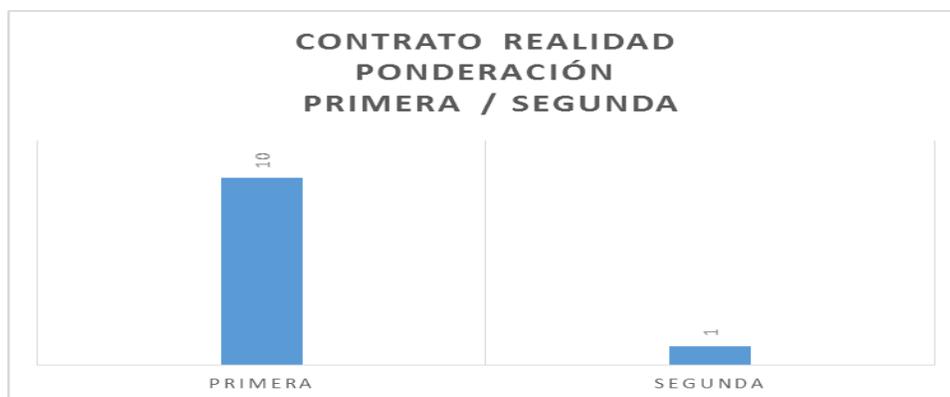
GRÁFICA No. 6 INGRESOS TRIBUNAL 2015.

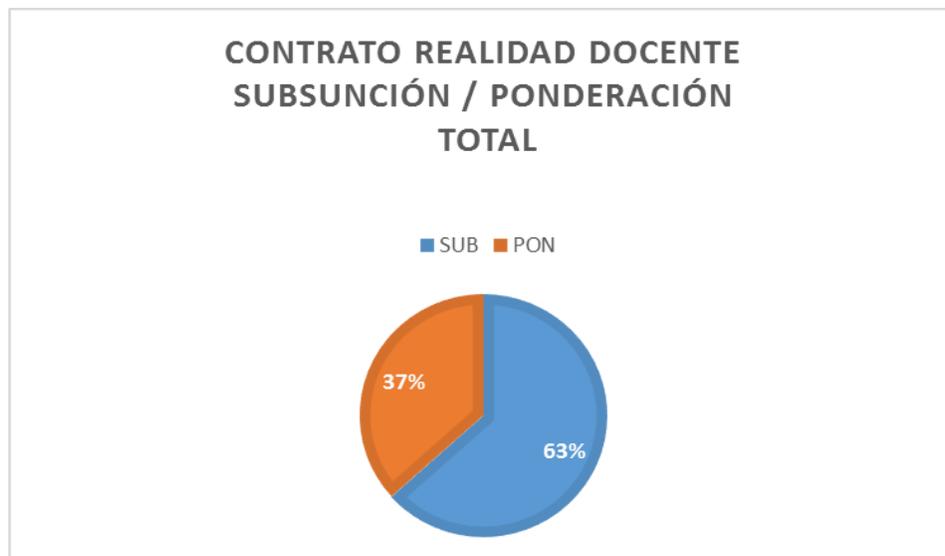


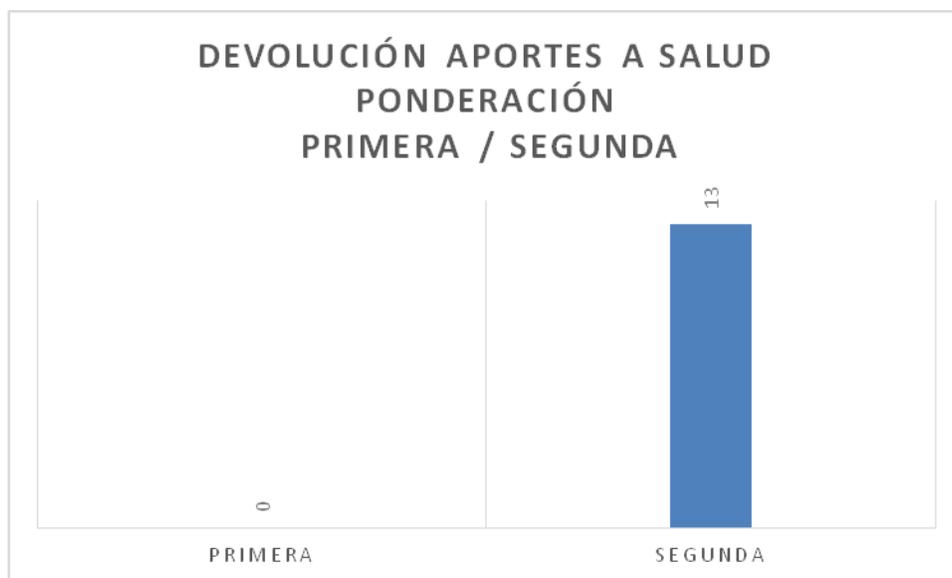
GRÁFICA No. 7 SENTENCIAS DOCENTES Y NO DOCENTES.

GRÁFICA No. 9 CONTRATO REALIDAD SEGUNDA INSTANCIA

GRÁFICA No. 10 SUBSUNCIÓN CONTRATO REALIDAD.

GRÁFICA No. 11 CONTRATO REALIDAD / PONDERACIÓN TOTAL

GRAFICA No. 12 TOTAL SUBSUNCIÓN / PONDERACIÓN

GRÁFICA No. 15 PONDERACIÓN PRIMERA / SEGUNDA

ANEXO No. 1 FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS

1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA					
Tribunal Administrativo del Huila Oral			Fecha de la providencia		
Magistrado ponente		Radicación			
Tema:					
2. ASPECTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS RELEVANTES DE LA DEMANDA					
2.1. Causal de nulidad					
Falsa motivación		Violación de norma superior			
Falta Motivación		Debido proceso			
Desviación de poder		No invoca			
2.2. Desarrolla la causal citada.				Si	No
2.3. Señala específicamente la(s) norma(s) que sustentan la(s) causal(es) invocada(s).				Si	No
2.4. Señala los principios que sustenta(n) la(s) causal(es) invocada(s)				Si	No
3. ASPECTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS RELEVANTES DE LA CONTESTACIÓN					
4. PROBLEMA(S) JURÍDICO(S) DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA					
5. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA: ACCEDE PRETENSIONES <u> X </u> / NIEGA <u> </u>					
6. RECURSO DE APELACIÓN					
6.1. Quien apela		Demandante		Demandado	
				Otro	
7. TESIS DEL TRIBUNAL					
7.1. Problema jurídico.					
7.2. Decisión tribunal					
Confirma		Revoca		Adiciona	
7.3. Solución al caso					
8. ANÁLISIS CUALITATIVO DE LA SENTENCIA					
Método utilizado por la Corporación para tomar la decisión					
Subsunción			Adecuación		
Gramatical normativa			por Principio de favorabilidad		
exegético normativo			por principio pro operario		
sistemático normativo			por principio no regresividad		
teleológica normativa			por principio de progresividad		
reglas constitucionales			por principio remuneración mínima y vital		