

Segunda parte

Doctrina y Jurisprudencia

EL ARBITRAJE: UN EJERCICIO DE RESPONSABILIDAD

José María Alonso Puig*
Académico correspondiente extranjero

Cuando las partes confían en resolver sus controversias mediante arbitraje, de cierto modo comprometen la responsabilidad de una persona, que todavía está por determinar. Una vez sobreviene la controversia, se nombra a los árbitros y estos aceptan; los árbitros no solo aceptan la misión de resolver la controversia, sino que también asumen un compromiso de responsabilidad.

Es evidente que los árbitros, con su conducta dentro del procedimiento, pueden causar graves daños, por ejemplo: dictando el laudo fuera de plazo; no dando el mismo trato a las partes; concediendo o denegando medidas cautelares; vulnerando la confidencialidad; incumpliendo su obligación de revelar las circunstancias que puedan afectar su independencia o imparcialidad, etc. Con su conducta, los árbitros no solo pueden causar daños a las partes, también a los demás miembros del tribunal arbitral, a la institución arbitral que esté administrando el arbitraje e incluso a terceros.

* Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Presidente de la Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid, Vicepresidente del Consejo General de la Abogacía Española y vocal de la junta de gobierno de la Mutualidad de la Abogacía. Asimismo, es el socio director de la firma José María Alonso Abogados, S.L.P. Contacto: jmalonsoapuig@gmail.com

¿Debe el árbitro quedar completamente inmune por los daños que cause en este tipo de situaciones? O, por el contrario, ¿debe responder de todas y cada una de ellas?

Las posturas al respecto, como expondré a continuación, son dispares. Existen ordenamientos que sujetan la actividad del árbitro al sistema tradicional de responsabilidad y, por tanto, exigen que este responda cuando ha causado daños de forma dolosa, e incluso cuando ha incurrido en negligencia. Otros ordenamientos, en cambio, reconocen inmunidad civil absoluta (o casi absoluta) a los árbitros, a fin de asegurar su independencia y la integridad del proceso, y también para desincentivar la interposición de demandas frívolas de responsabilidad.

Esta dicotomía se debe a que, en el fondo, existe una tensión natural entre el principio general de que el autor de un daño debe repararlo y el hecho de que los árbitros desempeñan una labor jurisdiccional (o cuasi jurisdiccional) que requiere ser ejecutada con imparcialidad e independencia, y sin presiones indebidas.

El propósito de esta ponencia es examinar la forma en la que los países de nuestro entorno se aproximan a esta cuestión, haciendo especial hincapié en el ordenamiento colombiano y el español, y también exponer brevemente otros tipos de responsabilidad en los que puede incurrir el árbitro en el desarrollo de su misión, como son la responsabilidad penal y la disciplinaria.

La naturaleza de la relación entre los árbitros y las partes

Antes de analizar el alcance de la responsabilidad en la que puede incurrir el árbitro por sus acciones y omisiones, es necesario determinar la naturaleza de la relación que vincula al árbitro y las partes del arbitraje y, por tanto, esclarecer si su responsabilidad civil tiene naturaleza contractual o extracontractual.

Esta discusión no es baladí, porque las consecuencias que se derivan de tal calificación son muchas. Acorde con la calificación que se otorgue a la responsabilidad de los árbitros, será de aplicación una u otra norma de competencia judicial internacional y una u otra norma de conflicto, por lo

que, en términos prácticos, esta calificación determinará quiénes deben integrar el tribunal competente, para conocer de la acción de responsabilidad, y cuál será el derecho que dicho tribunal deba aplicar. Por ejemplo, si la acción se entabla en un país miembro de la Unión Europea, el tribunal concedor de la acción de responsabilidad deberá aplicar el *Reglamento Roma I* para determinar el derecho aplicable, si considera que la responsabilidad es contractual, o el *Reglamento Roma II*, si considera que la responsabilidad es extracontractual.

Asimismo, en algunos países, la calificación que se otorgue a esta responsabilidad también condiciona el plazo de prescripción aplicable. Por ejemplo, en España, la parte perjudicada dispondría de un plazo de cinco años para entablar la acción, si se acepta que la responsabilidad es contractual (*ex art. 1964 CC*), o de tan solo un año, si se asume que la responsabilidad es extracontractual (*ex art. 1968.2º CC*). De esta calificación también dependerá la legitimación para reclamar la reparación y el alcance de los daños indemnizables.

Resulta, por tanto, fundamental esclarecer cuál es la naturaleza de la responsabilidad civil del árbitro respecto a las partes. Esta cuestión no es pacífica en la doctrina, sino que existen dos corrientes de pensamiento diferenciadas.

La primera considera que la naturaleza de la relación del árbitro y las partes es de carácter contractual, en tanto que la responsabilidad surge de un contrato: el contrato arbitral. De acuerdo con esta postura, la responsabilidad tiene naturaleza contractual porque entre los árbitros y las partes existe un contrato en virtud del cual los primeros se comprometen a resolver determinadas cuestiones litigiosas a cambio de un precio (salvo pacto en contrario), a través de un determinado procedimiento (el arbitral) y en un plazo establecido. Esta línea es la más aceptada en los países de tradición civilista y, en particular, en España.

Por el contrario, la segunda corriente considera que la relación del árbitro con las partes es de carácter extracontractual, porque, una vez es aceptada la función de arbitrar, los árbitros actúan como sustitutos privados de los jueces en la administración de justicia, desarrollando funciones análogas y asumiendo responsabilidades similares. De acuerdo con esta postura, los

árbitros desarrollan una función jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, lo que justifica que tengan un tratamiento similar al que se otorga a los jueces. Esta tesis es la que goza de mayor acogida en los países de tradición anglosajona o *Common law*. Estos sistemas, que desarrollaré a continuación, generalmente reconocen al árbitro una inmunidad civil absoluta en el desempeño de su cargo, equivalente a la que también se les reconoce a los jueces.

¿Cuál de estas posturas ha sido acogido en Colombia?

De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, la naturaleza jurídica del arbitraje es mixta, porque la potestad del árbitro nace del acuerdo entre las partes y, al mismo tiempo, opera por ministerio de la ley. En palabras de la Corte Constitucional,

[la competencia del árbitro] tiene origen en el [...] pacto entre las partes que deciden, en el ejercicio de su voluntad, someter el asunto al conocimiento de dichos terceros y no a la jurisdicción común [pero, al mismo tiempo], opera por ministerio de la ley [ya que] la ley es la que le otorga valor de ejecutividad al laudo arbitral y determina el procedimiento que debe utilizarse en juicio.¹

Por tanto, a diferencia de otras jurisdicciones, en Colombia la naturaleza jurídica del arbitraje no se enmarca en ninguna de las dos teorías extremas que acabamos de mencionar.

Modelos normativos de responsabilidad civil

¿Por qué es necesario hablar de la responsabilidad civil de los árbitros?
¿De qué manera puede causar daños un árbitro?

Al aceptar su función de arbitrar, los árbitros establecen una relación con las partes del arbitraje, con la institución arbitral que administrará el arbitraje (salvo que el arbitraje sea *ad hoc*) y con el resto de los intervinientes en el proceso (como los testigos y los peritos). Estas relaciones imponen en el árbitro ciertas obligaciones, de cuyo incumplimiento puede derivarse responsabilidad para el árbitro. Así, conductas tales como la no revelación

¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-947 de 4 de diciembre de 2014; Sentencia C-538 de 5 de octubre de 2016.

de circunstancias que afecten su independencia o imparcialidad, la renuncia a su cargo sin justa causa o la denegación de importantes medios de prueba, pueden causar daños significativos a las partes. Con sus acciones y omisiones, los árbitros –como cualquier sujeto encargado de dirimir una controversia–, pueden provocar que la resolución de la disputa se retrase de forma inadmisiblemente, pueden comprometer el derecho de defensa de las partes y pueden poner en riesgo la validez y la eficacia de su decisión.

¿Qué remedios tiene la parte que ha sufrido ese daño? ¿Puede una parte entablar una acción de responsabilidad civil contra el árbitro, exigiendo el pago de una indemnización?

Como anuncié, no existe un sistema unitario sobre la responsabilidad civil del árbitro, por lo que estas preguntas no tienen una respuesta universal. El estándar de la responsabilidad de los árbitros es tratado con gran disparidad en las distintas jurisdicciones, por lo que el alcance de la responsabilidad del árbitro variará en función de las reglas de procedimiento que rijan el arbitraje, la ley de fondo aplicable a la relación entre el árbitro y las partes, la nacionalidad del árbitro o el lugar de la sede del arbitraje.

En esencia, podemos identificar tres grandes modelos normativos de responsabilidad: i) los modelos que exoneran totalmente de responsabilidad civil a los árbitros; ii) los modelos que consagran una exoneración “cualificada” o parcial a favor de los árbitros y iii) los modelos basados en la responsabilidad por culpa.

Modelos de exoneración total de responsabilidad

Algunas jurisdicciones reconocen a los árbitros una inmunidad civil total, equivalente a la que asimismo reconocen a los jueces, a fin de que los actos que desarrollen en el ejercicio de sus funciones no puedan ser cuestionados en el marco de una acción de responsabilidad civil.

Este es el caso de los Estados Unidos, cuyo Derecho federal y estatal reconoce que los árbitros no son responsables por los errores o irregularidades de sus decisiones.

Así, por ejemplo, la sección 1297.119 del Código Civil de Procedimiento de California declara:

Un árbitro tiene la inmunidad propia de un funcionario judicial en materia de responsabilidad civil cuando actúa en calidad de árbitro en virtud de cualquier norma o contrato. La inmunidad otorgada por esta sección complementará, y no sustituirá, cualquier otra inmunidad aplicable. (Traducción libre y énfasis agregado)

En el mismo sentido, el artículo 682.051 del Código de Arbitraje de Florida dispone:

Un árbitro o una institución arbitral que actúe como tal está exento de responsabilidad civil en la misma medida que un juez de un tribunal de este Estado cuando actúa en calidad de juez. (Traducción libre y énfasis agregado)

Otro ejemplo de este sistema es Irlanda, cuya Ley de Arbitraje reconoce, en su artículo 22, la inmunidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales:

1. Un árbitro no responderá en ningún procedimiento por lo que haya hecho u omitido en el desempeño o supuesto desempeño de sus funciones. [...]

3. Una institución arbitral o de otro tipo, o una persona designada por las partes para nombrar o designar un árbitro, no responderá por lo que haya hecho u omitido en el cumplimiento o supuesto cumplimiento de esa función. (Traducción libre y énfasis agregado)

¿Por qué estas normas contienen una exención de responsabilidad civil a favor de los árbitros? ¿Cuál es el fundamento de esa exención o inmunidad?

Los partidarios de este modelo entienden que, una vez aceptan la función de arbitrar, los árbitros actúan como sustitutos privados de los jueces en la administración de justicia, desarrollando funciones análogas y asumiendo responsabilidades similares. Para ellos, aunque su autoridad dimane de un acuerdo con las partes y no del Estado, los árbitros desarrollan una función jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, que justifica que se encuentren sujetos a un régimen de responsabilidad especial.

Esta inmunidad se funda en la necesidad de proteger la integridad del propio proceso y la independencia e imparcialidad del árbitro frente a influencias indebidas. Y es que, sin un cierto nivel de inmunidad, los árbitros podrían verse acosados por las partes durante y después del arbitraje y,

consecuentemente, su independencia podría verse afectada por la posibilidad de verse demandados. Así, el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York declaró, en la sentencia del caso *Global Gold Mining Llc vs. Peter Robinson*, que “... dicha inmunidad es esencial para proteger al árbitro frente a influencias indebidas y para proteger el proceso frente a las represalias de los litigantes disconformes.” (Traducción libre).

Al reconocer la inmunidad absoluta de los árbitros, estos sistemas no solo evitan la interposición de demandas de responsabilidad vejatorias o frívolas, iniciadas por la parte que haya visto denegadas sus pretensiones en el arbitraje. Estos sistemas, asimismo, fomentan el crecimiento del mercado de profesionales dispuestos a ser árbitros, y evitan que profesionales cualificados se abstengan de ser árbitros por el temor de ser sujeto de una acción de responsabilidad civil estratégica e infundada.

Ahora bien, este modelo no solo se encuentra presente en la normativa interna de algunos países como Estados Unidos o Irlanda. Cada vez es más frecuente encontrar este tipo de cláusulas limitativas de responsabilidad en los reglamentos de las instituciones arbitrales, y ello con el fin de intentar proteger al árbitro de las acciones de responsabilidad que se puedan interponer en su contra.

Así, en el artículo 41 del último reglamento de la CCI (de 2021) puede leerse:

Los árbitros, cualquier persona nombrada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia, la Corte y sus miembros, la CCI y sus empleados, y los Comités Nacionales y Grupos de la CCI y sus empleados y representantes no serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje, excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad esté prohibida por la ley aplicable. (Énfasis agregado)

En el mismo sentido, el artículo 47 del Centro de Arbitraje Internacional de Viena dispone:

Se excluye, en cuanto sea permitido legalmente, la responsabilidad de los árbitros, del secretario general, del representante del secretario general, del Consejo y de sus miembros, de la Cámara de Comercio de Austria y de sus empleados por cualquier acto u omisión relacionado (o/a) con el procedimiento arbitral. (Énfasis agregado)

Asimismo, el artículo 38 del reglamento del ICDR señala:

Los miembros del tribunal arbitral [...] *no serán responsables ante ninguna parte por cualesquiera actos u omisiones relacionados con cualquier arbitraje* conforme a este Reglamento, salvo que dicha exclusión esté prohibida por la ley aplicable. (Énfasis agregado)

También podemos encontrar disposiciones similares en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo (artículo 1.11), o, en el reglamento de arbitraje del Instituto Danés de Arbitraje (artículo 61).

No obstante, la eficacia y validez de este tipo de cláusulas limitativas de responsabilidad es puesta en tela de juicio en aquellos casos en los que la sede del arbitraje se encuentra en un país de tradición civilista, como España, Italia, Francia y Suiza. Y ello porque en estos países no resulta posible limitar la responsabilidad civil procedente del dolo. Así, en el caso de España, el artículo 1102 del Código Civil dispone que “la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones”, por lo que “la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”. En el mismo sentido, el artículo 1229 del Código Civil italiano deniega eficacia a las cláusulas de exoneración en caso de dolo y culpa grave y el artículo 100.1 del Código de Obligaciones suizo considera nula toda estipulación que libere por anticipado al deudor de la responsabilidad en caso de dolo o culpa grave.

Por tanto, aunque las partes acuerden someterse a un reglamento arbitral que contenga la cláusula limitativa de responsabilidad a favor de los árbitros, se debe evaluar si esa cláusula de responsabilidad es válida en el Estado en el que se pretenda entablar la acción de responsabilidad.

Los modelos de exoneración cualificada de responsabilidad

Frente a las jurisdicciones que reconocen a los árbitros una inmunidad civil absoluta, existen otros países que adoptan una actitud intermedia.

Estos sistemas no reconocen a los árbitros una inmunidad total en el desarrollo de sus funciones, pero tampoco los sujetan al sistema tradicional de responsabilidad. De esta forma, reconocen que los árbitros pueden ser

obligados reparar los daños que causen a los diferentes intervinientes del arbitraje, pero solo en determinados escenarios, que se consideran especialmente graves.

Esta línea es la más aceptada en los países de tradición civilista, como España, Perú, Grecia o Alemania.

Así, el art. 32 de la ley de arbitraje del Perú (Decreto Legislativo 1071) establece que "... la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable". De esta forma, la actuación del árbitro solo justifica el inicio de una acción de responsabilidad si los daños se provocaron dolosamente o si el árbitro incurrió en negligencia grave.

En la misma línea, el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil griego dispone que "... en el desempeño de sus funciones, los árbitros y el presidente del tribunal serán responsables únicamente en caso de fraude o negligencia grave". (Traducción libre)

Este modelo también se encuentra presente en numerosos reglamentos de instituciones arbitrales. Muestra de ello es el artículo 45 del Reglamento de la Asociación Suiza de Arbitraje, que reconoce que los miembros del tribunal arbitral no responderán de los actos u omisiones que ejecuten durante un arbitraje, salvo que se pruebe que ese acto u omisión ha sido intencionada o constituya una negligencia grave (*Intentional Wrongdoing or Gross Negligence*).

En términos similares, el artículo 44.1 del Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje prevé que "los árbitros estarán exonerados de la responsabilidad derivada de su actuación arbitral en tanto no hayan incurrido en incumplimiento *doloso* de sus deberes".

Aunque esta concepción ha sido acogida, generalmente, por países de tradición civilista, también se encuentra presente en algunos países de tradición anglosajona o *Common law*. Este es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, donde el árbitro no es responsable por lo que hace u omite hacer en el desempeño de sus funciones, a menos que el acto u omisión se halle viciado de mala fe (sección 29, Ley de Arbitraje de Reino Unido de 1996).

Asimismo, esta concepción se encuentra plasmada en el artículo 31.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA, por sus siglas en inglés), que dispone que los árbitros no serán responsables frente a las partes por ningún acto u omisión relacionado con el arbitraje, salvo que se acredite “que el acto u omisión constituye una falta consciente y deliberada” del árbitro.

Este modelo fomenta el cuidado, la diligencia y la preparación de los árbitros y, por tanto, aumenta la calidad del servicio arbitral.

Este modelo también fomenta la utilización del arbitraje por los usuarios del sistema, porque reconoce a las partes la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad civil frente al árbitro cuando existen razones de peso. Por tanto, las partes no quedan desprotegidas si el árbitro les provoca un daño intencionadamente o actúa con negligencia grave, porque estas jurisdicciones no cierran la puerta a que se entablen acciones civiles frente a los árbitros.

Aunque estos sistemas no reconocen inmunidad civil a los árbitros, aun así, reducen la litigiosidad y desincentivan la interposición de demandas frívolas, porque la responsabilidad del árbitro solo nace cuando su comportamiento ha sido especialmente grave. La infracción cometida en el cumplimiento del encargo por los árbitros debe revestir un carácter manifiesto y, cuando menos, debe ser producto de una grave negligencia.

También debemos señalar que, en estos sistemas, la falta de acierto del laudo a la hora de interpretar los hechos y aplicar el Derecho no da lugar, generalmente, a la responsabilidad de los árbitros que lo emitieron, porque es una tarea que, de manera inevitable, lleva intrínseco un cierto margen de apreciación. En España, por ejemplo, los tribunales admiten la posibilidad de que los árbitros incurran en responsabilidad si cometen un “error arbitral”, pero solo si el error es palmario, craso, manifiesto y de una evidencia tal que muestre una negligencia grave del árbitro. En palabras del Tribunal Supremo español:

[...] la responsabilidad del árbitro no podrá apreciarse en casos en los que no se excedan los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta.

[...] para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia. [...]

La necesidad de que se aprecie un error de carácter manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad en relación con los errores judiciales constituye prácticamente una constante en Derecho comparado [...]. No parece que respecto de los árbitros deba regir un principio distinto, pues, salvadas las distancias que existen entre la naturaleza de la función jurisdiccional y la de arbitraje [...], la actuación del árbitro, limitada a determinadas materias, tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución judicial.²

Los modelos basados en la responsabilidad por culpa

Frente a las jurisdicciones que reconocen a los árbitros una inmunidad civil parcial o absoluta, existen otros países que han optado por sujetar la actividad de los árbitros al sistema tradicional de responsabilidad.

Estos sistemas reconocen que los árbitros pueden ser obligados a resarcir los daños que causen durante el desarrollo de su misión, de la misma forma que cualquier contratante debe resarcir los daños que cause a su contraparte. Por tanto, la responsabilidad de los árbitros no solo nace cuando el incumplimiento de los árbitros reviste un carácter manifiesto o es el producto de una grave negligencia o una conducta intencionada: su responsabilidad también nace cuando han causado daños por su culpa o negligencia.

Este es, por ejemplo, el caso de Honduras. Así, el artículo 47 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras (Decreto 161-2000) dispone que la aceptación obligada a los árbitros a cumplir su función con esmero y dedicación y serán responsables de “reparar los daños y perjuicios que por su culpa y negligencia llegaren a causar” a las partes o a terceros.

También es el caso de Argentina. Así, el artículo 745 del Código Procesal Civil y Comercial señala: “la aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan su cometido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios”.

² Tribunal Supremo, Sentencia 429 de 22 de junio de 2009.

Esta concepción también se encuentra presente en la Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia (cuyo artículo 10 señala que “... el árbitro es responsable por las acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones”) y en el Código Civil de Procedimiento de Austria, que dispone que “el árbitro que no cumpla con los deberes asumidos al aceptar el nombramiento, o no los cumpla oportunamente, será responsable frente a las partes de todos los daños y perjuicios causados por su negativa o retraso culpable” (Traducción libre).

Como antes, estos modelos aumentan la calidad del servicio arbitral –al fomentar el cuidado, la diligencia y la preparación de los árbitros– y también promueven la utilización del arbitraje por parte de los usuarios, puesto que estos no quedan desprotegidos si la actuación del árbitro les causa un daño.

Una mirada más cercana al modelo español y al modelo colombiano

Después de examinar de manera comparada los diversos sistemas que se han implantado en nuestro entorno para determinar la responsabilidad de los árbitros, conviene analizar cómo se ha regulado esta cuestión en España y en Colombia.

La responsabilidad de los árbitros en España

El sistema de responsabilidad de los árbitros en España se encuentra regulado, en esencia, en el primer apartado del artículo 21 de su Ley de Arbitraje, la cual dispone:

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por *los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo*. En los arbitrajes encomendados a una institución, *el perjudicado tendrá acción directa* contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la *contratación de un seguro de responsabilidad civil* o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la con-

tratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas. (Énfasis agregado)

De su tenor se pueden extraer tres rasgos distintivos del sistema de responsabilidad civil de los árbitros en España: en primer lugar, se concede a los árbitros una exención parcial de responsabilidad, similar a la prevista en la Ley de Arbitraje peruana; en segundo lugar, se exige que los árbitros suscriban un seguro de responsabilidad civil; y, en tercer lugar, se reconoce a los perjudicados la posibilidad de dirigirse directamente contra la institución arbitral, en caso de que el arbitraje sea institucional.

La exención parcial de responsabilidad consagrada en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje

Como se desprende del artículo 21 de la Ley de Arbitraje, en España, la responsabilidad de los árbitros no está sujeta al sistema tradicional de responsabilidad civil aplicable a la mayoría de las relaciones contractuales. Así, para que una acción de responsabilidad frente a un árbitro pueda prosperar, no será suficiente que el actor acredite “la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado [...], la realidad de los perjuicios ocasionados a las otras contendientes y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos”, como los tribunales exigen, con carácter general, en el resto de relaciones contractuales.³ Los árbitros no responden si causan un daño como consecuencia de un descuido o una falta de diligencia leve o levísima, sino que su obligación de resarcir solo nace si se acredita que los daños han sido causados “*por mala fe, temeridad o dolo*”, como señala el artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

La responsabilidad civil de los árbitros no siempre ha estado regulada de esta forma en España. Así, el artículo 766 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada en el año 1881, disponía que “... la aceptación de los árbitros dará derecho a cada una de las partes para compelerlos a que cumplan con su encargo, *bajo la pena de responder de los daños y perjuicios*”, por lo que, en ese momento, la responsabilidad de los árbitros se

³ Sentencia de 30 de noviembre de 1973.

regulaba en España con unos términos prácticamente idénticos a los que hoy encontramos en el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina. Esta disposición también fue incluida en el artículo 25 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953. Asimismo, la antigua Ley de Arbitraje de 1988, disponía en su artículo 16 que “la aceptación obliga a los árbitros [...] a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por *los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa*”. Por tanto, si analizamos estos antecedentes, podemos observar que la Ley española de Arbitraje vigente se aparta de sus antecedentes inmediatos, evolucionando desde un modelo basado en la culpa a un modelo de exoneración limitada de responsabilidad.

La obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil

El hecho de que los árbitros puedan incurrir en responsabilidad civil y puedan quedar obligados a resarcir los daños que causen en el desarrollo de sus funciones, lleva aparejada –en España– la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente (depósito, garantía bancaria, aval a primer requerimiento, etc.) que garantice el pago de la indemnización.

La obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil fue introducida en la Ley de Arbitraje en el año 2011 y solo es exigible en aquellos casos en los que la Ley de Arbitraje es aplicable, es decir, cuando nos encontremos ante un arbitraje con sede en España –con independencia del tipo de arbitraje (administrado o *ad hoc*) y, por supuesto, con independencia de si el arbitraje es de Derecho o de equidad, nacional o internacional (art. 1.1 LA)–. Cuando la sede del arbitraje se encuentre en otro país, será la normativa de dicho país, como *lex arbitri*, la que determine si es necesario suscribir un seguro de responsabilidad civil.

El fundamento de la exigencia legal de concertar el seguro de responsabilidad civil es evidente: pretende proteger al perjudicado, garantizándole un patrimonio que responderá de los daños y perjuicios que pueda causar la actuación del árbitro. Sin embargo, su aplicación no está exenta de polémica. Como señalamos antes, los criterios para imputar la responsabilidad civil al árbitro están basados muchas veces en actuaciones intencionales o

dolosos. Sin embargo, como es sabido, en España el dolo no es asegurable conforme el artículo 19 de la Ley de Contratos de Seguro por lo que, como señala el artículo 76 de la misma ley, el asegurador que satisfaga la indemnización podrá repetir contra el árbitro.

La acción directa contra la institución arbitral

El ordenamiento español contempla un mecanismo adicional para proteger al perjudicado y para garantizar que este podrá dirigirse contra un patrimonio solvente y es que, en España, la parte perjudicada puede reclamar directamente a la institución arbitral el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el árbitro.

Así, en los arbitrajes institucionales con sede en España, cuando el daño sea atribuible a la conducta de un árbitro en el cumplimiento de su encargo, el perjudicado tiene varias opciones: ciertamente, el perjudicado puede dirigirse contra el árbitro, pero también podrá solicitar de manera directa el resarcimiento a la institución arbitral o reclamar a ambos. Y, como señalamos antes, el perjudicado también podrá dirigirse contra la aseguradora que haya suscrito con el árbitro un seguro de responsabilidad civil.

Naturalmente, la institución arbitral no está obligada a soportar los daños que ha causado el árbitro. Por ello, si el perjudicado decidiera dirigirse contra la institución arbitral y esta resultase condenada al pago de la indemnización, la institución podrá después ejercitar contra el árbitro una acción de regreso para recuperar el importe total satisfecho a la víctima. Ello se desprende del último inciso del artículo 21(1), que señala que "... en los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros".

El ejercicio de la acción de anulación como requisito de procedibilidad

Aunque la esencia del régimen de responsabilidad de los árbitros en España se encuentra contenida en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, esta regulación ha sido objeto de interpretación y desarrollo por nuestros tribunales.

Uno de los aspectos más importantes que ha desarrollado la jurisprudencia es el hecho de que la acción de responsabilidad civil contra un árbitro es un remedio excepcional y subsidiario, que solo puede interponerse si el daño o perjuicio sufrido no puede ser reparado de otra forma. Así, de acuerdo con el Tribunal Supremo,

... el árbitro deviene responsable en último término [...], lo que quiere decir que la reclamación formulada en contra del árbitro no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio, bien sea la acción de aclaración y complemento, la acción de anulación prevista en la Ley de Arbitraje cuando sea procedente y útil o los medios de revisión que se hayan establecido válidamente en el convenio arbitral.⁴

Por tanto, antes de exigir responsabilidad al árbitro, las partes deberán intentar reparar el daño, si fuese posible, mediante el ejercicio de las acciones de aclaración, complemento o rectificación o incluso mediante la anulación del laudo.

La responsabilidad de los árbitros en Colombia

De acuerdo con el artículo 116 de la carta política de Colombia, los árbitros cumplen transitoriamente la función de administrar justicia.

Así, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que, aunque los árbitros resuelven controversias en casos concretos y en virtud del acuerdo entre las partes, el arbitraje es “un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado”⁵. Los árbitros son, por tanto, “autoridades públicas”,⁶ “con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades” que los jueces⁷. Los árbitros son, en suma, sustitutos privados de los jueces que administran justicia.

Por este mismo motivo, como señalamos antes, la Corte Constitucional colombiana considera que la naturaleza jurídica del arbitraje es mixta porque, aunque la potestad del árbitro nace del acuerdo entre las partes, “opera por

⁴ Tribunal Supremo, Sentencia 429 de 22 de junio de 2009.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-305/13.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 4 de octubre /95.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-305 de 22 de mayo /13.

ministerio de la ley” ya que “la ley es la que le otorga valor de ejecutividad al laudo arbitral y determina el procedimiento que debe utilizarse en juicio”.⁸ Esta equiparación entre los árbitros y los jueces colombianos resulta particularmente evidente en el ámbito de la responsabilidad *disciplinaria*. Así, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 1563 de 2012 (que contiene el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), los árbitros se encuentran sujetos a las normas disciplinarias de los servidores judiciales y, por tanto, se encuentran sujetos a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Esta equiparación también se produce en relación con las causas que impiden que un árbitro o un juez resuelva una controversia. Así, de acuerdo con el artículo 16 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, “los árbitros [...] están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil” y “por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único”.

¿Sucede lo mismo en el ámbito de la responsabilidad civil?

Pues bien, el ordenamiento jurídico de Colombia (al igual que los ordenamientos de Chile, Costa Rica o Suiza) no contiene ninguna norma destinada a regular de forma específica la responsabilidad civil de los árbitros.

Si analizamos el artículo 48 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia, observamos que existen determinadas conductas que pueden dar lugar a que los árbitros pierdan el derecho a cobrar la mitad de sus honorarios. Así, los árbitros pierden el derecho a cobrar la mitad de sus honorarios si se niegan a firmar el laudo arbitral. Los árbitros también pierden ese derecho si su laudo resulta anulado, i) porque el tribunal no se constituyó “en forma legal”, ii) porque el tribunal rechazó una prueba solicitada oportunamente, o iii) porque el laudo fue manifiestamente emitido “en conciencia o en equidad”, a pesar de que debía ser emitido en derecho.

También existen casos en los que los árbitros pierden íntegramente el derecho a cobrar honorarios y, por tanto, quedan obligados a reembolsar a las partes los honorarios recibidos. Esto sucede en aquellos casos en los que un árbitro renuncia, es recusado o incumple “los deberes de información”.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-947/14 de 4 de diciembre, y, C-538/16, de 5 de octubre.

Los árbitros también pierden cualquier derecho a cobrar honorarios si “el tribunal [cesa] en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o su prórroga sin haber expedido el laudo” (art. 48 de la Ley 1563 de 2012).

El contenido del artículo 48 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia plantea varios interrogantes.

En primer lugar, ¿en qué supuestos los árbitros pueden quedar obligados a resarcir los daños causados a las partes? ¿Los árbitros solo incurrir en responsabilidad en los supuestos mencionados expresamente en el artículo 48 o se les puede exigir responsabilidad en supuestos distintos?

En segundo lugar, ¿cuál es el alcance de la responsabilidad civil de los árbitros? ¿La responsabilidad civil de los árbitros se traduce, simplemente, en que estos perderán parcial o totalmente el derecho a cobrar honorarios? ¿O las partes pueden exigir a los árbitros una indemnización adicional?

Estas cuestiones fueron resueltas por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-451/95, de 4 de octubre, que resolvía una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 40 y 44 del Decreto 2279 de 1989 (que contenían unas disposiciones equivalentes a las que hoy encontramos en el artículo 48 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional).⁹

En esta sentencia, la Corte Constitucional aclaró que estos artículos, que niegan a los árbitros el derecho a cobrar una parte (o la totalidad) de sus honorarios, no están destinados a limitar la responsabilidad de los árbitros.

⁹ En concreto, el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989 disponía que “los árbitros no tendrán derecho a la segunda mitad de los honorarios” si “el recurso de nulidad prospera con fundamento en las causales 2, 4, 5 o 6 del artículo 38”, es decir, si el laudo se anula, *i*) por “no haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal”, *ii*) porque “sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas”, *iii*) por haber “proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga”, y, *iv*) por haber “fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

Por su parte, el artículo 44 del Decreto 2279 de 1989 señalaba que “los árbitros [...] no tendrán derecho a la segunda mitad de sus honorarios cuando el tribunal cese en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga, sin haberse expedido el laudo”.

En palabras de la Corte Constitucional, Sentencia C-451/95 de 4 de octubre, “... los árbitros, en su calidad de jueces, no están sujetos a ningún fuero de inmunidad judicial ni patrimonial” y, por tanto, “[pueden] ser investigados, juzgados y sancionados por sus acciones u omisiones ilegales”. Por tanto, estas disposiciones, no son “*óbice para que* [los árbitros] puedan ser condenados judicialmente a resarcir los perjuicios que su conducta culposa o dolosa –y por error grave– inflija a las partes”, por lo que las partes podrán acudir a “la vía judicial para establecer las fallas que puedan cometer los árbitros y obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios consiguientes”.

De esta sentencia se desprende que el sistema colombiano no reconoce inmunidad civil a los árbitros y que, por tanto, los árbitros pueden ser sujetos a una acción de responsabilidad civil por los daños que causen a las partes en el desarrollo de su misión. De esta sentencia también se desprende que la responsabilidad de los árbitros está sujeta al régimen tradicional de responsabilidad (porque responderán por los daños que “su conducta *culposa* o dolosa –y por error grave–” cause a las partes) y que su responsabilidad no se encuentra limitada por los términos del artículo 48 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

La responsabilidad penal y disciplinaria de los árbitros

Hasta ahora, hemos examinado la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los árbitros dependiendo de la jurisdicción en la que nos encontremos. Sin embargo, las acciones y las omisiones de los árbitros no solo pueden generar responsabilidad civil. Aunque este tipo de responsabilidad es la más frecuentemente invocada, los árbitros también pueden incurrir en responsabilidad penal y, en algunos casos, en responsabilidad disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria de los árbitros

En muchos Estados, como España, los árbitros están exentos de responsabilidad disciplinaria en sentido estricto, porque no forman parte de la organización del Estado, ni dependen funcionalmente de ningún organismo.

Cabría, sin embargo, pensar en una responsabilidad disciplinaria “privada”, cuando el arbitraje es administrado por una institución arbitral. En estos

casos, el árbitro, como miembro de la institución arbitral, deberá someterse a las reglas de esta y quedará sometido por tanto al régimen de sanciones que se regulen.

A este respecto, un estudio publicado en 2013 por la Asociación Suiza de Arbitraje (*Swiss Arbitration Association*) sobre diversas instituciones arbitrales de todo el mundo, titulado *Arbitral Institutions Under Scrutiny*¹⁰, concluyó que el 32% de las instituciones analizadas no contemplan oficialmente la imposición de sanciones a los árbitros que incumplan las exigencias de calidad de la institución. Por tanto, el 68% de las instituciones analizadas sí contemplan, de alguna forma, la imposición de sanciones a los miembros del tribunal arbitral.

Así, de acuerdo con este estudio el 23% de las instituciones analizadas prevén la posibilidad de reducir los honorarios del árbitro, si su desempeño ha sido deficiente. Asimismo, según el estudio publicado por la Asociación Suiza de Arbitraje, el 55% de las instituciones arbitrales, que sí contemplan la imposición de sanciones, prevén la posibilidad de sustituir al árbitro o “vetarle” en relación con futuros nombramientos si su desempeño es inadecuado. No obstante, existen pocos precedentes: solo el 27% de las instituciones analizadas han aplicado esta sanción y han llegado a sustituir a un árbitro (principalmente, a causa de un retraso indebido en el procedimiento).

Entre las instituciones arbitrales que contemplan la imposición de sanciones cabe resaltar, por ejemplo, del Centro Internacional de Arbitraje de Asia (AIAC, conocido anteriormente como el Centro de Arbitraje Regional de Kuala Lumpur), puesto que, según el artículo 12 de su reglamento, el director del Centro podrá sustituir de oficio a un árbitro si este vulnera el Código de conducta del Centro, o si no cumple adecuadamente las funciones previstas en el reglamento.

También debemos resaltar el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, dado que, de acuerdo con su reglamento, dependiendo de la gravedad de la infracción del árbitro, el Centro puede

¹⁰ Phillip Habegger et al., *Arbitral Institutions Under Scrutiny*. ASA Special Series 40, Juris Publishing, Inc., 2013.

llegar a suspender temporalmente al árbitro de la lista de árbitros elegibles o separarle definitivamente de dicha lista.

Al margen de la responsabilidad disciplinaria “privada” que, en su caso, pueda ser exigida por la institución arbitral que administre el arbitraje, no debemos olvidar que existen jurisdicciones en las que la actuación del árbitro sí puede ser objeto de un control disciplinario por parte de un organismo público. Este es, sin duda, el caso de Colombia, donde los árbitros son considerados “autoridades públicas” (Sentencia C-451/95, de 4 de octubre Corte Constitucional), “con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades” que los jueces (Sentencia C-305/13, de 22 de mayo Corte Constitucional) y, por tanto, se encuentran sujetos a las mismas normas disciplinarias que los jueces. Recordemos que, como anotamos antes, el artículo 19 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional dispone que los árbitros se encuentran sujetos a las normas disciplinarias de los servidores judiciales, en los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

¿Quién debe ejercer esta potestad disciplinaria?

En Colombia, el Estado es el titular de la potestad disciplinaria y su ejercicio corresponde, con carácter general y “preferente” a la Procuraduría General de la Nación. Ello se desprende del artículo 1 y 2 del Código Disciplinario Único (aprobado por la ley 734 de 2002) y del artículo 2 del Código General Disciplinario (contenido en la Ley 1952 de 2019), que está llamado a sustituir al Código disciplinario Único a partir de marzo de 2022.

Sin embargo, esta regla general tiene excepciones, y una de ellas responde, precisamente, al ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los jueces (y, por remisión, sobre los árbitros). Así, de acuerdo con el artículo 75 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (a la que se remite el artículo 19 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre la Rama Judicial no corresponde a la Procuraduría General de la Nación, sino al Consejo Superior de la Judicatura.

La potestad disciplinaria sobre los árbitros no siempre ha estado regulada de esta forma en Colombia. Así, el artículo 45 del antiguo Decreto 2279 de 1989 atribuía a la Procuraduría General de la Nación competencia para “controlar” y “vigilar” a “los árbitros y el correcto funcionamiento de los tribunales de arbitramento”. Sin embargo, este artículo fue derogado en

julio de 1998¹¹ y, como señalamos antes, la normativa vigente, actualmente sujeta la responsabilidad disciplinaria de los árbitros a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y, por tanto, Consejo Superior de la Judicatura.

La responsabilidad penal de los árbitros

Por último, como anunciamos antes, los árbitros, en el ejercicio de su misión, pueden incurrir en responsabilidad penal, porque, como cualquier ciudadano, se encuentran sujetos al Código Penal.

A título ilustrativo, en España, un árbitro puede incurrir en un delito de cohecho, tipificado en el artículo 422 del Código Penal, si admitiera, por sí o por persona interpuesta, un regalo que le fuese ofrecido en consideración a su cargo o función, en provecho propio o de un tercero. Un árbitro también podría incurrir en el delito tipificado en el artículo 464 del Código Penal, si intentase influir, con violencia o intimidación, en alguna de las partes, de los abogados, de los testigos o de los peritos para que modifiquen su actuación procesal, y también incurriría en responsabilidad penal, *ex art.* 400 del Código Penal, si abusase de su posición.

Por poner otro ejemplo, en España, un árbitro también podría incurrir en responsabilidad penal si descubriese y revelase secretos o incumpliese de su obligación de sigilo o reserva (*ex arts.* 197.4, 199.2 y 200 del Código Penal) o si cometiese falsedad, alterando un documento, simulando un documento o faltando a la verdad en la narración de los hechos (*ex art.* 390 del Código Penal).

Por suerte, existen poquísimos precedentes.

Conclusiones

A la vista de todo lo anterior, resulta claro que no existe un sistema unitario sobre la responsabilidad del árbitro. Los países de nuestro entorno se aproximan a esta cuestión de una forma muy distinta, por lo que podemos

¹¹ En concreto, el artículo 45 del Decreto 2279 de 1989 fue derogado en julio de 1998 a través de la Ley 446 de 1998.

encontrar jurisdicciones que reconocen una absoluta inmunidad civil al árbitro y jurisdicciones en los que la responsabilidad de los árbitros se rige por las reglas previstas para el resto de relaciones contractuales.

Las razones de esta diversidad de opiniones sobre la responsabilidad de los árbitros pueden ser varias, pero la razón principal es la discrepancia entre las jurisdicciones sobre su concepción de la naturaleza de la función que desarrollan los árbitros y de la relación entre los árbitros y las partes.

Algunas voces se han levantado a favor de uniformar el sistema de responsabilidad de los árbitros, ya que consideran que el establecimiento de principios a nivel internacional ayudaría a los árbitros en el desarrollo de sus funciones.

Sea como fuere, la existencia de reglas que regulen la responsabilidad del árbitro es necesaria para el buen desarrollo del arbitraje.

Bibliografía

HABEGGER Phillip, HOCHSTRASSER, Daniel, NATER-BASS, Gabrielle y WEBER-STECHER, Urs. *Arbitral Institutions Under Scrutiny: ASA Special Series 40*. Juris Publishing, Inc., 2013.

EL ARBITRAJE: UN EJERCICIO DE RESPONSABILIDAD* COMENTARIOS

Alejandro Venegas Franco**
Académico de número

El señor presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia me ha asignado la tarea de hacer algunos comentarios al trabajo presentado por don José María Alonso Puig para su incorporación como “Miembro correspondiente extranjero” de la Corporación.

A fin de atender la misión asignada, abordaré en los comentarios tres aspectos intrínsecamente relacionados: el ensayo presentado; el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM), del cual es decano el nuevo miembro académico correspondiente extranjero, y, finalmente, la persona del académico.

Repito, entonces, lo dicho por don Luis Martí Mingarro, insigne predecesor suyo en la Decanatura, en un acto en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España: “Tomar la palabra [...] es para mí un gran honor y un desproporcionado

* Intervención del 30 de noviembre de 2021, en la sesión solemne de incorporación de don José María Alonso Puig como “Miembro correspondiente extranjero” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, antiguo dignatario del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la cual es árbitro desde 1996.
Contacto: alejandrovenegasfr@gmail.com

privilegio. Agradezco al presidente su designación, y a mis compañeros de Academia la atención que puedan prestar a mi intervención.”¹

El ensayo

“El arbitraje: un ejercicio de responsabilidad” corresponde bien a la trayectoria del beneficiario, ampliamente reconocida en los ámbitos europeo y americano en los cuales ha sido un árbitro de especial valía, y en tal calidad ha participado en más de doscientos trámites, ha escrito copiosos e interesantes artículos sobre temas jurídicos y del arbitraje², ha contribuido en obras colectivas sobre la disciplina arbitral, concurrido como conferencista en seminarios y coloquios, y ha sido estratega o dirigido equipos, por cuya intervención se han dirimido importantes controversias.

Por lo novedoso para nuestro entorno jurídico, destaco la participación del nuevo académico en el tema del derecho deportivo³, tan atractivo para las nuevas promociones de abogados, y una nueva frontera del derecho, o mejor, una sugestiva transformación o avance de nuestra disciplina, en la cual el empleo del mecanismo de solución alternativa de conflictos resulta consonante con la rapidez que exigen las determinaciones para proseguir con las actividades deportivas, o con los siguientes torneos o justas, y con ello preservar el carácter consecutivo de las competencias.⁴

La premisa, que el nuevo miembro desarrolla a lo largo del enjundioso escrito presentado a consideración de la Academia Colombiana de Juris-

¹ Luis MARTÍ MINGARRO, “En el centenario de Alfonso X, una reflexión cultural y jurídica”, en *Alfonso X el Sabio en el VIII Centenario*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, 2021. Citado también por, Luis María CARZOLA PRIETO en *El juramento de la Princesa Doña Leonor de Borbón y Ortiz. Aspectos constitucionales y parlamentarios*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, 2022.

² En variados asuntos propios del derecho, como reflexiones sobre el derecho en el siglo XXI, el derecho concursal y en temáticas propias del arbitraje, entre ellas las competencias de la Unión Europea o la nacionalidad del inversor en el arbitraje de inversión, o sobre el deber de revelación o la independencia e imparcialidad de los árbitros.

³ Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje del Deporte (Tas/Cas) y articulista.

⁴ El *Manual del derecho del deporte* de Eduardo GAMERO CASADO y Antonio Millán Garrido (2021) contiene un ilustrativo capítulo del profesor José Luis Pérez Triviño, de la Universidad Pompeu-Fabra de Barcelona, titulado “El arbitraje deportivo”.

prudencia, consiste en que el árbitro tiene la “misión de resolver la controversia” y asume un “compromiso de responsabilidad”. Útil precisar los extremos de la responsabilidad del árbitro que, para algunos países –no en Colombia– es de origen contractual, y en otros –como en Colombia– se asimila al juez.⁵

Este es un tema que concita inquietud en la doctrina del arbitraje, pues se alude a la conveniencia de contar con un parangón internacional común de referencia para deducir la responsabilidad del árbitro, para cotejar el cumplimiento de sus responsabilidades frente a los deberes legales conaturales a su tarea de resolución de conflictos, y, por tanto, comparación indispensable para guiar su tarea, al tiempo que referente objetivo para atribuirle responsabilidad, si fuere el caso.⁶

Una situación es el origen del nombramiento, por acuerdo de las partes o por ejecución de un mecanismo previsto para ello, y otra el cumplimiento de la obligación, que es pareja a la de un juez, pero, en este caso, limitada por la temporalidad del trámite.⁷

El árbitro es fundamental y principalmente un juez, así su designación pro venga de la voluntad de las partes. No por ello es un servidor de quienes le reconocieron tal autoridad, y menos una parte del contrato que le asignó tal investidura⁸. En la legislación colombiana, el árbitro cumple una función pública y por ello asume responsabilidades en diferentes ámbitos, sin que el ejercicio de tal designación lo convierta en un servidor público.⁹

⁵ En el XI Conversatorio de la Jurisdicción Civil, Familia, Agraria y Ambiental (2021), organizado por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, que versó sobre La tutela y la jurisdicción civil, tuvo oportunidad de abordar el tema “La responsabilidad de los árbitros”. Dicha intervención se encuentra disponible en el repositorio telemático del mencionado tribunal, específicamente en <https://www.youtube.com/watch?v=sYthu8sTY2w>

⁶ Malgorzata JUDKIEWICZ, “La responsabilidad de los árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el arbitraje”, *Revista de Derecho*, n.º 77 (enero-junio 2020): 147-160.

⁷ En Francia se ha entendido que los árbitros son deudores de una obligación de resultado, consistente en proferir la providencia en el plazo dispuesto para ello. Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 6 de décembre 2005, juillet c/ Castagnet. pourvoi no. U 03-13.116, arrêt núm. 1660 FS-P+B.

⁸ Mauricio Jorn FOETH PERSSON, *Responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial*. México: Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0417.pdf>

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

De igual manera, resulta pertinente precisar los tres regímenes que se han establecido en la doctrina¹⁰ frente a la responsabilidad de los árbitros: exoneración total (Estados Unidos), exoneración cualificada (artículo 40 y subsiguientes del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, solo si la legislación nacional lo permite) y responsabilidad, como es el caso colombiano.

Para ello, en el trabajo de incorporación, Alonso Puig revisa las diferentes posturas existentes alrededor del asunto, como la inmunidad total o la responsabilidad, y para tal cometido parte de varias consideraciones acerca de la naturaleza de la relación entre los árbitros y las partes, con un cuidadoso recorrido por varias legislaciones. Expone así las de la Unión Europea, las latinoamericanas y, naturalmente, la regulación española, en especial, las diferentes opciones de responsabilidad civil del árbitro frente a las partes: una, de carácter contractual y, otra, de orden extracontractual. La primera, propia de los países de tradición anglosajona en los cuales hay una tendencia a la inmunidad del árbitro para impedirle una persecución civil, cuenta con una historicidad importante, pues tiene algo que ver con aquella doctrina, según la cual “el rey no puede hacer algo malo” (el juez es una suerte de monarca para el proceso), y también con el efecto frente a la Suprema Corte americana “de la era de la Reconstrucción de la guerra civil que generó la doctrina de inmunidad judicial absoluta”¹¹. La segunda alternativa, es decir, la extracontractual, corresponde a aquellos regímenes que consideran al árbitro un juez y, por tanto, inmerso en sus deberes, obligaciones y responsabilidades.

En el estudio el recipiendario hace referencia a la normatividad colombiana a partir de las providencias de la Corte Constitucional, corporación que al examinar diferentes disposiciones de la legislación arbitral o del Código General del Proceso ha precisado, con fundamento en la consideración de orden público del trámite arbitral, que al árbitro le es aplicable el régimen

¹⁰ María del Pilar PERALES VISCASILLAS, “El seguro arbitral: un mercado emergente en España. Consecuencias de la nueva exigencia legal”. *Gerencia de riesgos y seguros* 31, n.º 118 (enero-abril 2014): 16-27.

¹¹ Pedro J. MARTÍNEZ FRAGA, “La inmunidad absoluta del árbitro: una equivocación con orígenes históricos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 12, n.º 2 (octubre 2020): 546-575. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5621/4047> (p. 557).

correspondiente ordinario de un funcionario judicial, si bien no es servidor público permanente, dado el carácter temporal de su encargo.

La circunstancia de que en el trámite arbitral los particulares transitoriamente cuenten con la facultad de administrar justicia también contribuye a los fines del Estado, en especial en lo que les compete a los jueces, esto es, que la calidad de particular no es óbice para desatender los fines del Estado, y por ello son parejas las responsabilidades de árbitros y jueces, y con alcances en los ámbitos disciplinario y penal. Y a la inversa, los deberes de los apoderados frente a los árbitros son similares a aquellas que han de prestarse respecto de los jueces, como también lo ha precisado la jurisprudencia, en especial la proveniente de los encargados de disciplinar a los abogados.

Las conclusiones del ensayo presentado son indicativas de esos criterios, junto con el juicio de confianza que está inmerso en la actividad judicial en general, pero muy especialmente en la labor legal que es propia de los árbitros.¹²

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

El Rey Felipe II –conocido como “el Prudente”, una persona culta y de “una curiosidad universal”, “uno de los monarcas más cultos de su tiempo”; con interés en la astronomía, en las matemáticas, en la geografía, en la pintura; amigo de Tiziano, promotor de el Bosco, según se describe en el libro de Varela Ortega¹³– promulgó la Real Cédula, en 1596, que creó el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

¹² En referencia a la confianza en el arbitraje como “clave de bóveda de todo el edificio”, citando al autor Francisco Ruiz Risueño, en la ponencia “El futuro del arbitraje”, presentada en el XXXVI Congreso del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, llevado a cabo en la ciudad de Pereira en el año 2015 e incorporada en mi pequeño libro *Ideas y ponencias*, que compila varias de ellas, publicado en el año 2020 con el auspicio del Instituto Universitario Ortega y Gasset. Véase reseña en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* n.º 374 (julio-diciembre 2021).

¹³ José VARELA ORTEGA, *España. Un relato de grandeza y odio*. España: Espasa, 2019. Respecto del Rey Felipe II, como de cualquier figura histórica, hay versiones disímiles sobre su rol y su personalidad. Según Juan Eslava Galán en *La historia de España contada para escépticos*, este rey se debate entre ser un “ángel o demonio”, e invoca al doctor Gregorio Marañón, quien afirma que fue un “débil con poder”. O el célebre escritor Arturo Pérez Revorte,

En esa “Real Cédula” se aprueba la ordenanza de la Congregación de Abogados de la Corte, como se llamaba entonces el Colegio, así como las Constituciones Fundacionales del Ilustre Colegio, que recogen disposiciones en la práctica de la abogacía de la Edad Media, o experiencias de otras y anteriores congregaciones, como las de Zaragoza y de Valladolid.¹⁴

Es fascinante la conformación del Colegio en la narración contenida en la edición facsimilar, hecha en 2002, que rescató como un interesante hallazgo las Constituciones originales, y que describe el protagonismo del portugués Ascensio López con las vicisitudes propias de los acontecimientos en Madrid, “Villa y Corte” de la época, con el trasfondo de debates en torno al enfrentamiento del Rey con la justicia, con ocasión de los episodios asociados con Antonio Pérez¹⁵ –del partido de Ruy Gómez de Silva, o Príncipe de Éboli, líder del partido ebolista o aragonés–, su fuga de la cárcel, su resguardo en Aragón y su exilio, primero en Portugal y luego en Londres.

Cercano a los 425 años de existencia, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid ha irradiado una influencia relevante en la formación y desarrollo de los demás colegios españoles, y en aquellos países de América Latina, diferentes a Colombia, en los cuales existe esa modalidad de organización para aglutinar a los abogados. Varias iniciativas se han malogrado en Colombia para procurar la colegiatura obligatoria, que periódicamente se erige en iniciativa de algunos, en el Congreso de la República o en el foro.

Para quien esto dice –y en la distancia–, la mayor fortaleza del Colegio consiste en la defensa de la justicia, en remarcar el papel del abogado en el desarrollo del Estado de derecho, y en la identificación de opciones en el futuro para la abogacía. Observo que es una combinación de defensa de la profesión de abogado, de preservación de la tradición que inspiró la inicial Congregación en aspectos como los auxilios y apoyos, a la vez que

de la Real Academia de la Lengua, quien en su libro *Una historia de España* lo cataloga como “El Rey funcionario”. Pareciera, sí, que la biografía definitiva es la de Hugh Thomas *El señor del mundo: Felipe II y su imperio*, de acuerdo con conocedores de la historia de España.

¹⁴ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. *Constituciones Fundacionales* [Presentación]. Madrid: Torreblanca Impresores, 2002.

¹⁵ Pérez Reverte dice de Antonio Pérez, quien fuera del cercano círculo del Rey Felipe II, que fue un “secretario golfo” que le jugó “la del chino”. Arturo PÉREZ REVERTE, *Una historia de España*. Madrid: Alfaguara, 2019.

con interés en auscultar el futuro en esa evolución de la abogacía que va de la mano de los avances, de los retrocesos o de los estancamientos de la civilización.

Llamo la atención en el énfasis que en los diferentes documentos y pronunciamientos del Colegio se hace de la palabra *abogacía*, es decir, del conjunto de abogados en ejercicio, de quienes abogan, de quienes interceden, en fin, como diría un antiguo decano, “la abogacía nació para servir”, y es que la labor del abogado es la de ser de utilidad en las causas que se le confían.

Esta prestigiosa Corporación ha contado, entre sus colegiados, con destacados juristas, y presta invaluable servicios a los afiliados e incluso a abogados de otras latitudes que acuden a sus instalaciones para contar con generoso albergue. Para los latinoamericanos es una suerte de amable patrimonio común de la abogacía.

José María Alonso Puig

Quien se incorpora hoy a la Academia es egresado de la Universidad Complutense de Madrid. En los albores de su vida profesional, colaboró en el despacho de don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, de tan grata recordación por sus tratados de derecho civil y privado, y en el ámbito jurídico iberoamericano por su obra sobre los actos propios, quien fuera de su rigor académico, de su seriedad sin distancia, tuvo el honor de haber sido el primer presidente del Tribunal Constitucional y presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia.

Que un catedrático de la Autónoma de Madrid como Díez-Picazo, de tan reconocida estrictez, hubiese seleccionado al entonces estudiante de la Universidad Complutense José María Alonso Puig como uno de sus colaboradores, comprueba sus calidades profesionales, las mismas que le sirvieron para su vinculación con el grupo financiero del Banco Bilbao Vizcaya; posteriormente, para ser socio durante treinta años de la oficina de abogados Garrigues, de la cual fue director por ocho años; a partir del 2012 socio y presidente del despacho Baker & McKenzie, donde alternó con el catedrático Manuel Pizarro Moreno, también presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, por cuanto algunos de los grandes despachos españoles tienen como costumbre contar con un

catedrático de valía, y desde el 2018 dirige la firma José María Alonso Abogados SLP.

Al decanato del Ilustre Colegio el nuevo integrante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia suma la calidad de miembro correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, y el ser uno de los presidentes de honor del Club Español de Arbitraje.

Por ello, me complace sobremanera llevar la voz de la Corporación con estas breves palabras, para trasladarle a José María Alonso Puig la honra en recibirle, en la fecha, como un jurista que cuenta con merecido reconocimiento en el ámbito académico europeo y en el foro arbitral, tal cual lo comprueba la monografía que ha sometido a consideración de la Academia. En su trayectoria por los despachos antes mencionados ha contado con el concurso de sus colegas en el activo y en ocasiones abstruso trasegar de la profesión, alternando siempre con liderazgo en el corro de la abogacía que lo tiene como su vocero. Para finalizar, tomo prestada una frase de Luis Martí¹⁶ –que se le atribuye a Voltaire, quien hubiese querido ser abogado–, y que bien se puede decir en este recinto: que la abogacía, que él dirige por elección entre sus colegas madrileños, “es la más bella profesión del mundo”.

Bibliografía

FOETH PERSSON, Mauricio. *Jorn. Responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial*. México: Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0417.pdf>

JUDKIEWICZ, Malgorzata. “La responsabilidad de los árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el arbitraje”. *Themis - Revista de Derecho*, n.º 77 (enero-junio 2020): 147-160.

MARTÍNEZ FRAGA, Pedro J. “La inmunidad absoluta del árbitro: una equivocación con orígenes históricos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 12, n.º 2 (octubre 2020): 546-575. <https://e-revistasuc3m.es/index.php/CDT/article/view/5621/4047> (p. 557).

¹⁶ Luis MARTÍ MINGARRO, *El abogado en la historia. Un defensor de la razón y de la civilización*. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

MARTÍ MINGARRO, Luis. *El abogado en la historia. Un defensor de la razón y de la civilización*. Madrid: Editorial Civitas, 2001.

MARTÍ MINGARRO, Luis. “En el centenario de Alfonso X, una reflexión cultural y jurídica”, en *Alfonso X el Sabio en el VIII Centenario*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, 2021.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. “El seguro arbitral: un mercado emergente en España. Consecuencias de la nueva exigencia legal”. *Gerencia de riesgos y seguros* 31, n.º 118 (enero-abril 2014): 16-27.

PÉREZ REVERTE, Arturo. *Una historia de España*. Madrid: Alfaguara, 2019.

HUMANIZACIÓN DE LA PENA

Horacio Gómez Aristizábal*
Académico de número

Resumen: la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de un delito.

La pena no puede ser destructora. Su sentido implica rescatar al infractor. El Evangelio dice: Dios no quiere que el pecador muera, sino que se arrepienta, se corrija y viva.

Palabras clave: “la pena tiene que resocializar, corregir, readaptar, reincorporar al delincuente a la sociedad”.

HUMANIZATION OF PUNISHMENT

Abstract: the penalty is the suffering imposed by the State, in the execution of a judicial conviction, to that who is found guilty of a crime. Penalties cannot be destructive. Their meaning implies rescuing the offender. The Gospel says: God does not want the sinner to die, but to repent, correct himself and live.

Keywords: “the penalty has to resocialize, correct, readapt, reincorporate the offender into society”.

La pena es la coacción psicológica para impedir el delito; la seguridad social e individual, ya en cuanto a la persona, ya en cuanto a los bienes; el impedir, o por medio de la amenaza

* Es autor de cerca de 20 libros sobre temas jurídicos, editados por universidades y la Editorial Gustavo Ibañez. Fue conjuer de las Altas Cortes; es doctor *Honoris causa* de algunas universidades. Es Académico de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
Contacto: hgomezoficinasprofesionales@gmail.com

de la pena, o por la ejemplaridad del castigo infligido, que el número de los delitos crezca; la corrección de los individuos manchados por el delito, sea por el temor, sea por la disciplina, son todos ellos efectos útiles y apetecibles de la pena, siempre que esta vaya dirigida al fin de la reafirmación del Derecho.

La pena puede definirse como “el acto de la sociedad que en nombre del derecho violado somete al delincuente a un sufrimiento, como medio indispensable para la reafirmación del Derecho”.

De esta noción se deducen algunos principios que, reunidos, constituyen la teoría general de la pena; unos se refieren al contenido de la pena; otros a sus relaciones con el delito y con el delincuente.

El Estado castiga

La pena debe contraponer la fuerza del Estado a la fuerza del individuo; esto es, reprimir aquella actividad individual de que el hombre ha abusado. El individuo que fue sujeto activo del delito llega a ser sujeto pasivo de la pena, y como el delito tuvo por causa la libertad humana, consciente de sí misma y de la ley, esta libertad debe sentir la presión a que es sometida en nombre del derecho. La pena debe consistir, pues, en algo que constriña la libertad del delincuente y sea sentida por el delincuente como coerción, y coerción derivada del derecho. La pena debe ser productora de un sufrimiento, de un dolor. Nótese que evitamos decir que la pena debe contener un mal para el individuo; la retribución, a nuestro juicio, no significa un mal por mal, y no creemos que la pena deba ser *el mal del delincuente*. Para nosotros, retribución quiere decir que al falso placer, causa del delito, debe seguir un dolor. Desde el punto de vista subjetivo, el delincuente podrá sentir aquel dolor como un mal y creerlo tan mal; pero, desde el punto de vista objetivo, la restricción, la privación que se inflige al delincuente no debe ser un mal para él, sino más bien un justo dolor como consecuencia del ilegítimo a injusto goce del delito. Y esta es la significación que concedemos a nuestro concepto de la retribución, siendo preciso añadir que el hombre, al ser sometido a la pena, debe sentirla como dolor y consecuencia de la inviolabilidad de la ley por él infringida. Lo cual significa, también, que la muerte y la demencia hacen imposible el cumplimiento de

la pena, y que el sujeto del castigo no puede ser otro que el hombre que tenga conciencia de sí mismo y de la esfera de sus derechos.

La pena debe tener un límite

Pero, esta eficiencia productora del dolor en el delincuente debe tener un límite. No debe atacar la integridad de la personalidad humana, pues si con la pena se negara el derecho de la personalidad del delincuente, se le negaría también su deber jurídico de ser sometido a la pena, ya que el derecho de personalidad representa la aptitud del indeleble hombre para ser sujeto, no solo de derechos, sino también de obligaciones jurídicas. La pena que llegara a negar la personalidad humana, se negaría a sí misma como institución jurídica, y se convertiría en un acto de fuerza mayor ejercido por la sociedad sobre el individuo. Por otro lado, no es la personalidad humana la que engendra el delito; la causa de este se halla en la libertad, de la cual abusa el delincuente. En una palabra; el hombre delinque, *no en cuanto él es, sino en cuanto él obra*, y por eso se restringe la actividad y no la existencia del individuo, la actividad, que es aquello sobre lo que el Derecho impera, llega a ser rebelde al Derecho en el delito. Por consiguiente, esta actividad jurídica, en su esfera de acción, puede ser disminuida por la pena, pero no el derecho de la personalidad humana. El aniquilamiento de lo que es condición indispensable para la subsistencia de la personalidad humana es el límite a la acción de la potestad social en el castigo del delito, y por eso los castigos corporales que lesionan la integridad del organismo físico, la infamia que ataca la integridad de la persona moral y la extinción de la vida individual, no pueden ser el contenido de la retribución jurídica, no pueden formar la materia de la pena.

Ley del talión

La pena debe ser cualitativamente correspondiente al delito, y, por lo tanto, debe negar la actividad, en cuanto se ha abusado de la misma al delinquir. Esta correspondencia entre la pena y el delito, se ha creído –por muchos– que no podía ser posible sino del lado del paralelismo, porque se ha considerado que para tener como justa una pena, asignada en el Código a un delito dado, no hay un criterio que nazca de aquel delito y aquella pena,

sino que, a lo más, puede considerarse como justa una pena, cuando se miran aquella pena y aquel delito en sus relaciones con todo el sistema de penalidad, esto es, con los otros delitos y las otras penas. Ciertamente, que hay algo de relativo en la elección de las penas y en la designación del *qué* y del *cuánto* para los delitos particulares; pero de esto no se deduce que no haya ninguna relación intrínseca entre una pena dada y un delito dado. El término de comparación entre el homicidio y la cárcel, se halla en el común elemento que ambas cosas nos presentan, esto es, en la misma actividad del hombre, que es la que se ha de someter a castigo, por haber sido lo que negó el derecho. Una primera manifestación grosera y ruda de esta correspondencia en el talión material –“ojo por ojo”–.

Mientras en la sociedad incipiente el individuo busca la venganza respondiendo a la ofensa sufrida con otra ofensa semejante, la autoridad social cree realizar el principio de la igualdad con pena racional. El talión material comprende en cierta unidad indistinta e indivisa, el *tal* y el *tanto*, el elemento cualitativo y el cuantitativo; imita la misma perversidad del delincuente, realizando sobre él y contra él aquel mismo hecho que él ha realizado sobre otro y contra otro. Esta similitud material es, en cierto sentido, más que proporción; sin embargo, con frecuencia, niega toda proporción, porque pueden dos hombres cometer, cada uno, un homicidio voluntario, y el castigarlos a ambos con pena de muerte, cuando los dos homicidios, cuantitativamente, son muy distintos uno de otro, es faltar a la proporción entre la pena y el delito, e incurrir, por consiguiente, en manifiesta injusticia. En el talión, la gravedad del delito no está limitada por la intrínseca oposición con el principio del derecho, con el derecho en sí, sino más bien por la naturaleza del mal exterior y material que aparece. La sociedad jurídica no podía persistir en esta ruda manera de concebir la pena y su correspondencia con el delito. La conciencia jurídica de los pueblos empieza por decirse a sí misma que la pena es negación del delito, y por eso, al infligirla el Estado, no debe imitar al delincuente en su acción, no debe repetir aquel hecho, que él mismo considera criminoso. El principio de igualdad asume así una forma espiritual que corresponde al despertar del espíritu en el mundo exterior, con conciencia de sí mismo, y a la similitud sustituye el principio de la proporcionalidad, bajo la doble forma de la *cualidad* y de la *cantidad*. La proporcionalidad cualitativa y la proporcionalidad cuanti-

tativa vienen, en cierto modo, a compenetrarse la una en la otra, en cuanto que una cualidad de pena puede representar una cantidad mayor o menor de castigo, y la cantidad es también una de las cualidades del castigo. Y la proporcionalidad, no consistiendo en imitar el hecho criminoso, significa que, delitos de diversa naturaleza deben ser castigados con diferentes clases de pena, y que a cada delito se aplique la pena según todas las posibles gradaciones internas.

De aquí se deducen varios principios, expuestos por Vicente Arenas:¹

1. El primero es que no se une a cada delito una misma clase de pena; por eso en las legislaciones de las sociedades civilizadas el castigo adopta varias formas, ya negando la actividad patrimonial, ya la actividad libre de las personas, ora la integridad física del hombre, ora la integridad moral, ora la vida. Y así surgen las varias penas, esto es, las varias privaciones y sufrimientos, en los que se concreta históricamente la ausencia general de la pena, sin que respondan todas las formas históricas de castigo a su principio fundamental.
2. Es preciso establecer como una *gradación de los varios delitos* y formar, según esta misma gradación, la llamada *escala de las penas*, de modo que la penalidad ofrezca un paralelismo entre los varios delitos y los varios castigos. (Énfasis agregado)
3. Las varias clases de penas deben ser divisibles y graduables en su contenido, precisamente para que se pueda seguir la variedad del delito en todas las posibles gradaciones de aumento y disminución.

La pena, desde el ángulo humanístico, debe limitarse a la persona del culpable. No creemos que esta afirmación necesite amplia demostración, ya que castigar el delito no es otra cosa que castigar al hombre en cuanto es causa libre e inteligente del mismo. Pero de aquí surgen otros tres teoremas jurídicos, considerados por Arenas, a saber:²

- a. Que en la legislación penal sería una injusticia castigar a un individuo por un hecho de otro, y, sin embargo, no siempre las leyes positivas han respetado el principio nadie responde por el acto de otro, es injusto que los hijos sean sometidos a pena por delitos de los padres.

¹ Antonio Vicente ARENAS, *Derecho penal general* (Bogotá: Temis, 1968).

² Ídem.

b. Otra manifestación de la personalidad de la pena está en que, debiendo afectar únicamente a la personalidad del delincuente, es preciso evitar todo lo posible, aquellas clases de penas cuya eficacia se revela como atormentadora, no solo del delincuente, sino también de otras personas dependientes de él. Esto no es posible conseguirlo de un modo absoluto, porque toda pena produce efectos indirectos que recaen, en más o en menos, sobre los inocentes; pero el legislador debe abstenerse de extender aquellos efectos, y más allá de lo puramente inevitable.

c. Hay, por último, una afirmación que se refiere a la condición práctica para la realización de la justicia penal, cual es la de que nadie puede ser castigado, si no está irrevocablemente convicto de delincuencia, esto es, si no se halla declarado autor cierto de un delito cierto. Una pena por transacción sería la negativa de la justicia penal, y por eso un juicio de condena, como consecuencia jurídica de una declaración, debe ser el supuesto de la pena en concreto, esto es, de la efectiva aplicación de una pena dada a un delito dado.

El castigo no es un capricho

Si la pena debe representar la vida del derecho mismo, y no la venganza del individuo ni de la sociedad, debe aparecer en la esfera social como un hecho que deriva del derecho y no del capricho humano. Este fin se obtiene cuando la pena no es arbitraria, sino cierta, y se halla preestablecida en una ley igual para todos. El juez no puede infligir a su capricho, ni una clase de pena, ni una cantidad de ella; la elección y límite de la pena deben reservarse al legislador, a quien le corresponde la determinación del delito en general. Solamente porque la pena debe ser proporcionada al delito en todas sus posibles gradaciones, es preciso, como ya lo hemos demostrado, que la ley misma, para la fijación de las agravaciones y atenuaciones del delito, deje al juez que examina de cerca el hecho criminoso en su concreción individual, distribuir el castigo con relación a la gravedad del delito, dentro de ciertos límites; una regla de castigo invariable para todos los casos, es una imposibilidad para un legislador previsor. Pero si la pena aparece como obra del derecho, en cuanto está fijada por la ley y es administrada por el juez a quien la misma ley nombra –también porque supone el juicio de la delincuencia, que como los demás juicios humanos está sujeto a error– es preciso que en la elección de las varias formas de castigo se eviten aquellas penas que una vez infligidas hacen imposible toda reparación del error; la

pena debe ser, equitativa. No se crea que por ser reparable la pena deba entenderse la posibilidad de anular todas las consecuencias dañosas que una pena produce en el individuo que la sufre; en este sentido, ninguna pena puede decirse que es irreparable; no cabe duda que la justicia penal debe también prepararse el camino para que sus errores sean en todo lo posible reparados, cuando se presente la necesidad de esto. Es verdad que los años de cárcel sufridos por un inocente no pueden volver como años de libertad, pero hay también la posibilidad de que, declarado el error, cese la continuación de la pena; hay también la posibilidad, cuando el hombre sobrevive a la pena, de que vengan a mitigar los sufrimientos padecidos injustamente compensaciones morales y materiales.

La pena debe reeducar no exterminar

Teniendo la pena como fin la restauración del derecho, es menester que a la vez que aparece como coerción, venga en lo posible a redimir al hombre caído, a conducirlo de nuevo a la vía jurídica, para extirpar de su ánimo las causas productoras del delito y crear en él aquellos hábitos que suelen prevenir la recaída. A semejanza de la enfermedad física, de la que es preciso combatir la causa, la pena debe ser, en todo lo posible, medicina del alma que extirpa la causa del delinquir. En las sociedades bárbaras, donde el sentido predomina sobre la razón, se toma como causa del delito la causa material. Así, al autor de los delitos de incontinencia se le ataca en los órganos de la generación; al falsario se le corta la lengua, al ladrón, la mano, y, en general, se castiga el delito en el órgano que sirvió para su perpetración. De modo grosero se desarrolla, poco a poco, un concepto más elevado, cual es el de que la pena debe extirpar la voluntad de delinquir, como verdadera causa motriz del delito; a partir de lo cual es posible estudiar las distintas causas de las varias familias de delitos.

El concepto de la extirpación del delito en su causa eficiente sustituye al de la supresión del órgano material, como sistema de mejora y reeducación de los delincuentes en la cárcel o colonia penitenciaria. No es que el legislador deba proponerse de un modo absoluto, como único fin de la pena, la enmienda del delincuente, sino que debe hacer algo para que aquella represión jurídica, legítima en sí misma como coerción derivada del derecho, llegue a ser verdadera afirmación del derecho, debido a su constante

tendencia a invocar el derecho en aquel individuo que se ha puesto en contradicción con sus principios. Por esto, la enmienda de los delincuentes, sin ser el fin fundamental de la pena, sino más bien la función encargada de conducir al hombre al orden social, es elemento integrante y condición esencial de la pena misma, para que esta consiga, en todo lo posible, el fin a que va encaminada, de reafirmar el derecho negado por el delito.

La pena justa es un bien

Cuando se cumplen estas condiciones, la eficacia de la pena es la de restaurar el orden social reafirmando el derecho y negando el delito. Como negación del delito, la pena lo extingue, y, en este sentido, decimos que la pena es expiación; como restauración del orden social, es la justa retribución que proviene del Derecho sobre aquel que conculcó sus preceptos.

En este punto se presenta como evidente una última afirmación, con la cual se expresa por qué no admitimos la fórmula de que la pena sea la retribución del mal por el mal. La pena tiene la forma y las apariencias de un mal, en cuanto es un *sufrimiento*, un dolor, una restricción, una privación, una coerción, esto es, en cuanto limita y constriñe la actividad humana, consciente de sí misma; pero, en el fondo, la pena es un bien. La pena es un bien en el orden ético del mundo, como negación del mal del delito, y aunque para el individuo puede aparecer como un mal, es su bien real, porque consiste, no en una expiación que destruye, sino en una expiación que redime. La pena es un bien para la sociedad, en cuanto que, aplicándola, reafirma el principio del derecho ante la sociedad misma y dirige su vida según los principios de la justicia, sin contar con que, además de este intrínseco elemento de bien, contiene otro valor extrínseco, cual es el de inspirar en los ánimos dispuestos a la violación del derecho un saludable temor, y en la conciencia de los individuos y de las multitudes la mayor seguridad posible respecto a la incolumidad y firmeza de los derechos de todos y cada uno.

La pena en nuestro Código

En las legislaciones de los pueblos, la pena ha ido apareciendo en lento desarrollo, a través de los siglos y bajo las formas más rudas y atroces. Las primeras manifestaciones de la penalidad se expresaron en los sacrificios

humanos y en la bárbara venganza de la sangre. De el concepto religioso de la provocación, para aplacar la divinidad ultrajada por el delito, y el *resentimiento privado*, que no queda satisfecho sino cuando se infiere al ofensor un mal mayor, o por lo menos igual al inferido por aquel, informaron los orígenes de la penalidad de los diversos pueblos, y a estos se añade uno, posterior, al desarrollarse las relaciones todas de la vida social, cual es el de que es preciso castigar fuertemente para intimidar a los criminales, y asegurar a la sociedad y a los individuos de la violencia de los malvados. Así, la historia de las penas presenta, desde los orígenes de la civilización humana hasta la segunda mitad del siglo XVIII, una serie de suplicios escogidos con todo refinamiento de crueldad, y en los cuales bien podría decirse que los legisladores rivalizaban en fiereza con los mismos delincuentes.

Codicia de las víctimas

De acuerdo con Eugenio Cuello Calón, en su obra *Derecho penal*,

... las varias especies de castigos trajeron su origen de los varios bienes de que disfruta el hombre, y sobre estos vino a extender su mano prepotente la autoridad social. Las multas enormes y la confiscación de patrimonios apagaron la avidez pecuniaria de los gobiernos; la deportación a apartados lugares fue considerada como un medio útil para purgar a una sociedad de seres incorregibles; la cárcel fue acompañada de toda clase de durezas y malos tratamientos: la mutilación, la marca, la infamia, la flagelación, la fustigación y la perpetuidad de algunas penas que fueron aplicadas con mano pródiga. Y como remate de este edificio, se conservó la pena de muerte, con una gran variedad en sus modos de aplicación y con gradaciones de solemnes aparatos y de atroces tormentos. Esta fue la manifestación de la justicia penal en la historia de la humanidad, hasta que en 1764 se levanta la voz de Beccaria. Desde entonces se inicia la reforma en la esfera del Derecho penal, y se siente universalmente la necesidad de templar la crueldad de los legisladores en materia penal. Y así, en la legislación contemporánea, el principio de la pena correccional ha empezado a tener su eficacia frente al de la intimidativa, y al patíbulo tiende a sustituirse la cárcel, que regenera. Pero todavía hay mucho que hacer para que la escala de la penalidad de las modernas legislaciones sea tal que satisfaga las exigencias de la justicia y de la humanidad en la punición del delito. Este

es el espíritu que anima el sistema penal acogido por nuestro Código, que trataremos de enunciar, absteniéndonos de criticarlo y de hacer cualquier otro exámen sobre el valor jurídico de las varias especies de penas que en él se hallan consignadas.³

Crterios para regular con justicia las penas

Expongamos algunos de los principios de varios penalistas reguladores del derecho positivo sobre la pena y la elección de penas. Estos principios pueden formularse del siguiente modo:⁴

1. La pena no se halla abandonada al arbitrio judicial sino que está fijada por la misma ley, y no de un modo inflexible como pena absolutamente determinada, sino que deja al criterio del juez cierta extensión, dentro de un máximo y un mínimo. Por eso nuestro Código, al mismo tiempo que establece que nadie puede ser castigado más que con las penas impuestas por la ley y que estas no puede el juez aumentarlas, disminuirlas, ni cambiarlas, sino en los casos expresamente determinados por la misma; al fijar el castigo de los delitos particulares, deja amplia esfera a la facultad de apreciación del juez, permitiéndole en algunos casos escoger la clase de pena y recorrer los varios grados de la señalada.
2. La pena es igual para todos, en virtud del principio de la igualdad jurídica.
3. La pena se limita a la persona del delincuente. Por eso, de un lado, han sido abolidas aquellas instituciones de los tiempos antiguos, que en algunos delitos hacían expiar a los hijos inocentes las culpas de sus padres, y de otro, desapareció la monstruosa confiscación, cuyas consecuencias caían siempre sobre los desgraciados e inocentes descendientes.
4. La pena no puede ser cumplida, sino en virtud de juicio solemne que irrevocablemente declare a una persona culpable de un delito

³ Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (Madrid: Universidad Complutense, 1961), 195.

⁴ Según numerosos expositores y providencias judiciales, juegan, entre otros criterios, los que siguen al imponer las penas al infractor.

cierto, ya que la irrevocabilidad de la condena es el supuesto necesario de la ejecución de una pena. La detención preventiva es injusta.

5. La pena conserva el carácter fundamental de la intimidación, acogiendo el elemento de la corrección del culpable en combinación con el progreso verificado en la importante ciencia de las prisiones.
6. La pena debe ser pública, para que la conciencia jurídica que conoce el delito, conozca también su castigo, siendo este un medio de restauración de la autoridad de la ley.
7. La pena no puede tener como materia la lesión corporal. Los azotes, las penas mutiladoras, y todas aquellas que atacan la integridad de la persona física no están incluidas en el número de las penas legales vigentes. La difusión de la pena debe ser moderada.
8. La pena no castiga tampoco la integridad moral del hombre, y así, no existen como penas en nuestro derecho vigente la argolla, la marca y otras que, además de atormentar, son infamantes. Lo cual no impide que la consecuencia de algunas penas sea la interdicción para realizar algunos actos de la vida pública, o la restricción de los derechos civiles o políticos del condenado. No existe el delito de sangre. Afecta solo al culpable.

Populismo primitivo

Excelente y muy bien fundamentado es el estudio del académico Dr. Darío Encinales Arana en contra de las pretensiones de nuestro Congreso de imponer penas eternas, ya que viola la Constitución y los tratados internacionales en que se repudian las penas vitalicias. De otro lado, discrimina a los infractores y se desconoce la igualdad ante la ley.⁵

⁵ Conviene repasar la Sentencia 551 de 2002, en su artículo 1º de la Constitución, así como la Sentencia. 401-1992; Sentencia 881-2002 M. P. Eduardo Montealegre. Y, artículos 4, 12, 13 y 28 de la Constitución nacional. Al respecto, véase la ponencia del Dr. Encinales, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* n.º. 374 (2021): 552 y ss.

Penas económicas

En mis libros he insistido en las penas pecuniarias. Existieron en Roma y en el derecho canónico.

¿Sus ventajas? Implican un sufrimiento —si una persona se acostumbra a pagar cárcel, no tolera que le priven del dinero producto de su trabajo. Son penas flexibles y divisibles, se adaptan al infractor.

La multa no degrada al infractor, ni a la familia. Los insolventes pueden pagar con trabajo o financiándolos.

Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA, N. *Derecho penal*, México, 1957.

ARENAS, A. Vicente. *Derecho penal general*, Bogotá: Temis, 1968.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. Madrid: Universidad Complutense, 1961.

CALARCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Teoría penal*. México, 1960.

CALÓN SÁNCHEZ, Guillermo. *Función de la pena*. Bogotá: Temis, 1951.

FRANCO RODI, Carlos. *Ideas jurídicas*. México, 1962.

LOZANO Y LOZANO, Carlos. *Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Nacional, 1950.

LAS IDEAS POLÍTICAS DE LA CONSTITUCIÓN DE VILLA DEL ROSARIO DE CÚCUTA DE 1821*

Mauricio Plazas Vega**
Académico de número

Resumen: el propósito de este ensayo es ofrecer una nueva visión de la Constitución Política de 1821 desde la óptica de las ideas políticas. De la mano de las actas del Congreso de Cúcuta, que le dieron origen, se procura demostrar, en contraste con lo que hasta ahora se ha dicho, que esa carta política, fundamental en nuestra historia, no tuvo una impronta ni esencial ni exclusivamente escolástica, ni esencial ni exclusivamente liberal. El escolasticismo católico y el liberalismo concurren en el Congreso y así lo ponen de manifiesto las aludidas actas. Volver al tema es importante no solo porque se acaban de cumplir los doscientos años desde la emancipación sino porque, en esencia, el constitucionalismo colombiano halla sus cimientos en la Constitución de 1821. Por lo demás, los aportes del Congreso de Cúcuta en materia de hacienda pública son sorprendentes, por decir lo menos, y deben ser rescatados hoy, en momentos en que la problemática financiera del Estado es inseparable de cualquier análisis que se haya de emprender sobre el presente y el futuro de nuestras instituciones democráticas.

* Este ensayo, con algunas adiciones, hará parte de la segunda edición del libro *De las ideas políticas de la independencia y la emancipación en la Nueva Granada*, cuya publicación tendrá lugar en los inicios del segundo semestre de 2022.

** El autor es egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y profesor emérito y honorario de la misma Institución; doctor en derecho de la Universidad de Salamanca; doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires y “Miembro de número” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Contacto: mplazas@mpvabogados.com

Palabras clave: Constitución; carta política; Congreso; escolástica; liberalismo; impuestos; Inquisición; esclavitud; religión; catolicismo; República; libertad; hacienda pública; diezmo; alcabala; estanco; centralismo; federalismo.

THE POLITICAL IDEAS OF THE *CONSTITUTION* OF *VILLA DEL ROSARIO DE CÚCUTA* DE 1821

Abstract: The purpose of this essay is to offer a new vision of the Political Constitution of 1821 from the perspective of political thought. Hand in hand with the minutes of the Congress of Cúcuta, which gave rise to it, it seeks to demonstrate, in contrast to what has been said so far, that this Political Charter, fundamental in our history, did not have an imprint neither essential nor exclusively scholastic, nor essential nor exclusively liberal. Catholic scholasticism and liberalism concurred in the Congress of 1821 and this is evidenced by the aforementioned acts. Rethinking the subject is important not only because it has just been two hundred years since the Emancipation but also because, in essence, Colombian constitutionalism finds its foundations in the Constitution of 1821. Moreover, the contributions of the Congress of Cúcuta in terms of public finances are surprising, to say the least, and must be rescued today, at a time when the financial problems of the State are inseparable from any analysis that must be undertaken for the present and future of our democratic institutions.

Keywords: Constitution; Political Charter; Congress; scholasticism; liberalism; taxes; Inquisition; slavery; religion; catholicism; Republic; freedom; Public finances; tithe; alcabala; tobacco; centralism; federalism.

Una medida que bien se puede calificar de insólita, por decir lo menos, adoptada por el Congreso soberano de Venezuela, mediante la llamada Ley Fundamental de Angostura del 17 de diciembre de 1819, fue la de la reunión de las provincias de la Nueva Granada y Venezuela “bajo el título glorioso de República de Colombia”. Insólita, porque se tradujo en una suerte de infiltración de Venezuela en los destinos de la Nueva Granada, sin que hubiese mediado manifestación o aprobación alguna por parte de los neogranadinos. Con mayor razón, si se tiene en cuenta que, para esa fecha, Quito se encontraba aún bajo el dominio español. Así, el artículo 5° de la aludida Ley Fundamental dispuso:

La REPÚBLICA DE COLOMBIA se dividirá en tres grandes departamentos, Venezuela, Quito, y Cundinamarca, que comprenderá las provincias de la Nueva Granada, cuyo nombre queda desde hoy suprimido. Las capitales

de estos Departamentos serán las ciudades de Caracas, Quito, y Bogotá, quitada la adición de Santa fe.¹

El neogranadino Francisco Antonio Zea, diputado por Caracas en el Congreso de Angostura, en su *Manifiesto a los pueblos de Colombia*, se refirió, en términos elocuentes aunque ditirámicos, a lo que podía representar la unión de los departamentos de Cundinamarca, Quito y Venezuela en la República de Colombia:

Sería ciertamente una prueba de cortas miras y ningún conocimiento de la marcha de las Naciones, querer dividir en pequeñas y débiles Repúblicas, incapaces de seguir el movimiento político del Mundo, pueblos que estrechamente reunidos formarán un fuerte y opulento Estado, cuya gloria y cuya grandeza fluirá sobre todos ellos.

[...]

Ninguno de vuestros tres grandes Departamentos –Quito, Venezuela, Cundinamarca– ninguno de ellos, pongo al Cielo por testigo, ninguno absolutamente, por más vasto que sea y más rico su territorio, puede ni en todo un siglo constituir por sí solo una Potencia firme y respetable. Pero reunidos, ¡Gran Dios!, ni el imperio de los Medos ni el de los Asirios, el de Augusto, ni el de Alejandro pudiera jamás compararse con esa colosal República que, un pie sobre el Atlántico y otro sobre el Pacífico, verá la Europa y la Asia multiplicar las producciones del Genio y de las Artes, y poblar de bajeles ambos mares para permutarlas por los metales y piedras preciosas de sus minas, y por los frutos aún más preciosos de sus fecundos mares... Colombia ocupa el centro del nuevo Continente con grandes y numerosos puertos en uno y otro Océano, rodeada por un lado de todas las Antillas, y por el otro igualmente distante de Chile que de México...

[...]

Pero ¿por qué fatalidad, por qué destino cruel este país, el primero en el Mundo Físico, no solo no es el primero sino que ni siquiera existe en el Mundo Político? Porque vosotros no lo habéis querido. ¡Queredlo y está hecho! Decid: ‘Colombia sea’, y Colombia será...²

¹ Texto transcrito de Corte Constitucional de la República de Colombia, *Constitución de la República de Colombia sancionada el año de 1821* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021), 207.

² Francisco Antonio ZEA, “Manifiesto a los pueblos de Colombia”, *Correo del Orinoco n.º* 50, 13 de enero de 1820. <https://sites.google.com/site/grancol1819/docs/18200113>

Un discurso que, pese al sentimiento que expresaba, no era suficiente para obviar la inexplicable interferencia del Congreso de Venezuela sobre los fueros de la Nueva Granada, de Quito y Cundinamarca.³

De ahí la enfática y plenamente justificada posición que asumió, al respecto, el general Francisco de Paula Santander:

Cundinamarca (nombre con el que se identificó a la Nueva Granada por disposición de la Ley Fundamental de Angostura) no ha sido un país conquistado. Los tiranos de Cundinamarca desaparecieron y el sistema de la República se restableció con la cooperación eficaz de Cundinamarca [...] La Nueva Granada era un pueblo libre tan constituido como lo fue Venezuela, con derecho a reclamar sus anteriores instituciones y a entrar en su antiguo rango de república independiente, como entró la misma Venezuela en 1813 [...] Jamás Cundinamarca ha tenido un acto tácito ni expreso de reconocimiento al Congreso de Venezuela sin cuyas órdenes, y acaso contra su voluntad, emprendió vuestra excelencia la campaña de este país [...] Ni necesario era que Cundinamarca se sometiese a una representación de muy pequeña población [...]

Sin embargo de todo, el Congreso de Venezuela proclama la República de Colombia, dispone de la suerte de más de 2'000.000 millones de hombres, conforme le parece conveniente [...] la Nueva Granada no es ya una república por la voluntad de los representantes de otra república...⁴

El 29 de mayo de 1822, después de la victoriosa batalla de Pichincha, “los notables y las corporaciones” del Quito emancipado manifestaron formalmente su decisión de integrarse a la naciente República de Colombia. Pero, como otra expresión de lo insólito, previamente, tanto en la citada Ley Fundamental de la República de Colombia, dada en Angostura el 17 de diciembre de 1819, como en la Ley Fundamental de Unión de los Pueblos de Colombia, dada en la Villa del Rosario de Cúcuta el 12 de julio de 1821, los Congresos de Venezuela y Colombia, en su orden, fueron enfáticos al

³ Lo que sí queda, del discurso de Zea y los sueños de Miranda y Bolívar, es una invitación a reflexionar sobre los equívocos zurcos del individualismo y la ausencia de la más mínima conciencia subregional, que agobia a nuestros países y obstaculiza, de manera inexplicable, la racional e indispensable vía de la integración bolivariana y andina.

⁴ Apartes de una carta de Santander a Bolívar relacionada con la Ley Fundamental del Congreso de Venezuela que dispuso la integración de Venezuela y la Nueva Granada en un solo Estado, transcrita parcialmente en Carlos RESTREPO PIEDRAHITA, *El Congreso Constituyente de la Villa del Rosario de Cúcuta-1821* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1990), 52 y 53.

declarar que la República colombiana surgía en virtud de la unión de los pueblos de la Nueva Granada y Venezuela, en momentos en que Quito hacía parte de la Nueva Granada. Esa circunstancia fue motivo de justificados debates en el seno del Congreso de 1821.⁵

Ya en el texto definitivo de la Constitución de 1821, del 30 de agosto, cuando aún Quito estaba bajo el dominio español, el artículo 6° dispuso: “El territorio de Colombia es el mismo que comprendían el antiguo Virreinato de la Nueva Granada, y de la Capitanía General de Venezuela”.

Y el artículo 7°, por su parte, estableció: “Los Pueblos de la extensión expresada que están aún bajo el yugo español, en cualquier tiempo en que se liberten, harán parte de la República, con derechos y representación iguales a todos los demás que la componen”.

Las dos disposiciones se aprobaron en medio arduas discusiones en torno a la procedencia de vincular al territorio de la Real Audiencia de Quito como parte de la República de Colombia, aunque aún no había tenido lugar su emancipación. Obviamente, para la integración de Quito, Cuenca, Guayaquil, y en general lo que sería Ecuador, a la naciente República, fue necesaria la aprobación de sus pueblos, como en efecto ocurrió.⁶ Mal se podía pretender que tal integración se hubiera consumado, en virtud del artículo

⁵ Sobre el particular véase a Ángel Rafael ALMARZA y Santiago CABRERA HANNA, *Vecinos, ciudadanos, diputados y municipios en los albores de Colombia. De las juntas de Caracas y Quito al Congreso de la Villa del Rosario 1810-1821* (Bogotá, Academia Colombiana de Historia, 2021), 224-246.

⁶ Es de insistir en que la Real Audiencia de Quito hacía parte del Virreinato del Nuevo Reino de Granada y, con motivo de su emancipación de la corona española, mediante la batalla de Pichincha se integró a la República de Colombia a partir de la decisión de “las corporaciones y los notables” de Quito (la capital) del 29 de mayo de 1822 –según resolución publicada en la *Gaceta* de Colombia n.º.141 del 28 de julio de 1822– en la que se expresa formalmente la determinación de “reunirse a la República de Colombia como el primer acto espontáneo dictado por el deseo de los pueblos, por la conveniencia y por la mutua seguridad y necesidad, y declarando las provincias que componían el antiguo reino de Quito como parte integrante de Colombia bajo el pacto expreso y formal de tener en ella la representación correspondiente a su importancia política”. Véase, al respecto, a Ángel Rafael ALMARZA y Santiago CABRERA HANNA, *Vecinos, ciudadanos, diputados y municipios...*, 241 a 246. La Ley de División Territorial de Colombia del 25 de junio de 1824 dispuso la división de Colombia en doce departamentos, a saber: i) Orinoco, con capital Cumaná; ii) Venezuela, con capital Caracas; iii) Apure, con capital Barinas; iv) Zulia, con capital Maracaibo; v) Boyacá, con capital Tunja; vi) Cundinamarca, con capital Bogotá; vii) Magdalena, con capital Cartagena; viii) Cauca, con capital Popayán; ix) el Istmo, con capital Panamá; x) Ecuador, con capital Quito; xi) Asuay, con

7° de la Constitución, por el simple hecho de la separación definitiva de España de Quito y los territorios de la otrora Real Audiencia.

Hecha esa salvedad sobre las aludidas decisiones de los Congresos de Venezuela y Colombia, inocultablemente contrarias al principio de autodeterminación de los pueblos, corresponde aludir, a continuación, a lo acontecido en el Congreso de la Villa del Rosario de Cúcuta, siempre desde la perspectiva de la historia de las ideas políticas, que es la temática sobre la que se ocupa este escrito.

El 17 de enero de 1820, el Congreso de Venezuela, en los términos del artículo 8° de la Ley Fundamental de Angostura, dispuso la convocatoria del Congreso de Colombia, no solo de Venezuela, para iniciar sesiones el 1° de enero de 1821. Era indispensable contar con la aprobación de los neogranadinos para que, sin perjuicio de lo ya mencionado sobre Quito, la Colombia soñada por el Libertador tuviera una verdadera legitimidad. Dispuso la norma de Angostura⁷: “Artículo 8.- El Congreso General de Colombia se reunirá el 1° de enero de 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta, que por todas circunstancias se considera el lugar más bien proporcionado...”

Pese a ello, el Congreso de Cúcuta solo pudo comenzar sus labores el 6 de junio y las culminó el 16 de octubre de 1821. La integración del *quorum*, las condiciones ambientales, la carencia de recursos suficientes para su sostenimiento y la búsqueda de un recinto adecuado para las sesiones fueron algunos de los inconvenientes que motivaron el retardo en el inicio de las deliberaciones.

Si a lo anterior se agregan los lamentables fallecimientos de Juan Germán Roscio Nieves y Luis Eduardo Azuola Rocha, sucesivamente delegatarios de Bolívar para la instalación del cuerpo constituyente y legislativo, en condición de vicepresidentes de la República, hechos luctuosos ocurridos los

capital Cuenca, y xii) Guayaquil, con capital Guayaquil. Esa simple lista pone de manifiesto la gran extensión de la llamada Gran Colombia.

⁷ Es de recordar que Angostura era la capital de la provincia de Guayana, provincia que, durante la Colonia, hacía parte de la Capitanía General de Venezuela con el nombre de Santo Tomás de la Nueva Guayana de la Angostura del Orinoco. En 1846 y durante la presidencia del general Carlos Soublette, se designó con el nombre de Ciudad Bolívar. Hoy es la capital del estado venezolano de Bolívar.

días diez (10) de marzo y trece (13) de abril, en su orden, fácilmente se puede percibir lo complejo que fue el comienzo de las labores del Congreso.

Finalmente, la instalación le correspondió al vicepresidente interino de la República, Antonio Nariño y Álvarez, designado el 5 de abril por el Libertador, poco tiempo después de su llegada proveniente España, en donde había permanecido en prisión por varios años.⁸ Y como una imposición irresistible del destino, solo un poco más de dos años después, el ilustre Precursor de la Independencia de la Nueva Granada falleció el 13 de diciembre de 1823, en la Villa de Leyva.

La sede para las sesiones se estableció, finalmente, en la sacristía del despacho parroquial de la Villa del Rosario de Cúcuta. Para las labores, se designaron inicialmente cuatro comisiones, a saber: i) la de Constitución y legislación; ii) la de poderes y peticiones; iii) la de Hacienda, y iv) la de militares. Su número aumentó durante el transcurso de las sesiones.⁹

La Comisión de Constitución y Legislación, que asumió la función de elaborar el texto de la carta y someterlo a la consideración del Congreso, estuvo integrada por Vicente Azuero, Diego Fernando Gómez, Luis Ignacio Mendoza, José Manuel Restrepo y José Cornelio Valencia. Y, pese a que es conocido que Vicente Azuero desempeñó el rol más relevante en la Comisión, mal se puede afirmar que fue una gesta de él, en particular, ni siquiera de la Comisión en que participó, porque los diputados, en general, cumplieron una activa e histórica labor, que no se puede desconocer.

Pese a todos los inconvenientes, el trabajo realizado fue persistente e invaluable, con magníficos resultados por lo que toca con la estructura normativa y la coherencia que lograron, tanto en lo que atañe a la carta política como en lo que toca con las leyes que se aprobaron. La vigencia de la Constitución fue precaria, como aquí se hará ver, pero su importancia mayúscula.

La aproximación a su análisis, a partir de un contexto que da cuenta de la pérdida de su fuerza y eficacia en el seno de la Gran Colombia, es el camino que aquí se ha escogido con el objeto de hacer ver que, en definitiva, no obs-

⁸ Al respecto, véase, Ricardo ZULUAGA GIL, *Villa del Rosario de Cúcuta 1821. Antecedentes, desarrollo y consecuencias de un Congreso fundacional* (Bogotá: Academia Colombiana de Historia, 2021), 51-53.

⁹ Cfr. *Ibidem*, 60.

tante que dejó de regir en medio de las intrigas y las tensiones políticas de una nación que nunca fue tal, tiene un valor histórico inestimable. Veamos.

Una carta política de precaria vigencia –su triste final, como contexto para rescatar su importancia– del hito de su promulgación al fracaso de su reforma en Ocaña y a la dictadura de Bolívar

Más allá de los innumerables problemas que surgieron en el seno de la llamada Gran Colombia, lo cierto es que tanto el Congreso como la carta de 1821 sentaron las bases del nuevo Estado e incidieron, hasta donde fue posible, en un contexto en que fueron frecuentes los actos de desobediencia y rebeldía, durante la vicepresidencia de Santander.

Según esa misma constitución lo dispuso, regiría por un lapso mínimo de diez años, pero ya en 1828 no era realmente aplicable ni acatada y, en tal virtud, se convocó la Convención de Ocaña, en la que se sometieron a la consideración de los diputados, en esencia, dos proyectos de reforma, liderados, en su orden, por Vicente Azuero y José María Del Castillo y Rada: el primero, dirigido a descartar todo tipo de autoritarismo y evitar que se entronizara en Colombia un modelo como el de la Constitución de Bolivia de 1826, y el segundo, orientado a fortalecer los poderes del Ejecutivo, según los lineamientos trazados por Bolívar. Con uno y otro se aspiraba a garantizar la subsistencia de la nueva República, pero todo fracasó por esa ausencia de vocación unitaria, que siempre la caracterizó, y terminó con el retiro de los veinte diputados bolivarianos, que decidieron desintegrar el *quorum* con tal de evitar que se aprobara el proyecto de Azuero.

El Libertador –en discurso del 29 de febrero de 1828– se había dirigido a los convencionistas de Ocaña para exponer sus ideas acerca de los equívocos de la carta de 1821 y la necesidad de su reforma. Veamos algunos de esos errores y omisiones que, a su juicio, imponían la reforma urgente de la Constitución de 1821 y evidenciaban la sombra de la disolución de Colombia: i) haber debilitado a la rama ejecutiva del poder público y fortalecido en exceso a la rama legislativa, en momentos en que se requería un gobierno pleno de poder; ii) haber auspiciado la excesiva creación de juzgados y tribunales integrados en muchas ocasiones por legos que no ofrecían garantías suficientes al pueblo; iii) haber dado a los tribunales ci-

viles una total supremacía en los juicios militares; iv) no haber establecido una policía diligente y eficaz que facilitara el cumplimiento de las leyes; v) no haber fijado la responsabilidad de los Secretarios del despacho, sino haberla radicado esencialmente en el jefe de la administración; vi) no haber dotado a la hacienda pública de la estructura y la fortaleza necesaria para asegurar que los ingresos del Estado fueran suficientes para solventar los gastos y, por esa vía, haber abierto el camino para la evasión fiscal y el descuido de los recaudadores, en concurrencia con la creación de empleos innecesarios y la asignación de bajos sueldos para los que sí se requerían; o vii) no haber sido clara, en su estructura y su desarrollo legislativo, acerca de los poderes de las municipalidades, circunstancia esta que no solo las condujo a atribuirse la soberanía que pertenece a la nación, sino, además, a formar sediciones en desmedro de la unidad requerida.

El Libertador recomendó, con insistencia, la afirmación del Ejecutivo sobre los restantes poderes como vía indispensable para la salvación de la República. Su discurso fue enfático:

Nuestros diversos poderes no están distribuidos cual lo requieren la forma social y el bien de los ciudadanos. Hemos hecho del Legislativo solo el cuerpo soberano, en lugar de que no debía ser más que un miembro de ese soberano: le hemos sometido el Ejecutivo, y dado mucha más parte en la administración general que la que el interés legítimo permite.

Por colmo de desacierto se ha puesto toda la fuerza en la voluntad, y toda la flaqueza en el movimiento y la acción del cuerpo social. El derecho de presentar proyectos de ley se ha dejado exclusivamente al Legislativo, que por su naturaleza está lejos de conocer la autoridad del gobierno y es puramente teórico.¹⁰

En definitiva, el mensaje que nutre todo el discurso,

¡Legisladores! Ardua y grande es la obra que la voluntad general os ha cometido. Salvaos el compromiso en que os han colocado nuestros conciudadanos salvando a Colombia. Arrojad vuestras miradas penetrantes en

¹⁰ Simón BOLÍVAR, Mensaje del Libertador presidente de la República de Colombia a la Gran Convención Nacional de Ocaña del 29 de febrero de 1828, *Colombia al Libertador*, Colección Presidencia de la República, VII (Bogotá, Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, 1981), 148.

<https://www.cervantesvirtual.com/obra/mensaje-del-libertador-presidente-de-la-republica-de-colombia-a-la-gran-convencion-en-el-ano-de-1828-879117>

el recóndito corazón de vuestros constituyentes: Allí leeréis la prolongada angustia que los agoniza: ellos suspiran por seguridad y reposo. Un gobierno firme, poderoso y justo es el grito de la patria... Dadnos un gobierno en que la ley sea obedecida, el magistrado respetado, y el pueblo libre: un gobierno que impida la transgresión de la voluntad general y los mandamientos del pueblo.¹¹

Y ya ante la imposibilidad de que sus ideas fueran acogidas para la reforma que, según él, se requería, la recomendación final que evidenciaba el fracaso de su proyecto y de la Convención, expresada en los siguientes apartes de la carta que envió al general Briceño Méndez, su pariente:

Dígales usted a los federales que no cuenten con Patria, si triunfan, pues el Ejército y el pueblo están resueltos a oponerse abiertamente. La sanción nacional está en reserva para impedir lo que no guste al pueblo. Aquí no hay exageración, y creo que los buenos deben retirarse antes que firmar semejante acta y lo que no esté de acuerdo con su conciencia.¹²

En últimas, Bolívar optó por expedir el Decreto orgánico del 27 de agosto de 1828 que declaró sin efectos la Constitución de 1821 y asumió la condición de dictador, bajo el título de “Libertador Presidente” y “Jefe Supremo”, con lo cual se transitaba ya hacia el inevitable final del sueño grancolombiano. Fueron hechos que, sin embargo, no ensombrecieron el notable esfuerzo de los congresistas de la Villa del Rosario de Cúcuta.

Una carta política de importancia mayúscula para la historia constitucional de Hispanoamérica –más allá del centralismo que acogió, no fue una expresión normativa del pensamiento de Bolívar–

Mucho se ha escrito sobre la carta de 1821 y su rol como antecedente de primer orden para el constitucionalismo hispanoamericano. A tal punto, que se ha llegado a sostener, en Colombia en particular, que en buena parte

¹¹ Ídem.

¹² Texto transcrito por Édgar Alfredo GARZÓN SABOYA, “La Convención de Ocaña y la Constitución Política de la Nueva Granada de 1832”, en *Historia constitucional colombiana I*, coordinación de Jaime Vidal Perdomo y Augusto Trujillo Muñoz (Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012), 123.

trazó los horizontes de la institucionalidad nacional hasta el acto constituyente de 1991.

No fueron pocos los artículos de la carta que dieron lugar a arduas y muy interesantes discusiones, ni estamos aquí ante una suerte de alineación unánime que se hubiera limitado a seguir, invariablemente, los dictados de una sola iniciativa, como pudiera haber sido la planteada por Bolívar en el Congreso de Angostura, que precedió al de Cúcuta. Para citar un ejemplo, una propuesta en la que el Libertador insistió a lo largo de sus escritos, como fue la de la Cámara Alta del Congreso, vitalicia y hereditaria, fue rechazada por el cuerpo constituyente.¹³ El mismo Bolívar manifestó abiertamente sus reparos por el hecho de que los constituyentes de Cúcuta no avalaron su proyecto de Constitución.

He presentado un proyecto de Constitución que no se aprobó. Aquel proyecto era mi condición para ser ciudadano de Colombia. No habiéndose adoptado, estoy cierto de que no habrá estabilidad política ni social, y añado que aquel mismo proyecto no contiene todo lo que yo pienso que se requiere para asegurar nuestra existencia.¹⁴

Una carta política de espíritu liberal, e individualista en concurrencia con el escolasticismo español

Sobre la impronta ideológica de la carta en análisis ha habido interesantes debates que oscilan, como extremos, entre la Escolástica, por un lado, y la Ilustración y el pensamiento liberal decimonónico, por otro; pero, en últimas, al menos desde la perspectiva que aquí se acoge, tales extremos se superan en una suerte de síntesis conforme a la cual, de manera similar a lo acontecido durante la fase de la Independencia, las aproximaciones teológico-políticas y liberales ilustradas, concurren como fuentes principales para inspirar su contenido. Acaso en la fase de la Emancipación, de que da cuenta, con mayor proyección de las ideas liberales, tanto porque de las

¹³ Sobre el tema véase, Daniel GUTIÉRREZ ARDILA, *El Congreso de Cúcuta de 1821 o el desafío de crear una república moderada en plena guerra de Independencia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021), 52 y 53.

¹⁴ Apartes de una carta de El Libertador escrita en Guanare el 25 de mayo de 1821, transcrita por Tulio Enrique TASCÓN, *Historia del derecho constitucional colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 69.

bases sentadas en el siglo XVIII ya se había transitado a un liberalismo más cercano a la realidad, como porque, en ausencia de la represión del absolutismo borbónico, el acercamiento a los nuevos aires del pensamiento era más expedito.

Sobre esas bases corresponde abordar el ideario político de la carta de Cúcuta, ideario que se aprecia tanto en su propio texto como en los pronunciamientos de los diputados del Congreso y, en general, de quienes fueron sus protagonistas.¹⁵ Veamos:

¹⁵ El debate sobre el basamento ideológico de la Constitución de 1821 ha sido y seguirá siendo muy enriquecedor. Veamos algunos textos de referencia: i) *El pensamiento filosófico y político en el Congreso de Cúcuta*, de Leopoldo UPRIMNY (Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010). Según Uprimny, la fundamentación ideológica de la Carta fue esencialmente escolástica, y ello se explica porque buena parte de sus gestores se formaron en instituciones como el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario o el Colegio de San Bartolomé, con una notoria influencia de los textos e ideas de la Escuela de Salamanca. Repara, además, en que en ninguna de las actas del Congreso de Cúcuta que dan cuenta de lo acontecido durante los debates sobre la Constitución se aprecian citas de autores y textos de la Ilustración. Una posición coincidente con la de Uprimny es la de Nicolás SALOM FRANCO, *Raíces teológicas de nuestras instituciones políticas* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000), 429, en cuya obra concluye: “como lo hemos visto en documentos históricos precedentes, privaba el espíritu escolástico y sus principios. Esta es nuestra opinión de la Constitución de Cúcuta de 1821”. ii) *El Congreso Constituyente de la Villa del Rosario...*, de RESTREPO PIEDRAHITA, texto en el que el autor destaca la influencia de las ideas liberales en la Carta de Cúcuta, influencia que se pone de manifiesto en el texto mismo de la Carta. Un escrito al que necesariamente hay que agregar el estupendo prólogo que elaboró RESTREPO y constituye un verdadero *estudio preliminar* de la obra de compilación intitulada *Actas del Congreso de Cúcuta de 1821* (Bogotá: Biblioteca de la Presidencia de la República, 1989), publicada durante la Administración Virgilio Barco con motivo del bicentenario del natalicio y el sesquicentenario de la muerte del General Francisco de Paula Santander. El profesor RESTREPO PIEDRAHITA, a partir de un minucioso análisis de las actas del Congreso, y con apoyo en sus textos, procura demostrar que el ideario dominante era esencialmente liberal. Sobre esas bases concluye: “Todo el arco de la dogmática constitucional del Estado liberal enmarcaba el horizonte intelectual de los constructores del nuevo ente estatal en esta parte del continente americano” (Cfr. *El congreso constituyente de la Villa del Rosario...*, 132). También Tulio Enrique TASCÓN percibió la Carta de Cúcuta como francamente liberal, pero no con la impronta de la Revolución francesa de 1789 que en 1821 ya no tendría ascendiente alguno, sino de un liberalismo renovado, con nuevos aires (Cfr. Tulio Enrique TASCÓN, *Historia del derecho constitucional colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 68-70. En sentido similar, David BUSHNELL identifica la fuente ideológica de la Carta en el liberalismo decimonónico que, en lo fundamental, aspiraba a ampliar las libertades individuales en los terrenos de la economía, la política y la religión, y limitar el poder del Estado (Cfr. David BUSHNELL, *Colombia una nación a pesar de sí misma*, traducida por Claudia Montilla V. (Bogotá: Planeta, 2010), 88 y 89; iii) *La Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821*, de Allan R. BREWER CARÍAS (Caracas y Bogotá: Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela-Academia Colombiana de Jurisprudencia-Editorial Temis-

Las ideas políticas en el texto de la Constitución de 1821 y en los debates de los diputados que lo precedieron

a. La presentación formal de la carta evidencia la mixtura de fuentes

La presentación formal de la carta, por parte del Congreso, evidencia esa concurrencia de ideas según se aprecia en los siguientes apartes:

EL CONGRESO GENERAL,

A los habitantes de Colombia

Colombianos: el más ardiente deseo de todos y cada uno de vuestros representantes ha sido cumplir fielmente con los altos deberes que les habéis encargado, y creen haber llenado tan sagradas funciones al presentaros la Constitución que ha sido sancionada por voto general. En ella encontraréis

Editorial Jurídica Venezolana, 2021), cuya lectura conduce a concluir que no se puede identificar una única y exclusiva impronta ideológica de la Carta de 1821 porque es claro que tanto los paradigmas escolásticos como los ilustrados se proyectaron en la estructura de la Constitución. Mérito indudable del trabajo de Brewer Carías es que no aborda de manera aislada la Carta de 1821 sino que, a partir de una clara convicción conforme a la cual resulta incomprensible si no se aborda desde su génesis en la fase de la Independencia, de las Primeras Repúblicas de Venezuela y la Nueva Granada, concluye que no se puede comprender en su cabal dimensión. Sobre la concurrencia de fuentes del liberalismo, la ilustración y la escolástica, también es de mencionar al jurista e historiador argentino Otto Carlos STOETZER, *El pensamiento político en la América española durante el período de la Emancipación* (Madrid: Ins. de Estudios Políticos), 1-82. Una posición en cierta medida similar a la del profesor venezolano se puede apreciar en el prólogo de Rodrigo Uprimny a la obra de su padre, ya reseñada en esta nota, en el que, en contraste con lo sostenido por el autor, concluye que, si bien no se puede negar la proyección escolástica y tomista en la Carta de Cúcuta, sí fue notorio su espíritu liberal e ilustrado, así no se evidencie con citas y referencias en las actas de las reuniones del Congreso. En apoyo de su aserto alude a los discursos de Vicente Azuero, José Ignacio de Márquez y Francisco Soto, en las sesiones del 21, 29 y 30 de mayo de 1821 (Cfr. Rodrigo UPRIMNY, *Prólogo al pensamiento filosófico y político en el Congreso de Cúcuta*, de Leopoldo UPRIMNY (Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010). Finalmente, hay también interesantes planteamientos que reparan en que la Carta de 1821 no se puede avizorar como si albergara un cambio abrupto respecto de las tradiciones coloniales. En tal sentido, se concibe como una suerte de continuidad del legado colonial, así haya sido marcadamente independentista y regulara la creación de una nueva República. A manera de ejemplo, sobre esta percepción del acto constituyente de Cúcuta es de citar el ensayo de María Emma WILLS, “La Convención de 1821 de la Villa del Rosario de Cúcuta: imaginando un soberano para un nuevo país”, *Historia Crítica* n.º 17 (julio a diciembre de 1998), 105-140. Wills cuestiona como ilusorias las referencias a la igualdad y al pueblo, enfatiza en que la Constitución que examina corresponde a la estructura oligárquica y racista en que tuvo origen; repara en la prosecución de la tradición colonial en su texto, y muy especialmente en las actas del Congreso, pero reconoce que introdujo importantes innovaciones.

que sobre la base de la unión de los pueblos que antes formaron diferentes estados se ha levantado firme y sólida una nación cuyo gobierno es popular, representativo, y cuyos poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, exactamente divididos, tienen sus atribuciones marcadas y definidas, formando sin embargo un todo de tal suerte combinado y armonioso, que por él resultan protegidas vuestra seguridad, libertad, propiedad e igualdad ante la ley [...]

Tal ha sido el plano sobre el que se ha levantado la Constitución de Colombia. Vuestros representantes solo han puesto una confianza ilimitada en las leyes; porque ellas son las que aseguran la equidad entre todos y cada uno, y son también el apoyo de la dignidad del colombiano, la fuente de la libertad, el alma y el consejo de la República. Pero lo que vuestros representantes han tenido siempre a la vista, y lo que ha sido el objeto de sus más serias meditaciones, es que esas mismas leyes fuesen enteramente conformes con las máximas y dogmas de la religión católica, apostólica, romana, que todos profesamos y nos gloriamos de profesar; ella ha sido la religión de nuestros padres, y es y será la religión del Estado; sus ministros son los únicos que están en libre ejercicio de sus funciones, y el Gobierno autoriza las contribuciones necesarias para el culto sagrado.

El Congreso General, en sus deliberaciones, no ha tenido otras miras que el bien común y el engrandecimiento de la nación.¹⁶

Nótese que, por un lado, se hace gala de los principios fundamentales del liberalismo decimonónico e ilustrado y, por otro, se declara la profesión de fe católica, expresa y formalmente, y se alude al bien común, como norte fundamental de las deliberaciones del Congreso, con una evidente influencia del tomismo y la escolástica.

b. El debate sobre la inclusión, en la carta política, de artículos sobre la religión –pese al catolicismo imperante en los diputados, el Congreso se negó a incluir el credo católico como religión del Estado y del pueblo colombiano–

Pese a lo que se planteó en sentido contrario durante los debates sobre el tema, el texto de la Constitución no incluyó ninguna disposición en la que

¹⁶ Apartes tomados de *Actas del Congreso de Cúcuta de 1821*, II (Bogotá: Biblioteca de la Presidencia de la República, 1989), 290 y 291; presentación formal de la Constitución por el Congreso con fecha 30 de agosto de 1821.

se profesara la militancia católica, apostólica y romana, a diferencia de lo ocurrido con la Constitución de Cádiz, uno de los referentes más importantes a que acudieron los diputados de la Villa del Rosario.

Tal hecho no obedeció, en absoluto, a una suerte de adhesión inconsulta al pensamiento ilustrado y racionalista. Si bien es cierto que, como se evidencia en este escrito, las ideas de la ilustración y el liberalismo decimonónico fueron determinantes en el Congreso de Cúcuta, no por ello puede decirse que lo fueron en un contexto de ateísmo descalificatorio de la Iglesia católica. De hecho, en la propia Francia del Siglo de las Luces fueron excepcionales los casos en que las ideas políticas ilustradas concurren con el ateísmo.

En realidad, el Congreso concluyó que no era del caso esa profesión de fe porque la finalidad de su convocatoria era, en esencia, estructurar y aprobar una Constitución para la República a partir de las formas de gobierno y de Estado y los lineamientos básicos del poder del Estado y los derechos de los ciudadanos. Esa misma razón condujo a los diputados a descartar que el reconocimiento de la “libertad de imprenta” se formulara bajo la condición de respetar los dictados y dogmas de la religión católica.

c. Del texto de la carta fluye, con claridad, la concurrencia de fuentes escolásticas y católicas e ilustradas –liberales–

Por lo demás, la sola referencia a los aspectos más relevantes del texto de la Constitución pone de manifiesto las dos fuentes básicas de inspiración a que aquí se alude, y confirma lo expresado en su presentación general, por parte del Congreso, precedentemente transcrita en algunos de sus apartes.

a. El encabezamiento de la carta evidencia que el catolicismo y la escolástica tuvieron amplio espacio en el Congreso

Se inicia la Constitución de Cúcuta con una invocación al “nombre de Dios, Autor y Legislador del Universo”¹⁷, en la que se percibe, con claridad, la influencia del tomismo, como fuente última. En este, como en otros

¹⁷ La Constitución de Venezuela del 15 de agosto de 1819 se proclamó en términos muy cercanos: “... en nombre de Dios Todopoderoso Autor y Supremo Legislador del Universo”. Cfr. Acta 139 del Soberano Congreso de Angostura de 1819. *Actas del Congreso de Angostura, 15 de agosto de 1819* (Caracas: Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, 1969), 226.

aportes de la carta, se evidencia una reproducción de lo expresado en la Constitución de Cádiz de 1812.

b' La orientación del Preámbulo es nítidamente liberal

Seguidamente, en el *Preámbulo*, proclama como su objetivo fundamental “establecer una forma de gobierno que les afiance (a los pueblos de Colombia) los bienes de su libertad, seguridad, propiedad e igualdad”. Una adhesión ostensible a los dictados de los constitucionalismos francés y norteamericano, sus declaraciones de derechos y la impronta liberal inglesa de John Locke¹⁸, en estrecha armonía con el artículo 7° de la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia –del 12 de julio de 1821– en el cual se lee:

Artículo 7°. - “El presente Congreso de Colombia formará la Constitución de la República conforme a las bases expresadas y a los principios liberales que ha consagrado la sabia práctica de otras Naciones”.

c' La libertad e independencia de la República pone de presente una clara influencia de la Constitución de Cádiz, en lo pertinente

Declara, en su artículo 1°, que la nación colombiana es para siempre, e irrevocablemente, libre e independiente de la monarquía española y de cualquiera otra potencia o dominación extranjera, y, con evidente inspiración en el artículo 2° de la Constitución de Cádiz, advierte que “no es, ni será nunca el patrimonio de ninguna familia ni persona”.

d' La concepción de la soberanía tiene una clara impronta liberal e ilustrada – Ecos de Sieyes y la Constitución de Cádiz

Manifiesta, en su artículo 2°, que “la soberanía reside esencialmente en la Nación”¹⁹ y se ejerce por diputados suyos, con el contexto del sistema de gobierno “popular y representativo” afirmado a partir de las elecciones

¹⁸ El texto en cuestión es muy cercano al del artículo 4° de la Constitución de Cádiz.

¹⁹ También la Constitución de Cádiz, fuente directa de referencia para los diputados de la Villa del Rosario, declaró: “la soberanía reside esencialmente en la nación”.

primarias, a que aluden sus artículos 9º y 10º, con una clara influencia del constitucionalismo francés de finales del siglo XVIII y el pensamiento de Sieyes y sus disertaciones sobre la soberanía expuestas en *Qué es el tercer estado*.²⁰

Basta traer al texto el siguiente aparte de la obra del Abate para confirmar su indudable proyección en la Constitución en comentario.

Los asociados son demasiado numerosos y se hallan repartidos en una superficie demasiado extensa como para ejercer por sí mismos fácilmente la voluntad común. ¿Qué hacen entonces? Definen lo necesario para velar y proveer las ocupaciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por tanto de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno *ejercido por procuración*”.²¹ (Énfasis agregado)

e’ El principio de separación de poderes, que acoge, conduce, indefectiblemente, al Espíritu de las leyes de Montesquieu

Proclama, en el mismo artículo 10º, la división del poder supremo, para su administración, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en notoria coincidencia con

²⁰ En la Constitución de Venezuela del 15 de agosto de 1819 en su artículo 1º, del Título 5, dispuso: “La soberanía de la nación reside en la universalidad de los ciudadanos. Es imprescriptible e inseparable del pueblo”. Seguidamente, el artículo 2º precisa: “El pueblo de Venezuela no puede ejercer por sí solo otras atribuciones de la soberanía que las elecciones, ni puede depositarla en unas solas manos”. Y agrega, “... el Poder Soberano estará dividido para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Cfr. Acta 139 de las reuniones del Congreso Soberano, *Actas del Congreso de Angostura...*, 234. La referencia a la soberanía y su titularidad, en la Carta de Venezuela, parece aún más cercana al pensamiento de SIEYES que la de la Colombia naciente, porque el Abate la radicaba igualmente en la nación, pero con el criterio de identificarla con el “estado llano”, o tercer estado, su historia y sus valores y costumbres comunes, con exclusión de los otros dos estados, el clero y la nobleza. Así se colige de la enfática advertencia según la cual la soberanía “es imprescriptible e inseparable del pueblo”. En todo caso, cabe recordar que la nación sugiere un conglomerado de personas avizorado desde la perspectiva de su historia, su territorio, su cultura, su lenguaje, sus costumbres y, en general, todo un conjunto de identidades, valores y peculiaridades que ligan el pasado con el presente, y al presente con el futuro de la colectividad que participa de todos ellos. Con ese criterio, latente en las dos constituciones a que aquí se alude, se dice que la nación debe obrar por medio de sus representantes. Véase al respecto “Constitución de Colombia, dada en Villa del Rosario de Cúcuta el 30 de agosto de 1821”, en *Las constituciones de Colombia II*, editado por Diego Uribe VARGAS, (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica-Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1985), 807.

²¹ Emmanuel SIEYES, *¿Qué es el tercer estado?* traducido por Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez (Madrid: Alianza, 2012), 140.

El espíritu de las leyes, de Montesquieu, y el constitucionalismo franco norteamericano. La síntesis de los expuesto por el diputado José Manuel Restrepo, en torno a esa temática, disipa cualquier duda.

El señor José Manuel Restrepo se explicó así: que él ha oído principios ciertos y opiniones concordantes, aunque parezcan opuestas: que es verdad que esta convención no puede sino constituir, y que la legislatura, a manera del parlamento inglés, dará las leyes que deban aplicarse; que estas son las atribuciones de cada corporación, y que es tan cierto que se debe evitar la confusión de poderes, que un político aconseja que estos deben dividirse exactamente antes de cualquier convención, para evitar la tiranía.²²

En sentido similar, el diputado Alejandro Osorio “recalcó en que el origen y causa de la tiranía es la reunión de los tres poderes, ya sea en una sola persona, en una particular corporación o en una convención”.²³

Son planteamientos que ineludiblemente nos conducen al autor del *Espíritu de las leyes*, al ilustrado Montesquieu.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares.²⁴

f. El bicameralismo, que acoge, es otra expresión de los pesos y contrapesos alrededor de los cuales gira el pensamiento liberal con las luces de Locke y Montesquieu

Consagra, en el artículo 40, el sistema bicameral mediante la división del Congreso de Colombia en la Cámara del Senado y la Cámara de Representantes. Es clara, en este aspecto, la influencia de la carta política de los Estados Unidos y, en últimas, de los planteamientos de Locke y Montes-

²² Actas del Congreso de Cúcuta de 1821 Número 36, correspondiente a la sesión del 6 de junio de 1821, en *Actas del Congreso de Cúcuta de 1821*, I (Bogotá: Biblioteca de la Presidencia de la República de Colombia, 1989), 142 y 143.

²³ Actas del Congreso de Cúcuta de 1821 Número 48, correspondiente a la sesión de 22 de junio de 1821..., 194.

²⁴ Charles Louis de SECONDAT, señor DE LA BRÈDE y barón de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducido por Mercedes Blásquez y Pedro de Vega (Barcelona: Altaya, 1987), 115 y 116.

quieu acerca de la estructura de la rama legislativa del poder público. En definitiva, el criterio prevaleciente para la adopción de dos cámaras es el mismo de los pesos y contrapesos que les sirvió de norte a los dos ilustres pensadores liberales para estructurar los lineamientos de la llamada “división de poderes”. La célebre Carta 51, de Madison en la que se evidencia, una vez más, la influencia de las ilustraciones inglesa y francesa, así lo puso de presente.

En el gobierno republicano predomina necesariamente la autoridad legislativa. El remedio de este inconveniente consiste en dividir la legislatura en ramas diferentes, procurando por medio de diferentes sistemas de elección y de diferentes principios de acción, que estén tan poco relacionadas entre sí como lo permita la naturaleza común de sus funciones y su común dependencia de la sociedad.²⁵

La proyección de Montesquieu en esas apreciaciones se descubre con facilidad.

He aquí, pues, la constitución fundamental del gobierno al que nos referimos: el cuerpo legislativo está compuesto por dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el poder ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo.²⁶

g? La reserva de iniciación del trámite de proyectos de ley sobre tributos, en cabeza de la Cámara de Representantes, también se inspira en la Ilustración

Dispone, en su artículo 42, que “las leyes sobre contribuciones o impuestos” “no pueden tener origen sino en la Cámara de Representantes”. Una regla que hoy contempla el Inciso cuarto del artículo 154 de la Constitución Política de Colombia de 1991, y cuya impronta ideológica es auténticamente liberal, según se puede apreciar con claridad en la distinción que hace Montesquieu en relación con la Cámara Baja y la Cámara Alta del órgano legislativo, entre el poder de estatuir y el poder de impedir.

²⁵ Cfr. Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El federalista*, traducido por Gustavo R. Velasco (México: Fondo de Cultura Económica, 2001), 221.

²⁶ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 121.

El cuerpo de los nobles debe ser hereditario [...] Pero un poder hereditario podría inclinarse a cuidar de sus intereses y a cuidar los del pueblo, y así, en cosas susceptibles de fácil soborno, como las leyes concernientes a la recaudación del dinero (fundamentalmente los tributos), es necesario que dicho poder participe en la legislación en razón de su facultad de impedir, pero no por su facultad de estatuir.

Llamo *facultad de estatuir* al derecho de ordenar por sí mismo o de corregir lo que ha sido ordenado por otro, y llamo *facultad de impedir* el derecho de anular una resolución tomada por otro, lo que constituía la potestad de los *tribunos* en Roma. Aquel que tiene la facultad de impedir tiene también el derecho de aprobar, pero esta aprobación no es, en este caso, más que la declaración de que no hace uso de su facultad de impedir, y se deriva de esta misma facultad.²⁷

h'. En su articulado, en general, se percibe la influencia del Discurso de Angostura de Bolívar, la Constitución de Angostura de 1819, la Constitución de Cádiz de 1812 y la Constitución de los Estados Unidos, con esa misma mixtura de fuentes que las caracteriza

Ya en lo que tiene que ver con el resto de sus artículos, puede decirse que desarrollaron las bases mencionadas y tuvieron como referentes adicionales la Constitución de Cádiz de 1812, las constituciones de la Primera República, la Constitución de Angostura de 1819, el Discurso de Angostura, pronunciado por el Libertador, la Constitución de los Estados Unidos y un proyecto de Constitución elaborado por José Manuel Restrepo²⁸. De hecho, como ya se ha puesto de presente aquí, hay apartes de la carta que, literalmente, reproducen la Constitución de Cádiz, o acogen integralmente para-

²⁷ Ibídem, 118. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la iniciación de los debates de proyectos de ley sobre tributos en la Cámara de Representantes “constituye un mecanismo a través del cual las entidades territoriales ejercen control político sobre la articulación legal de sus intereses y las potestades impositivas de la nación”. Esta *reserva de iniciación de trámite*, agrega, “fortalece la participación política de las circunscripciones territoriales y especiales en el diseño compartido de los elementos del tributo por parte del Congreso y de las corporaciones representativas de las entidades territoriales”. Es de recordar que, de acuerdo con los artículos 171 y 176 de la carta política de Colombia actualmente vigente, los senadores son elegidos en circunscripción nacional y los representantes en circunscripciones territoriales y especiales.

²⁸ En tal sentido véase, Armando MARTÍNEZ GARNICA, *Historia de la Primera República de Colombia, 1819-1831* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2019), 136 y 137.

digmas propios del constitucionalismo norteamericano. Pero no se puede perder de vista que justamente la carta gaditana se nutrió con la impronta de las ideas francesas, norteamericanas e inglesas y, en tal sentido, obró como una suerte de instrumento o vía para que esas mismas fuentes de inspiración arribaran a la América emancipada, sin perjuicio del acceso directo que varios de nuestros precursores y próceres tuvieron a los textos del liberalismo y la Ilustración.

En últimas, más allá del ideario imperante en esa carta política, lo cierto es que, como con razón suele decirse, su estructura, la regulación del principio de representación popular, la separación de poderes y los diferentes roles del Estado, incluidos los artículos sobre hacienda pública que consagran el principio de reserva de ley de los tributos y la votación del presupuesto público por el Congreso, la radicación de la soberanía en la nación y su ejercicio por los magistrados y oficiales del gobierno como diputados suyos, la consagración del derecho al voto, así fuera censitario en función del alfabetismo, la titularidad del dominio sobre alguna propiedad raíz o el ejercicio independiente de alguna profesión, oficio o actividad comercial o industrial, la inmunidad parlamentaria, el reconocimiento del gobierno de Colombia como “popular representativo”, la división bicameral del Congreso en Senado y Cámara de Representantes, el control político a cargo del Congreso y el régimen electoral, la libertad de imprenta, la presunción de inocencia o el debido proceso, para aludir a lo más relevante de sus disposiciones, desde la óptica de las ideas políticas, ponen de presente su invaluable importancia histórica. Los cauces que trazó para el constitucionalismo, en la llamada Gran Colombia y en las naciones que se afirmaron a partir de su disolución, han sido de general reconocimiento.

No se trata de hacer caso omiso de los ímpetus libertarios y constituyentes de la Primera República²⁹, sino de destacar un trabajo verdaderamente admirable, como fue el del Congreso de Cúcuta de 1821, no solo en lo que concierne a la redacción y aprobación de la carta política, sino en muchos aspectos de la normativa requerida por la naciente República.³⁰

²⁹ Sobre esta temática se remite al lector a, Mauricio A. PLAZAS VEGA, *Las ideas políticas de la Independencia y la Emancipación en la Nueva Granada* (Bogotá: Temis, 2019), 189-202.

³⁰ Es de compartir integralmente el reconocimiento hecho por Juan Camilo RESTREPO SALAZAR: “... al contemplar el conjunto de la obra de los constituyentes de Cúcuta no puede

Algunos ejemplos que evidencian el ideario político que nutrió los debates en el Congreso de Cúcuta

a. El liberalismo de Vicente Azuero

El diputado Vicente Azuero, en una de sus frecuentes y lúcidas intervenciones, no dejó dudas sobre la impronta liberal que tanto influyó en los congresistas:

La Inglaterra ha sido la que, entre las naciones modernas, a costa de esfuerzos y de sacrificios prolongados en muchos siglos, zanjó y equilibró mejor los tres importantes departamentos de la administración pública, a saber: los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Allí tuvo su principio el sistema representativo moderno, siendo una parte de la nación representada en la Cámara de los Pares, y la otra en la de los comunes.³¹

b. El credo liberal e ilustrado de Salvador Camacho

Fueron recurrentes en el Congreso los discursos sobre la necesidad de avizorar los nuevos aires del liberalismo y la Ilustración, y dejar atrás las militancias impuestas durante el dominio español, más allá de que los vientos de la escolástica no hubieran dejado de concurrir con esos nuevos horizontes. El diputado Salvador Camacho no dudó al manifestar: “No debemos ligarnos a los sistemas anticuados de la Europa, seamos liberales e ilustrados, y si es que podemos existir, existamos de un modo decoroso.”³²

c. La separación de poderes como un paradigma ilustrado acogido por Manuel Campos

En sentido similar, el diputado Manuel Campos, al defender la forma centralista de Estado, fue enfático al poner de manifiesto su convicción

menos que sentirse una gran admiración”. Cfr. Juan Camilo RESTREPO SALAZAR, “El congreso constituyente de Cúcuta de 1821”, en *Historia constitucional de Colombia I*, obra de varios autores coordinada por Augusto Trujillo Muñoz, Carlos Mario Molina Betancur y Luis Xavier Moreno Ortiz (Bogotá, Tirant lo Blanch-Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2021), 105.

³¹ Actas del Congreso de Cúcuta de 1821 Número 15, correspondiente a la sesión del día 21 de mayo de 1815..., 56 y 57.

³² Actas del Congreso de Cúcuta de 1821 Número 24, correspondiente a la sesión del día 24 de mayo de 1821..., 89.

ilustrada y abogar por la estricta separación de poderes como condición esencial de un gobierno republicano.

La voz pública clama por la democracia; los pueblos la anhelan porque desean la libertad; mas es preciso evitar el lazo. La democracia, por el choque de las opiniones, puede degenerar en una monarquía; para huir de aquel extremo es por lo que un pueblo ilustrado se divide y contrabalancea los poderes.³³

d. El frustrado proyecto de constitución para la República de los Estados equinocciales de Antonio Nariño, evidencia, de principio a fin, la influencia de Juan Jacobo Rousseau

Es de recordar, como un trabajo muy valioso en la revisión de las ideas políticas que campearon en la Villa del Rosario, el *Proyecto de constitución para la República de los Estados Equinocciales*, que Antonio Nariño sometió, sin éxito, a la consideración del Congreso de Cúcuta. Fue, hay que decirlo, un texto que albergaba en mucho una suerte de desahogo filosófico y político, más que un cuerpo normativo constitucional, especialmente en las dos Secciones de la Primera Parte. Pero su mención es indudablemente oportuna, no solo porque estamos ante un documento elaborado por un personaje central de nuestra historia, sino, además, porque, justamente en esa peculiar vía de exposición del pensamiento de su autor, pone de presente el espíritu ilustrado y liberal que estuvo presente en las labores constituyentes de 1821. Sin que sea del caso ahondar al respecto, solo procede transcribir, a manera de ejemplo, dos de los artículos proyectados, en los que la luz de Juan Jacobo Rousseau fluye con inocultable claridad. Veamos:

Artículo 14. - Como la voluntad general se compone de la suma de las voluntades individuales (una interpretación equívoca del *Contrato social*, del ginebrino, que es absolutamente explicable porque, simplemente, estábamos ante la génesis de un naciente sistema republicano en medio de ideas que realmente estaban pendientes de su desarrollo y consolidación) esta voluntad es infalible; porque queriendo cada individuo su bien, y

³³ Actas del Congreso de Cúcuta de 1821 Número 22, correspondiente a la sesión del 23 de agosto de 1821..., 72 y 73.

componiéndose la voluntad general de todas las voluntades individuales, ellas forman la voluntad del bien de todos o del bien público.

Artículo 16. - Si la soberanía es por su esencia indivisible, si por su misma naturaleza no se puede transmitir ni enajenar, no sucede lo mismo con el ejercicio de sus funciones; porque teniendo el ejercicio de todo derecho por medida natural la posibilidad de ejercerlo, y no habiendo esta posibilidad en todos los miembros de una gran sociedad, ella debe confiarlo a una parte escogida de la comunidad.³⁴

El controvertido pero luminoso autor del *Contrato social*, claro precedente de la Revolución francesa de 1789, dejó escrito:

Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes. Este es el problema fundamental que resuelve el contrato social [...]

Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo.

[...] no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse nunca, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede ser transmitido, pero no la voluntad.³⁵

³⁴ El proyecto del Precursor era moderadamente federalista en contraste con la línea que había asumido en los años de la Primera República; explicable, por cierto, ante la realidad de la Independencia definitiva y las peculiaridades de la nascente República de Colombia. Planteaba la división del territorio en estados, los estados en departamentos, los departamentos en municipios y los municipios en jurisdicciones, con notoria inspiración en el sistema norteamericano. Véase el texto completo del proyecto en Hernán Alejandro OLANO GARCÍA, *El constitucionalista Antonio Nariño* (Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010), 153-176. La proyección del pensamiento de Rousseau en la Hispanoamérica de los años de la Independencia y la Emancipación es indudable. Stoetzer no exagera al decir: “Entre los americanos españoles que idolatraron a Rousseau hay que mencionar a Francisco de Miranda, Simón Rodríguez y Simón Bolívar, en Venezuela; Antonio Nariño, en la Nueva Granada; Antonio Rojas, en Chile, y José Baquijano, en el Perú”. Según el historiador argentino, “Rousseau y Raynal, con mucho, representaban los ídolos cuyos libros fueron leídos con avidez más que cualquiera otros”. Cfr Otto Carlos STOETZER, *El pensamiento político en la América Española durante el periodo de la emancipación (1789-1825)*, II (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966), 15.

³⁵ Juan Jacobo ROUSSEAU, *El contrato social o Principios de derecho político*, traducido por de María José Villaverde (Madrid: Tecnos, 1992), 14, 15, 25 y 26.

No se necesita mayor esfuerzo para descubrir la impronta de Rousseau en el pensamiento del Precursor y, específicamente, en su iniciativa sobre una *Constitución para La República de los Estados equinocciales*.

El proyecto de Nariño fue rechazado por el Congreso, pero no se puede perder de vista que, si bien su autor se encontró con la resistencia de muy notables diputados, también contaba con un buen número de seguidores, especialmente entre los venezolanos.

Según lo relata Pilar Moreno de Ángel, Nariño fue el visible y serio contendor de Santander para la vicepresidencia de la República. A tal punto, que el día de la elección, el 7 de septiembre de 1821, fueron necesarios ocho escrutinios según el último de los cuales Santander resultó elegido por 38 votos, contra 20 de Nariño. Esa sola circunstancia es suficiente para reparar en que el comentado proyecto de Constitución del Precursor se debe considerar como uno de los referentes fundamentales para evaluar las tendencias ideológico-políticas que circularon entre los diputados de Villa del Rosario de Cúcuta.³⁶

c. El catolicismo de los diputados

La lectura de las actas que dan cuenta de los debates surtidos durante el Congreso de la Villa del Rosario de Cúcuta permite evidenciar el catolicismo reinante. Los pronunciamientos de varios de los diputados en torno a la inclusión o no de la religión católica en el texto de la carta, su decisión de reconocer la libertad de imprenta sin condicionamientos en

³⁶ Cfr. Pilar MORENO DE ÁNGEL, *Santander* (Bogotá: Planeta, 1990), 266 y 267. No fueron pocos los personajes del Congreso de Cúcuta que manifestaron, abiertamente, sus desavenencias con Nariño: Vicente Azuero, José Manuel Restrepo, Pedro Gual, José María Del Castillo y Rada o Fernando Peñalver, todos ellos notables diputados en Cúcuta, no tuvieron reservas para manifestar su animadversión por Nariño, a quien se refirieron como necio, agitador, titiritero e intrigante. Gual, como todos ellos, celebró la renuncia del Precursor a la vicepresidencia de Colombia, del 5 de junio de 1821 (motivada por graves quebrantos de salud, según lo explicó así Nariño en su dimisión), y dijo sin ambages, en carta enviada a Santander: “Al fin se despidió de nosotros el señor Nariño, y se acabó el estado de agitación en que nos tenía, con un pequeño grupo de demagogos que había logrado organizar. Gracias al cielo que nos hemos encontrado en un pueblo pequeño en donde no podía ser grande ni temible su colegio de pendolistas y pateadores como en 1814”. Sobre las comentadas desavenencias, y los textos en que se pusieron de manifiesto, véase, Carlos RESTREPO PIEDRAHITA, *El constituyente de Villa del Rosario de Cúcuta de 1821...*, 208 a 221.

torno al respeto del credo católico, por considerarlo innecesario, sus manifestaciones en favor de la eliminación de la esclavitud y sus exposiciones dirigidas a poner fin a la Inquisición, fueron claras expresiones de la impronta católica de sus espíritus.

Sin embargo, ya en lo que tiene que ver con las relaciones entre la Iglesia y el Estado, imperó el regalismo, doctrina según la cual el Estado ha de tener injerencia en los asuntos de la Iglesia, intervenir en la designación de obispos y prelados, y avalar las grandes decisiones plasmadas en bulas, breves y documentos eclesiásticos. Medidas como la eliminación de los monasterios con menos de ocho residentes y el destino de sus bienes a la educación, fueron manifestaciones nítidas del regalismo.³⁷

Pero lo que en mayor grado interesa, para los fines de este escrito, es destacar la importancia que se le reconoció al credo católico en el ámbito del Congreso. Para hacerlo ver, nada más apropiado que acudir a lo que se expresa en las actas que dan cuenta de lo acontecido en el Congreso. Veamos:

a'. La posición de los diputados sobre la impertinencia de incluir en la carta política un artículo sobre la religión y la profesión de la fe católica, en contraste con lo que se dispuso en la Constitución de Cádiz

Los siguientes son algunos de los apartes de la sesión en que se decidió no consagrar, dentro del articulado de la Constitución, la militancia confe-

³⁷ El Capítulo VIII del *Pensamiento filosófico y político del Congreso de Cúcuta*, la obra ya citada aquí, de Leopoldo UPRIMNY, relacionada con la política eclesiástica, explica clara y detalladamente tanto el significado del “regalismo” como su acogida en el senbo del Congreso. Cfr. ob cit, en las páginas 139 a 143. Su análisis se remonta a lo que fue el regalismo durante el dominio español y lo que pasó a ser en el ámbito del Congreso de Cúcuta: “La Monarquía evitaba mostrarse como usurpadora de los derechos de la Iglesia, pero a la vez hallaba el modo de ingerirse en todos los asuntos eclesiásticos, guardando las apariencias de sumisión y respeto a la Curia apostólica. Lo que los constituyentes de Cúcuta intentaron fue reemplazar en todas estas regalías a la Corona de España con el Gobierno de la Nueva Granada, que la sucedía en tales derechos, cuando –según la doctrina acertada, ignorada por ellos– se trataba de privilegios no transmisibles concedidos a la Casa Real y no al estado español”. Cfr. *Ibidem*, 141.

sional católica, sin perjuicio de las emotivas manifestaciones de fe de los diputados que intervinieron.³⁸

Los señores Restrepo, Zárraga, Borrero, Gual y Santamaría sostuvieron la negativa absoluta, aduciendo razones de impropiedad e impolítica para insertar en el código de leyes civiles asunto tan superior y de tan distinta naturaleza. Protestando sus sentimientos de catolicismo y ardientes deseos de que sus hijos y generaciones futuras viviesen y muriesen en la religión católica, apostólica, romana, creía –dijo el señor Gual– que esta ley expresa era en cierto modo injuriosa a los colombianos, que no necesitaban una ley escrita en un código de leyes para ser católicos, cuando la ley más fuertemente obligatoria estaba grabada en sus corazones.

El señor Gual [...] propuso: que se reserve la manifestación de nuestros principios religiosos para consignarlos en la alocución que debe dirigir el Congreso cuando se sancione la Constitución.³⁹

Ya en las sesiones anteriores, se había reparado en la inconveniencia de incluir esa profesión de fe en el texto de la carta. Una de las más interesantes justificaciones para esa negativa fue la siguiente:

El señor Camacho dijo que cuando se discutió por primera vez la Constitución se hizo la moción de que se agregase un artículo que hablase de la religión, y que una de las contestaciones que se dieron fue de que el Congreso no era un concilio, y que por este mismo principio debe suprimirse el artículo en la parte que habla del juicio sobre obras que tratan de religión, pues el Congreso no es concilio para decidir en esta materia.

A lo cual se opuso el señor Diego Gómez diciendo que ama la religión católica, apostólica, romana, y así como es de opinión que se corrija toda clase de abusos, así también lo es de que se castiguen los de la religión; que no es una razón la que se alega de no ser un concilio el Congreso, pues si esto se dijo acerca de la Constitución fue porque en ella solo se trata de establecer principios políticos y no de religión, que son peculiares de un concilio; pero que en el proyecto de libertad de imprenta, donde se trata de remediar todos los abusos, es indispensablemente necesario que entren

³⁸ En contraste con la Carta de Colombia de 1821 –una de sus fuentes de inspiración– la Constitución de Cádiz de 1812 sí incluyó expresamente la profesión de fe católica en su artículo 12, y agregó que ese credo era el único verdadero.

³⁹ Actas del Congreso de Cúcuta de 1821, II, Número 108, correspondiente a la sesión del 4 de agosto de 1821..., 170 y 171.

también los que tiendan a lastimar la religión, castigándose al osado que la injurie o que la ataque.⁴⁰

b'. Aunque carta de 1821 no incluyó ningún artículo sobre la religión, en repetidas ocasiones hubo manifestaciones sobre la incondicional militancia católica

Como se dejó expuesto, durante los debates en el Congreso se planteó infructuosamente la necesidad de que la carta declarara una profesión de fe católica, como propia de la naciente República y del compromiso del Estado de defenderla, y se propuso, también sin éxito, que se invocara “el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo, así:⁴¹

Excitó también la consideración de algunos señores diputados la invocación con que principia el proyecto (en su texto definitivo la Constitución). Se quería que se expresase en ella el nombre del Padre, del Hijo y del

⁴⁰ Actas del Congreso de Cúcuta de 1821, II, Número 89, correspondiente a la sesión del 23 de julio de 1821..., 81 y 82.

⁴¹ Una propuesta que, sin duda, tuvo como referente el encabezamiento de la Constitución de Cádiz, anuncia en su texto: “... en el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador universal”. Leopoldo Uprimny advierte, al respecto, que el hecho de que no haya artículos en la Carta de 1821 que acojan expresamente la religión católica, no significa que su inspiración se haya de encontrar en el enciclopedismo. Comenta que eso mismo ocurrió con la Carta de Angostura de 1819 y la Constitución Boliviana de 1826 y agrega que tal exclusión coincide con lo que sobre el particular pensaba Bolívar, según se evidencia, en lo pertinente, en el discurso que pronunció en el Congreso Constituyente de Bolivia, en uno de cuyos apartes dijo: “¡Legisladores! Haré mención de un artículo que, según mi conciencia, he debido omitir. En una constitución política no debe prescribirse una profesión religiosa [...] la religión gobierna al hombre en la casa, en el gabinete, dentro de sí mismo: solo ella tiene derecho de examinar su conciencia íntima. Las leyes, por el contrario, miran la superficie de las cosas; no gobiernan sino fuera de la casa del ciudadano”. Cfr. Leopoldo UPRIMNY, *El pensamiento filosófico y político en el Congreso de Cúcuta de 1821* (Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010), 171. En últimas, como lo apunta Gutiérrez Ardila, se optó por la estrategia de descartar ese tipo de confesiones, no solo por innecesarias, debido al catolicismo reinante entre los colombianos, sino porque “podría ahuyentar a los colonos europeos que necesitaba la República”. Cfr. Daniel GUTIÉRREZ ARDILA, *El Congreso de Cúcuta de 1821...*, 45. Si resulta de interés, en todo caso, reparar en que en la ley del mismo Congreso que dispuso eliminar la Inquisición se hiciera una expresa profesión de fe católica. En sus considerandos dijo, en efecto: “El Congreso general de la República de Colombia, considerando: ... ser uno de sus primeros deberes conservar en toda pureza la religión católica, apostólica, romana, como uno de los más sagrados derechos que corresponden a los ciudadanos, y que influye poderosamente en el sostenimiento del orden, de la moral y la tranquilidad pública...”.

Espíritu Santo, y también que la religión católica era la del Estado, y la obligación que tenía el gobierno de protegerla, porque en su juicio era preciso se distinguiera el pueblo de Colombia de los demás por su religión, puesto que la invocación era tan genérica que podían hacerla todos los cristianos y aun todos los hombres. Pero otros señores opinaron de contrario, manifestando que tales sanciones no eran propias de una constitución política, sino de un sínodo; que en esta materia era necesario guardar un silencio profundo o caracterizar muy bien nuestra religión para no exponernos a críticas infundadas; que por el mismo hecho del silencio se protegía la religión; y en fin, que si estableciésemos principios intolerantes burlábamos las invitaciones que habíamos hecho a los extranjeros para venir a establecerse a Colombia.⁴²

c': La profesión de la fe católica no necesariamente implicó la adhesión al tomismo –planteamientos del diputado Diego Gómez–

Si bien las manifestaciones de numerosos diputados en el sentido de profesar la fe católica fueron recurrentes y enfáticas, no es menos cierto que ello no se tradujo en una adhesión incondicional al tomismo. En tal sentido resulta pertinente traer al texto, a manera de ejemplo, apartes de lo expresado por uno de los más destacados personajes del Congreso de Cúcuta, formado en las aulas del Colegio del Rosario, Diego Gómez, en el marco de un debate en que se planteaba la instauración de un colegio militar en su alma mater:

... el señor Diego Gómez añadió que también es hijo del Colegio del Rosario, que le es constante que solo se sostiene por el amor que le tienen sus hijos (pues los fondos están casi perdidos) y que igualmente conviene en que su existencia es una propiedad particular que no debe atacarse, pero que tampoco puede menos de conocer y confesar que sus constituciones tienen muchos vicios que desde luego deben desterrarse; tal es el juramento que se exige a todo colegial de seguir la doctrina de Santo Tomás, cuyo absurdo tan repugnante a la razón dejará de serlo en su concepto cuando se le convenza que aquel santo fue infalible en sus opiniones, y que a este tenor se encuentran otros muchos defectos en su constitución muy dignos de reforma....⁴³

⁴² Actas del Congreso de Cúcuta de 1821, I, Número 61, correspondiente a la sesión del 3 de julio de 1821..., 170 y 171.

⁴³ Actas del Congreso de Cúcuta de 1821, II, Número 96, correspondiente a la sesión del 27 de julio de 1821..., 116 y 117. Las constituciones del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, escritas por su fundador, fray Cristóbal de Torres, expresamente declaran la adhesión a

Una carta política centralista –y en tal sentido, bolivariana– surgió en medio de profundos y muy interesantes debates en torno al centralismo o el federalismo

Fue, la de Villa del Rosario de Cúcuta de 1821, una Constitución marcadamente centralista y presidencialista que, en tal sentido, sí siguió los lineamientos trazados por el Libertador y los bolivarianos, en contraste con notables planteamientos en defensa del federalismo latente en las actas, en que se da cuenta de las históricas discusiones que antecedieron a su promulgación.

Es de recordar, por lo que representó su pensamiento en el ámbito de las deliberaciones del Congreso, que el Libertador abogaba por una suerte de sistema de gobierno ecléctico y centralista, y así lo expuso en una carta enviada a Henry Cullen, en uno de cuyos apartes se lee:

No convengo en el sistema federal entre los populares y representativos por ser demasiado perfecto y exigir virtudes y talentos muy superiores a los nuestros; por igual razón rehúso la monarquía de aristocracia y democracia que tanta fortuna y esplendor ha procurado a la Inglaterra. No siéndonos posible lograr entre las repúblicas y monarquías lo más perfecto y acabado, evitemos caer en anarquías demagógicas o en tiranías monócratas.⁴⁴

A lo largo de los debates en el seno del Congreso fue recurrente la alusión a la forma federal de Estado como la más acorde con el ideario liberal. A tal

la filosofía de Santo Tomás de Aquino y consultan los dictados del Fundador, según los cuales el Colegio es “Seminario de la doctrina de Santo Tomás”. Pero es necesario precisar que, justamente, a partir del pensamiento tomista, las constituciones nuevas de 1893 –inspiradas en el pensamiento de Rafael María Carrasquilla y aprobadas por la Consiliatura en desarrollo de lo previsto por el artículo 80 de la Ley 89 de diciembre de 1892– expresaron: “recuerden que el espíritu de Santo Tomás es espíritu de amplia libertad en la investigación filosófica, con sumisión solo a las verdades de la fe; que el Santo Doctor tiene advertido que se estudien los maestros que nos precedieron para seguirlos en lo que acertaron y dejarlos en lo que erraron; y que el mismo León XIII amonesta que si entre las doctrinas escolásticas hay algunas que por la excesiva sutileza de las cuestiones o por el modo poco mediato de tratarlas, no esté de acuerdo con las doctrinas estudiadas en la edad moderna, y no parezca probable en modo alguno, no intenta proponerle a la imitación de nuestro siglo”. Cfr. *Constituciones nuevas del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, título IV, n° III, sobre “Enseñanza de la filosofía”.

⁴⁴ Texto tomado de Ángel Francisco BRICE, prólogo a la obra *Actas del Congreso de Angostura... febrero 15, 1819 - julio 31, 1821* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1969), 43.

punto, que en casos tan significativos como el de Vicente Azuero, uno de los más reconocidos diputados en el Congreso, se manifestó la adhesión al centralismo como una alternativa inmediata, pero no definitiva, que solo se podía acoger transitoriamente porque así lo imponía la realidad.

Destruyamos pues todo despotismo y toda arbitrariedad; hagamos ver al mundo que somos independientes y libres. Pero hagámoslo todo en la calma de las pasiones y de la prudencia; consideremos nuestras particulares circunstancias, nuestra presente situación; no adoptemos ciegamente, y sin restricción alguna, instituciones que no nos sean aplicables; que nuestro gobierno sea desde ahora popular representativo; que desde ahora queden bien separados los tres grandes poderes; y que si desde ahora no podemos admitir un sistema federativo en toda su extensión, por lo menos arrojemos los primeros elementos, reservando para días más serenos perfeccionar la obra comenzada.⁴⁵

Tal vez los debates más relevantes que tuvieron lugar en el seno del Congreso fueron, precisamente, los relacionados con la vía centralista o federalista a adoptar para la “Gran Colombia”. Las actas en que se consagran las memorias de sus reuniones, en cuya redacción desempeñó una histórica labor el diputado secretario Francisco Soto, dan cuenta de planteamientos trascendentales que abogaron por uno u otro camino, abstracción hecha de lo que se diga en torno a si un sistema federal habría sido el ideal para la verdadera realización del sueño bolivariano. Se sabe, al respecto, que el Libertador prohijó el centralismo como vía necesaria para contrarrestar una nueva reconquista y facilitar un ámbito de unión que hiciera posible la consolidación de un Estado de grandes dimensiones, como el que concibió desde la carta de Jamaica y reiteró en Angostura; pero, igualmente, es conocido que justamente el centralismo bolivariano, adicionado al hecho de que la capital de la naciente República fuera Bogotá, y no una ciudad venezolana, obraron como contexto para constantes manifestaciones de desacato a lo ordenado desde el centro, e inclusive a verdaderas rebeliones como la de Páez en Venezuela, denominada “la Cosiata” o “Revolución de los Morrocoyes”, abiertamente separatista. Con todo, la verdad fue que se echó siempre de menos en los venezolanos y granadinos, y poco tiempo después de la proclamación de la nueva República, en los ecuatorianos,

⁴⁵ Actas del Congreso de Cúcuta, I, 15, sesión del 21 de mayo de 1821, I..., 56 y 57.

un verdadero espíritu unitario y, si se quiere, “colombiano”, en el sentido propuesto por Bolívar y Miranda.

Muy oportuno resulta traer al texto algunos apartes de una de las actas de las reuniones del Congreso de Cúcuta, que da cuenta del debate que enfrentó a federalistas y centralistas, en momentos en los cuales era prioritario trazar los cauces para el gobierno de la naciente Colombia, específicamente en lo que atañe a las intervenciones del venezolano Pedro Gual y los neogranadinos José Ignacio de Márquez y Francisco Soto, tres de los grandes diputados que, con tanto esmero, laboraron en la Villa del Rosario de Cúcuta; el primero, centralista y el segundo federalista. Estas son:

- De don Pedro Gual,

Los gobiernos caminan con los hombres, por grandes que sean sus esfuerzos. Reunida en este Congreso la quintaesencia de los talentos de Venezuela y la Nueva Granada, apenas podremos todavía formar un gobierno lleno de mil imperfecciones. ¿Cómo, pues, dividirnos? Establecer el sistema federal sería el colmo del delirio.⁴⁶

- De don José Ignacio de Márquez,

La naturaleza ha fijado sus límites; a proporción que el cuerpo político se extiende, tanto más se debilita. El gobierno carece de energía para hacer ejecutar las leyes y, ocupado en los principios y más generales asuntos del Estado, no tiene tiempo ni proporción para atender a los intereses de sus partes, de donde nace el desafecto de los súbditos para con sus gobernantes, y la ninguna relación entre estos y sus gobernados [...] ¿Cómo exigir a los ciudadanos que atraviesen inmensas distancias para implorar justicia o abandonarlos a una multitud de subalternos?⁴⁷

Por lo demás, el diputado Francisco Soto enfatizó en que, entre esos dos extremos, había una posición intermedia y así lo puso de presente en los siguientes términos:

⁴⁶ Planteamientos de Pedro GUAL, en el Actas del Congreso de Cúcuta, I, Número 14, correspondiente a la sesión del 19 de mayo de 1821..., 54.

⁴⁷ *Ibídem*, 16. El lector puede encontrar pasajes muy interesantes de las intervenciones de Pedro Gual, José Ignacio de Márquez, José Manuel Restrepo y Vicente Azuero, acerca del federalismo o el centralismo como sistema por adoptar en la naciente República, en Leopoldo UPRIMNY, *El pensamiento filosófico y político...*, 65 a 71.

Tres partidos [...] se presentan en esta augusta asamblea. Unos opinan por federación actual; otros la pretenden para lo futuro, y otros quieren un gobierno de concentración. Todos convienen en la necesidad de esta en cuanto a los ramos de hacienda y guerra, porque así lo exige la lucha que sostenemos: pero yo haré [...] algunas reflexiones contra los dos primeros. Uno de los fundamentos que se alega para el gobierno central es el pronunciamiento de la voz pública, otro es la vasta extensión del territorio de la República, y el otro es el que se denomina el despotismo. En cuanto a lo primero, observo que los pueblos, si no me engaño, no han pronunciado sus votos por un sistema particular de gobierno. Así lo he aprendido por los conocimientos prácticos que tengo, y creo que ellos no aspiran sino a su reposo y tranquilidad interior, alegando los males desastrosos de la guerra que han sufrido. En cuanto a lo segundo, preguntó el orador, ¿y el gobierno central no debe tener brazos subalternos que ejecuten y den cumplimiento a sus providencias hasta en el último ángulo de su extensión territorial? Y en cuanto a lo tercero, yo no encuentro que establecidas las bases de un gobierno representativo, la turnalidad de los empleos, y adoptándose una constitución liberal que ponga trabas a la arbitrariedad, pueda abrirse la puerta al despotismo la idea de una federación futura; tampoco me parece adaptable porque nosotros no tenemos poderes para representar y dar instituciones a la posteridad.⁴⁸

La libertad de vientres –un logro fundamental del Congreso de Cúcuta en el imprescindible trayecto hacia la eliminación total de la esclavitud–

Es de destacar, ya no en lo que concierne a la Constitución, sino en general al Congreso de Cúcuta, como órgano legislativo, la ley del 19 de julio, por la cual se consagró la “libertad de vientres”. Una medida que contó con el sabio respaldo del diputado José Félix de Restrepo y, como bien lo anota Leopoldo Uprimny, superó en mucho la impronta de los Estados Unidos, país en el que, como se sabe, la abolición de la esclavitud fue muy posterior, y no de manera pacífica, sino con las secuelas de una cruenta e irracional guerra civil.⁴⁹

El acta de la sesión del 19 de julio de 1821 versa sobre la Ley de libertad de vientres, que se aprobó en el Congreso de Cúcuta.

⁴⁸ Actas del Congreso de Cúcuta, volumen I, Número 28, sesión del 30 de mayo de 1821..., 118 y 119.

⁴⁹ Cfr. Leopoldo UPRIMNY, *El pensamiento político y filosófico...*, 99 a 131.

Su artículo 1º dispuso:

Serán libres los hijos de las esclavas que nazcan desde el día de la publicación de esta ley....

El segundo de los *considerandos* de la ley precisó:

... que, siguiendo los principios eternos de la razón, de la justicia y de la sana política, no puede existir un gobierno republicano verdaderamente justo y filantrópico, si no trata de aliviar en todas las clases la humanidad degradada y afligida.⁵⁰

Y el tercero agregó:

En fin, que un objeto de tan grande trascendencia para la República se debe realizar extinguiendo gradualmente la esclavitud, de modo que, sin comprometer la tranquilidad pública, ni vulnerar los derechos que verdaderamente tengan los propietarios, se consiga el que, dentro de un corto número de años, sean libres todos los habitantes de Colombia.⁵¹

El final de la Inquisición

También dispuso el Congreso de Cúcuta, con el liderazgo de José Félix de Restrepo, la eliminación del Tribunal de la Inquisición, o del Santo Oficio, como una clara y necesaria muestra de la importancia que para la República representaban las “libertades de expresión y credo”⁵². Sus argumentos se sintetizan en la sesión del 31 de julio.

... los otros señores citados, principalmente el señor Félix Restrepo, manifestaron, con razones tomadas de la naturaleza del corazón humano, del espíritu de la religión, del ejemplo del Salvador y la situación política de Colombia, la injusticia que contenía el establecimiento de dicho tribunal, la suplantación que él había hecho de la autoridad de los obispos, la violencia que se irrogaba a la razón humana obligándola a creer cuando la fe era un don del cielo que no podía inspirarse por la fuerza, y, en fin, que el mejor modo de conservar ilesa la religión católica era el de las buenas cos-

⁵⁰ Actas del Congreso de Cúcuta, II, Número 84, correspondiente a la sesión del 19 de julio de 1821..., 50.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Un debate de gran interés del que da cuenta el acta correspondiente a la sesión extraordinaria del 31 de julio de 1821. Véase, *Ibidem*, 165.

tumbres, porque una experiencia feliz había comprobado la máxima divina de que la mujer fiel santifica al marido.⁵³

Igualmente, ordenó el Congreso la liquidación de los monasterios con menos de ocho residentes y la destinación de sus bienes a fines educativos, con el mismo contexto liberal de superar los rezagos medievales, y estimular y consolidar la instrucción pública.⁵⁴

La reforma tributaria y de hacienda de estirpe liberal: un antecedente fundamental de los sistemas tributarios actuales

Mérito indudable del Congreso de Cúcuta de 1821 fue la reforma tributaria y de hacienda que aprobó, con el valioso aporte de Pedro Gual, y el respaldo y la acogida de José María del Castillo y Rada, ministro de Hacienda de la naciente República, cuyo trasfondo fue esencialmente liberal.

Más allá del hecho de que en un lapso de solo cinco años tuviera que echar atrás buena parte de las medidas adoptadas, debido a las necesidades de la Hacienda, es muy relevante destacar lo dispuesto por el Congreso por dos razones fundamentales: i) porque constituye una evidencia más del ideario liberal que inspiró a los diputados de la Villa del Rosario de Cúcuta; y ii) porque incluyó precoces y sorprendentes cambios en el orden tributario, que aún hoy se avizoran con asombro.

El liberalismo clásico u optimista, con las luces de las ilustraciones inglesa y francesa, defendía la tesis del “impuesto precio” (sea como retributivo de la seguridad personal y patrimonial (Montesquieu), de la paz (la proyección liberal de Hobbes) o de la garantía de la propiedad (Locke), que ofrece la existencia del Estado. Esa misma concepción se percibe en los debates del Congreso de Cúcuta que tuvieron que ver con la hacienda pública y la tributación.

También fue liberal el espíritu que orientó la declarada tendencia a reducir o eliminar, en el mayor grado posible, las restricciones al comercio internacional, los monopolios estatales y los impuestos indirectos. El exceso de

⁵³ Actas del Congreso de Cúcuta, II, Número 102 correspondiente a la sesión del 31 de julio de 1821..., 150.

⁵⁴ En tal sentido, véase, David BUSHNELL, *Colombia una nación a pesar...*, 90.

la reglamentaciones coloniales se avizoraba como lesivo de la iniciativa privada y sus expresiones en el terreno de la producción y el comercio; las restricciones al comercio internacional se percibían desde la óptica de los altos niveles de los aranceles por entrada y salida de mercancías; los monopolios estatales, como una arbitraria y tiránica obstrucción a las actividades empresariales y comerciales privadas; y los impuestos indirectos, como la máxima expresión de la injusticia tributaria en momentos en los que la dependencia del impuesto, como fuente de recaudo fundamental para financiar el cuantioso gasto público y el servicio de la deuda, hacía necesario el cabal cumplimiento del principio de justicia. Los principios smithianos de la imposición, relacionados con la justicia, la certeza, la comodidad en el pago y la economía en su destino, se proyectaron, sin duda, en el pensamiento de los diputados que se ocuparon en las temáticas propias de la hacienda.⁵⁵

El rechazo enérgico e incontestable de los revolucionarios de París a los tributos indirectos, que tantos abusos ocasionaron al Estado llano, en el antiguo régimen francés, se hizo evidente entre los diputados de la nueva Colombia y se tradujo, de la mano de Gual y Del Castillo, en la reducción de la alcabala, o impuesto sobre las ventas con efecto cascada, que gravaba prácticamente las ventas de la totalidad de los bienes, a su más mínima expresión.⁵⁶

El tributo de indios se eliminó, en aras de la igualdad ante la ley y la consiguiente extensión de la cobertura de los impuestos a todos los ciudadanos.⁵⁷

⁵⁵ La exposición puntual de los principios en cuestión puede leerse en Adam SMITH, *Investigación de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, III, traducido por José Alonso Ortiz (Barcelona: Bosch, 1983), 116-118.

⁵⁶ Con motivo de la Revolución francesa se eliminaron los privilegios feudales, las restricciones al comercio y una gran cantidad de impuestos indirectos, todo en buena parte como expresión de los intereses de la burguesía. Sobre el particular véase, Gabriel ARDANT, *Historie de l'impôt*, livre II (Paris: Fayard, 1971), 175-186.

⁵⁷ Sobre la creación en el año 1500 del Tributo de indios, los avatares de que fue objeto durante la dominación española, su adopción por la Colombia emancipada, su eliminación en Cúcuta, su ulterior restablecimiento durante la dictadura de Bolívar y su eliminación definitiva en 1832 se recomienda la lectura del texto del historiador Fernando MAYORGA GARCÍA, “La extinción del tributo indígena en la Nueva Granada”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* n.º. 52 (julio de 2021 a junio de 2022): 51-90.

El monopolio estatal o estanco del aguardiente fue eliminado a partir de proclamas y declaraciones enfáticas sobre la libertad de comercio. No ocurrió lo propio con el estanco del tabaco, cuya subsistencia se consideró indispensable, así fuera transitoriamente, por los recursos que aportaba, no porque se compartiera la institución. Para así disponerlo, la decisión aprobatoria tuvo en cuenta, entre otras las siguientes consideraciones:

- i) ... que en las actuales circunstancias no es posible desestancar la renta del tabaco sin causar una gran disminución en las rentas públicas, y
- ii) que a pesar de esto es indispensable ir dando gradualmente impulso al cultivo de este precioso ramo de nuestra agricultura, hasta que pueda dejarlo libre enteramente y extraerse para el extranjero por cuenta de los particulares.⁵⁸

Adicionalmente, adoptó el Congreso una decisión trascendental, de gran valor histórico para la hacienda pública, como fue la creación de la que llamó “contribución directa”.

La aludida contribución se reguló en una ley de 37 artículos, con fecha 28 de septiembre de 1821, undécimo de la Independencia. Su causación se dispuso para periodos anuales y su pago en dos cuotas, dentro de los primeros quince días de los meses de junio y diciembre. De su cobranza y percepción se encargó a cada provincia, con la mediación de los jueces políticos de los cantones quienes designarían “bajo su responsabilidad, para cada una de las parroquias o partidos, al colector o colectores” que juzgaran convenientes”.⁵⁹

Dada la incertidumbre sobre la efectividad y los alcances de la recaudación, el artículo 37 de la ley dispuso: “Los intendentes y gobernadores propondrán al supremo gobierno las mejoras que la experiencia les enseñe deban hacerse al repartimiento, cobranza y administración de la contribución directa”.⁶⁰

El sistema adoptado por la ley para la contribución directa fue cédular, de manera que no gravaba el conjunto de las rentas de modo general e inde-

⁵⁸ Actas del Congreso de Cúcuta, III, Número 181, correspondiente a la sesión del 27 de septiembre de 1821..., 138.

⁵⁹ *Ibidem*, 147-150.

⁶⁰ *Ibidem*, 150.

pendientemente de su origen, sistema este que se conoce como “de renta global”, o sintético, sino de acuerdo con el sector o actividad que les daba origen, con incidencia diferente según las cédulas, sistema que se conoce como “de renta cedular”, o analítico.⁶¹ Gravaba anualmente, con el 10%, las rentas producidas por la explotación de la tierra y el capital (renta agrícola, renta de propiedad inmobiliaria urbana, renta de propiedad mobiliaria, renta minera o industrial, renta de préstamos y depósitos y renta comercial), con el 12,5% las originadas por propiedades no enajenables o de manos muertas, con el 2% los sueldos o rentas personales que oscilaran entre \$150 y \$1000 y con el 3% los superiores a \$1000. La misma ley estableció rentas presuntivas, ante las dificultades de control y fiscalización por parte de las inexpertas e insuficientes autoridades tributarias, así: i) sobre el capital invertido en minería o manufacturas, el 5% anual; ii) sobre el capital invertido en comercio, el 6% y, sobre la propiedad territorial, el 5%.

Salvedad hecha de los dos niveles tarifarios previstos para los sueldos o rentas personales que oscilaran entre \$150 y \$1000 y los que superaran esa cantidad, no imperaba aún el paradigma de la progresividad sino el de la igualdad y, por tanto, mal se podía pretender que la ley tributaria contemplara alícuotas progresivas a aplicar sobre la base gravable. El sistema que se dispuso era cedular, pero con una sola tarifa aplicada sobre la base gravable correspondiente a cada cédula, cualquiera que fuera su importe, esto es, con tarifa proporcional, no progresiva. Era lo acorde con el pensamiento liberal clásico, inspirado, como dice Duverger, en la igualdad y no en la igualación, en la concepción del impuesto como una carga, que debía operar en condiciones de justicia, y no como expresión del deber de contribuir, con fines redistributivos.⁶²

Años después, en el segundo lustro de la única década de vigencia de la nueva República, la contribución directa fue eliminada y el tributo de indios, la alcabala y el monopolio sobre el aguardiente se restablecieron como única alternativa para procurar que los ingresos del Estado fueran suficientes para solventar los cuantiosos gastos que implicaban la génesis

⁶¹ Sobre la naturaleza cedular de la contribución directa aprobada en Cúcuta véase, Abel CRUZ SANTOS, *Finanzas públicas* (Bogotá: Lerner, 1988), 223 y 224.

⁶² Cfr. Maurice DUVERGER, *Hacienda pública*, traducido por Enrique Begaría Perpiñá (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1980), 101.

de la República y el servicio de la deuda, en capital e intereses, ante los grandes requerimientos financieros y de armas que conllevó la campaña libertadora que lideró Bolívar.

Es de reiterar, al respecto, que la supervivencia del estanco del tabaco se había dispuesto ante las eventualidades que se pudieran presentar en los recaudos en el marco de la reforma tributaria aprobada. Para confirmarlo resulta oportuno traer al texto lo que sobre el particular planteó el diputado José Manuel Restrepo:

... desestancándose el tabaco, como se pretende, quedarán reducidas las rentas a solo los derechos de aduana y la contribución directa que hasta ahora no se sabe cuánto producirá y que es muy posible no rinda la cuarta parte de lo que se piensa; que lo cierto es que la República necesita por lo menos ocho millones de pesos, y si no se han de arbitrar los medios menos gravosos para adquirirlos, será preciso revocar desde ahora el juramento de independencia que hemos hecho y renunciar al derecho que tiene Colombia para entrar en el rango de nación.⁶³

El presentimiento de Restrepo era justificado y se hizo realidad en medio de las grandes dificultades que tuvo que afrontar el Gobierno para la recaudación de la contribución directa, tanto por la falta de experiencia de los recaudadores y la carencia de recursos suficientes para el cumplimiento de sus funciones, como por la resistencia de muchos ciudadanos a pagar el tributo –favorecida por el excesivo centralismo que adoptó la carta de 1821– uno de cuyos efectos fue, precisamente, la falta de una verdadera estructura para la lucha contra la evasión, flagelo que concurrió con el contrabando, ampliamente entronizado durante la Colonia.

El abogado, economista e intelectual del siglo XIX, historiador de economía y hacienda, Aníbal Galindo, describió con claridad lo que aconteció con la “contribución directa”, que con tanto entusiasmo y convicción defendió José María Del Castillo y Rada:

... el señor Castillo, arrebatado por su amor a la justicia, no veía que iba a caer en el escollo de la arbitrariedad de la repartición del impuesto directo, en un país sin catastro y sin base alguna asignable para su imposición.

⁶³ Actas del Congreso de Cúcuta, III, Número 180, correspondiente a la sesión del 27 de septiembre de 1821..., 150.

Este será siempre el gran obstáculo de la imposición de las contribuciones directas; que el legislador carecerá siempre de medios para avaluar los capitales o las rentas de los individuos, al paso que estos tendrán siempre, en todas las épocas y en todos los países, un gran interés natural en hacer del verdadero estado de su fortuna uno de sus más inviolables secretos; y así la gran ventaja preconizada por los economistas, de la proporcionalidad del impuesto directo, carece de fundamento desde que es poco menos que imposible acercarse a esa distribución.⁶⁴

Y continúa con su reflexión acerca de la inevitable presencia de los impuestos indirectos en el sistema tributario.

El proverbio inglés que dice: “lo que disgusta no es pagar la contribución sino verle la cara al recaudador”, hará siempre que las contribuciones indirectas, moderadas en su cuota, que no entraben la industria y recaigan sobre artículos de extenso consumo, sean una de las formas más aceptables de imposición en todos los pueblos del mundo.⁶⁵

No sobra recordar que, en Francia, pese al generalizado rechazo a los impuestos indirectos, y a su eliminación en la mayoría de los casos, pocos años después de la revolución de 1789 reaparecieron para quedarse por siempre como parte muy significativa del sistema fiscal.

En todo caso, la revolucionaria reforma aprobada por el Congreso de la Villa del Rosario de Cúcuta quedó inmersa en nuestra historia, como un lúcido antecedente de lo que, en el siglo XX con la orientación y el liderazgo de Esteban Jaramillo, fue la creación oficial del impuesto sobre la renta en Colombia.⁶⁶

Un aporte invaluable para nuestras finanzas públicas respecto del cual es de agregar, a propósito de lo acontecido en Francia y la Gran Colombia, que hoy estamos ante un paradigma incontestable: un sistema tributario debe estar integrado por impuestos directos e indirectos y el Impuesto sobre la renta, así se estructure en función de parámetros de progresividad y justicia, no es suficiente para que los ciudadanos cumplan, con todos sus alcances, el deber de contribuir. Ese, que fue un verdadero resultado del

⁶⁴ Aníbal GALINDO, *Apuntamientos para la historia económica y fiscal de la Nueva Granada* (Bogotá: Editorial Incunables, 1984), 31.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Sobre el particular véase, RESTREPO SALAZAR, *El Congreso Constituyente de Cúcuta...*, 144-156.

contraste entre las ideas y los hechos, entre los sueños y la realidad, vivido en toda su dimensión durante la breve vigencia de la Gran Colombia, sigue siendo el norte de cualquier reflexión que se haga en torno al sistema tributario. El impuesto directo, con su teórica fundamentación en lo justo no basta, porque, como lo confirmó la hacienda pública de la breve República, lo comprendió el ministro Castillo y Rada y lo sentenció Aníbal Galindo, las vías de escape que lo agobian reclaman su concurrencia con los tributos indirectos, tributos que, como dice Montesquieu, son muy apropiados para los gobiernos moderados.

Pagado en realidad por el comprador, aunque el vendedor lo adelante, este impuesto es un préstamo que el comerciante ha hecho ya al comprador. Así, pues, hay que considerar al comerciante como deudor general del Estado y como acreedor de todos los particulares. Paga por adelantado al Estado el derecho que el comprador le pagará en su día, y paga por el comprador el derecho que ha pagado por la mercancía. Está claro, pues, que cuanto más moderado sea el gobierno, cuanto más arraigado esté el espíritu de libertad, cuanto más seguras estén las fortunas, más fácil le resulta al comerciante adelantar al Estado y prestar al particular derechos considerables.⁶⁷

La cuestión, como sorprendentemente lo avizoraron Gual y Del Castillo y Rada, así fuera de manera incipiente, radica en no gravar a quienes menos tienen con impuestos indirectos que incidan sobre sus consumos, siempre básicos e indispensables. Que la vía para lograrlo sea la devolución de los tributos que paguen, la exención sobre los bienes y servicios de primera necesidad con un impuesto compensatorio a cargo de los más pudientes. Las tarifas diferenciales más bajas o los subsidios a las personas de menores ingresos es una temática propia de la política fiscal que ha de ser abordada por cada Estado, según el contexto de que se trate. Pero lo cierto, a no dudarlo, es que en el sistema tributario deben concurrir los impuestos directos y los indirectos.

Ya disuelta la Gran Colombia, la república de la Nueva Granada vivió una larga fase de quietismo y resistencia a cualquier iniciativa de reforma fiscal, en el ámbito de una política de protección a la precaria producción nacional, por las vías de gravar fuertemente las importaciones, restringir el comercio internacional y mantener los monopolios, o estancos, con re-

⁶⁷ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 158.

sultados verdaderamente pobres⁶⁸. Solo a finales de la primera mitad del siglo XIX llegaron a nuestro país los vientos del libre cambio que soplaban desde Inglaterra y se allanó el camino para las reformas libertarias de orden económico y fiscal.

En general, en el mundo, y en Colombia en particular, el curso de la hacienda pública transitó por las fases del liberalismo clásico u optimista, con vaivenes proteccionistas y librecambistas, el liberalismo moderno, con sus etapas marginalista y keynesiana; caracterizada, esta última, por un fuerte intervencionismo de Estado y un proteccionismo a ultranza, el neoliberalismo, partidario de la reducción del Estado y la apelación al mercado libre y la apertura, y el neoproteccionismo defensor de una intervención moderada y focalizada del Estado, con énfasis en lo social, y una visión analítica y desagregada del comercio internacional. Esas mismas fases se avizoran en América Latina en general y en Colombia en particular, cerca de doscientos años después de la disolución de la Gran Colombia y la proclamación de la república de la Nueva Granada. Su evolución se percibe muy bien a partir de una tríada dialéctica que se inició con el estructuralismo cepalino y sus paradigmas del desarrollo hacia dentro y el proteccionismo, tuvo su mediación o negación en el neoliberalismo, con su prédica del “desarrollo hacia fuera” y los mercados abiertos, y encuentra su síntesis, hoy en plena vigencia, en el neoestructuralismo poskeynesiano, del “desarrollo desde dentro” y el dimensionamiento sectorial del comercio internacional.⁶⁹

Lo que no puede menos que causar admiración es que, después de todas esas oscilaciones de la política y la hacienda, y en momentos en que celebramos la segunda centuria de la Constitución Política y la integración del Congreso de la Villa del Rosario de Cúcuta, de 1821, el legado y las ideas de personajes como Pedro Gual, José María Del Castillo y Rada, y más adelante Aníbal Galindo, no pierdan vigencia. Siguen ahí, abstracción hecha de las innovaciones y las constantes revisiones que impone toda aproximación a la hacienda pública, siempre de la mano de los hechos

⁶⁸ También sobre el particular es interesante el relato histórico de GALINDO, *Apuntamientos para la historia ...*, 45-64.

⁶⁹ Todas estas temáticas escapan a los fines de este escrito. Sobre su desarrollo y sus aspectos más relevantes, se remite al lector a Mauricio A. PLAZAS VEGA, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, I (Bogotá: Temis, 2005), 10-97. También se puede acudir a Mauricio A. PLAZAS VEGA, *Historia de las ideas políticas y jurídicas*, II (Bogotá, Temis, 2014).

y contextos que, inevitablemente, han de obrar como referentes para las medidas que, momento a momento, se han de imponer.

La labor de los ilustres diputados de la Villa del Rosario fue grande y generosa, más allá de lo acontecido con la Gran Colombia, y sus ecos se han sentido y se seguirán sintiendo a lo largo de la historia.

Bibliografía

ALMARZA, Ángel Rafael y Santiago Cabrera Hanna. *Vecinos, ciudadanos, diputados y municipios en los albores de Colombia. De las juntas de Caracas y Quito al Congreso de la Villa del Rosario 1810-1821*. Bogotá: Academia Colombiana de Historia, 2021.

ARDANT, Gabriel. *Historie de l'impôt*, livre II. Paris: Fayard, 1971.

BREWER CARÍAS, Allan R. *La Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821*. Caracas y Bogotá: Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela-Academia Colombiana de Jurisprudencia-Editorial Temis y Editorial Jurídica Venezolana, 2021.

BRICE, Ángel Francisco. Prólogo a las *Actas del Congreso de Angostura: febrero 15, 1819-julio 31, 1821*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1969.

BUSHNELL, David. *Colombia una nación a pesar de sí misma*, traducida por Claudia Montilla V. Bogotá: Planeta, 2010.

CONGRESO DE ANGOSTURA DE 1819. *Actas del Congreso de Angostura: 15 de agosto de 1819*. Caracas: Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, 1969.

CONGRESO DE VILLA DEL ROSARIO DE CÚCUTA DE 1821. *Actas del Congreso de Cúcuta de 1821*, I. Bogotá: Biblioteca de la Presidencia de la República, 1989.

- Número 14, correspondiente a la sesión del 19 de mayo de 1821
- Número 15, correspondiente a la sesión del 21 de mayo de 1821
- Número 22, correspondiente a la sesión del 23 de agosto de 1821
- Número 24, correspondiente a la sesión del día 24 de mayo de 1821
- Número 28, sesión del 30 de mayo de 1821
- Número 48, correspondiente a la sesión de 22 de junio de 1821
- Número 61, correspondiente a la sesión del 3 de julio de 1821

CONGRESO DE VILLA DEL ROSARIO DE CÚCUTA DE 1821. *Actas del Congreso de Cúcuta de 1821*, II. Bogotá: Biblioteca de la Presidencia de la República, 1989

- Número 36, correspondiente a la sesión del 6 de junio de 1821
- Número 84, correspondiente a la sesión del 19 de julio de 1821
- Número 89, correspondiente a la sesión del 23 de julio de 1821
- Número 96, correspondiente a la sesión del 27 de julio de 1821
- Número 102 correspondiente a la sesión del 31 de julio de 1821
- Número 107 sesión extraordinaria del 31 de julio de 1821
- Número 108, correspondiente a la sesión del 4 de agosto de 1821
- Número 139 del Soberano Congreso de Angostura de 1819, del 15 de agosto de 1819

CONGRESO DE VILLA DEL ROSARIO DE CÚCUTA DE 1821. *Actas del Congreso de Cúcuta de 1821*, III. Bogotá: Biblioteca de la Presidencia de la República, 1989

- Número 180, correspondiente a la sesión del 27 de septiembre de 1821
- Número 181, correspondiente a la sesión del 27 de septiembre de 1821

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución de la República de Colombia sancionada el año de 1821*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021.

- Sentencia C-678 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CRUZ SANTOS, Abel. *Finanzas públicas*. Bogotá: Lerner, 1988.

DUVERGER, Maurice. *Hacienda pública*, traducción de Enrique Begarín Perpiñá, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1980.

GALINDO, Aníbal. *Apuntamientos para la historia económica y fiscal de la Nueva Granada*. Bogotá: Editorial Incunables, 1984.

GARZÓN SABOYA, Édgar Alfredo. “La Convención de Ocaña y la Constitución Política de la Nueva Granada de 1832”. En *Historia constitucional colombiana*, I, coordinación de Jaime Vidal Perdomo y Augusto Trujillo Muñoz. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012.

GUTIÉRREZ ARDILA, Daniel. *El Congreso de Cúcuta de 1821 o el desafío de crear una república moderada en plena guerra de Independencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

HAMILTON, Alexander, James Madison y John Jay. *El federalista*, traducido por Gustavo R. Velasco. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

- MARTÍNEZ GARNICA, Armando. *Historia de la Primera República de Colombia, 1819 - 1831*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2019.
- MAYORGA GARCÍA, Fernando. “La extinción del Tributo indígena en la Nueva Granada”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario* n°. 52 (julio de 2021 a junio de 2022): 51-90.
- MONTESQUIEU, barón de, Charles Louis de SECONDAT, señor de LA BRÈDE, *Del espíritu de las leyes*, traducido por Mercedes Blásquez y Pedro de Vega. Barcelona: Altaya, 1987.
- MORENO DE ÁNGEL, Pilar. *Santander*. Bogotá: Planeta, 1990.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *El constitucionalista Antonio Nariño*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010.
- PLAZAS VEGA, Mauricio A. *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, I, Bogotá: Temis, 2005.
- *Historia de las ideas políticas y jurídicas*, II. Bogotá: Temis, 2014.
- *Las ideas políticas de la Independencia y la Emancipación en la Nueva Granada*. Bogotá: Temis, 2019.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *El Congreso Constituyente de la Villa del Rosario de Cúcuta de 1821*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1990.
- *Prólogo a la obra de colección de Actas del Congreso de Cúcuta de 1821* Bogotá: Presidencia de la República, 1989.
- RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo. *El Congreso Constituyente de Cúcuta de 1821*.
- *Historia constitucional de Colombia*, I, coordinación de Augusto Trujillo Muñoz, Carlos Mario Molina Betancur y Luis Xavier Moreno Ortiz. Bogotá: Tirant lo Blanch-Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2021.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social o Principios de derecho político*, traducida por María José Villaverde. Madrid: Tecnos, 1992.
- SALOMFRANCO, Nicolás. *Raíces teológicas de nuestras instituciones políticas*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- SIEYES, Emmanuel. *¿Qué es el tercer estado?* Traducción de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vásquez Jiménez. Madrid: Alianza, 2012.
- SMITH, Adam. *Investigación de la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, traducida por José Alonso Ortiz. Barcelona: Bosch, 1983.

- STOETZER, Otto Carlos. *El pensamiento político en la América Española durante el periodo de la Emancipación (1789-1825)*, II. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- TASCÓN, Tulio Enrique. *Historia del derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- UPRIMNY, Leopoldo. *El pensamiento filosófico y político en el Congreso de Cúcuta de 1821*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2010.
- URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*, II. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica-Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1985.
- WILLS, María Emma. “La Convención de 1821 de la Villa del Rosario de Cúcuta: imaginando un soberano para un nuevo país”. En *Revista Historia Crítica* n.º 17 (julio a diciembre de 1998): 105-140.
- ZEA, Francisco Antonio. “Manifiesto a los pueblos de Colombia”. *Correo del Orinoco* n.º 50, 13 de enero de 1820. <https://sites.google.com/site/grancol1819/docs/>
- ZULUAGA GIL, Ricardo. *Villa del Rosario de Cúcuta 1821 - Antecedentes, desarrollo y consecuencias de un Congreso fundacional*. Bogotá: Academia Colombiana de Historia, 2021.

DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD
TRANSFORMACIONES DEL 'DERECHO DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS' Y SUBSIDIARIEDAD DE LAS 'PRERROGATIVAS
DE PODER PÚBLICO' *

Guillermo Sánchez Luque**
Académico correspondiente

In memoriam,
Carlos Eduardo Sánchez Rubio
Rómulo González Trujillo

Resumen: el servicio público, como monopolio oficial, ya no es la noción clave del derecho administrativo colombiano. Con la expedición de la Constitución de 1991 y de las reformas legales que la desarrollaron, se dio un paso importante en volver a la persona como centro del derecho administrativo. El monopolio y la unilateralidad estatales cedieron terreno frente a la libertad y a la autonomía de la voluntad. La primera parte estudiará los ámbitos legales donde las transformaciones constitucionales se reflejaron expresamente (régimen de los servicios públicos y contratación estatal). La segunda parte analizará los ámbitos legales pendientes de reflejar esa transformación (organización administrativa, acto administrativo y control judicial de la administración).

Palabras clave: derecho administrativo; servicios públicos; Estado social de derecho; monopolios públicos; función administrativa;

* Escrito de toma de posesión como académico correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

** Profesor de derecho constitucional y administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de la Pontificia Universidad Javeriana; docente de derecho económico de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido titular del curso de Derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia; actualmente es magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Contacto: gsanchezluque@yahoo.fr

comisiones de regulación; Ley 142 de 1994; seguridad jurídica; libertad de contratación; autonomía de la voluntad; Ley 80 de 1993; Estatuto de contratación pública; principio de subsidiariedad; modernización del Estado; artículo 20 transitorio de la Constitución; Estado del Bienestar; reestructuración del Estado; leyes orgánicas; privilegio de la decisión ejecutoria; acto administrativo; dualidad de jurisdicciones; actos de autoridad y actos de gestión; tridivisión de poderes; medidas cautelares innominadas; funciones judiciales de autoridades administrativas; precedente judicial; arbitraje.

DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD TRANSFORMACIONES DEL 'DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS' Y SUBSIDIARIEDAD DE LAS 'PRERROGATIVAS DE PODER PÚBLICO'

Abstract: The public service, as an official monopoly, isn't administrative law's key concept anymore. With the adoption of the 1991 Constitution and its amendments, the individual became the center of administrative law. The Estate's monopoly and unilaterality gave way to freedom and exercise of free will. The first part will study the legal areas in which the constitutional transformations were reflected (the public services regime and public procurement). The second part will analyze the legal areas that have yet to reflect such transformation (administrative organization, administrative acts, and judicial control over the Administration).

Keywords: Administrative law; Public utilities; Welfare State; Public monopolies; administrative functions; Regulatory Commissions; Law 142 of 1994; Legal certainty; freedom of contract; freedom of choice; Law 80 of 1993; the Principle of subsidiarity; Estate's modernization; Transitory article 20 of the Constitution; restructuring of the Estate; Organic laws; Enforceable decision privilege; Administrative act; Jurisdiction duality; Authority acts and management acts; separation of powers; Innominate interim measure; judicial functions of administrative authorities; Judicial precedent; Arbitration.

Introducción¹

Primero. Por muchos años la escuela francesa del servicio público dominó el horizonte del derecho administrativo contemporáneo, gracias a la significativa obra del profesor Léon Duguit y de destacadísimos autores

¹ Agradezco muy especialmente a mis colegas Diego Rueda, Mauricio Gómez, Carolina Ávila y Pedro Torres por su invaluable colaboración en la consulta y organización de algunas de las fuentes bibliográficas, lo mismo que a María Teresa Palacio Jaramillo, Fabricio Mantilla, Laura Ospina y Max Rodríguez, por sus invaluable observaciones a este texto.

como Jèze y Bonnard, así como a los aportes decisivos de la jurisprudencia francesa de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX². Según la Escuela realista de Burdeos, toda actividad del Estado –en sus diversas facetas, legislativa, administrativa y jurisdiccional– era considerada servicio público.³

Los servicios públicos eran las células que componían ese cuerpo que es el Estado⁴. El derecho administrativo era, pues, el derecho de los servicios públicos⁵. Un derecho donde la “función pública” era el medio para la realización del servicio público, con la intención de poner en acción la obra fundamental de la Administración pública.

El servicio público –su organización y gestión como monopolio público– se constituyó en la “piedra angular del derecho administrativo francés”⁶. Así como las “funciones” sucedieron a los “derechos” en el derecho privado, la gran transformación del derecho público fue sustituir a la soberanía por la noción de servicio público como fundamento del derecho público.

Según Duguit, el servicio público era “a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza”. El Estado pasó a ser, entonces, un conjunto de servicios públicos⁷. Se impuso así un enfoque estatista, edificado a partir de un criterio orgánico o subjetivo. Para Duguit lo nuevo, en su momento, fue el lugar preferente que ocupaba la noción de servicio público en el campo del derecho público y, por ende, la transformación que –por ese camino– produjo.

² Todos aprendimos las bases del derecho administrativo en decisiones trascendentales como el *Arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos de Francia de 1 de febrero de 1873 y el *Arrêt terrier* del Consejo de Estado Francés, del 6 de febrero de 1903. <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb>

³ Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel* (Paris: Fontemoing, 1911), 60. Y, *Traité de droit constitutionnel*, II (Paris: Fontemoing, 1909), 61.

⁴ Roger BONNARD, *Précis de droit administratif* (Paris: Recueil Sirey, 1935), 235 y ss.

⁵ Waline consideró esta opinión “excesiva”. Cfr. Marcel WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif* (Paris: Recueil Sirey, 1951), 288.

⁶ Gaston JÈZE, *Principios generales del derecho administrativo*, I (Buenos Aires: Depalma, 1949), XL.

⁷ Léon DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público* (Madrid: Librería española y extranjera, 1926), 85 y ss.

La ejecución de los servicios públicos era, entonces, uno de los principales cometidos estatales⁸. Estatización de los servicios públicos que para Escola, con el impulso de ciertas tendencias colectivistas, llegó “a exageraciones inadmisibles, convirtiéndose en un efectivo instrumento político”⁹. Una teoría que buscaba convertir al Estado en un suministrador de servicios públicos con la pretensión de mejorar la vida de las personas. Un derecho administrativo construido sobre un anhelo –irrealizable– de igualdad de las personas (“administrados”), y que en su búsqueda amenazó con aniquilar la libertad.¹⁰

El derecho administrativo estaba también inspirado –desde la orilla doctrinaria opuesta a la Escuela de Burdeos¹¹– en el poder público y sus prerrogativas (*puissance publique*), es decir, en las relaciones desequilibradas, en la desigualdad jurídica, en el mando, en el *imperium*, en la jerarquía y en la superioridad del Estado. Su nota esencial, según Hauriou, era ser un conjunto de prerrogativas atribuidas a la Administración (“el régimen exorbitante”). El estudio del *pouvoir administratif* constituía el primer lugar del derecho administrativo, según la Escuela de *Toulouse*.¹²

Segundo. La Constitución de 1991 alteró drásticamente esa noción clave del derecho administrativo. El Constituyente tenía claro que el papel del Estado era garantizar la prestación de los servicios públicos, y no prestar-

⁸ Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, I (Montevideo: FCU, 1974), 57.

⁹ Héctor Jorge ESCOLA, *Compendio de derecho administrativo*, I (Buenos Aires: Depalma, 1984), 416.

¹⁰ A juicio de Bobbio “... hay dos formas principales de entender el término ‘libertad’ en el lenguaje político [...]. ‘Libertad’ significa o bien facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal; o bien, poder de no obedecer a otras normas que las que me he impuesto a mí mismo. El primer significado es constante en la teoría liberal clásica, según la cual ‘ser libre’ significa gozar de una esfera de acción, más o menos amplia, no controlada por los órganos del poder estatal; el segundo significado es el que emplea la teoría democrática, para la cual ‘ser libre’ no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo”. Norberto BOBBIO, *Teoría general de la política* (Madrid: Trotta, 2009), 113.

¹¹ Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public* (Paris: Recueil Sirey, 1927), 9 ss.

¹² Es curioso, pero pareciera que la noción de “servicio público” terminó sustituyendo –sin más– a la de “soberanía”. O más aún, que las tesis de Duguit, aparentemente al menos en Colombia, se fundieron con las de Hauriou, y desembocaron en lo mismo que el primero reprochó: ¡con otros nombres!

los de manera monopólica. En los antecedentes del nuevo texto constitucional se advirtió sin rodeos que el Estado tiene el deber de “garantizar el acceso a ellos en términos económicos y eficientes”.¹³

Y, como la jurisprudencia subraya, “asegurar no significa prestar”, el Estado solo ‘mantiene’ o se ‘reserva’ la regulación y el control en tanto “facetas de la función de policía administrativa”, que constituyen “el ámbito de lo no ‘privatizable’”¹⁴. El Estado ya no es el titular monopólico del servicio público. Este pasó a ser una actividad económica, que puede ser prestada por cualquier tipo de operadores, aunque sigue vinculada a las finalidades sociales del Estado.

El servicio público dejó, así, de ser una actividad de exclusiva competencia del Estado —es decir, una función estatal—, para convertirse en uno de sus fines esenciales. El capítulo V del Título XII de la Constitución (artículos 365 a 370) abandonó la concepción monopólica francesa y sentó las bases de un derecho singular de la competencia, en ese sector de la economía.

Un nuevo concepto de Estado que redujo significativamente su campo de acción y recuperó, a su vez, el de libre iniciativa privada. El artículo 365 de la Constitución al asignar al Estado un papel de “garante” y no de “prestador monopólico”, cambió las bases mismas del derecho administrativo. Aunque entidades de carácter público sigan prestando servicios públicos, en un contexto de competencia económica, eso no significa que dicha actividad tenga el carácter de actuación administrativa.

El criterio orgánico o subjetivo ya no es determinante. El servicio público —como monopolio oficial— ya no es la “pieza maestra” del derecho administrativo. La gestión o prestación de los servicios públicos dejó de ser un dominio reservado al derecho público. El “constitucionalismo social” de fuerte inspiración “duguitiana” de la reforma constitucional de 1936 —y

¹³ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n°. 48 (4 de abril de 1991): 12.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-004 [fundamento jurídico 2], con S.V.

La mayoría de las referencias a las sentencias y conceptos del Consejo de Estado han sido tomadas de: CONSEJO DE ESTADO, *Antología jurisprudencias y conceptos Consejo de Estado*, 1817-2017 (Bogotá: Imprenta Nacional, 2019) <https://cutt.ly/OQ9KFJH> (Tomo III, A, Responsabilidad contractual); <https://bit.ly/3gjjduK> (Tomo III B Responsabilidad extracontractual) y <https://sidn.ramajudicial.gov.co/> (Tomos I, II y IV-VI).

que en Francia ya había hecho crisis¹⁵ al punto de llegar a decirse que esa noción se había “esfumado”¹⁶— experimentó una transformación radical en la Constitución de 1991.

De un asunto de la organización administrativa, pasó a ser un tema característico de la que podemos llamar “Constitución económica de los servicios públicos”. Asistimos, hace tres décadas, a la implantación de un “nuevo servicio público”¹⁷. El Estado hoy debe ser garante de los derechos, tanto de los consumidores como de los agentes del mercado.

El derecho administrativo tradicional, el de la función administrativa, ahora solo se materializa en el ámbito de la institucionalidad intervencionista. El servicio público monopólico dejó de ser su esencia y las prerrogativas de poder público están, en esa materia, en el ámbito de la policía administrativa y, por vía de excepción, en cabeza de los prestadores para lograr el interés general.

Tercero. Esa reformulación del papel del Estado impone replantear las bases del derecho administrativo. Según la Constitución, el servicio público es una actividad económica de interés general (asociada a las finalidades sociales del Estado) que no requiere del monopolio para lograr los cometidos estatales. El rol del Estado se materializa en otro tipo de instrumentos (v. gr. subsidios, planeación, regulación y control).

Superado el criterio orgánico o subjetivo del servicio público, al permitirse—desde la Constitución— la prestación a los particulares, hay que replantear los enfoques tradicionales. Función pública y servicio público ya no son nociones que puedan asimilarse. No se puede confundir “el ejercicio de función pública con la prestación de servicios públicos”, pues “ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho

¹⁵ Primero con la decisión de la *Société commerciale de l'Ouest africain (SCOA)*, del Tribunal de conflictos de 22 de enero de 1921 y, luego, con los *Arrêts Établissements Vèzia y Caisse primaire aide et protection*, de 20 de diciembre de 1935 y 13 de mayo de 1938, respectivamente, del Consejo de Estado francés.

¹⁶ Jean RIVERO, *Précis de droit administratif* (Paris: Dalloz, 1973), 158.

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2004, Rad. AP-0020 [fundamento jurídico C] y Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP-1944 [fundamento jurídico 2].

público”¹⁸. El derecho público ya no tiene por objeto, como decía Duguit, “la organización y funcionamiento de los servicios públicos”¹⁹ desde una visión monopólica. El derecho administrativo dejó de ser ese derecho de los servicios públicos (monopólicos).

Cuarto. ¿El servicio público puede seguir basándose en la aplicación de los “procedimientos de derecho público” como planteaba Jèze²⁰? Aunque, la teoría del servicio público sufrió en el derecho colombiano una transformación inédita con la expedición de la Carta de 1991, se conservan ámbitos –legislativos, jurisprudenciales y doctrinales– que siguen hoy fuertemente influidos por la escuela francesa.

Quinto. Es preciso volver a las raíces, a un derecho administrativo de la libertad. De esa libertad que –a juicio de Locke– es la base de todo²¹. Solo por vía de excepción, el Estado es proveedor monopólico de esos servicios a la comunidad. Se produjo así una “transformación profunda”, para usar las mismas palabras del célebre decano de Burdeos.

Es curioso, Duguit planteó que la gran transformación era que el derecho público no se funda en la soberanía. Sin embargo, las “prerrogativas de poder público” terminaron por dominar todas las esferas del servicio público. Ese criterio supuso una perspectiva unilateral –él mismo lo admitió– que “persiste siempre”²². Su escuela nos legó un derecho administrativo dominado por una óptica unilateral, de la autoridad, de la “fuerza del gobernante”, en palabras de Duguit.

Sexto. Este trabajo pretende mostrar cómo la Constitución de 1991 sentó las bases sólidas de dos regímenes legales: las Leyes 142 y 143 de 1994, por un lado, es decir, el marco jurídico de operación de los servicios públicos (luego confirmadas por las Leyes 689 y 1341), y la Ley 80 de 1993, por otro lado, es decir, el estatuto de contratación estatal (luego tergiversado por algunas interpretaciones judiciales y alterado por reformas legales).

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003 [fundamento jurídico 4.1.1.3.3].

¹⁹ Léon DUGUIT, *Las transformaciones del derecho...*, 85 y ss.

²⁰ Gaston JÈZE, *Principios generales del derecho...*, 4.

²¹ John LOCKE, *Two treatises on civil government*, II (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 17.

²² Cfr. Léon DUGUIT, *Las transformaciones del derecho...*, 85 ss.

Con grandes avances y varios tropiezos este par de regímenes hicieron eco de la significativa transformación constitucional del servicio público.

La nueva concepción del servicio público dejó de centrarse en la prestación monopólica estatal –y sus “prerrogativas de poder público”– para volver los ojos a las personas y sus derechos: el consumidor (y no “administrado”), y el empresario (público, privado o mixto), que ejerce una actividad económica legítima en un marco de competencia.

Una concepción del servicio público que no se centra en la “función administrativa”. El esquema se construye actualmente a partir de libertades económicas –que la Constitución declara y la ley configura– en sus diversas manifestaciones: libertad de empresa y libertad de competencia (libertad de entrada, libertad de acceso al mercado, libertad de contratación y formación competitiva de precios, libertad de inversión).

Esta visión sustituyó a esa paradójica “nueva soberanía estatal” en que se había convertido el monopolio estatal de la prestación de los servicios públicos en nuestros países, curiosa mezcla de Duguit y Hauriou. Como el Estado ya no es el gerente de un gran aparato dedicado al monopolio de la prestación²³, el derecho administrativo, en consecuencia, también se transformó: si la concepción de Estado cambia en la Constitución, es forzoso que el derecho administrativo sea el primer receptor de los cambios.

Séptimo. No obstante, aún subsisten materias del derecho administrativo que parecieran ignorar esa profunda transformación. Como la respuesta constitucional fue motivada en criterios prácticos, y dejó de lado discusiones de tipo ideológico, es posible que ello haya contribuido a que no se controviertan otros conceptos propios del derecho administrativo de la escuela francesa.

El marco constitucional de 1991 no permite la vuelta nostálgica a la escuela francesa. Es preciso reconsiderar “certidumbres” aparentes del derecho administrativo de hoy. Duguit y Hauriou, quizás mal comprendidos entre nosotros²⁴, alejaron al derecho administrativo de la libertad. Dostoyevski

²³ Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n.º. 53 (18 de abril de 1991): 6.

²⁴ Una crítica muy aguda a la forma como se adoptaron en Colombia las ideas del profesor Duguit, en Carlos LOZANO y LOZANO, *Prólogo* a José Gnecco Mozo, *La reforma constitucional*

—a quien recordamos en su bicentenario—, en su última obra escribió: “las jaulas son el lugar donde viven las certezas”. No hay que tenerle miedo a la libertad. Este documento es una invitación a revisar nociones fundamentales del derecho administrativo, a preparar un camino de regreso a sus orígenes, que se confunden con los del derecho civil contemporáneo: la democracia liberal.

Octavo. En consecuencia, la primera parte de este trabajo se ocupará de mostrar los ámbitos legales en los cuales las transformaciones constitucionales del servicio público se han reflejado: los servicios públicos y la contratación del Estado. La segunda estudiará los asuntos pendientes de reflejar esa transformación del derecho de los servicios públicos: la organización administrativa y el acto administrativo, de un lado, y el control judicial (institucional y arbitral) de la Administración.

De forma deliberada este documento no abordará, porque amerita un estudio separado dada su importancia y trascendencia, los cambios que esta concepción supuso, en i) las relaciones del Estado con sus servidores²⁵; ii) el ordenamiento territorial, cuya transformación requiere una reforma a la Constitución,²⁶ y iii) la responsabilidad extracontractual²⁷, asunto este que muestra cómo la legalidad y la responsabilidad son el punto de partida, la parte esencial y primera de la gestión pública: de un derecho administrativo de la libertad.

El derecho administrativo de la libertad: las transformaciones del ordenamiento legal del derecho administrativo

El derecho constitucional es la puerta de entrada al derecho administrativo²⁸. De ahí que los profundos cambios constitucionales en los servicios

de 1936: Comentario jurídico al acto reformativo de la Constitución (Bogotá: ABC, 1938) XVI y ss.

²⁵ El personal que utiliza como medio de acción de la Administración.

²⁶ Cfr. Augusto HERNÁNDEZ BECERRA, *Ordenamiento y desarreglo territorial de Colombia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 149 y ss.

²⁷ Parte trascendental del Régimen general de las obligaciones.

²⁸ Cfr. Jaime VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo* (Cali: Biblioteca Banco Popular, 1978), 30. En sentido similar, Sarria sostuvo que las diferencias entre el derecho administrativo y el derecho constitucional son “únicamente cuantitativas, no cualitativas”. Eustorgio SARRIA, *Derecho administrativo* (Bogotá: Temis, 1968), 15).

públicos fueran materializados en dos ámbitos legales definitorios del derecho administrativo, adoptados poco después de la expedición de la Constitución de 1991, que alteraron directamente el régimen de operación de los servicios públicos y la contratación estatal.

El régimen legal de los servicios públicos domiciliarios: desmonopolización y libertad económica

El constituyente de 1991 era consciente de la gran transformación que suponía la “desmonopolización” de la prestación de los servicios públicos²⁹. Por ello, el artículo 48 transitorio de la Constitución buscó asegurar el desarrollo de estos mandatos en el ámbito de la regulación legal de la prestación de los servicios públicos³⁰ y, aunque sin norma transitoria equivalente, también, acorde con este nuevo marco constitucional, el legislador expidió un nuevo régimen de contratación estatal.

Fue tan profunda la transformación y el giro constitucional de 1991 que requirió un mecanismo extraordinario y muy poco usado en el país, que permitiera poner en consonancia al Ejecutivo, su estructura y organización, con los postulados y mandatos de la nueva carta política. Así las cosas, se redactó el artículo 20 transitorio de la Constitución, con fuertes implicaciones en el futuro de las instituciones de Colombia.³¹

La eliminación del monopolio estatal de la prestación de los servicios públicos entrañaba un replanteamiento del esquema, que partió de crear un marco jurídico que propiciara las ventajas de un mercado en competencia para poder abastecer la demanda de los servicios, sobre la base de una estrategia coherente para estimular la expansión de la oferta, fundada en estímulos a la inversión económica en el sector, a fin de incentivar la participación privada.

²⁹ Sobre las repercusiones del cambio constitucional en materia de contratación estatal, Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, n.º 14 (2002).

³⁰ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n.º. 85 (29 de mayo de 1991): 21.

³¹ Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “El transitorio 20 y las políticas de privatización”, en *Implicaciones jurídicas de la reforma administrativa*, editado por William Zambrano Cetina (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994), 53 y ss.

Las normas sustantivas del derecho de la competencia en este sector son especiales³². Así, por ejemplo, el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia tienen caracteres muy distintos a los previstos en las normas generales.

Aunque la actividad ya no es monopolio público, conservó sus caracteres particulares: continuidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad. El derecho administrativo sigue siendo el derecho de los servicios públicos, pero desde una aproximación distinta. Un derecho que debe asegurar la prestación continua, uniforme, general y obligatoria de estos servicios. Un derecho que exige que el desarrollo de las normas constitucionales se haga por medio de una ley de intervención económica.

Una ley de intervención económica (art. 150.21 C) que se ocupó de los ámbitos medulares del marco jurídico de la operación como lo ordenó la Constitución: i) régimen de los prestadores (artículo 365 C); ii) competencias y responsabilidades en relación con la prestación y calidad del servicio, financiación y régimen tarifario (artículo 367 C); iii) presupuestos para la financiación de los subsidios (artículos 366 y 368 C); iv) derechos y deberes de los usuarios, participación de los municipios en las entidades o empresas prestadoras (art. 369 C), y, v) la intervención administrativa del Estado en la economía, regulación y control, a cargo del presidente de la República (art. 370 C).

Prestadores, usuarios e institucionalidad: todo quedó previsto en esa nueva regulación legal³³. Una legislación sin ningún grado de jerarquía especial, pero con caracteres particulares. Unas normas “reglamentaristas” o de detalle, porque, por mandato constitucional, deben precisar los fines y alcances de la intervención y los límites de la libertad económica, para brindar seguridad jurídica a agentes económicos y a consumidores.³⁴

³² Cfr. Alfonso MIRANDA LONDOÑO, “El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios”, *Revista de Derecho de la Competencia, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, n.º 13 (1999): 82.

³³ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 11 de abril de 2002, Rad. 1409 [fundamento jurídico 1].

³⁴ Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional*, n.º 48 (1991): 12. Exposición de motivos al Proyecto de Ley 197 de 1992-Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 162 (1992).

Así, el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, el artículo 4 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 4 de la Ley 1341 de 2009 (modificado por el artículo 4 Ley 1978 de 2019) previeron los fines de la intervención administrativa económica del Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). Fines que nos solo serían enunciados, sino también precisados a lo largo de esas leyes, en consonancia con el mandato constitucional.

En las leyes 142 y 143 esos fines siguen asociados a los caracteres tradicionales del servicio público: calidad del bien objeto del servicio; ampliación permanente de la cobertura (en la que juegan un papel determinante los subsidios); prestación continua e ininterrumpida (salvo por motivos de fuerza mayor, caso fortuito o de orden técnico o económico), –ahora, además, eficiente–. Sin embargo, el medio para lograr esos fines cambió; ya no es el monopolio público, sino la libre competencia económica y la necesaria intervención estatal para promoverla y asegurar sus beneficios.

En armonía con el mandato constitucional, el artículo 3º de la Ley 142 –que corresponde a los artículos 3º y 4º de la Leyes 143 y 1341, respectivamente– dispuso que los instrumentos de intervención económica son todas y cada una de las funciones asignadas a las autoridades de que trata esa ley³⁵. Las funciones³⁶, y no las instituciones que las cumplen, son, pues, los instrumentos de intervención económica. Ahí radica justamente la precisión que ordena la norma constitucional. Y ello explica, además, el rol francamente secundario y residual que juega la reglamentación presidencial de estas disposiciones.

La especialidad del régimen de los servicios públicos no solo está en el carácter particular de las normas legales que desarrollan los mandatos constitucionales (normas de intervención económica), sino también en su

³⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018 [fundamento jurídico 3], con S. V.; Sala Especial de Decisión nº. 26, Sentencia de 5 de marzo de 2021, Rad. 2020-01891-00 [fundamento jurídico 11], con S.V. y Sentencia de 26 de marzo de 2021, Rad. 2020-01743-00 [fundamento jurídico 20.4].

³⁶ En especial las atribuciones relativas a las siguientes materias: i) regulación; inspección, vigilancia y control; ii) otorgamiento de subsidios; iii) promoción y apoyo a los prestadores; iv) organización de sistemas de información; v) protección de los recursos naturales; vi) estímulo a la inversión de los particulares; vii) respeto al principio de neutralidad (régimen de competencia económica), y, viii) gestión y obtención de recursos para la prestación.

contenido, según el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, en armonía con el artículo 3° de la Ley 153 de 1887 (la norma especial deroga a la general).

La Ley 142 –en desarrollo del artículo 365 de la Constitución– previó un régimen especial para esos prestadores al disponer reglas particulares para las sociedades por acciones (arts. 17 y ss.), que son diferentes a las que por vía general estableció el Código de Comercio en sus artículos 373 y ss. Esa ley dispuso, por ejemplo, que podrían tener un término de duración indefinido y que no todas las causales de disolución del régimen general le serían aplicables.

Asimismo, la naturaleza de esta especial categoría empresarial está definida por dos elementos: la forma societaria (sociedades por acciones), y el objeto (prestar servicios públicos)³⁷. El operador de servicios públicos por excelencia ya no es, entonces, el establecimiento público, que está encargado de atender funciones administrativas conforme a las reglas de derecho público (artículo 70 de la Ley 489 de 1998). La Ley 142 permitió –por excepción– que los operadores optaran por transformarse en empresas industriales y comerciales del Estado, que según el artículo 85 de la Ley 489 desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, conforme a las reglas del derecho privado³⁸. La actividad no es, por consiguiente, función administrativa.

El género empresa de servicios públicos (ESP) constituye una nueva tipología de persona jurídica en el derecho colombiano. La Ley 142 de 1994

³⁷ Cfr. Concepto SSPD 200013000000355, en Superintendencia de Servicios Públicos, *Servicios públicos domiciliarios, serie Actualidad Jurídica*, IV (Bogotá: Imprenta Nacional, 2001), 149 y 150.

³⁸ Como indica la doctrina “... otrora a cargo exclusivamente de los establecimientos públicos, el servicio público en la actualidad se sirve de diversas estructuras, como son los establecimientos públicos, administrativos o industriales y comerciales, las agrupaciones de interés público, las sociedades comerciales, de economía mixta o totalmente privadas e, incluso, las asociaciones. Los agentes a través de quienes se prestan los servicios públicos ya no son necesariamente funcionarios públicos [...]. De igual manera, mientras los servicios públicos tradicionalmente se dirigían solo a usuarios, en la actualidad algunos de ellos, los industriales y comerciales, están dirigidos, en principio, a clientes. [...] En definitiva, la evolución contemporánea de los servicios públicos muestra importantes diferencias con el modelo teórico inicial, lo que, sin duda alguna, denota una pérdida de precisión de la concepción francesa del servicio público, sin embargo, esto no es algo que se deba lamentar”. (Pierre ESPLUGAS, *Le service public* (Paris: Dalloz, 2002), 123-124.

dispone en su artículo 15 –y sus antecedentes lo confirman³⁹– que por regla general los operadores deben revestir la forma de “empresas de servicios públicos”, y las otras modalidades, autorizadas, son excepcionales.⁴⁰

Ahora, el inciso final del artículo 3 prescribe que todos los prestadores (y no solo las empresas de servicios públicos–ESP) se someten a esa ley y, por ende, a la regulación y al control del Estado, en todo lo que no resulte incompatible con la Constitución y con la ley. Régimen que impone un tratamiento de actividades comerciales y no de prerrogativas públicas, ya que, al “desmonopolizarse”, los particulares son ahora cotitulares de la prestación.

Si la Ley 489 en los artículos 38.2 y 84 incluyó a los prestadores oficiales dentro de las entidades descentralizadas, era para dejar claro que orgánicamente hacen parte de la Administración. Y aunque estos prestadores integran la rama ejecutiva del poder público, la Ley 489 también dispuso que se sujetan a las previsiones especiales del régimen legal de servicios públicos. Por consiguiente, que una entidad haga parte de la rama ejecutiva no implica de suyo que ejerza funciones administrativas.

La ley reconoció que los prestadores, incluso los privados, pueden estar excepcionalmente revestidos de prerrogativas de poder público, como la posibilidad de inclusión de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos (art. 31 de la Ley 142); la ocupación temporal de inmuebles, la imposición de servidumbres o la enajenación forzosa de bienes –como las potestades excepcionales en contratación– ya no son facultad exclusiva del Estado, sino que los particulares las tienen por ser prestadores del servicio a la comuni-

³⁹ Cfr. Exposición de motivos al Proyecto de Ley 197 de 1992, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º. 162 (1992): 24.

⁴⁰ Así se deduce de las normas del título preliminar (arts. 1 a 13), de sus definiciones especiales (art. 14), del régimen de las empresas (arts. 15, 17 y 19 en especial) y del régimen de transición (título X). Las otras modalidades de operadores son: i) los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular; el municipio prestador directo; ii) las comunidades organizadas; iii) las entidades descentralizadas, al momento de expedir la ley y temporalmente, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones que deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado, y, iv) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de octubre de 2006, Rad. AP-1843 [fundamento jurídico 1] y Auto de 18 de julio de 2007, Rad. 29745 [fundamento jurídico 1.2], con A.V.

dad (arts. 33, 56, 57, 116 a 120 Ley 142) y la defensa del usuario en sedes de la empresa (arts. 152 a 159 Ley 142).⁴¹

Aunque de manera aislada algunos pronunciamientos parecen dar a entender que los particulares prestadores de servicios públicos ejercen funciones administrativas⁴², lo cierto es que la jurisprudencia, de manera general, ha sido consistente en considerar que su prestación no es una modalidad de descentralización por colaboración. En últimas, si el Estado obra como una persona de derecho privado es apenas natural que sus relaciones se rijan por el derecho privado.

La Ley 142, en los artículos 30⁴³ y 31, y la Ley 143, en sus artículos 8 y 76, previeron que el régimen contractual de los prestadores sería de derecho privado⁴⁴. Desde un comienzo la jurisprudencia sostuvo que el régimen general de los contratos de los operadores era el derecho común⁴⁵. Sin embargo, y a pesar de que el artículo 3° de la Ley 689⁴⁶ buscó dar mayor precisión a la redacción del precepto, la jurisprudencia se alejó –por largos años– de las normas legales, y con criterios “administrativistas” trató la actividad precontractual según el derecho público.

La Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, primero a través de votos particulares⁴⁷ y, después, en decisiones por unanimidad⁴⁸,

⁴¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-263 de 1996 [fundamentos jurídicos 3 y 4], con S.V. y A.V.; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701 [fundamento jurídico B y F], con S.V. y Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP-1470 [fundamento jurídico 2.1].

⁴² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-702 de 1999 [fundamento jurídico 2-2], con S.V. y Sentencia C-736 de 2007 [fundamento jurídico 5.3], con S.V.

⁴³ Declarado exequible, Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997 [fundamento jurídico 1].

⁴⁴ Cfr. Luis Ignacio BETANCUR, “Aplicación del derecho privado a la administración pública”, en *Sociedad, Estado y Derecho, homenaje a Álvaro Tafur Galvis*, III, editado por Antonio Aljure, Rocío Araujo y William Zambrano (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014), 475 y ss.

⁴⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 24 de febrero de 1995, Rad. 0666 [fundamento jurídico 3.C]; concepto de 19 de julio de 1995, Rad. 704 [fundamentos jurídicos B1 y B2].

⁴⁶ Cfr. Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 538 (1999): 3, y, *Gaceta del Congreso* n.º 186 (2000): 9.

⁴⁷ Cfr. A.V. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 7 de septiembre de 2015, Rad. 36633 [fundamento jurídico 2.1].

⁴⁸ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. 56562 [fundamento jurídico 1], con A.V.; Sentencia de 5 de julio de 2018, Rad. 59530

“regresó” paulatinamente a lo dispuesto en las Leyes 142, 143 y 689 sobre el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos. Luego, el pleno de la Sección Tercera –en un pronunciamiento de enorme importancia⁴⁹– hizo suyo el criterio de esa subsección, al interpretar el marco jurídico en busca del verdadero sentido de las normas (art. 26 CC).

Las actuaciones de los prestadores previos a la celebración de un contrato no son actos administrativos y, por ello, la forma de controlarlos judicialmente no es a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque se trata de responsabilidad precontractual [*culpa in contrahendo*]. Si la entidad no ejerce función administrativa, es apenas natural que los actos que expida no sean actos administrativos. Un paso importante para regresar a un derecho administrativo de la libertad que no aprecia en toda actuación de la Administración un supuesto “acto administrativo”, y que tampoco estima que solo, si hay acto administrativo, es posible controlar la actividad administrativa. Es evidente que no toda actuación administrativa es acto administrativo.

Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 13 pretende aplicar principios de función administrativa a actividades que no lo son, como los servicios públicos. Como la Ley 142 en su artículo 186 exige la derogatoria expresa, al no haberse dado en este caso, la pretendida reforma no puede aplicarse a este sector. En todo caso, una disposición tan gaseosa no supone una aplicación indiscriminada de postulados de derecho público a asuntos gobernados por el derecho común⁵⁰. No se puede pretender aplicar, sin más, principios de la función administrativa al ámbito de una actividad que, según la Constitución, no es función administrativa.⁵¹

En relación con los actos administrativos (que expidan las autoridades sectoriales y excepcionalmente los prestadores) la ley también previó reglas particulares. Hay normas especiales sobre la motivación de actos admi-

[fundamento jurídico 1]; Sentencia de 30 de septiembre de 2019, Rad. 43036 [fundamento jurídico 3.4.1], con A.V.; Auto de 11 de mayo de 2020, Rad. 58562 [fundamento jurídico 2.6], y Sentencia de 28 de febrero de 2020, Rad. 31628 [fundamento jurídico 4].

⁴⁹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, Rad. 42003 [fundamento jurídico 2.5] con A.V.

⁵⁰ Cfr. A.V. a CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, Rad. 42003 [fundamento jurídico 2.4].

⁵¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-629 de 2003 [fundamento jurídico 6.4].

nistrativos de las autoridades en servicios públicos (art. 3 inciso final, Ley 142)⁵², diferentes de las generales de la legislación administrativa (arts. 35 y 84 CCA, hoy arts. 42 y 137 CPACA).

Asimismo, el artículo 38 de la Ley 142 establece una regla especial sobre los efectos hacia el futuro (*ex nunc*) de la anulación de actos y contratos relacionados con servicios públicos⁵³. Así se aparta de la regla general anulatoria con efectos retroactivos (*ex tunc*)⁵⁴. Esta prescripción está concebida –como muchas otras de esa legislación sectorial– para garantizar la seguridad jurídica.⁵⁵

También la Ley 142 en los artículos 1 a 14 de su título preliminar y en el artículo 160 y la Ley 1341 en su artículo 7° (modificado por el artículo 6° de la Ley 1978 de 2019) previeron normas particulares en materia de interpretación de la ley. Disposiciones especiales que se prefieren a las generales de los artículos 25 a 31 CC y de los artículos 1 a 49 de la Ley 153 de 1887. La Ley 142 igualmente consignó normas especiales en materia de interpretación de las reglas contractuales en el artículo 30, a las que debe acudirse antes de invocar las generales de los artículos 1618 y siguientes del Código Civil.

De igual modo, la Ley 142 –en su artículo 186– y la Ley 1341 de 2009 –en su artículo 73–, alejándose de los postulados generales del artículo 71 CC y de la Ley 153 de 1887 (arts. 2, 3, 9, 14 y 15), dispusieron una regla especial de derogatoria. En servicios públicos, la ley posterior no deja tácita o indirectamente sin efecto a la anterior. Una disposición concebida para garantizar un mínimo de seguridad jurídica. Este precepto se inspira en el artículo 42 de la Ley 4ª de 1913.⁵⁶

⁵² Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018 [fundamento jurídico 3.3], con S.V.

⁵³ Cfr. Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018 [fundamento jurídico 4], con S.V. y Sala Especial de Decisión n°. 10, Sentencia de 13 de agosto de 2020, Rad. 2020-01058-00 [fundamento jurídico 32], con S.V.

⁵⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 21051 [fundamento jurídico 1].

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1997 [fundamento jurídico 6].

⁵⁶ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto de 2008, Rad. AP-0888 [fundamento jurídico 3], con S.V.

Este mandato que no es contrario a la Constitución, porque no establece –como podría pensarse– una ley con jerarquía especial. Se limita a ordenar algo que ya insinúa el artículo 158 de la Constitución: las normas que reforman o derogan disposiciones anteriores, deben contener los mandatos que expresen de manera clara los preceptos que reforman o derogan.

En todo caso, la legislación sectorial de los servicios públicos se ha mantenido, en términos generales, a lo largo de más de un cuarto de siglo. Esa estabilidad se explica, no en ese sabio precepto, sino –como sostiene el profesor Palacios Mejía– en que el gobierno, las empresas y los usuarios parece que “temen que una reforma hecha con el propósito de lograr alguna pequeña mejoría, sea oportunidad de un cambio mayor que altere los delicados equilibrios que la ley contiene”. Todo indica, dice el autor, que la estabilidad de la Ley 142 “proviene del hecho de que cada uno de los grandes sectores sociales a los que ella se aplica sienten que la ley protege sus intereses fundamentales. Es difícil hacer elogio más alto de esa, o de cualquier otra ley”.⁵⁷

El artículo 369 sentó las bases de un régimen particular de protección del consumo en este sector. La Constitución replanteó la terminología tradicional: se pasó de “administrado” a “usuario”. Si el servicio público dejó de ser una función administrativa, era apenas natural que el destinatario del servicio cambiara su nombre.

El usuario justificó el cambio de modelo. Según la exposición de motivos de la Ley 142, el usuario fue la “principal víctima” en el monopolio oficial. Como los recursos del sector dependían de las disponibilidades fiscales, ello impedía ampliar la cobertura. Además, el monopolio carecía de incentivos para la eficiencia, lo que entrañaba que el usuario debía pagar tarifas innecesariamente altas y recibía servicios de “calidad pobre”⁵⁸. Por ello, el servicio universal y eficiente es el pilar sobre el que descansa todo el esquema constitucional de protección al usuario.⁵⁹

⁵⁷ Hugo PALACIOS MEJÍA, Prólogo a *Impacto sectorial de los diez años de la legislación marco de servicios públicos domiciliarios en Colombia*, de Económica Consultores (Bogotá: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2004), 13.

⁵⁸ Exposición de motivos al Proyecto de Ley n.º 197 de 1992-Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 162 (1992).

⁵⁹ Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n.º 53 (18 abril de 1991): 5, y, *Gaceta Constitucional* n.º 113 (5 de julio de 1991): 31.

El artículo 369 de la Constitución establece una reserva de ley de intervención económica para los derechos y deberes del usuario⁶⁰. Singularidad de la protección que se basa en la “asimetría real” en las relaciones entre prestadores y usuarios⁶¹. Una legislación concebida a favor de la “parte más débil”. Reserva que entraña que los derechos de los usuarios son materia de ley y no un ámbito abierto a la regulación administrativa económica.⁶²

La Ley 142 es, por consiguiente, un estatuto de protección del usuario que no se reduce a la parca previsión de su artículo 9.⁶³ De modo que, la regulación económica administrativa no puede otorgar a las empresas la facultad de imponer multas a los usuarios⁶⁴, tampoco puede prever la fórmula que determine la base para fijar el cobro de la contribución especial para usuarios no regulados, porque tal competencia radica exclusivamente en el legislador.⁶⁵

El legislador optó por concebir un esquema de protección del usuario con una mirada “administrativista”, propia de las relaciones entre la Administración y las personas. La Ley 142 adoptó figuras típicas del derecho administrativo: el derecho de petición (artículos 152 de la Ley 142)⁶⁶; el “silencio administrativo positivo” (artículo 158 de la Ley 142); la notificación sobre la decisión de una petición o de un recurso se hace en la forma prevista en el CCA (hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo, CPACA), artículo 159; la Superintendencia de Servicios Públicos, además, conoce del recurso de apelación contra esas decisiones y según las reglas de la primera parte de ese código.⁶⁷

⁶⁰ Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional* n.º 48 (4 de abril de 1991), 12.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. AG-0016 [fundamento jurídico 5].

⁶² Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 29 de marzo de 2012, Rad. 25693 [fundamento jurídico 21].

⁶³ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. AP-0005 [fundamento jurídico 3.1], con A.V.

⁶⁴ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 30 de julio de 2008, Rad. 26520 [fundamento jurídico 2.2.3].

⁶⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta, Sentencia de 5 de mayo de 2000, Rad. 9783 [fundamento jurídico párr. 15].

⁶⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2011 [fundamento jurídico 3.1.1].

⁶⁷ Se dota así de un “privilegio de lo previo” a los prestadores en temas determinantes de la relación con el usuario como la negativa del contrato, la suspensión, la terminación, el corte y la facturación del servicio.

Si la prestación de los servicios públicos dejó de ser una función administrativa, ¿es coherente que las empresas estén revestidas de “potestades de autotutela” que son propias del ejercicio de una función administrativa? ¿No resulta, acaso, extraño a un esquema como el expuesto, que los operadores puedan resolver unilateralmente (a través de “actos administrativos”) las controversias que surjan en la ejecución del contrato de prestación de servicios? ¿Estas prerrogativas de poder público acentúan aún más la diferencia entre la debilidad del usuario y la preeminencia de la empresa prestadora?⁶⁸

Se produce una situación sorprendente: una actividad se “convierte” en lo que no es –una función administrativa–, cuando el usuario reclama por su prestación. Es más curioso aún que esa modalidad, impropia de las relaciones con los usuarios, se haya extendido a otros eventos de puro derecho del consumo: ¿“publización” o “administrativización” del derecho comercial?⁶⁹

Si la ampliación de la cobertura sigue siendo un elemento esencial en la prestación de los servicios públicos, la pobreza, en un país como el nuestro, no puede ser una barrera para la normal prestación. Así la Ley 142, en desarrollo de los mandatos de los artículos 366, 367 y 368 de la Constitución⁷⁰,

⁶⁸ Esas decisiones unilaterales de las empresas, en consecuencia, son susceptibles de los controles “parecidos” a los que proceden contra los actos de la Administración. Una “auténtica vía gubernativa para el sector de los servicios públicos domiciliarios”, en tanto los prestadores obran en esos casos “como titulares de funciones administrativas” (Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 2001 [fundamento jurídico 5]).

⁶⁹ Sobre la “invasión” del derecho privado por el derecho público, ver Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, I (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973), 151 y ss.

⁷⁰ Los servicios públicos, aunque ya no sean monopolios oficiales, son por mandato constitucional inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 Constitución). Se mantiene así uno de los elementos distintivos de la noción clásica, esto es, su prestación general e interrumpida (hoy denominada “servicio universal”), al disponer que el Estado debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

A su vez, el artículo 366 de la Constitución prevé que el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. Como el régimen tarifario debe tener en consideración el criterio de solidaridad (art. 367 Constitución), la Constitución ordena a las entidades territoriales conceder subsidios en sus respectivos presupuestos focalizados a que las personas de menores ingresos (discriminación positiva) puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (art. 368 Constitución).

previó un esquema particular de subsidios⁷¹ (arts. 2º, numerales 2.2, 2.8 y 2.9; 3º numerales 3.2 y 3.7, 5º, numerales 5.3 y 5.4; 86 numerales 86.2; 87, numerales 87.3; 89 y 99 a 104).

La Ley 142 de 1994 diseñó un esquema racional, neutro (ajeno a veleidades políticas) y eficiente de otorgamiento de subsidios para garantizar el acceso a los usuarios de menores ingresos. La idea es simple: se trata de ayudar al pago del consumo básico de subsistencia. Según la Constitución y la ley, el usuario debe cubrir todo lo que exceda ese consumo.

El trascendental cambio que trajo para la teoría del servicio público la eliminación del monopolio oficial supuso también una transformación del aparato institucional. Este ya no se centra en el establecimiento público como entidad descentralizada funcionalmente por excelencia, sino en los más representativos medios de intervención administrativa de la economía: la regulación administrativa económica y la inspección, vigilancia y control, al ser una actividad de comercio e industria.

La fortaleza de las instituciones administrativas depende de cuánto se acoplan a la realidad del país. Así como el modelo general de prestación concebido por el constituyente –y acertadamente desarrollado por el legislador de 1994– fue una respuesta a las necesidades colombianas, la institucionalidad del sector obedeció a parámetros muy nuestros.

La legislación ordena a las comisiones de regulación promover y preservar la competencia, así como asegurar las condiciones de una oferta del servicio eficiente para poder abastecer la demanda⁷². Las comisiones tienen

La Constitución previó que la prestación no puede ser gratuita, al disponer que el régimen tarifario debe tener en cuenta el criterio de costos. Sin embargo, estableció simultáneamente otros criterios de ese régimen tarifario: solidaridad y redistribución de ingresos.

⁷¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-580 de 1992 [fundamento jurídico B]; Sentencia C-566 de 1995 [fundamentos jurídicos 1 -3.1 y 3.2-]; Sentencia C-252 de 1997 [fundamentos jurídicos 2 y 9]; Sentencia C-086 de 1998 [fundamento jurídico 3]; C-150 de 2003 [fundamentos jurídicos 5.1 y 5.2.1]; Sentencia C-041 de 2003 [fundamento jurídico 3] y Sentencia C-353 de 2006 [fundamentos jurídicos 5 y 6], con A.V. y S.V. y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de marzo de 2006, Rad. AP-0543 [fundamento jurídico 1], con S.V.; Sentencia de 12 de octubre de 2006, Rad. AP-0833 [fundamentos jurídicos 1 y 4.5], con A.V. y Sentencia de 18 de junio de 2008, Rad. AP- 0618, [fundamentos jurídicos 7 y 9], con A.V.

⁷² La regulación administrativa económica sectorial ha jugado un papel determinante para lograr un esquema tarifario eficiente en el sector eléctrico, por ejemplo, donde la competencia, en generación y comercialización, y un esquema de bolsa han permitido ampliar la cobertura.

facultades típicamente administrativas y no legislativas, como las que se dice pueden llegar a tener las agencias reguladoras norteamericanas. Así lo pusieron de presente, en su momento, los profesores Vélez García⁷³ y Vidal Perdomo.⁷⁴

La Corte Constitucional, en un importante pronunciamiento, resaltó que las comisiones de regulación hacen parte de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, que cumplen funciones administrativas y que dependen del presidente de la República, como suprema autoridad administrativa. Según este fallo, cualquier intento de sustituir al legislador, o de dictar reglas sin apoyo en las prescripciones legales, es contrario al artículo 370 de la Constitución.

Esta decisión resaltó que las comisiones cumplen funciones presidenciales y que, como lo ordena ese mismo precepto constitucional, las ejercen con sujeción a la ley. Por ello, la regulación no puede –como sí sucede en otros ordenamientos– “completar” la ley, ni llenar sus “vacíos”. La regulación administrativa económica no es, pues, en el derecho nacional “legislación secundaria”, tampoco “forma proposición jurídica completa con la ley”⁷⁵. El Consejo de Estado –como juez natural de los actos regulatorios– ha seguido ese criterio vinculante, por su fuerza de cosa juzgada, y “con fundamento en su alcance normativo limitado”.⁷⁶

La denominación “comisiones de regulación” podría cambiarse. Tal vez sería mejor llamarlas “agencias de promoción de la competencia” o “agencia de garantía del mercado”. La regulación no puede ser la regla, y tampoco se puede estar regulando constantemente. El orden jurídico impone tener como derrotero una cierta permanencia de la regulación. El hecho de que se denominen así puede dar a entender que su objeto es, justamente, regular, solo regular y nada más que regular. La experiencia demuestra que los cambios bruscos del marco regulatorio desestimulan la inversión,

⁷³ Jorge VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas del derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1996), 205 y ss.

⁷⁴ Jaime VIDAL PERDOMO, “Las comisiones de regulación en los servicios públicos”, *Revista de Derecho Público*, n.º 11 (2000), 222.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000 [fundamento jurídico 1].

⁷⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n.º. 26, Sentencia de 26 de marzo de 2021, Rad 2020-01743-00 [fundamento jurídico 9].

alteran el mercado y atentan contra la libertad económica. La confianza y la certeza son los pilares del derecho.

La actividad regulatoria podría enmarcarse mejor en la lógica del Código Civil de “desregular”: más normas supletivas de la voluntad y menos normas de orden público, solo las estrictamente necesarias. Tenemos un país con demasiadas leyes y acostumbrado a un número excesivo de disposiciones reglamentarias. El sector de los servicios públicos tiene un marco legal estable y muy pocos decretos reglamentarios. Sin embargo, las comisiones en muchos aspectos han “sobre regulado” el sector.

La “desmonopolización” de la prestación de los servicios públicos, aunque entrañe funciones de intervención estatal, debe ir acompañada de “desregulación”, es decir, de medidas que tiendan a disminuir o eliminar regulaciones estatales innecesarias sobre el mercado. Regular de manera caótica, regular sin evidencia, regular de forma efímera, atenta contra la libertad. Hay que “liberar” a este país de tanta regulación inútil, que solo hacen difíciles las cosas.

De otra parte, la concentración de funciones en las comisiones de regulación riñe con los postulados liberales de toda democracia. Atribuirles la facultad de dirimir conflictos entre operadores no solo parece contrario a la Constitución (a pesar de que la Corte ya se haya pronunciado a favor de su exequibilidad)⁷⁷, sino al sentido común: quienes expiden las reglas no pueden ser luego imparciales e independientes para aplicarlas en casos particulares. La experiencia ha mostrado, además, que no es precisa la naturaleza de esa función —¿administrativa o judicial?—. Esa incertidumbre sobre su alcance no es una buena señal para el mercado.⁷⁸

La Constitución dividió las funciones de regulación y control en instituciones separadas. Aunque su titular también sea el presidente de la República, el régimen represivo o corrector quedó a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Dos autoridades separadas para funciones de policía administrativa, que en otros países

⁷⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1120 de 2005 [fundamento jurídico 9]. Como esta providencia no tiene efectos de cosa juzgada absoluta, en un futuro la Corte podría pronunciarse frente al artículo 116 de la Constitución.

⁷⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 27 de marzo de 2008, Rad. 33645 [fundamento jurídico 3.2.1] y Rad. 33644 [fundamento jurídico 2.2].

concurrer en una misma institución⁷⁹. La legislación dio así cabal desarrollo al artículo 370.⁸⁰

La SSPD es una institución, que según el constituyente, “resulta indispensable para proteger los derechos de los usuarios, asegurar la eficiencia y el manejo correcto del servicio y, en general, para hacer eficaz la regulación y el control del Estado”⁸¹ (arts. 189.22 y 370 de la Constitución). Como la prestación, según el marco constitucional, debe ser eficiente, la potestad sancionatoria de la Administración exige un control de gestión de la prestación (arts. 45 y ss. de la Ley 142).⁸²

Como ya se indicó, todas y cada una de las funciones de la superintendencia sectorial son instrumentos de intervención del Estado en este sector de la economía: “un reducto de lo público que no puede ser decidido por la racionalidad privada”⁸³. La Superintendencia es, pues, una manifestación de la potestad correctiva del Estado⁸⁴ que, en ejercicio del control de gestión a su cargo, incluso puede tomar posesión de los prestadores, para garantizar la continua prestación eficiente del servicio (arts. 79 y 80 Ley 142).⁸⁵

La Ley 142 de 1994 reguló el control de gestión y los resultados sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios en el capítulo primero del Título IV (arts. 45 a 52). En consonancia con esto, el numeral 11 del artículo 79, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, atribuyó a la Superintendencia la función de evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores. Según el artículo 45, el propósito principal del control empresarial es hacer coincidir los objetivos de quienes prestan servicios públicos con sus fines sociales y su mejoramiento estructural,

⁷⁹ Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º. 50 (1992):16.

⁸⁰ Cfr. Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º. 162 de (1992): 25.

⁸¹ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º. 22 (18 de marzo de 1991): 51 y ss.

⁸² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1996 [fundamento jurídico 5].

⁸³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP-1470 [fundamento jurídico 2.1].

⁸⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 16 de junio de 1997, Rad. 931 [fundamento jurídico 3]; Sección Tercera; Sentencia de 26 de octubre de 2006, Rad. AP-1843 [fundamento jurídico 1]; Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP-0004, [fundamento jurídico 3] y Sala Especial de Decisión n.º. 26, Sentencia de 5 de marzo de 2021 [fundamento jurídico 8].

⁸⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP-1944 [fundamento jurídico 3].

de manera que se establezcan criterios claros que permitan evaluar sus resultados.

Para llevar a cabo esta tarea, la legislación previó la figura de las auditorías externas de gestión y resultados (AEGR)⁸⁶ como un instrumento de apoyo a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁸⁷. Se buscaba que la supervisión tuviera un medio eficiente para llevar de manera adecuada un control técnico y de gestión a las empresas del sector (artículo 51 de la Ley 142, modificado por el artículo 6 de la Ley 689 de 2001).

De esta forma se buscaba garantizar un control empresarial eficiente, que de otra manera (mediante el aparato burocrático de la Superintendencia) no podría hacerse con eficiencia, dado el número alto de prestadores y las altas complejidades de cada sector. Sin embargo, la Corte Constitucional definió, al estudiar su constitucionalidad, que el deber de contratar AEGR no cobijaba a las empresas oficiales.⁸⁸

De otro lado, la Ley 1340 de 2009 atribuyó a la Superintendencia de Industria y Comercio la prevención y represión de conductas contrarias a la libre competencia, en servicios públicos domiciliarios. Esa ley previó que dicha Superintendencia conocería de las investigaciones administrativas por infracción a las disposiciones de protección de la competencia, y le correspondería la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones relativas a competencia desleal y conductas anticoncurrenciales, sobre todos los sectores y actividades económicas.

Una cosa es que los particulares sean cotitulares de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pero asociados a las finalidades sociales del Estado, y otra, muy distinta, es tratarlos como una actividad económica más. Eso fue lo que hizo, por desventura, la Ley 1340. La Ley 1340 desplazó, pues, el control de los servicios públicos domiciliarios a esa autoridad de supervisión y control. Aunque la Corte Constitucional declaró exequible ese traslado (no obstante lo dispuesto por el artículo 370 de la Constitución), es preciso reiterar que esta reforma no aplica al sector de

⁸⁶ Cfr. Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 167 de 1992 en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 121 (1993).

⁸⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n.º. 26, Sentencia de 5 de marzo de 2021, 2020-01891-00 [fundamento jurídico 11].

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 2002 [fundamento jurídico 10].

los servicios públicos domiciliarios, porque no hubo derogatoria expresa, como lo ordena la Ley 142. De ahí la importancia de su artículo 186 para la seguridad jurídica y la coherencia del régimen.

A pesar de algunas dificultades, el régimen de los servicios públicos se ha consolidado como un ejemplo de transformación eficaz del derecho administrativo. El régimen de la contratación estatal previsto en la Ley 80 de 1993 es otro frente legal donde los cambios de la Constitución de 1991 se han proyectado, como pasa a verse.

Régimen legal de los contratos estatales: menos unilateralidad y más autonomía de la voluntad

La “desmonopolización” de la prestación de los servicios públicos y la previsión constitucional de una economía social de mercado, exigieron replantear el marco legal de los contratos de la Administración. La contratación en la gestión pública emerge como un instrumento para manejar programas a cargo del Estado, mientras este conserva la titularidad de ciertos activos y fija –controla– las políticas del sector correspondiente⁸⁹. El nuevo enfoque del papel del Estado como social de derecho (art. 1 Constitución), la protección de la libertad económica y de la empresa como base del desarrollo (art. 333) imponen un régimen de contratación ágil y eficaz, donde la libertad contractual juega un papel determinante.

En efecto, la Constitución protege de manera especial –al lado de la propiedad privada (artículo 58)– a la libertad económica (art. 333) en sus diversas expresiones –libertad de empresa⁹⁰ y libertad de competencia–, como el derecho de toda persona a realizar actividades económicas lícitas, de acuerdo con sus preferencias o habilidades, para crear, mantener o incrementar un patrimonio⁹¹, dentro del marco del ordenamiento jurídico.

El contrato estatal, como el servicio público, debe ser apreciado desde la economía. La contratación de la Administración muestra con nitidez no

⁸⁹ Además, no se olvide que la Constitución autoriza la prestación “indirecta” de servicios públicos por el Estado, a través de contratos.

⁹⁰ Que incluye sus diversas expresiones como la libertad de inversión, la libertad de emprendimiento, la libertad de entrada y, por supuesto, la libertad de contratación.

⁹¹ Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 80 (23 de mayo de 1991), 911.

solo la enorme incidencia de las transformaciones constitucionales antes explicadas, sino en general del régimen económico, que alteraron la clave para apreciar las relaciones negociales estatales. El aspecto decisivo ya no está en las prerrogativas de poder público, sino en el regreso a la autonomía de la voluntad.

El nuevo rol del Estado, en general en la economía y en particular en los servicios públicos, impuso reconfigurar –como en efecto se hizo– todo el régimen de contratación estatal. Un Estado que ha asumido tantos retos en el modelo social de derecho exige de una contratación pública robusta y eficiente que sirva de instrumento para el desarrollo del país.

Al igual que la legislación sectorial de los servicios públicos, la Ley 80 de 1993 en su texto original busca propiciar la inversión (nacional y extranjera), al tener en cuenta las evidentes limitaciones fiscales de un país pobre como el nuestro. La innovación, el mejoramiento de la infraestructura nacional y de servicios, solo puede lograrse con el concurso insustituible de los particulares.

Los fines del Estado y el contrato estatal van de la mano. La colaboración de los particulares en la Administración es fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado a través de la celebración de contratos con el Estado (art. 2 CP y art. 3º de la Ley 80). De ahí la inobjetable relevancia de la contratación pública en el PIB nacional, un porcentaje del 15%, según datos de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.⁹²

De modo que, al desaparecer el monopolio oficial del servicio público y al reconocer a la empresa como base de la economía, era una consecuencia natural que el régimen de la contratación estatal se acercara al de los particulares, normas que buscan –como lo advierte la profesora Palacio Jaramillo– “frente a la nueva perspectiva y orientación del Estado colombiano, que este, como gran gerente y administrador de la cosa pública y del interés general, pueda lograr una gestión contractual exitosa, útil, transparente, moral e igualitaria”.⁹³

⁹² Cfr. Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia - Compra Eficiente, “Observatorio Colombiano de Contratación Pública”, 9 de diciembre de 2021. <http://www.occp.co/>

⁹³ PALACIO JARAMILLO, “Parámetros...”, 26.

Al recuperar la libertad su rol definitivo en la economía —en todos los sectores (art. 333 de la Constitución) y en particular en los servicios públicos (art. 365)— el contrato estatal también debía regresar a sus fuentes, a sus raíces: a la autonomía de la voluntad, a la libertad. Al recuperar la libertad se restaura la noción clásica de contrato⁹⁴. Un derecho administrativo de la contratación que le apuesta al emprendimiento y al incentivo de la actividad empresarial y que —aunque las conserva— no se construye a partir de las prerrogativas de poder público.

La pretensión original de la Ley 80 de 1993 era tener un ámbito de aplicación muy amplio, comprensivo de todos los contratos del Estado, justamente para poner fin a las dificultades que generaba la dualidad de regímenes del Decreto Ley 222 de 1983 (contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración).⁹⁵

Un estatuto con vocación de universalidad: además de prever un ámbito de aplicación muy amplio (art. 2), creó una categoría única de contrato (art. 32). Por desventura, ese propósito se truncó con la explosión de regímenes singulares⁹⁶. La proliferación de regímenes “exceptuados” aniquiló ese objetivo. Desde una discutible interpretación de diversas disposiciones

⁹⁴ Como dice RISOLIA, para ello hay que evitar “la legislación desarticulada y episódica, la perpetuación de la emergencia, la dirección de la economía y la explotación demagógica de la justicia social. Hay que remover las trabas, liberar la iniciativa y devolver su seguridad y estabilidad al orden jurídico. El respeto de la fe empeñada libremente y la correcta sanción de la fuerza obligatoria de los contratos, es indispensable a ese fin. No se puede construir un derecho justo sin voluntad autónoma; una economía sin contrato eficaz; un contrato sin libertad, sin moralidad, sin fuerza obligatoria. El orden jurídico debe ser entendido como un todo congruente, sensible y unitario. Ningún resorte se relaja sin que padezcan los demás. No hay derecho sin libertad ni puede haber libertad sin derecho. La libertad jurídica es un imperativo de la moralidad. La crisis de la voluntad autónoma es crisis de la regla moral. La libertad está al principio y fin del orden jurídico. Y los límites de la libertad —como se ha escrito con justeza— deben ser obra de la libertad.” (Marco Aurelio RISOLIA, *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958), 10 y 11.

⁹⁵ Cfr. Susana MONTES DE ECHEVERRI, “Algunas observaciones al nuevo estatuto contractual”, *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, n.º. 50 (1983): 87 y ss. Y Dionisio GÓMEZ RODADO, “La responsabilidad en la actividad contractual del Estado [Decreto 222 de 1983]”, en *Contratos estatales* editado por María Teresa Palacio Jaramillo, (Bogotá: Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2022).

⁹⁶ Cfr. Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “Panorama de las transformaciones del derecho público colombiano, con ocasión de la Constitución de 1991” en *El derecho público en Iberoamérica: libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, con la dirección y coordinación Libardo Rodríguez R. (Bogotá: Temis y Universidad de Medellín, 2010), 228.

constitucionales, se estimó que muchas entidades públicas debían tener un régimen particular, diferente de la Ley 80.⁹⁷

La Ley 80 de 1993 buscó brindar certeza a las relaciones contractuales del Estado. No es una ley breve porque sea una norma marco abierta a la reglamentación administrativa. Es una ley concisa porque el derecho común regula lo esencial, como lo disponen sin rodeos sus artículos 13 y 40. Escasos ochenta artículos que dejaron sentadas las bases de un esquema basado en el acuerdo, en la autonomía de la voluntad, en la libertad.

Ante el fracaso de los fines buscados con la legislación anterior, la Ley 80 tanto en su letra como en su espíritu –manifestados con precisión en ella misma, así como en la historia fidedigna de su establecimiento (art. 27 CC)– buscó remedio para esa Administración rodeada de obstáculos y pleitos, que obligaron a buscar atajos para sustraerse de las leyes de contratación pública:

... la agilidad, la libertad, la transparencia, la autonomía son principios de imperioso desarrollo. Por oposición, el excesivo detallismo y la asfixiante reglamentación son aspectos que dificultan el actuar contractual, en un marco caracterizado por la rapidez y por lo expedito de las decisiones,

⁹⁷ Las empresas sociales del Estado y promotoras de salud del Régimen Subsidiado; la enajenación de la propiedad accionaria del Estado; adquisición y adjudicación de tierras a los campesinos; las universidades públicas; ciencia y tecnología; espectro electromagnético; emisión de bonos y títulos de deuda pública y para contratar crédito externo por parte de las entidades territoriales; excepciones a la prohibición de “auxilios parlamentarios”; prestadores de servicios públicos domiciliarios; Banco de la República. Asimismo, los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación; entidades financieras de carácter estatal; servicios postales; operaciones de crédito público; exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables. También se sustrajeron de la Ley 80 a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50 por ciento que estén en competencia con los particulares o actúen en mercados regulados, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas; sector defensa; a los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales; las sociedades fiduciarias y al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade). Del mismo modo, la edición e impresión de los medios de comunicación; Aeronáutica Civil y Satena S. A.; Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica y Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y de las Artes; Programa de Protección para Víctimas y Testigos, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía General de la Nación; Fondos de Servicios Educativos; Ecopetrol; Suerte y azar; contratos del Fondo Nacional de Gestión del Riesgo y el Instituto Nacional de Salud, entre otros.

condiciones *sine qua non* para estar a tono con las tendencias imperantes de eficiencia, calidad, eficacia e internacionalización recogidas por nuestra carta política.⁹⁸

Un estatuto conciso, que usa un lenguaje claro y sencillo, que tiene un conjunto articulado de preceptos en los que domina el sentido práctico. La triada sobre la que se construyó el estatuto contractual podría sintetizarse así: i) los fines de la contratación son los mismos del Estado (art. 3º de la Ley 80); ii) el régimen general es el derecho civil y comercial (art. 13, en consonancia con los artículos 23, 27, 28, 32, 40, 44 a 46 de la Ley 80), y, iii) solo por excepción se aplican las reglas propias de la función administrativa (art. 77 de la Ley 80).

Como dijo el profesor Vidal Perdomo, la contratación del Estado al regular el ejercicio de actividades de carácter económico de los particulares es una ley de intervención económica (art. 150.21 de la Constitución): “La libertad de concurrencia, que es un postulado de la legislación económica se desarrolla a través del principio de la posibilidad de contratar con el Estado”.⁹⁹

La Ley 80 es, pues, fiel desarrollo de los artículos 333 y 365 de la Constitución: un “instrumento gerencial” para así poder competir, en igualdad de condiciones, con los agentes privados¹⁰⁰. Los antecedentes de esta ley resaltan que la unidad en sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Y dentro de ellos, la autonomía de la voluntad se revela como su máxima rectora: “como delegación que la ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos del orden público”.¹⁰¹

La autonomía de la voluntad, en el ámbito de los contratos, es esa esfera de poder jurídico que permite –como anota la doctrina– crear vínculos entre

⁹⁸ Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 75 (1992): 11.

⁹⁹ Jaime VIDAL PERDOMO, “Principios constitucionales y legales de la nueva contratación administrativa”, en *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1995), 63.

¹⁰⁰ PALACIO JARAMILLO, “Parámetros...”, 25.

¹⁰¹ Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 75 (1992): 9 y ss.

sujetos dentro del marco fijado por la ley. Es, pues, “una consecuencia de la libertad natural de los seres humanos, que los faculta para entrar o no en relaciones jurídicas voluntarias, y para darles el contenido que crean más conveniente”¹⁰². El derecho subjetivo no solo es libertad, es también poder jurídico, una “prerrogativa” otorgada a las personas para obrar lícitamente y conseguir un bien asegurado en las normas jurídicas.

Prerrogativa que “es inherente a la naturaleza misma del hombre”, que entraña la libre apreciación en sus relaciones recíprocas, ya que “el derecho no puede y no pretende imponer una determinada conducta: se limita a señalar la que estima conveniente y a castigar la que considera nociva”¹⁰³. La autonomía de la voluntad descansa sobre la libertad individual, como dicen los hermanos Mazeaud, “pero la libertad del individuo no podría ser absoluta sin conducir a la anarquía y al triunfo del mal; tiene por límites las reglas de la moral y las necesidades de la vida en sociedad”¹⁰⁴.

La libertad o autonomía negocial o contractual es, pues, autodeterminación, autorregulación y autodisposición de sus intereses en la vida social, para disciplinar sus propias relaciones¹⁰⁵. Esta autonomía, propia de las democracias liberales que permiten a las personas regular sus relaciones, es a la vez fuente de normas y fuente de relaciones.

Y en ese contexto, la voluntad tiene un rol relevante, y por eso es un elemento esencial del negocio mismo¹⁰⁶. La institución jurídica del contrato, como señala Messineo, es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada: “Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admita (no interesa en qué medida) una riqueza (esto es, una propiedad) privada.”¹⁰⁷

¹⁰² Carlos MOUCHET y Ricardo ZORRAQUIN BECU, *Introducción al Derecho* (Buenos Aires: Perrot, 1959), 111.

¹⁰³ MOUCHET y ZORRAQUIN BECU, *Introducción al Derecho...*, 111.

¹⁰⁴ Henry MAZEAUD y Jean Léon MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte tercera, III (Buenos Aires: EJE, 1962), 30.

¹⁰⁵ Luigi CARIOTA FERRERA, *El negocio jurídico* (Madrid: Aguilar, 1956), 43; Renato SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, traducido por Fernando Hinestrosa (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983), 16.; Marco Gerardo MONROY CABRA, *Introducción al derecho* (Bogotá: Temis, 1973), 328.

¹⁰⁶ Doménico BARBERO, *Sistema del derecho privado* (Buenos Aires: EJE, 1967), 516 y 517.

¹⁰⁷ Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato* (Buenos Aires: EJE, 1952), 15.

La autonomía de la voluntad es la base del derecho común y centro de gravedad de los contratos. Voluntad que está asociada al atributo de la capacidad de las personas: “la personalidad presupone capacidad de concluir actos jurídicos”¹⁰⁸. La voluntad exteriorizada libre de vicios es capaz de crear por sí misma obligaciones: en este principio de la autonomía de la voluntad reposa el derecho moderno, como afirma la doctrina más autorizada.¹⁰⁹

La libertad es pilar básico de las decisiones de las personas. La libertad de contratar es una manifestación de la libertad en general y, en particular, es una “consecuencia” del principio de la autonomía de la voluntad¹¹⁰. Por ello, la declaración de voluntad en los contratos estatales no difiere en esencia de la de los contratos entre particulares. Eso es lo que reconoce la Ley 80: toda una transformación del derecho administrativo.

Autonomía para gobernar su esfera jurídica¹¹¹: una norma particular que permite la coexistencia de dos esferas de libertad¹¹². La autonomía, como ese ámbito de libertad que se negocia, es la base que permite la constitución de relaciones jurídicas y de creación de preceptos particulares para gobernarse a sí mismo (autorregulación). Por ello, como anota Valencia Zea, los artículos 1602 y 1618 CC son “las dos piedras angulares del Código en relación con el principio de la libertad contractual”, pero de manera alguna esa voluntad carece de límites. Por el contrario, el Código prevé limitaciones “encaminadas a salvaguardar los intereses superiores de la colectividad: arts. 16, 1603, 1518, párr. 3º y 1524 CC”.¹¹³

Superada la visión monopólica del servicio público y reconocida la libertad contractual (una de las caracterizadas manifestaciones de la libertad de empresa) como base del desarrollo, también había que replantearse el dirigismo

¹⁰⁸ Biagio BRUGI, *Instituciones de derecho civil* (México: Uteha, 1946), 99. Ver también, Roberto DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil* (México: Librería de Ángel Pola, 1939), 183.

¹⁰⁹ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de derecho civil* (Santiago de Chile: Nascimento, 1961), 310.

¹¹⁰ ALESSANDRI y SOMARRIVA, *Curso de derecho civil...*, 311.

¹¹¹ Luis DÍEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, I (Madrid: Tecnos, 1982), 387 y 389.

¹¹² Lina BIGLIAZZI, Umberto BRECCIA, Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI, *Derecho civil*, I, 2, traducido por Fernando Hinestrosa (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992), 611.

¹¹³ Arturo VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, I (Bogotá: Temis, 1987), 42 y 43.

estatal en todas sus expresiones. Así, no se compagina con el orden constitucional adoptado en 1991, continuar razonando que en las relaciones negociales del Estado se debía seguir imponiendo la idea rectora de “prerrogativa de poder público”. Esta ha cedido terreno, en los contratos estatales, a la “prerrogativa de poder jurídico” de la autonomía de la voluntad. Hoy el Estado también tiene este otro tipo de “prerrogativa”, compartida con los particulares, ese poder jurídico para entablar relaciones jurídicas y regularlas.

En ese contexto de superación de los monopolios públicos, la autonomía de la voluntad es primordial en los contratos estatales. El derecho comercial y el derecho civil son la regla general, y las normas especiales de la Ley 80 deben coexistir con ellos. Así quedó explícito en la exposición de motivos de esa legislación, que dijo “recuperar” la autonomía de la voluntad como elemento característico del estatuto contractual estatal.¹¹⁴

De manera que la autonomía –el otro nombre de la libertad– es pilar básico de la Ley 80 de 1993, como potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias destinada a satisfacer deseos y necesidades. La Ley 80 apostó por un régimen en que las entidades estatales obraran más como personas jurídicas, y solo cuando sea estrictamente necesario lo hicieran como autoridades.

Un derecho administrativo de los contratos que le apuesta más a la igualdad que a la jerarquía, al “privilegio”, a la ventaja exclusiva, a la prerrogativa especial, al goce exclusivo del poder público. Menos autoridad soberana y más acuerdo. Menos unilateralidad y más compromiso acordado. La Ley 80 señala una y otra vez que se aplican principalmente las normas civiles y comerciales.

En definitiva, la contratación estatal es un lugar de encuentro de los dos tradicionales ramos del derecho, donde la libertad se reivindica. Al ser la Ley 80 una norma especial (art. 5 de la Ley 57 de 1887 y art. 3º de la Ley 153 de 1887), en lo que ella no regula, los contratos estatales se someten a las disposiciones generales (civiles y comerciales).¹¹⁵

¹¹⁴ Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 75 (1992): 9 y ss.

¹¹⁵ Cfr. Patricia MIER BARROS, “El régimen jurídico del contrato estatal”, *Revista de Derecho Público*, n.º. 17, (2004), 59 y ss.

De ahí que en los contratos estatales deba prevalecer, en lo posible, el acuerdo sobre la solución unilateral. Así como el servicio público dejó de ser una función administrativa, no es apropiado hablar de “función administrativa contractual”. El contrato estatal da cabida solo por excepción a la expedición de actos administrativos. Al fin y al cabo, el contrato estatal no es más que un acuerdo de voluntades.

No se puede seguir “sacralizando” al acto administrativo como expresión característica de la función administrativa. La unilateralidad en el derecho administrativo no puede ser la única clave para estudiar toda esa disciplina. Es preciso insistir que, a nuestro juicio, el contrato como expresión de la libertad contractual, es hoy por hoy el centro de gravedad del derecho administrativo. Esto impone preguntarse si la actividad contractual puede simple y llanamente denominarse “función administrativa contractual” como suele hacerlo, en especial, la jurisprudencia.

La Ley 80 solo por vía de excepción le imprimió ese carácter de función administrativa a la actividad contractual. El postulado de la autonomía de la voluntad, como indican los antecedentes de la ley, “no puede regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público en razón al interés colectivo que los fundamentan. Son esos límites precisamente los que exigen la normatividad contenida en [la] ley”.¹¹⁶

Ese marco que “no puede quedar al arbitrio de la voluntad de las partes” es el siguiente: i) capacidad (inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, consorcios y uniones temporales y el registro único de proponentes); ii) selección del contratista (que incluso podrían replantearse por esquemas de mayor negociación despojados del ritualismo del acto administrativo: licitación con negociación, diálogo competitivo, procedimiento abierto o restringido, como han dispuesto las directivas del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea¹¹⁷); iii) las denominadas potesta-

¹¹⁶ Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 75 (1992): 12.

¹¹⁷ Cfr. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a contratación pública [DO L 94/65 de 28 de marzo de 2014], <https://bit.ly/3GFj2F5> y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de noviembre de 2020, Rad. 38097 [fundamento jurídico 9] con A.V.

des excepcionales (que en todo caso deben repensarse –¿eliminarse?–¹¹⁸ en tanto se ha abierto paso a su adopción vía acuerdo); (iv) los mecanismos de solución de controversias, y, (iv) algunos aspectos del manejo económico del contrato: equilibrio económico¹¹⁹; el tope del 50% en contrato adicional¹²⁰; mayor cantidad de obra y obra adicional.

Estos son los ámbitos donde pueden verse expresiones nítidas de “función administrativa contractual”. Extender esta expresión más allá es contradecir lo dispuesto, en su letra y en su espíritu, por la Ley 80¹²¹. La actividad contractual del Estado en sus diversas etapas –precontractual, de ejecución y poscontractual– solo por excepción está gobernada por normas de orden público de la Ley 80.

No hay actos administrativos por el simple hecho de que una de las partes sea la Administración y se pronuncie. Un precepto cardinal, que está en consonancia con el artículo 13, es el artículo 77 de esa ley, que prescribe que las normas sobre procedimientos y actuaciones administrativas serán aplicables a las actuaciones contractuales en cuanto sean compatibles con la finalidad y principios de la Ley 80.

Ese era el sentido genuino de esa ley, que fue tergiversándose por algunas interpretaciones judiciales, y que luego, por desventura, se convirtieron en leyes. La jurisprudencia se alejó en ocasiones de este mandato y luego el legislador hizo suyos esos criterios jurisprudenciales contrarios a la Ley 80, en temas como las multas y el “debido proceso administrativo” que ha trastornado la normal ejecución de los contratos.

La Ley 80 deliberadamente no reguló las multas y la cláusula penal y dejó en claro que, al no hacerlo, se remitía, como en tantos otros asuntos, al derecho civil y comercial (art. 13). Ello supone que se podían pactar

¹¹⁸ Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria-poderes de la Administración”, en *Reforma al régimen de contratación estatal*, 343 y ss, editado por Felipe de Vivero (Bogotá: Universidad de los Andes, 2010).

¹¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 11 de marzo de 1972, Rad. 561 [fundamentos jurídicos IX-XIII].

¹²⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 18 de julio de 2002, Rad. 1439 [fundamento jurídico 1].

¹²¹ El acuerdo voluntario de las partes es “la ley reguladora máxima” (Exposición de motivos al Proyecto de Ley 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, n.º 75 (1992): 13.

y hacer efectivas de manera unilateral, como sucede entre particulares. Infortunadamente, así no lo entendió la jurisprudencia¹²² y ese giro jurisprudencial forzó a que la Ley 1150 regulara una materia propia del derecho privado, con reglas, además, de un supuesto “debido proceso”¹²³. Problema que se agudizó con la expedición de la Ley 1474 (arts. 86 y 90).

Así las “partes” se han venido convirtiendo –por esta “sacralización” de actos administrativos inexistentes– en “contrapartes”. Del acuerdo se pasó a la confrontación; lo más insólito, es que algunos proponen que el “debido proceso” se “extienda” a los contratos de los particulares. Parece que viviéramos en un país en el que todo se transforma en “pleito”. Consecuencias nocivas de convertir en “función administrativa” lo que no es: se volvió “procedimiento administrativo” lo que es relación comercial gobernada, básicamente, por el derecho común.

La fuerza normativa del contrato estatal y de sus cláusulas no proviene de normas especiales de la Ley 80, sino que es corolario de lo dispuesto por el Código Civil (arts. 16 y 1602 CC). Por ello, como dice el profesor Cárdenas Mejía, en el régimen de contratación estatal es necesario –como sucede en el ámbito privado– pactar un régimen sancionatorio que opere por “ministerio del contrato y sin intervención del juez”.

Si además se someten a un “debido proceso”, las sanciones ya no son automáticas, y no cumplen así su función de apremio. También hay que reevaluar las consecuencias que hoy se derivan en materia de inhabilidades (Ley 1474), porque “una cosa son las sanciones que en realidad solo se aplican excepcionalmente y después de un proceso –que es lo que ocurre en la actualidad– y aquellas que se aplicarían automáticamente de la misma forma que los intereses de mora”.¹²⁴

¹²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 20 de octubre de 2005, Rad. 14579 [fundamento jurídico B].

¹²³ Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales” en *La Ley 1150 de 2007 ¿una respuesta a la eficiencia y transparencia en la contratación estatal?*, 69 ss., editado por Rocío Araujo (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2011).

¹²⁴ Juan Pablo CÁRDENAS MEJÍA, “La huida por la administración del derecho privado contractual”, en *Sociedad, Estado y Derecho, homenaje a Álvaro Tafur Galvis*, III, 377-378, editado por Antonio Aljure, Rocío Araujo y William Zambrano (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014).

En definitiva, algunos criterios del Consejo de Estado sobre la Ley 80 de 1993 son muy parecidos a los que se tenían en vigencia del anterior estatuto (el Decreto Ley 222 de 1983): ¿puede valerse el juez del contrato de puntos de vista basados en una legislación que no solo está derogada, sino que estaba perfilada con una concepción diametralmente opuesta a la legislación vigente?

No obstante, el Consejo de Estado paulatinamente ha comenzado a revisar ese enfoque de “función administrativa contractual”. En primer lugar, como ya lo hizo la jurisprudencia civil¹²⁵, el Consejo de Estado –en el ámbito de los regímenes exceptuados–¹²⁶ de tiempo atrás, ha encontrado viable pactar cláusulas que permitan la resolución extrajudicial unilateral.

Esta óptica pone en el lugar que le corresponde a la autonomía de la voluntad como uno de los pilares de la contratación –privada y pública– al admitir que no es necesario que la ley autorice este tipo de acuerdos. Al reivindicar al derecho privado como norma, al menos en ciertos contratos del Estado, se abre de nuevo la senda hacia un derecho administrativo de la libertad.

En segundo lugar, la situación excepcional derivada de la pandemia del Covid-19 puso de presente que la renegociación es una salida más coherente que las medidas unilaterales. Es deseable que las partes intenten acordar nuevas condiciones que permitan la ejecución de lo pactado. El encuentro, el acuerdo, la bilateralidad son vitales para reubicar a la libertad en el centro del derecho administrativo.

No es preciso que la Administración en sus relaciones contractuales siempre adopte “actos administrativos”. Por difícil que sea la situación, la Administración debe tener presente que está frente a una relación bilateral, que la vía unilateral es un camino excepcional y solo se puede recurrir a él en los casos previstos en la ley. La gestión contractual impone partir

¹²⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Rad. 1999-01957-01 [fundamentos jurídicos 2, 3 y 4].

¹²⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 18 de junio de 2007, Rad. 31838 [fundamento jurídico 4.2.3]; Sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. 56939 [fundamento jurídico 1], con A.V.; Sentencia de 19 de julio de 2017, Rad. 57394 [fundamento jurídico 7] con A.V., y Sentencia de 8 de junio de 2018, Rad. 38120 [fundamento jurídico 3.6]. y A.V. a la Sentencia de 21 de noviembre de 2017, Rad. 42408 [fundamento jurídico 3.4.1].

siempre de lo acordado, como norma que gobierna las relaciones contractuales de la Administración.

En los contratos, donde domina la autonomía negocial, es preciso buscar el acuerdo para adoptar soluciones a eventuales dificultades¹²⁷. La excepcionalidad y la exorbitancia que distinguieron las legislaciones inspiradas en la escuela francesa del servicio público, y que terminó por ampliarse a todo tipo de decisión de la Administración, parece haberse convertido en la regla que domina todo los ámbitos del contrato estatal.

Ninguna de las partes puede, a su arbitrio, desconocer lo pactado. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y su fuerza obligatoria solo desaparece por mutuo disenso o por causas legales (artículo 1602 CC). Y ello también es así en contratación pública. Aunque se presenten circunstancias especiales (imprevisibles, irresistibles y externas a las partes) —como sin duda fue en su momento la pandemia Covid19— que pudieren llegar a afectar su ejecución, la solución no era la salida unilateral, sino el acuerdo: el camino natural de los contratos. Para facilitar la ejecución lo deseable era tratar de acordar nuevas condiciones que permitieran el cumplimiento del objeto de lo pactado.¹²⁸

En tercer lugar, sobre la base de que la autonomía de la voluntad es la regla dominante del régimen de contratación, el Consejo de Estado ha venido replanteando el criterio, según el cual la ausencia de salvedades en otrosíes o en contratos posteriores impide, de manera automática, plantear pretensiones judiciales¹²⁹. El punto de partida de nuevo ha sido la autonomía: gobernarse por sus propias reglas. La autonomía es esencial a toda persona (art. 73 CC), como sujeto de derechos y ello aplica también a las personas jurídicas (art. 633 CC), y dentro de ellas, por supuesto, a las de carácter público o de las entidades que, aunque carecen de personería jurídica, la ley autoriza a obligarse (arts. 2, 6, 7 Ley 80).

¹²⁷ Cfr. MIER BARROS, “El régimen jurídico del...”, 72.

¹²⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión 26, Sentencia de 26 de marzo de 2021, Rad. 2020-01463-00 [fundamento jurídico 15].

¹²⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 16 de octubre de 1980, Rad. 1960 [fundamento jurídico 7]; Subsección C, Sentencia de 28 de mayo de 2015, Rad. 35625, [fundamento jurídico 4] y A.V. a la sentencia de 29 de enero de 2018, Rad. 52666 [fundamento jurídico 3].

Con esta perspectiva, el artículo 27 de la Ley 80 no ha establecido requisito de procedibilidad alguno que impida si se suscriben pactos adicionales –ante el silencio de las partes frente a una determinada reclamación– luego pretenderla en juicio. Propiciar el acuerdo no impide llevar las diferencias a los tribunales. El deber del juez es el de establecer, caso por caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance para determinar si ese acuerdo reguló los asuntos cuya reclamación se formula.¹³⁰

En cuarto lugar, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha subrayado que la violación de lo estipulado en el contrato entraña su incumplimiento y, por consiguiente, constituye un evento de responsabilidad contractual y da lugar a solicitar la indemnización de perjuicios. Los contratos se celebran en beneficio de las dos partes: i) la entidad busca el cumplimiento de los fines del Estado y, ii) el contratista busca un beneficio económico, una remuneración razonable y equivalente (art. 1498 CC).

Aunque en el ámbito de la contratación estatal esa ecuación financiera debe preservarse, no toda alteración de esa ecuación supone un rompimiento del equilibrio económico. El contratista está obligado a asumir los riesgos inherentes a la actividad contractual¹³¹. Según la jurisprudencia, la situación anormal de ruptura del equilibrio económico solo se presenta en los siguientes supuestos: i) modificaciones del contrato (*ius variandi*); ii) “teoría del hecho del príncipe” y, iii) “teoría de la imprevisión” o “sujeciones materiales imprevistas”.¹³²

Por ello, no hay que confundir el incumplimiento con el desequilibrio económico, como pareciera hacerlo la Ley 80¹³³. Toda conducta trasgresora de lo pactado que llegue a generar un perjuicio da lugar a reconocer la indemnización correspondiente. Si las partes acuerdan libre y voluntariamente el contenido obligacional del contrato, es natural que si el retardo, el

¹³⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 20 de noviembre de 2020, Rad. 38097, [fundamento jurídico 10 y ss.], con A.V.

¹³¹ Cfr. Patricia MIER BARROS y Susana MONTES DE ECHEVERRI, “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos”, *Revista de Derecho Público*, n.º. 11 (2000): 39 y ss.

¹³² Cfr. Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *El equilibrio económico en los contratos administrativos* (Bogotá: Temis, 2015).

¹³³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 15 de julio de 2020, Rad. 28794 [fundamentos jurídicos 8-13], con A.V.

defectuoso cumplimiento o el incumplimiento configuran un daño resarcible, se genere responsabilidad. Si ello es así, el incumplimiento faculta a la imposición de multas, a declarar la caducidad administrativa del contrato o a declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal.

En un derecho administrativo de la libertad, los organismos de control no deberían tener una injerencia determinante la celebración y ejecución del contrato. Esta coadministración, que se genera en la práctica, no solo impide una buena gestión, sino que además dificulta una imparcial y adecuada labor de control. Así lo entendió la Ley 80 en su texto original.

Hoy, por desventura, luego de entender que toda la actividad contractual es “función administrativa” se ha llenado de requisitos, formalismos y controles, como si la base fuera la desconfianza respecto de todos los que intervienen: partes (servidores públicos y contratistas) e interventores; como si se “presumiera” que todos ellos buscaran enriquecerse ilícitamente a expensas del erario. Una premisa no solo equivocada, sino que además no ha logrado eliminar (donde se presentan) las malas prácticas, y ha convertido a la contratación pública en un mundo complejo e intrincado, kafkiano, en algunos casos.

Ha sido una constante en el derecho nacional buscar en la ley, y ahora, en las decisiones judiciales y de control, la solución a problemas endémicos de corrupción. Si el Ministerio Público “ayuda” a tomar decisiones de carácter administrativo, las sugiere, las propicia o las presiona, o induce modificaciones, está impedido para cumplir adecuadamente su labor¹³⁴. Sin embargo, el Ministerio Público ejerce un control preventivo. Así, conforme al artículo 160 CDU, retomado por el artículo 219 de la Ley 1952 de 2019, la Procuraduría puede solicitar –no ordenar– medidas preventivas (como la suspensión de procedimientos, actos o contratos¹³⁵), que bien podría transformarlos en “auténticos jueces”.¹³⁶

La Ley 80 en su artículo 65 previó el control fiscal sobre servidores, interventores y contratistas. Posteriormente, el artículo 119 de la Ley 1474

¹³⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1999 [fundamento jurídico 2].

¹³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-977 de 2002 [fundamento jurídico 5].

¹³⁶ PALACIO JARAMILLO, “Parámetros...”, 30.

de 2011¹³⁷ dispuso una responsabilidad solidaria del ordenador del gasto, contratista y demás personas que concurran en el hecho, cuando se demuestre la existencia de daño patrimonial proveniente de sobrecostos en la contratación, en procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición.¹³⁸

El Estatuto anticorrupción en su artículo 83 asignó una serie de tareas al interventor que, como lo advierte la doctrina, desnaturaliza este contrato, al disponer que debe vigilar, además de la correcta ejecución de lo contratado, la moralidad administrativa. Además, previó que la omisión puede acarrear una inhabilidad para ejercer su profesión en el ámbito estatal. Esta responsabilidad, como señala la profesora Palacio Jaramillo es “excesiva, si se tiene en cuenta que la característica técnica de este tipo de contratistas hace que su experticia no sea, ni de lejos, la de convertirse en garante de la moralidad”.¹³⁹

A su vez, el artículo 84 de esta ley previó una inhabilidad de cinco años al interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante, relacionada con el incumplimiento del contrato o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato, declarado exequible bajo el entendido que, en caso de concurrencia de sanciones de inhabilidad para contratar con el Estado, solo tendrá aplicación la más alta, siempre y cuando se hayan impuesto por el mismo hecho.¹⁴⁰

Originariamente, la Ley 80 dispuso que los organismos de control y vigilancia no intervendrían en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación (artículo 29-11). Las contralorías no podían, pues, intervenir en los procesos internos de la Administración como si fueran parte de ella.

¹³⁷ “Estatuto Anticorrupción”.

¹³⁸ Declarado exequible, Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2014 [fundamentos jurídicos 3 y 4].

¹³⁹ Cfr. María Teresa PALACIO JARAMILLO, “Las distorsiones del contrato de interventoría”, en *Infraestructura y derecho, consultoría e interventoría: perspectivas, roles y responsabilidades*, 131 y ss., compilado por Juan Carlos Quiñones y Ornella Choles (Bogotá: Cámara Colombiana de la Infraestructura-Legis, 2019).

¹⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-434 de 2013 [fundamento jurídico 4.2].

Los órganos que intervienen activamente, así se entendió al inicio, no podrían ejercer objetivamente su labor de control, pues resultarían involucrados en el proceso administrativo específico. Adicionalmente, la Fiscalía General de la Nación conoce de los hechos punibles relacionados con la contratación pública (arts. 57 y 64 de la Ley 80 de 1993), que se agrupan en los delitos de “celebración indebida de contratos”.¹⁴¹

Sobre los gestores públicos pesa, pues, una “presunción de mala fe”. Así la gobernanza pública pasó de las manos de los gestores públicos a la coadministración de los múltiples organismos de control. La proliferación de mecanismos e instrumentos de fiscalización de la actividad contractual paraliza los proyectos. El Estado se expone a incertidumbres litigiosas, pues acude a los pleitos por el mero temor a firmar un arreglo directo, figura que ha sido estigmatizada. Se necesitan menos abogados y más emprendedores en los contratos del Estado.

Las normas de contratación no deberían ser concebidas como un instrumento de “lucha contra la corrupción”. Si unas normas se alteran en sus fines genuinos (en este caso, la consecución de los fines del Estado a través de la provisión de bienes y servicios mediante la ejecución de los presupuestos públicos), es natural que los auténticos objetivos no se obtengan. Pero, tampoco, se han logrado aquellos propósitos que artificialmente han sido “creados”: la moralización de la gestión pública contractual.

Estos son los dos escenarios de la legislación donde la nueva concepción del servicio público y la libertad de empresa –como base del desarrollo– se han proyectado expresamente. A pesar de las dificultades y de los retrocesos (en especial de la jurisprudencia), se ha avanzado mucho. En la segunda parte, se expondrán otros dos ámbitos en que ese derecho administrativo de la libertad debería proyectarse.

¹⁴¹ Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 del Código Penal); interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 del Código Penal); celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales (art. 410 del Código Penal) y acuerdos restrictivos de la competencia o colusión en la contratación estatal (art. 410 A Código Penal, adicionado por la Ley 1471 de 2011, Estatuto Anticorrupción).

El derecho administrativo de la libertad: las reformas pendientes al ordenamiento legal del derecho administrativo

El cambio de la concepción del servicio público y el reconocimiento de la libertad de empresa como pilar de la economía no solo impactaron al régimen de los prestadores y a la contratación estatal. Es preciso revisar su incidencia en dos terrenos cruciales del derecho administrativo: de un lado, el régimen de la organización administrativa y el acto administrativo; de otro, el control judicial (institucional y arbitral) de la Administración.

Hacia un régimen de la organización administrativa y de la actuación administrativa de la libertad

La participación de los particulares en la gestión de los servicios públicos, que antes estaba a cargo del Estado, no solo supuso una transformación de la noción de servicio público, sino que vino acompañada de una redefinición del papel del Estado en este sector y en la economía en general. Esto impone una organización y funcionamiento de la institucionalidad administrativa desde una visión subsidiaria; un regreso a confiar en la capacidad de las personas para ser responsables de sus destinos. La finalidad de la ley –según el padre del liberalismo filosófico– no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla.¹⁴²

Un sistema social está fundado en el postulado de *subsidiariedad*, recuerda el profesor Rodríguez Arana, siguiendo de cerca a Messner¹⁴³, cuando, i) en lugar de dirigir y controlar (como sucedía en el modelo monopólico del servicio público) a las personas, les facilite el logro de sus intereses en un contexto de libertad; ii) utiliza la técnica de la descentralización del poder y de la autonomía de las autoridades menores y, iii) acude menos a leyes y más a actividades de fomento y a los estímulos para lograr el bien común: más libertad en un marco de mínima regulación estatal (como sucede en una economía social de mercado).

¹⁴² LOCKE, *Two treatises...* VI, 57.

¹⁴³ Cfr. Johannes MESSNER, *Ética general y aplicada* (Madrid: Rialp, 1969), 227 y 228. Y, Johannes MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural* (Madrid: Rialp, 1967), 336.

Este postulado de subsidiariedad se suele sintetizar en una idea simple: *tanta libertad como sea posible, tanta intervención estatal como sea imprescindible*. Es reconocer que el progreso social no depende de manera exclusiva del Estado. El fracaso del “Estado del bienestar estático” fue creer en la fórmula ingenua, según la cual la intervención estatal directa, automáticamente producía mayor bienestar general.¹⁴⁴

La cotitularidad del servicio público exige un regreso a la no injerencia, a la suplencia, a la subsidiariedad que, como señala el maestro Cassagne, solo justifica la intervención del Estado en aquellos casos de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, cuando es necesaria para la satisfacción del bien común, postulado básico del derecho natural y que arraiga en la doctrina social de la Iglesia (i.e. *Mater et Magistra* y *Quadragesimo Anno*).¹⁴⁵

El Estado no puede hacerlo todo. Un Estado sobrecargado de tareas, como era el propio del monopolio del servicio público, no solo es ineficiente, sino que además se erige en una seria amenaza contra la libertad de las personas. Un derecho administrativo de la libertad apuesta más por la libertad y la responsabilidad de las personas en la construcción de su destino, que en el poder aplastante de la burocracia estatal.

Decía Napoleón, de quien este año conmemoramos el bicentenario de su muerte, que la imaginación –y no el poder, podríamos añadir– gobierna el mundo¹⁴⁶. La cotitularidad de la prestación de los servicios públicos es una apuesta por la imaginación, por esa facilidad para formar ideas nuevas, nuevos proyectos. En palabras de Erhard: “... el ideal que yo sueño es que cada cual pueda decir: yo quiero afianzarme por mi propia fuerza, quiero correr yo mismo el riesgo de mi vida, quiero ser responsable de mi propio destino. Vela tú, Estado, porque esté en condiciones de ello”.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Jaime RODRÍGUEZ ARANA, *El derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho* (Buenos Aires: IJ Editores, 2020). En sentido similar, Jaime RODRÍGUEZ ARANA, “Subsidiariedad y entes locales” (2 de marzo de 2018) “Sobre el principio de subsidiariedad” (2 de noviembre de 2019); y “El principio de subsidiariedad” (7 de noviembre de 2020). <https://rodriguezarana.com>

¹⁴⁵ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002), 121.

¹⁴⁶ Ier NAPOLÉON, *Mémoires de Napoléon Bonaparte: Manuscrit venu de Sainte-Hélène* (Paris: Hachette Livre-BNF, 2018).

¹⁴⁷ Ludwig ERHARD, *Bienestar para todos* (Madrid: Unión Editorial, 2010).

La ruptura del monopolio estatal de los servicios públicos corrió pareja con la caída estrepitosa del Estado del Bienestar, en su versión “cerrada y unilateral”, o “estática”, como la denomina el profesor Rodríguez Arana¹⁴⁸. El Estado no ostenta ahora el monopolio de los servicios públicos, y la empresa –y no el Estado– es la base del desarrollo económico. Tampoco puede el Estado, pues, pretender ser el “dueño” del interés público.

Toda norma jurídica sirve a la vez al interés público y al interés privado, según Hayek¹⁴⁹. Los intereses individuales coinciden a menudo con los sociales. La contraposición entre el interés general y el interés particular es difícil de apreciar, como observa Aftalión. De modo que el “interés en juego” tampoco define al derecho administrativo.¹⁵⁰

El carácter instrumental del Estado impone ubicar de nuevo a la persona, y a su libertad, como eje del sistema. La libertad –y no el Estado– es el centro del derecho administrativo. Desde esta óptica, el Estado debe fomentar una sociedad más libre, donde las personas tomen sus decisiones más por estímulos positivos que por regulaciones asfixiantes. Un Estado del Bienestar, de corte monopólico en la prestación de los servicios públicos y donde la libertad económica no sea garantizada, amenaza seriamente con aniquilar la capacidad decisoria de las personas.

Con este enfoque, el artículo 20 transitorio de la Constitución dotó de facultades extraordinarias al gobierno de la época para que, a través de normas con fuerza de ley¹⁵¹, reordenara la rama ejecutiva del poder público y la pusiera a tono con el nuevo enfoque de los servicios públicos y de la empresa, como base del desarrollo económico. El constituyente facultó al ejecutivo para modificar la estructura de ciertas entidades, es decir, para reestructurarlas, lo que suponía la facultad de modificar, crear, adicionar

¹⁴⁸ Jaime RODRÍGUEZ ARANA, “La crisis del Estado bienestar” y “Estado de bienestar y política social” (9 de noviembre de 2019). <https://rodriguezarana.com>

¹⁴⁹ Friedrich A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, I, 132 (Chicago: The University of Chicago Press, 1973).

¹⁵⁰ Enrique AFTALIÓN, José VILANOVA y Julio RAFO, *Introducción al derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999), 805 y ss.

¹⁵¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 20 de enero de 1994, Rad. 2455 [fundamento jurídico párr. 15].

o reasignar funciones, remplazar la denominación de entidades y crear o suprimir cargos o empleos.¹⁵²

Se trataba, pues, de modificar la estructura de la Administración, de transformar sus instituciones, para ajustarse a los cambios constitucionales¹⁵³. Aunque fue un paso decisivo para la “modernización” del Estado, este ajuste institucional no fue consolidado por las reformas subsiguientes que se alejaron del norte trazado por el constituyente de 1991.

En materia de estructura de la Administración nacional¹⁵⁴, el esquema constitucional y legal permite una enorme flexibilidad al Ejecutivo para hacer constantes cambios normativos, ya que “sustraer del debate en el Congreso y de las reglas de la decisión democrática mayoritaria”¹⁵⁵ estas materias. El reformismo estatal permanente, podría decirse que, porque hay una gran “reestructuración administrativa” por cada período de gobierno, priva de estabilidad al aparato institucional.

El constante cambio de la organización administrativa no permite brindar la certeza ni la seguridad jurídica que las personas esperan para conducir sus vidas. Además, propicia la improvisación, el desorden y la pérdida de confianza en el conjunto de órganos, que por esencia deberían ser “estables”. La misión del derecho constitucional, a juicio de André Hauriou, es organizar una coexistencia pacífica del poder y la libertad¹⁵⁶. Y la libertad solo florece en un ambiente de orden¹⁵⁷. El orden, hay que coincidir con Rousseau, es un derecho que sirve de base a todos los res-

¹⁵² Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 2249, Sentencia de 13 de mayo de 1993 [fundamento jurídico párr. 24].

¹⁵³ Cfr. PALACIO JARAMILLO, “El transitorio 20 y..., 59. También ver, IBÁÑEZ NAJAR, “Tipología de las entidades administrativas objeto de reforma”, en *Implicaciones jurídicas de la reforma administrativa*, 242 y 24.

¹⁵⁴ Un trabajo completo y actualizado sobre organización estatal, en Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Estructura del poder público en Colombia* (Bogotá: Temis, 2021).

¹⁵⁵ Hugo PALACIOS MEJÍA, *Economía en el derecho constitucional colombiano* (Bogotá: Derecho Vigente, 1999), 34.

¹⁵⁶ André HAURIOU, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (Barcelona: Ariel, 1971), 36. En sentido similar, a juicio de Sánchez Agesta, las normas constituyen un orden en el que reposa la armonía y vida del grupo porque establece un equilibrio entre sus elementos (Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de teoría política* (Madrid: Nacional, 1971), 110 y ss.

¹⁵⁷ Para Burdeau, el poder es una condición del orden y la libertad, no es posible sino dentro del orden. Georges BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (Paris: LGDJ, 1966), 11.

tantes y que se fundamenta en convenciones¹⁵⁸. Y, por ello, el derecho es por naturaleza orden.¹⁵⁹

El esquema actual impide contar con una organización administrativa fija, firme y homogénea, con rasgos característicos comunes. Adicionalmente, genera una enorme incertidumbre pues, de un lado, la Administración puede constantemente hacer ajustes, y, de otro lado, el legislador puede crear entidades con rasgos distintivos disímiles de un caso a otro.

Así, estamos frente a un esquema abierto que permite al legislador la expedición desarticulada de normas que crean instituciones sin seguir parámetro alguno; las definiciones y los elementos distintivos de las diversas entidades —enunciados en la Ley 489— solo sirven para dictar clase; el legislador y la Administración no tienen el deber de tener en cuenta lo allí previsto. Un ámbito tan abierto deja mucho espacio a la improvisación y propicia el desorden.

Hoy en día, las instituciones administrativas se crean con caracteres *ad hoc*, lejos de la necesaria generalidad, uniformidad y coherencia institucional. El país se acostumbró a superintendencias, “con” y “sin” personería jurídica, a entidades que cumplen similar rol, que son, unas, establecimientos públicos, otras, “agencias”, otras unidades administrativas especiales, etc.¹⁶⁰

No solo la buena administración impone un orden institucional diáfano, sino que los particulares demandan un aparato público que brinde confianza, que sea uniforme y duradero, además. El esquema actual no genera claridad en la institucionalidad, sino que también propicia inseguridad jurídica. La sociedad necesita tener certeza sobre las instituciones que la gobiernan: previsibilidad de cómo se van a crear o modificar.

¹⁵⁸ Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, libro I, I (Paris: Gallimard, 1964).

¹⁵⁹ Jorge XIFRA HERAS, *Curso de derecho constitucional* (Barcelona: Bosch, 1957), 91.

¹⁶⁰ Según LOCKE “... [quien] no ponga de un modo constante el mismo signo para denotar la misma idea, sino que use la misma palabra, a veces con un significado y a veces con otro, debe tenerse en las escuelas y en la conversación común por un hombre tan sin tacha como quien, en el mercado y la bolsa de valores, venda diversas cosas con un mismo nombre”. (John LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000), 500-501.

La certidumbre y el orden generan confianza. El orden permite, además, madurar las instituciones, hace previsible la institucionalidad que se crea según las necesidades. La consolidación de las instituciones exige, por un lado, que las reglas para su creación sean comunes y, por otro, que vía reestructuración de la Administración, no se introduzcan ajustes drásticos que tornen todo variable y cambiante. Los países deben ser gobernados por el orden y no por el desorden.

La palabra “Estado” significa, etimológicamente, situación en la que se encuentra algo o alguien. Pareciera que esa situación en lugar de ser “estable” fuera cambiante para el conjunto de órganos de la Administración. La coherencia, la simplicidad y la certeza del orden jurídico administrativo exigen una institucionalidad simple y sólida. La gestión administrativa arranca ahí. La eficacia y la eficiencia en la Administración exigen una institucionalidad vigorosa. Lo precario y variable es opuesto a lo constante y estable. El Estado, como decía Hauriou, no es más que el organismo social estructurado.¹⁶¹

Es necesario volver a dotar de claridad a la organización de la rama ejecutiva. Se requiere una ley orgánica que establezca criterios precisos para crear entidades, con sus elementos definidores, como en su momento se hizo en la histórica reforma administrativa de 1968. Ello sería una buena base para que hubiere la certeza y la confianza que se requiere tener en las instituciones. Una ley orgánica, como alcanzó a plantearse en la Comisión Tercera de la Constituyente, es sin duda una salida razonable.

Es preciso, según el profesor Ibáñez Najar, contar con unos nuevos estatutos básicos o normas orgánicas para imprimirle orden a la organización de la rama ejecutiva¹⁶². Desde cuando la Corte Suprema de Justicia –entonces juez de constitucionalidad– cambió su criterio y concluyó que los Decretos 1050 y 3130 de 1968 no tenían carácter de estatutos orgánicos básicos y, por ende, no tenían una jerarquía superior a la ley, el legislador ha venido creando todo tipo de entidades administrativas sin sujeción a parámetro legal alguno.

¹⁶¹ Cfr. HAURIU, Maurice, *Précis de droit...*, 153.

¹⁶² Jorge Enrique IBÁÑEZ NAJAR, *Estudios de derecho constitucional y administrativo* (Bogotá: Legis-Justicia y Desarrollo Sostenible-Universidad Sergio Arboleda, 2007), 367 y ss.

El razonamiento de la Corte Suprema de Justicia desde el punto de vista de las normas constitucionales era sólido: “es de la potestad legislativa del Congreso determinar la estructura de los establecimientos públicos y de las unidades administrativas especiales y que, por lo mismo, es también de su competencia ‘modificarla’, o ‘variarla’, pues quien puede lo más, puede lo menos, así resulte a juicio de algunos o de todos antitécnico o antiestético, sin que por ello comporte inconstitucionalidad”.¹⁶³

El problema es que este fallo propició, sin proponérselo, el desorden. No solo era antitécnico (favoreció el caos normativo) y antiestético (el desorden además de que no complace a la vista por la imperfección de sus formas, revela falta de coherencia pues no hay un plan previo al cual seguir), sino que fue y sigue siendo un criterio altamente inconveniente. Por eso, hay que ponerle remedio. Una rama ejecutiva desarticulada impide el cumplimiento eficiente de las delicadas funciones a su cargo.

Hay que coincidir con el profesor Ibáñez Najar en que es necesario prevenir, desde la Constitución, la facultad del Congreso para expedir leyes orgánicas para regular la estructura de la Administración Nacional. Hay que “encuadrarla” de nuevo: “El crecimiento desmesurado de entidades, organismos y dependencias de la Administración ha degenerado en su atomización y ha conducido a que no se sepa cuál es el verdadero tamaño del Estado, lo que dificulta su dirección y gobernabilidad.”¹⁶⁴

Tampoco hay un reparto riguroso de competencias entre el Congreso y el gobierno en materia de definición y modificación de la estructura de Administración nacional. La ley de manera diáfana debe establecer los precisos contornos de los artículos 150, numeral 7, y 189, numeral 16 de Constitución. El artículo 54 de la Ley 489 de 1998 tal como está hoy no permite distinguir con nitidez cuál es el ámbito de la ley y cuál el del reglamento administrativo. Es desconcertante que dos autoridades tengan, en el fondo, competencias que se traslapan.

No puede ser idéntico el alcance de las facultades “ordinarias” del presidente, para “reestructurar” entidades y organismos administrativos del

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 39 de 24 de mayo de 1984, Rad. 1125 [fundamento jurídico 3-6].

¹⁶⁴ IBÁÑEZ NAJAR, *Estudios de derecho...*, 464 y 465.

orden nacional, que el alcance de las atribuciones que tiene el Congreso para “definir” su estructura. No es conveniente, ni se acompasa con nuestro sistema de fuentes jurídicas, que una norma legal pueda ser reformada por una disposición administrativa, como lo ha permitido la jurisprudencia.¹⁶⁵

No es conveniente que un asunto tan importante como la modificación de la estructura de la rama ejecutiva quede en manos del gobierno por una ley marco. Ello solo tendría sentido si se precisara –de una vez por todas– que al gobierno solo le corresponde ocuparse de la estructura interna de cada entidad. Y que al hacerlo no puede, por ningún motivo, incidir en otras entidades: la estabilidad institucional y la seguridad jurídica son indispensables para el buen suceso de la Administración. No hay que legislar continuamente¹⁶⁶; en cambio, la tarea de cumplir y hacer cumplir la ley (típica tarea administrativa) no tiene pausa.

Ahora, como el servicio público dejó de ser una función administrativa, su prestación no es una manifestación de la descentralización por colaboración. No se está delante de la asignación de funciones administrativas a los particulares (artículo 210, inciso 2° y artículo 123 inciso 3° de la Constitución), como sí lo era en el esquema anterior. Para concluir ello, no es preciso hacer cambio legal alguno.

La jurisprudencia debe superar viejos puntos de vista y no apartarse de los textos constitucionales y legales vigentes para tratar de seguir aplicando criterios superados. Entre nosotros, los jueces no son dueños de la jurisprudencia, como dijo hace exactamente cien años un pronunciamiento histó-

¹⁶⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 8 de junio de 2000, Rad. 5914 [fundamento jurídico 2.2]; Sentencia de 15 de junio de 2000, Rad. AI-053 [fundamento jurídico 2.2]; Sentencia de 2 de noviembre de 2000, Rad. 5773 [fundamento jurídico IV]; Sentencia de 26 de julio de 2001, Rad. 5849 [fundamento jurídico 2.4]; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de septiembre de 2002, Rad. 1437 [fundamento jurídico 1]; Sección Primera, Sentencia de 8 de noviembre de 2002, Rad. 6758 [fundamento jurídico V]; Sentencia de 13 de marzo de 2003, Rad. 7102, [fundamento jurídico IV]; Sentencia de 31 de julio de 2003, Rad. 6584 [fundamento jurídico IV] y Sentencia del 31 de julio de 2003, Rad. 6327 [fundamento jurídico V. 3]). En sentido contrario, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 17 de marzo de 2010, Rad. 35726 [fundamento jurídico 5].

¹⁶⁶ “Un país de mil leyes es un país sin ley” (*Un pays de mille lois est un pays sans loi*) decía Balzac.

rico en Francia¹⁶⁷. Más aún cuando el derecho administrativo colombiano, a diferencia del francés, es un derecho legislado y no de elaboración pretoriana o jurisprudencial. Por fortuna, al menos en el ámbito constitucional, se trata en realidad de un solo pronunciamiento¹⁶⁸, porque los demás fallos, aunque lo han señalado así, se trata de consideraciones que no tenían incidencia alguna en la decisión (*obiter dicta*).¹⁶⁹

Hay que reformular el artículo 211 de la Constitución. Esta disposición, al permitir el uso indiscriminado de la delegación a todo tipo de autoridades, generó un enorme desorden. En un punto tan sensible como la responsabilidad, las normas no pueden establecer ámbitos de impunidad: según la Constitución solo responde el delegatario y no el delegante. La ley y los jueces no son los llamados a corregir los excesos de ese precepto constitucional.

Sin embargo, la Ley 678 de 2001 en el parágrafo 4º del artículo 2 previó (en franca oposición al artículo 211) que en materia contractual el acto de delegación no exime de responsabilidad al delegante. La Corte Constitucional declaró exequible esta disposición¹⁷⁰, al concluir que la delegación no puede convertirse en una “barrera de protección o de inmunidad” frente al delegante.

La delegación generalizada que propicia la Constitución, y que la ley y la jurisprudencia se encargaron de acotar, requiere ajustes de fondo. La legalidad y la responsabilidad son principios esenciales de un derecho administrativo de la libertad. Por el primero se somete a la Administración al orden jurídico; por el segundo, se permite cuestionar su gestión y comprometer su responsabilidad ante el desconocimiento del marco jurídico¹⁷¹.

¹⁶⁷ *Vous êtes maîtres de votre jurisprudence*, Cfr. Conseil d'État, Arrêt Olive, 25 de noviembre 1921.

¹⁶⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007 [fundamento jurídico 5.3].

¹⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-166 de 1995 [fundamento jurídico 2]; Sentencia C-286 de 1996, [fundamento jurídico 1]; Sentencia C-492 de 1996 [fundamento jurídico 2]; Sentencia C-181 de 1997 [fundamento jurídico 2]; Sentencia C-866 de 1999 [fundamento jurídico 3]; Sentencia C-702 de 1999 [fundamento jurídico 2-2] y Sentencia C-543 de 2001 [fundamento jurídico 3.3].

¹⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2002 [fundamentos jurídicos 5-8].

¹⁷¹ Cfr. Susana MONTES DE ECHEVERRI, “Responsabilidad contractual del Estado”, en *Contratos estatales*, editado por María Teresa Palacio Jaramillo (Bogotá: Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2022).

Para ser coherentes con estos dos postulados, es preciso imprimirle certeza a este instrumento de manejo administrativo.

La delegación, como está concebida en la Constitución, no permite brindar seguridad jurídica. En un Estado de Derecho ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones que no hayan sido atribuidas por la Constitución o la ley (principio de legalidad). La despersonalización del poder exige que las normas atribuyan las competencias, vía desconcentración o descentralización. La delegación aunque es un instrumento útil para la gestión eficiente, no puede ser tan amplia, al punto que todo pueda ser delegable si la ley lo autoriza.

En un derecho administrativo de la libertad, el poder público no es patrimonio de nadie, pertenece a todos, y, por ello, debe ejercerse conforme a la Constitución y a la ley. La delegación no puede tornarse en un mecanismo que amenace este postulado, pues el principio de legalidad es un pilar básico del reparto de competencias: un derecho de las personas a exigir su acatamiento por parte de la Administración, pero también un deber de las mismas de obedecer los mandatos de las autoridades administrativas.

Revisada someramente la organización de la Administración del orden nacional, hay que replantear otra figura central del derecho administrativo: el acto administrativo. Ello exige reformular el criterio dominante para diferenciar la función administrativa. En nuestro país, a pesar de lo dispuesto desde la reforma constitucional de 1945, ha prevalecido el criterio orgánico o subjetivo para diferenciar las funciones del Estado, entre ellas, por supuesto, la administrativa.

La Constitución de 1991 no solo optó por un criterio funcional en su artículo 113, sino que reformuló el servicio público al no asimilarlo más a una función administrativa. Por ello, no toda decisión de la Administración (en sentido orgánico o subjetivo) configura un acto administrativo. Y no solo en el régimen legal de los servicios públicos debe dejar de hablarse de servicio público como “función administrativa”, sino que en el ámbito de la contratación estatal, tampoco puede hablarse de una “función administrativa contractual”, como ya se expuso.

La “prerrogativa de poder público” (*puissance publique*) no debería ser la nota dominante de la acción jurídica de las colectividades públicas. Esta

noción –solo por vía de excepción o subsidiaria– se puede proyectar en los actos de gestión dominados por el derecho común, como es el caso de la prestación de los servicios públicos y la contratación estatal.

En otras palabras, si los servicios públicos y la contratación estatal dejaron de ser expresión de la función administrativa, no puede inferirse precipitadamente que todo acto jurídico de la Administración sea un acto administrativo, aplicando de manera mecánica un criterio orgánico o subjetivo. Un acto no es forzosamente administrativo porque emane de la Administración. La materia administrativa deriva de su contenido y no de su origen.

En un derecho administrativo de la libertad es importante que las personas puedan participar en la configuración de los actos administrativos de carácter general. Según la jurisprudencia, con ello se busca permitir que las personas (no “administrados”) puedan tomar parte en la conformación de esa voluntad unilateral de la Administración: el ciudadano puede tender así a adherir más fácilmente a la decisión a través de esta suerte de “obediencia consentida”.¹⁷²

La Administración, como acertadamente señala el profesor Rivero, aunque decida, sola y sin compartir el poder,

... debe ser consciente que se dirige a personas, es decir, a seres dotados de razón y de libertad, juzga necesario buscar la obediencia, no en el solo respeto de su poder, sostenido en el temor a la sanción, sino en la adhesión de las inteligencias; por ello, no desprecia oportunidad de explicar los procedimientos que ha seguido, los elementos del problema, los motivos que la han llevado a preferir la decisión adoptada frente a las que han sido desechadas. Tal actitud marca ya, en la vía de la democracia, un paso esencial, pues implica que, a los ojos del administrador, el administrado deja de ser una cosa [sobre] la cual impone su voluntad para transformarse en una persona.¹⁷³

Y ello puede revestir, a juicio del profesor Rivero, múltiples formas como la motivación de la decisión o la redacción en un lenguaje simple, pero hay una más eficaz: la participación, pues “entre la Administración y él se

¹⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de enero de 2011, Rad. 17479 [fundamento jurídico 5].

¹⁷³ Jean RIVERO, *Páginas de derecho administrativo* bajo dirección y coordinación de Libardo Rodríguez R. (Bogotá: Temis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2002), 92.

establece un diálogo”¹⁷⁴. Participación que debe ser libre, informada y previa, pero que deja a la Administración la decisión final, porque no puede convertirse en obstáculo para una buena gestión de lo público.

La forma en la producción de las decisiones administrativas es un medio para proteger los derechos de los asociados. Las personas pueden obedecer mejor, cuando previamente han podido participar en la adopción de la decisión (pero, se insiste, la Administración conserva la última palabra), que si solo se enteran de la determinación que ella toma. Esto es, participación ciudadana en el ámbito consultivo y no decisorio, que ha dado lugar a que se hable en otras latitudes de una suerte de “Administración concertada”.¹⁷⁵

Por supuesto, que la Administración solo se sujeta al ordenamiento jurídico superior (Constitución y leyes en el ámbito doméstico) y los jueces solo pueden entrar a controlar, una vez las medidas son adoptadas. Se trata de permitir una participación ciudadana en el ámbito consultivo y no decisorio. Ello, sin embargo, debe estar regulado en forma rigurosa para que no genere los problemas que se han presentado en la denominada “consulta previa” en el ámbito legislativo. La Ley 1437 ha avanzado en esta dirección (art. 8 CPACA)¹⁷⁶, que debe consolidarse y ampliarse.

El Estado del siglo XIX, a juicio de Villar Palasí, heredó y aplicó muchas técnicas típicas del Estado absoluto y este, por su parte, conservó muchas instituciones de los siglos anteriores¹⁷⁷. A su vez, el derecho administrativo contemporáneo —enseña el maestro Cassagne— ha heredado un gran número de técnicas y principios provenientes del derecho regio.¹⁷⁸

Conviene reexaminar —como ya ha comenzado a hacerlo la jurisprudencia— ciertas instituciones del derecho administrativo. Por ejemplo, no debería seguir hablándose de “privilegio de la decisión ejecutoria”. Este instituto está concebido para que el destinatario de la decisión administrativa sea

¹⁷⁴ RIVERO, *Páginas...*, 93.

¹⁷⁵ Cfr. Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Madrid: Tecnos, 1993).

¹⁷⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 19 de febrero de 2019, Rad. 2409 [fundamento jurídico b].

¹⁷⁷ José Luis VILLAR PALASÍ, *Curso de derecho administrativo*, I (Madrid: Universidad Complutense, 1972), 81.

¹⁷⁸ CASSAGNE, *Derecho administrativo...*, 108.

protegido, sin que tenga que acudir al juez. En otras palabras, pretende evitar que las relaciones de la Administración con las personas terminen en un pleito. Más que una “prerrogativa” de la Administración, debe entenderse como un mecanismo de gestión pública que facilita la toma de decisiones al tratar de evitar la controversia judicial.¹⁷⁹

El acto administrativo, como acto jurídico, está llamado a producir efectos, en el ámbito del derecho, en la esfera jurídica de las personas (antes “administrados”). De ahí la importancia de sus atributos: i) presunción de legalidad (es conforme al orden jurídico); ii) obligatoriedad (es eficaz, sin necesidad de pronunciamiento judicial) y, iii) ejecutoriedad (la Administración puede ejecutarlo directamente).¹⁸⁰

La presunción de legalidad de los actos administrativos es uno de los presupuestos de todo Estado de Derecho (art. 4, inciso 2 de la Constitución). Esta prerrogativa de la autoridad administrativa implica que, al presumirse ajustado a las normas superiores, todos tienen el deber de acatarlo y no puede desconocerse su carácter imperativo. Es una presunción que, por supuesto, puede ser desvirtuada ante los jueces. Por ello, el artículo 238 de la Constitución –al retomar el artículo 193 de la Constitución de 1886– estableció la medida cautelar de suspensión provisional, y al hacerlo definió a la ley la fijación de los motivos y los requisitos para su procedencia.

Hoy, sin embargo, pareciera que el acto administrativo no se presume legal, su obligatoriedad es cuestionada desde diversos frentes y su carácter ejecutorio, parece supeditado a la anuencia judicial. Si la excepción es la suspensión provisional, era obvio que se exigiera una oposición grosera al orden superior, una ilegalidad manifiesta. Sin embargo, el artículo 231 CPACA eliminó este presupuesto para decretar esa medida cautelar.

Al suprimirse el requisito de infracción manifiesta para decretar la suspensión provisional, no solo se pone en tela de juicio la figura misma del acto administrativo, sino que además se exige una suerte de prejuizgamiento sobre su legalidad, sin que haya habido proceso. La Administración queda,

¹⁷⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 31 de octubre de 2016, Rad. 28741A [fundamento jurídico 8] y auto de 17 de mayo de 2019, Rad. 59136 [fundamento jurídico 3].

¹⁸⁰ Cfr. Álvaro TAFUR GALVIS, *Teoría del acto administrativo* (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1975), 65.

así, despojada de un presupuesto importantísimo para la gestión de lo público y trasladada a los jueces la definición de las materias, sin que medie aún juicio alguno¹⁸¹. Un derecho administrativo de la libertad, no solo mira a las personas como eje de la Administración, sino que también se preocupa por la solidez y respetabilidad de las instituciones. Solo así se logra la confianza necesaria para una convivencia armónica.

Por último, se hará una aproximación a la Administración vista desde fuera: a partir del control judicial. Un presupuesto sustancial para el buen suceso de la gestión administrativa es contar con una sólida justicia, tanto institucional como arbitral. Hoy por hoy, al lado del papel determinante de la centenaria justicia administrativa, la justicia arbitral ha jugado, en el ámbito de la contratación estatal, un rol relevante.

Hacia un control jurisdiccional de la Administración basado en la libertad

La justicia administrativa está concebida para controlar el sometimiento de la Administración al orden jurídico. Para verificar el cumplimiento del principio de legalidad, es preciso tener una institucionalidad que fiscalice a la Administración, como eficaz garantía de los derechos de los asociados. En Colombia, ese control está a cargo de una justicia especializada inspirada en el modelo francés¹⁸², diferente de la justicia ordinaria concebida para dirimir los conflictos entre los particulares.

La dualidad de jurisdicciones se justificó en la exigencia de un derecho especial, diferente al de los particulares. La existencia de un juez distinto, sin duda permitió la evolución del régimen a partir de la jurisprudencia. La necesidad de una efectiva salvaguarda de los derechos de las personas frente a la Administración y su conciliación con el interés general son asuntos que se salen de los esquemas propios del juez ordinario.

Sin embargo, es preciso preguntarse si, actualmente, ¿el derecho administrativo es –de manera genuina– un ramo “autónomo” del derecho? Un

¹⁸¹ A.V. a Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 17 de septiembre de 2018, Rad. 52506 [fundamento jurídico 2].

¹⁸² Cfr. Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y Jorge Enrique SANTOS RODRÍGUEZ, *Un siglo de jurisdicción administrativa y de derecho administrativo en Colombia* (Bogotá: Temis, 2013).

derecho administrativo de la libertad impone una justicia capaz de enfrentar su misión a partir no solo del derecho administrativo (concebido para las expresiones de función administrativa), sino también desde el derecho común para las actividades que no lo son, como el servicio público, la contratación o las actividades industriales y comerciales del Estado.

Hoy, la dualidad no se explica en una pretendida especialidad o particularidad del derecho que regula las relaciones del Estado. La especialidad está en los fines y en la mixtura de derecho público y derecho privado. Se requiere un juez que conozca bien las reglas peculiares de la Administración, pero que no sea ajeno al derecho privado. La particularidad está en esa dificultad de manejar un derecho mixto y, además, en saber encontrar las diferencias en su aplicación e interpretación.

Actualmente, no puede hablarse de un antagonismo entre la autonomía de la voluntad, tradicional postulado civilista, y el principio de legalidad, característico del derecho público. La ley¹⁸³ y el contrato¹⁸⁴ se cimientan, finalmente, en una misma idea: el consentimiento. Como sucede en democracia, en el ámbito civil –como decía Duverger– nadie puede fabricar obligaciones sin su consentimiento.¹⁸⁵

La distinción entre “actos de autoridad” y “actividad de gestión” propuesta por Berthélemy¹⁸⁶ –y que orientó a la jurisprudencia francesa a comienzos del siglo pasado– sirve, en palabras de Garrido Falla, para delimitar los campos de la respectiva aplicación del derecho administrativo y del

¹⁸³ Cfr. LOCKE, *Ensayo sobre el...*, VIII, 95. La soberanía del Estado, según Rousseau, es la voluntad general de los contratantes (ROUSSEAU, II, I). A juicio de Burdeau, consentir es aceptar; no es dominar, sino admitir la legitimidad de la dominación (BURDEAU, 73), y para André Hauriou, el fundamento político de la autoridad de los gobiernos de derecho está en el habitual consentimiento que encuentra en los súbditos. De acuerdo con el mismo autor, cuando el poder no está sometido más que por la fuerza, tiene el carácter de poder de hecho, y se convierte en poder de derecho por el consentimiento de los gobernados (HAURIOU, *Derecho constitucional e...*, 128 y 125).

¹⁸⁴ Según el profesor Uribe Holguín en nuestro régimen civil es condición única de existencia del contrato el consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades motivado por causa o causas y destinado a crear una o más obligaciones con sus correspondientes objetos. La concurrencia de dos o más voluntades, agrega, forma el consentimiento (Ricardo URIBE HOLGUÍN, *De las obligaciones y del contrato en general* (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1980), 262 y ss.).

¹⁸⁵ Maurice DUVERGER, *Éléments de droit public* (Paris: PUF, 1974), 6.

¹⁸⁶ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif* (Paris: Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1913).

derecho privado¹⁸⁷. Si los contratos son los mismos de los particulares, su responsabilidad se ve comprometida –según Rivero– en los mismos casos: no hay, entonces, un régimen jurídico propio de la acción administrativa.¹⁸⁸

El Estado hoy actúa igual que los particulares en muchos ámbitos. Los contratos y la prestación de los servicios públicos son “actos de gestión” gobernados, principalmente, por el derecho privado (relaciones de coordinación), y no “actos de poder público”, de autoridad, gobierno, de imperio, o de mando, gobernados por el derecho público (relaciones de subordinación).

Las relaciones de coordinación no solo existen entre los particulares, sino que también pueden darse entre un particular y el Estado o entre dos órganos del Estado. La relación es de derecho privado, si ninguna de las partes interviene como entidad “soberana”¹⁸⁹. La totalidad de la actividad administrativa no está, pues, sometida al derecho público. Antes de la expedición de la Constitución de 1991, el profesor Hernández Mora ya advertía: “... nada impide, ni es contrario a la noción de servicio público, ni la lesiona o destruye o desvirtúa, que esta actividad en una u otra proporción pueda estar regida, en algunos o gran parte de sus actos, según las circunstancias, por el derecho privado”.¹⁹⁰

La independencia de la jurisdicción administrativa hoy no debería explicarse en una especialidad basada en la desigualdad, ni en la unilateralidad. El régimen distinto está en la mezcla, la mixtura, en la “hibridación” de que hablara Weil¹⁹¹. Y el juez es especial, no porque sea un juez experto en la unilateralidad, sino justamente porque entiende esa mezcla, porque tiene claros los fines de la Administración, y porque debe estar en capacidad de aplicar los postulados del derecho común en muchos ámbitos, sin perder el prisma público.

¹⁸⁷ GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho...*, 159.

¹⁸⁸ RIVERO, *Précis de droit...*, 34.

¹⁸⁹ Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del derecho* (México: Porrúa, 2002), 131 y ss.

¹⁹⁰ Alberto HERNÁNDEZ MORA, “La noción del servicio público en derecho administrativo (vigencia y utilidad)” en *El derecho administrativo latinoamericano*, II (Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1986), 255 y ss.

¹⁹¹ Prosper WEIL y Dominique POUYAUD, *Le droit administratif* (Paris: PUF, 1994), 73.

La legislación que hemos comentado en el apartado anterior (régimen de los servicios públicos y régimen de la contratación estatal) no puede ser interpretada como si no hubiera habido cambios. El juez de la Administración no puede –por nostalgia, por “tradicición” o simplemente por “inercia” –seguir usando criterios del pasado. No puede continuar invocando criterios judiciales o autores que inspiraron los regímenes antes de los cambios de la Constitución de 1991. Ello no es armónico con las transformaciones del servicio público, ni con las normas económicas constitucionales de 1991.

No se puede pretender seguir interpretando con parámetros jurídicos superados, instituciones que, aunque guardan la misma denominación, son muy distintas. Hoy el servicio público está muy lejos de la visión clásica francesa y los contratos estatales no pueden estudiarse con la óptica del binomio (superado) contrato administrativo-contrato privado de la Administración.

Un derecho administrativo de la libertad impone el respeto de la separación del ejercicio del poder público (art. 113 de la Constitución). El juez de la Administración no es autoridad administrativa y, por lo mismo, tampoco presupuestal. Es hora de repensar todo el sistema. Las acciones judiciales deben ser concebidas para controlar a la Administración, no para rivalizar con ella, ni emularla. Esto último, además, no es eficiente.

Preocupa que, al lado de los mecanismos constitucionales y legales de intervención administrativa de los servicios públicos, por ejemplo, se ha venido creando todo un esquema “paralelo” concebido a partir de múltiples y desarticuladas decisiones judiciales. No hay duda que las acciones colectivas son un instrumento adecuado para resolver las diferencias en derecho del consumo.

Sin embargo, es discutible que la ley trate como derecho colectivo autónomo el acceso a los servicios públicos, y a que su prestación sea eficiente y oportuna (art. 4, literal j, Ley 472), al igual que el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la “salubridad pública” (artículo 4, literal h, Ley 142). Esa concepción no corresponde a la visión propia de derechos de los consumidores.

Además, con ello se traslada a los jueces la efectividad material de típicos derechos económicos y sociales, cuya protección real no es propia

del ámbito de las decisiones judiciales. Ello ha implicado que el juez se convierta en formulador y ejecutor de políticas públicas. Lo preocupante es que en este ámbito, a diferencia de la tutela o de la acción del cumplimiento, las incursiones judiciales no han sido fruto de decisiones judiciales “audaces”, sino que han sido propiciadas por la propia ley. La garantía efectiva de los derechos sociales –que no colectivos, en realidad– no puede quedar en instancias judiciales. Si el juez de la acción popular puede dar órdenes para su protección, esto puede llevarlo a cogestionar y disponer del presupuesto público.

En una democracia liberal, donde la separación del ejercicio del poder público es uno de sus atributos esenciales, no puede haber jueces que suplanten la Administración. El juez no está facultado por el orden jurídico para ordenar gasto (arts. 150, num. 11 y 12, 338 y 345 de la Constitución, inc. 1º, Decreto 111 de 1996 art. 38, Ley 38 de 1989 art. 24, Ley 179 de 1994, arts. 16, 55 y 71).

En el caso de la tutela, algunas decisiones judiciales han ampliado su ámbito, contra los estrictos y precisos términos del texto constitucional. De ser un valioso instrumento subsidiario y residual para la protección inmediata de los derechos fundamentales, ha mutado en una suerte de remedio a todos los males de este país, una “panacea judicial”. Los jueces han pasado, muchas veces, por alto el ordenamiento jurídico y han entrado a fijar políticas públicas¹⁹². Es el caso, por desventura, también de los servicios públicos.

Es inquietante, por ejemplo, la creación a golpe de fallos de tutela de “subsídios judiciales”, en abierta contravía con lo dispuesto por la Constitución y la ley. Decisiones que, a largo plazo, podrían poner en peligro la sostenibilidad del exitoso esquema que diseñó la Constitución y desarrollaron las reformas legales de 1994. Mandatos que parten del supuesto de la no gratuidad y del apoyo financiero solo hasta un consumo básico de subsistencia.

¹⁹² Sobre el activismo judicial, ver: Mauricio A. PLAZAS VEGA, *Del realismo al trialismo jurídico: Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial* (Bogotá: Temis, 2009), y Ruth Stella CORREA PALACIO, “Jueces y políticas públicas”, en *Estudios de derecho público*, 155 y ss. *Liber Amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, editado por Rocío Araujo Oñate (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020).

A los tradicionales problemas de un ordenamiento jurídico carente de claridad, disperso en normas “especiales” y por lo mismo incoherente, no puede seguir agregándose una dispersión generada en la proliferación de jueces que llegan a adoptar decisiones que –dada la carencia de competencias (técnicas y jurídicas)– terminan siendo igualmente incumplidas.

Todo ello genera una fuente adicional de litigiosidad: el incumplimiento de decisiones judiciales. La eficacia simbólica del derecho contagió ahora, treinta años después, a las decisiones judiciales. Un aparato judicial congestionado, desbordado por una avalancha de “acciones constitucionales”, tampoco puede satisfacer las demandas que por sus competencias ordinarias le corresponden.

No es coherente con las reglas democráticas, ni con los preceptos de hacienda pública –ambos previstos en normas constitucionales– que jueces “activistas” fijen prioridades de la agenda pública, cuando ello compete a otras autoridades. Decisiones que no solo han expandido de manera irresponsable el gasto público, sino que también han mostrado su asignación ineficiente e ineficaz¹⁹³. Providencias que no tienen en consideración los graves problemas fiscales que generan.

Una buena gestión de lo público exige la división de las tareas entre las diferentes agencias del Estado. El juez no puede privar a la Administración de sus competencias y asumir atribuciones que han sido otorgadas por la Constitución a otras autoridades. La tridivisión del ejercicio del poder público no es solo una garantía de la libertad, sino una media de eficacia para la gestión de cada una de las parcelas del poder público.

Un derecho administrativo de la libertad impone un criterio jurisprudencial responsable que impida el uso indiscriminado y paralelo de diversos medios de control. Al delimitar –como por ejemplo, lo ha hecho el Consejo de Estado– el alcance de la acción popular¹⁹⁴, la jurisprudencia acierta al impedir que se abran nuevos frentes de “litigio estratégico”: con ella no se

¹⁹³ Hugo PALACIOS MEJÍA, *El derecho de los servicios públicos* (Bogotá: Derecho Vigente, 1999), 91-152.

¹⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 4 de abril de 2016, Rad. AP-0139, [fundamento jurídico 8], y Sentencia de 27 de abril de 2020, Rad. AP-0023 [fundamento jurídico 9].

pueden controvertir leyes, decisiones de control de constitucionalidad¹⁹⁵; tratados internacionales¹⁹⁶ ni providencias judiciales.¹⁹⁷

La acción de tutela y la acción popular tampoco son las vías idóneas para dirimir controversias contractuales. Mediante su uso indiscriminado se ha permitido a autoridades distintas al juez del contrato pronunciarse sobre asuntos relacionados, por ejemplo, con la legalidad de actos administrativos contractuales, validez de los contratos o para –incluso– modificar el clausulado pactado por las partes. Las funciones del juez del contrato se han dispersado así a través de medios paralelos y sucesivos de control. Y la existencia de múltiples “jueces del contrato” genera inseguridad jurídica. El rol principal de la justicia es solucionar definitivamente los conflictos que se le plantean. Por ello, el ordenamiento debe brindar seguridad jurídica a las decisiones judiciales.

La seguridad jurídica es pieza fundamental de un derecho administrativo de la libertad. Una normativa precisa, simple y coherente genera la confianza requerida para celebrar y ejecutar contratos. La estabilidad y certeza jurídica que brinda son factores clave para los contratos. Por ello, el manejo de las vicisitudes contractuales no debería darse –como primer estadio de manejo– ante los jueces. Pero, si la controversia termina en la instancia judicial, es preciso que la decisión del juez del contrato (institucional o arbitral) adquiera firmeza, una vez las providencias queden ejecutoriadas.

No es aconsejable la acumulación de acciones judiciales, que se sucedan unas a otras o que coexistan para un mismo objeto, y menos aún que esas acciones se puedan presentar ante otras jurisdicciones so pretexto de que se trata de asuntos “constitucionales”.

Las medidas cautelares del CPACA se han desbocado. La “discrecionalidad de la justicia administrativa” no puede sustituir a la discrecionalidad de la Administración. Las “medidas cautelares innominadas” no dejan

¹⁹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2006, Rad. AP-0345 [fundamento jurídico 1].

¹⁹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 6 de julio de 2006, Rad. AP-1725 [fundamento jurídico 3].

¹⁹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 7 de julio de 2005, Rad AP-2661; Sentencia de 16 de marzo de 2006, Rad. AP-0239 [fundamento jurídico 3] y Sentencia de 22 de febrero de 2007, Rad. AP-1678 [fundamento jurídico 2].

actuar a la Administración, so pretexto de “la tutela judicial efectiva”. Por esa vía, los jueces suplantán el criterio de la definición y ejecución de la política pública de la Administración por su criterio personal.

La capacidad decisoria en materia administrativa no se puede “delegar” en el juez. No es función del juez, por ejemplo, “arreglar” los contratos. Sin embargo, algunos políticos han encontrado en la interposición de acciones judiciales, particularmente, del contencioso-administrativo y populares, una vía para detener la marcha de la Administración. Las decisiones que zanjaron las urnas electorales o que deberían darse en las corporaciones públicas de elección popular, han pasado a los estrados judiciales.

Tenemos una suerte de Administración “judicializada”, o peor aún, una “Administración paralela” donde el juez ya no controla, sino co-gestiona. Estamos en un escenario donde la intromisión judicial indebida en las competencias de otras autoridades ya no causa sorpresa alguna: ¡un juez perdido en la Administración es un juez en la antesala de la política!

Si el juez se transforma en administrador, la Administración se paraliza. Ello se traduce, por supuesto, en una mayor debilidad institucional. Y, las instituciones débiles, tanto como las usurpadoras, son una amenaza contra la libertad. Una cosa es controlar y otra coadministrar. El control judicial es un control jurídico, no un control de oportunidad, ni de conveniencia.

Por la vía insólita de providencias judiciales se adoptan medidas administrativas –y no judiciales, porque se sustituye la Administración–, y se terminan expidiendo así una suerte de “actos administrativos” sin control judicial¹⁹⁸. Una justicia que hace un control impropio. La justicia se ha convertido, por esta vía, en un mecanismo para prolongar el debate electoral. Una justicia que, por supuesto, no es eficaz, porque no es adecuada a su propia finalidad.

Se ha creado un “parasistema” en el que tenemos un remedo de control de la Administración, en el que en realidad la Administración ha sido sustituida por el juez. Una suerte de “administrador negativo”, es decir, alguien

¹⁹⁸ Cfr. Carlos BETANCUR JARAMILLO, *Derecho procesal administrativo* (Medellín: Señal Editora, 2013), 339 y ss. En sentido similar, en el ámbito del derecho común, se han planteado serias críticas a las “medidas cautelares innominadas”; al respecto ver Gabriel HERNÁNDEZ VILLARREAL, *Medida cautelar innominada* (Bogotá: Ibáñez, 2019).

que sustituye la Administración: “zapatero a tus zapatos”, dice el refrán popular que solía repetir papá.

La medida cautelar de suspensión provisional era suficiente, no suponía involucrarse en gestión alguna de la Administración. Además, el Consejo de Estado y los tribunales administrativos en Colombia mostraron, a lo largo de su existencia, un ejercicio responsable. La Corte Suprema de Justicia en su momento declaró inconstitucional la llamada “suspensión provisional a prevención”, porque justamente suponía una violación del principio de separación del ejercicio del poder público. La solución a la inercia administrativa no es dotar de más competencias a los jueces. Los pálidos resultados, luego de tres décadas, deberían bastar para descartar esa “salida”.¹⁹⁹

En un derecho administrativo de la libertad, los jueces deben ser ajenos a las contiendas políticas. Hay que eliminar la pérdida de investidura. Esta figura dista de ser un real control judicial y muchas veces pasa por ser un control con tintes políticos. El control judicial a través de la nulidad electoral es suficiente. Además, la figura de la pérdida de investidura podría no resistir una evaluación de un tribunal internacional. No parece sensato que un país tenga una sanción, una pena irredimible. Tampoco es razonable que el Consejo de Estado juzgue a los miembros del Congreso de la República, quienes, a su turno, tienen la competencia para juzgar a los magistrados de esa Corporación.²⁰⁰

El proceso disciplinario, por su parte, es un instrumento adecuado para adoptar eventuales sanciones a los congresistas. Este procedimiento administrativo debe encomendarse a otra autoridad que no sea el Procurador, o que la nominación de este no provenga del Congreso. En todo caso, no se podría imponer una sanción administrativa de destitución, pues ello no se aviene a los compromisos internacionales, como ya lo ha advertido la jurisprudencia.²⁰¹

¹⁹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de 10 de agosto de 1989, Exp. 1922 [fundamento jurídico f], *Gaceta Judicial* n°. CXCVII, 146.

²⁰⁰ A.V. a Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 21 de enero de 2021, Rad. IJ-2019-01604-01 [fundamento jurídico 6].

²⁰¹ A.V. a Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 9 de agosto de 2016, Rad. 1210-11 [fundamentos jurídicos 6 y 7] y Sentencia de 15 de noviembre de 2017, Rad. 1131-2014 [fundamento jurídico 1], con A.V.

El juez de la Administración no solo es guardián de la legalidad interna (incluida la Constitución), sino que también vela por el cumplimiento de los compromisos internacionales. Un juez que debe ser, como lo ha sido el Consejo de Estado francés²⁰² y ahora el Consejo de Estado colombiano, pionero en el ejercicio del control difuso de convencionalidad²⁰³. Como todo juez de la República, el juez de la Administración tiene el deber de inaplicar las normas nacionales –no importa su rango– que sean manifiestamente contrarias a los tratados internacionales de los que sea parte Colombia (art. 9 Constitución, arts. 26 y 27 de la Ley 32 de 1985).

Es necesario también revisar la extendida atribución de funciones judiciales a autoridades administrativas²⁰⁴. Es cierto que el artículo 116 de la Constitución autoriza al legislador para otorgarles ese tipo de competencias, pero, al hacerlo, impuso una condición de aplicación que no se puede pasar por alto: su “excepcionalidad”. A juicio del profesor Tafur Galvis “la condición de ‘excepcionalidad’ signa la actividad del legislador en materia de atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas y guía la interpretación, tanto de la atribución misma como del alcance del ejercicio de la función jurisdiccional”.²⁰⁵

Ante la congestión de los despachos judiciales y la complejidad de los asuntos (especialmente los económicos) se está abriendo de manera peligrosa la puerta para que ámbitos completos queden en manos de autoridades administrativas “con funciones judiciales”²⁰⁶. Pero además de su uso

²⁰² Cfr. Conseil d’État, Arrêt Nicolo, 20 de octubre de 1989, núm. 108243.

²⁰³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C]; Sentencia de 29 de abril de 2019, Rad. 54.364 [fundamento jurídico 7]; sentencias de 31 de mayo de 2019, Rad. 57.630 [fundamento jurídico 8], Rad. 55.591 [fundamento jurídico 7], Rad. 55.995 [fundamento jurídico 7] y Rad. 45.657 [fundamento jurídico 8]; sentencias del 28 de junio de 2019, Rad. 43.741 [fundamento jurídico 8] y Rad. 51.551 [fundamento jurídico 7]; sentencia de 30 de septiembre de 2019, Rad. 63.541 [fundamento jurídico 7]; Sentencia de 5 de agosto de 2020, Rad. 49.821 [fundamento jurídico 4.5.1.2]; Sentencia de 7 de septiembre de 2020, Rad. 49.951 [fundamento jurídico 3.1].

²⁰⁴ Cfr. María Luisa MESA ZULETA, “Perspectiva sobre el alcance de las facultades de las superintendencias” en *Estudios en derecho público: liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, II (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020), 407-435.

²⁰⁵ Cfr. Álvaro TAFUR GALVIS, *Constitución Política y potestad organizadora* (Bogotá: Ibáñez, 2011), 37 y ss.

²⁰⁶ En sentido contrario, Emilio José ARCHILA PEÑALOSA, “Vuelve y juega: facultades jurisdiccionales para la superintendencia de industria y comercio en asuntos de antimonopolios”, *Revista Con-texto*, n.º. 43 (2015).

extensivo (una vez más, la excepción pretende erigirse en regla) quedan interrogantes por resolver: ¿un funcionario “judicial” dependiente del director de una entidad administrativa es realmente autónomo?, ¿una superintendencia –que por ejemplo es autoridad de policía administrativa y regula muchas materias– es “imparcial” al conocer de conflictos judiciales?²⁰⁷

¿Se han introducido los riesgos de la politización? ¿No sería más fácil convertir a todo ese aparato burocrático en parte de la rama judicial, con todo lo que ello implica?; ¿crear, por ejemplo, la anhelada jurisdicción comercial con servidores de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Financiera, en lugar del artificioso recurso de apelación ante los Tribunales ordinarios?

Las normas que autorizan a llegar a acuerdos conciliatorios totales o parciales sobre conflictos de carácter particular y contenido económico exigen una previa aprobación judicial. Es necesario estudiar si la justicia debe revisar acuerdos conciliatorios. Pareciera gravitar una presunción de mala fe o una especie de limitación de la capacidad para ponerse de acuerdo. El juez se convierte en una suerte de “tutor de la Administración”, que –en medio de la congestión judicial– retarda acuerdos. La aprobación judicial debería eliminarse o, en su defecto, los presupuestos que hoy trae la ley²⁰⁸ podrían ser perfectamente verificados por el Ministerio Público como representante de la sociedad.

También es iliberal la cómoda práctica de construir decisiones judiciales a partir de “principios” gaseosos. Cuando la regla legal se olvida, la democracia se hace a un lado y el juez todo poderoso sustituye no solo a la Administración, sino también –y eso es más grave– al legislador, es decir, al pueblo soberano. En un derecho administrativo de la libertad, el oficio judicial debe basarse fundamentalmente en los hechos, su prueba y la norma aplicable.

²⁰⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1641 del 2000 [fundamentos jurídicos 18-30].

²⁰⁸ Que no haya operado el término de caducidad; que medie una debida representación y facultad para conciliar, que el acuerdo conciliatorio verse sobre derechos de carácter particular y contenido económico; que el acuerdo cuente con las pruebas necesarias; que no sea violatorio de la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público.

La interpretación judicial se explica en que es necesario buscar el verdadero sentido de la ley (art. 26 CC), no en sustituirlo por el criterio subjetivo del juzgador. Los principios son una valiosa herramienta hermenéutica, pero su uso abusivo no solo los desnaturaliza, sino que trastorna el papel del fallador. Cuando todo es “principio”, nada es “principio”.²⁰⁹

En un derecho administrativo de la libertad, el juez de la Administración debe ser consciente de que no tiene competencia para crear “reglas” jurisprudenciales, como por ejemplo ha sucedido en el ámbito de las “decisiones de unificación”. Este entendimiento no se acompasa con los artículos 17 y 25 CC y 230 de la Constitución, que en forma diáfana prohíben a los jueces fijar –en sus providencias– reglas de alcance general.

Solo los representantes del pueblo pueden exteriorizar la voluntad soberana a través de leyes. Se tiene que revisar esa tendencia de los jueces de extraer reglas generales de los fallos. Un país con la incertidumbre que padece por la proliferación de leyes, es un país que no debería, además, soportar una jurisprudencia oscilante y cambiante.

Hay que reconsiderar la aplicación forzada de instituciones como el “precedente judicial”. No se puede desconocer el gran papel que juega la jurisprudencia, pero ella es tan solo un criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230, Constitución)²¹⁰. Al pretender trasladar, sin más, figuras de otros países con tradiciones jurídicas ajenas al nuestro, se produce un clima de incertidumbre, porque en nuestra cultura jurídica no se tiene el cuidado y el rigor que demanda la aplicación de instituciones como esa.

Es curioso, pero la jurisprudencia tenía un mayor valor cuando solo era entendida como tal. Hoy, cuando se habla de “precedente”, las decisiones judiciales no tienen la fuerza y el respeto de otras épocas. Más que trasplantar esquemas foráneos que no encajan en nuestras tradiciones, lo

²⁰⁹ “La sensación de fundamentación incontestable que suscitan los principios apenas ejemplificados, según mi opinión, es debida también al modo *genérico* en que se formulan normas similares [...]: las palabras dejan contentos a todos. Recuérdese que cuanto más genérica es una afirmación más probablemente es verdadera –lejos de ser cierta–. De manera no diferente, cuanto más genérica es una afirmación más fácil es satisfacerla”. Claudio LUZZATI, *El principio de autoridad y la autoridad de los principios* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 69.

²¹⁰ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala Especial de Decisión n.º. 26, Sentencia de 8 de septiembre de 2021 [fundamento jurídico 22].

que debe fortalecerse es la estricta aplicación de los criterios (auxiliares) jurisprudenciales.

Las providencias judiciales, por otra parte, se han vuelto documentos larguísimos, farragosos, incomprensibles. Escritos en un lenguaje de “eruditos” y donde, en muchas ocasiones, el juez prefiere formular teorías y al hacerlo se aparta de la solución del caso. Es deseable que los fallos sean cortos sin artificios, y escritos en lenguaje natural, claro e inteligible para todos, sobrio, carente de ostentación y adornos. La simplicidad no solo facilita la comprensión, sino el cumplimiento de las decisiones judiciales. El juez, además, debe ser discreto, solo debería “hablar” a través de sus providencias, como decía el maestro Echandía.

En un derecho administrativo de la libertad, la función consultiva del Consejo de Estado juega un rol crucial. Una función que es determinante no solo en la interpretación de asuntos complejos, sino más importante aún en la configuración del orden jurídico. La preparación de normas –legislativas, administrativas e incluso constitucionales– debería contar con el estudio previo de expertos.

Esa Sala no debería limitarse a la importantísima facultad de absolver las consultas que facultativamente le eleve el Gobierno y a la nueva atribución de resolver conflictos de competencia entre entidades administrativas. Su función de asesoría y orientación debería enfocarse en la elaboración de normas, como sucede en Francia. Competencia que sin duda cumpliría a cabalidad dados sus reconocidos rasgos institucionales de solvencia, rigor, independencia e imparcialidad.

Si la seguridad jurídica parte de la certeza en el orden jurídico, la función consultiva podría brindar luces en medio de este oscuro túnel de hipertrofia normativa. Se trataría, así, de volver a los orígenes del Consejo de Estado. La preparación de proyectos de ley en ciertas materias podría contar con el apoyo versado de juristas independientes (v. gr., las de iniciativa privativa del Gobierno, las facultades extraordinarias, los regímenes de excepción o los asuntos que son objeto de mayor consulta, como los ámbitos laborales y contractuales de la Administración).

Conceptos que no se ocuparan de la oportunidad ni de la conveniencia de las medidas, en otros términos, que no entraran en la política, sino que se

centraran en la redacción de las normas, su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, su correspondencia con las normas superiores. Un concepto que contribuiría a eso que hoy llaman “mejora regulatoria”. Una adecuada definición abstracta de leyes y códigos “en silencio y recogimiento”, con la “calma debida” y lejos del “bullicio de las Cámaras”, como en su momento plantearon Pombo y Guerra.²¹¹

Por último, pasemos rápidamente a la justicia arbitral, que también controla –en el ámbito contractual, de momento– a la Administración. Hay quienes incluso ya hablan (dado su uso extensivo, especializado y riguroso) de una suerte de “justicia arbitral administrativa”: ¿Qué son los árbitros en Colombia? la Constitución zanjó cualquier discusión: los árbitros –en el ámbito doméstico– son genuinos jueces, desde una perspectiva funcional. Así lo dispuso el artículo 116 de la Constitución, al autorizar a los particulares para que, si así lo pactaban, acudieran a los árbitros y no a la justicia institucional.

Un derecho administrativo de la libertad debe hacer una apuesta completa por el respeto a la autonomía de la voluntad: al acuerdo de las partes de sustraer sus controversias de la justicia institucional. Si en el ámbito de la contratación estatal se producen algunos actos administrativos, es natural que los árbitros puedan pronunciarse, sin limitaciones, acerca de estas decisiones. No tiene sentido que los árbitros se puedan pronunciar sobre la validez del contrato y anularlo, pero no puedan pronunciarse sobre los actos administrativos que se expiden con ocasión del mismo.²¹²

Es imperioso superar salidas “intermedias” que solo permiten a los árbitros pronunciarse sobre los “efectos económicos” de ciertos actos administrativos, pero no sobre su validez²¹³. La Constitución no distinguió²¹⁴, por lo mismo, hay que reexaminar posturas jurisprudenciales basados en criterios

²¹¹ Manuel POMBO y José GUERRA, *Constituciones de Colombia*, IV (Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1986), 276 y 277.

²¹² Cfr. Susana MONTES DE ECHEVERRI, “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”, *Revista de Derecho Público*, n.º. 14 (2002): 141.

²¹³ “¿Cómo pronunciarse sobre los efectos económicos de la invalidez del acto sin pronunciarse respecto de la validez del acto?”

²¹⁴ “Una distinción cuya delimitación no estamos, verdaderamente, en capacidad de trazar, no merece entonces ser hecha –para decirlo de forma amable–”. John L. AUSTIN, *Le langage de la perception* (Paris: Vrin, 2007), 164.

superados. Tampoco parece lógico que la tutela coexista con el recurso de anulación. Y, mucho menos, que los jueces de tutela se conviertan en una inexistente segunda instancia del laudo.²¹⁵

El recurso de anulación no se puede transformar en una apelación, so pretexto, por ejemplo, de la causal de fallo en conciencia. El Consejo de Estado, al resolver el recurso extraordinario, no obra como un tribunal de apelación. En otras palabras, el recurso de anulación no procede para dirimir discrepancias de pareceres con los árbitros. Por ello, el juez del recurso de anulación de laudos acertó al concluir que los árbitros se pueden apartar de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin que ello configure causal de nulidad de sus decisiones²¹⁶, y al respetar ese acuerdo de voluntades a partir de una interpretación de la cláusula arbitral desde criterios propios de los contratos.²¹⁷

La autonomía de la voluntad, una vez más, es presupuesto de las relaciones entre el Estado y los particulares. Ese acuerdo es también fuente de derecho objetivo. Al fin y al cabo, el arbitraje se funda en tres componentes: duración de los procesos; especialidad y confianza (quizás la más importante). El juez institucional debe respetar la libertad contractual de sustraer los eventuales litigios de la esfera de lo público.

Una intervención judicial mínima es indispensable para la solidez de la institución arbitral: el juez no puede desconocer el acuerdo. Si la autonomía de la voluntad supone una potestad de autorregulación de intereses y relaciones, el Estado en esos casos, por regla general, está llamado a jugar un rol secundario²¹⁸, para, en lugar de entorpecer, sea un facilitador de la coexistencia armónica de las esferas de libertad. La justicia institucional no es un antagonista del arbitraje.

²¹⁵ Cfr. AV a CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, auto de 9 de julio de 2018, Rad. 58144 [fundamento jurídico 1].

²¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 23 de septiembre de 2021, Rad. 66315 [fundamento jurídico 6].

²¹⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 10 de diciembre de 2021, Rad. 64.409 [fundamentos jurídicos 3 y 4].

²¹⁸ Si el juez institucional termina decidiendo los casos sometidos al arbitraje, ¿qué sentido tiene pactar arbitraje?

Conclusiones

Jèze definió al derecho administrativo como el “el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos”²¹⁹. Un derecho que exigía reglas especiales de “derecho público” para “la satisfacción de determinado interés general”²²⁰, diferentes de las de “derecho privado” que supone relaciones de igualdad. Después de 1991, el derecho administrativo colombiano dejó de ser ese “derecho de los servicios públicos”.

Si la noción de servicio público cambió en la Constitución, es obvio que ello debe impactar al derecho administrativo. Como atinadamente indica el profesor Libardo Rodríguez, la más fuerte vinculación del derecho administrativo es con el derecho constitucional: “el derecho constitucional es la fuente principal del derecho administrativo”²²¹. El derecho administrativo, como derecho constitucional “concretizado”, sufrió por ministerio de la Constitución –y un fiel desarrollo legal– una serie de transformaciones significativas. La ecuación, servicio público igual a derecho público, hoy no es sostenible.

Para algunas voces muy autorizadas, como Palacios Mejía, el servicio público es un “concepto inútil” y –por lo mismo– prescindible, dada su ambigüedad²²², ante la constatación de la superación de la doctrina clásica sobre la materia. Sin embargo, desde un ángulo menos radical, se puede concluir que el derecho administrativo sigue siendo el derecho de los servicios públicos, pero transformado radicalmente al haberse reencontrado con la libertad.

El monopolio público no permitía –como sí lo hizo el esquema de competencia– la vinculación de recursos particulares a la prestación de los servicios, al no quedar reducidos a las disponibilidades fiscales. Un derecho de los servicios públicos, en el que concurren los agentes económicos

²¹⁹ JÈZE, *Principios generales del derecho ...*, I.

²²⁰ JÈZE, *Principios generales del derecho...*, 89 y 105.

²²¹ Libardo, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo*, I (Bogotá: Temis 2017), 37.

²²² Hugo PALACIOS MEJÍA, “El inútil concepto de ‘servicio público’”. Notas para una crítica desde la perspectiva de ‘*Law and economics*’”, en *Colección de derecho económico*, III, 95 y ss. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001).

públicos, privados y mixtos, brinda más incentivos para la eficiencia, para la mejora de las tarifas y de los servicios.

La cotitularidad de los servicios públicos del Estado con los particulares produjo una de las más significativas transformaciones del derecho administrativo, que impone un nuevo punto de vista. Sigue siendo el derecho de los servicios públicos, pero no el de Duguit o de Jèze que entre nosotros introdujeron los profesores Carreño y Pareja²²³. Aunque el servicio público conservó los rasgos distintivos de continuidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad, no puede seguir construyéndose el derecho administrativo a partir de una noción superada.

El servicio público ya no es una función pública. No se puede seguir hablando de descentralización por colaboración, ni apelar a una retórica nostálgica de un esquema superado. Para decirlo en palabras de la doctrina: el servicio público a la francesa –elaborado en la primera mitad del siglo XX– es una noción en extinción, “por las políticas europeas de liberalización de los mercados”²²⁴. Sin embargo, esa noción sigue dominando el derecho administrativo actual, pero desde un enfoque distinto.

El numeral 23 del artículo 150 de la Constitución distinguió nítidamente las leyes relativas al ejercicio de las funciones públicas, de las que atañen a la prestación de los servicios públicos. En armonía con la Constitución, el artículo 3º de la Ley 489 de 1998 que dispuso que los principios de la función administrativa solo se aplican a la prestación de los servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

La participación de los particulares en la gestión de los servicios públicos, antes a cargo del Estado, como consecuencia del postulado de subsidiariedad, supuso –como expuso la profesora Susana Montes–

... desandar el camino de las nacionalizaciones; reducir el tamaño del Estado; tener confianza en el individuo y en sus capacidades; permitir la actuación de los particulares en algunas actividades que antes eran de reserva estatal; disminución de reglamentaciones y regulaciones; dando mayor li-

²²³ Cfr. Pedro CARREÑO, *Apuntes sobre derecho administrativo* (Bogotá: Cromos, 1934), 14. Y, Carlos H. PAREJA, *Curso de derecho administrativo teórico y práctico* (Bogotá, ABC, 1937), 120.

²²⁴ Gilles GUGLIELMI y Geneviève KOUBI, “Le ‘service public à la française: une notion en extinction”, *Cahiers français* n.º. 339 (2007): 3 y ss.

bertad de acción a los particulares en la creación de riqueza; apertura de la prestación de los servicios públicos al sector privado.²²⁵

El derecho administrativo no ha sido el mismo en todos los tiempos y lugares²²⁶. Al fin y al cabo, como sentenció Marienhoff, la noción conceptual de “servicio público” es una de las más adecuadas para justificar el carácter *ius in fieri* atribuido o reconocido al Derecho Administrativo²²⁷. ... ¡un derecho que está en permanente creación, en vía de hacerse o haciéndose! porque aun –como indicó el profesor Vélez García– no ha experimentado fijaciones doctrinarias definitivas: “La constante movilidad doctrinaria del derecho administrativo obedece sin duda a la dinámica de la materia que constituye su objeto”.²²⁸

El derecho administrativo no solo dejó de ser el derecho de los servicios públicos entendidos como monopolios públicos, tampoco puede seguir entendiéndose como el conjunto de reglas especiales relativas a la estructura, las funciones y los modos de actuación de las autoridades administrativas, a partir de las “prerrogativas de poder público”²²⁹. Su modo de acción ahora no gravita –o no debería seguir gravitando– en la unilateralidad, en las decisiones impuestas. En pocas palabras: es necesario superar el criterio orgánico o subjetivo para definir el régimen jurídico de las entidades de la Administración.

El Estado cedió su espacio monopólico “para que las actividades empresariales sean desarrolladas por otros agentes económicos”²³⁰. Sin embargo,

²²⁵ Susana MONTES DE ECHEVERRI, *Las facultades sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios* (Bogotá, 2001), 2 y 3, inédito.

²²⁶ Cfr. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo I* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 171.

²²⁷ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo II* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 18. En sentido contrario, Héctor Jorge ESCOLA, *Compendio de derecho...*, 53 y 54.

²²⁸ Jorge VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas...*, 26.

²²⁹ En un siglo las cosas cambiaron drásticamente. Hace cien años, el Consejo de Estado francés concluía: “Si es interesante para vosotros (jueces administrativos) conocer las aplicaciones que hacen del Código Civil, en materia de pago de lo no debido, los tribunales judiciales, no podéis olvidar que teniendo que dirimir no un litigio entre particulares, sino un litigio en que el Estado es parte, vuestra decisión puede inspirarse en principios diferentes [...] sois dueños de vuestra jurisprudencia, os corresponde crearla, no reteniendo las reglas del Código Civil sino en la medida que la aplicación de ellas es compatible con las necesidades de la vida colectiva” (Conseil d’État, *Arrêt Olive*, 25 noviembre de 1921).

²³⁰ Cfr. Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 50 (1992): 13 y 14.

el Estado también puede actuar como operador o prestador, pero sin las tradicionales “prerrogativas de poder público”, propias del esquema anterior, ya que repugnan con la cotitularidad de los agentes económicos particulares.

La Constitución y la legislación no solo tomaron distancia de la Escuela de Burdeos que lideró Duguit. También se alejaron de la Escuela de *Toulouse*, opuesta a la primera bajo la conducción de Hauriou. El centro del derecho administrativo, en nuestro país, tampoco puede ser concebido exclusivamente a partir de las prerrogativas de poder público, como lo pregonó esta otra importante escuela francesa.

El cambio de concepción de servicio público, y el reconocimiento de la empresa como base del desarrollo económico, imponen no seguir dando la espalda al derecho común, revisar la concepción del Estado y, por su puesto, el régimen jurídico de la Administración. Así lo entendieron tanto la Ley 80 de 1993, como las Leyes 142 y 143 de 1994.

Una y otra legislaciones partieron de la reformulación constitucional de los monopolios públicos para dar paso a la libertad económica. Ello suponía un cambio de mentalidad; superar la tradicional unilateralidad que ha signado el derecho público nacional. El derecho administrativo no tiene que ser siempre una excepción al derecho común, ni la gestión pública ser lo opuesto a la gestión privada. El derecho administrativo también es receptor del derecho privado, del acuerdo, de las reglas supletivas, de la autonomía de la voluntad. La bilateralidad, el encuentro de voluntades y la libertad son también imprescindibles en el derecho administrativo.

La originalidad del derecho administrativo hoy en día no reside, como decían profesores como De Laubadère o Vedel, en el no sometimiento al derecho común, en que las reglas sean sustancialmente diferentes a las que se aplican a los particulares²³¹. La regla del derecho administrativo no es siempre necesariamente otra distinta a la del derecho privado, como indicó el profesor Vélez García. Y eso no significa que “aquel pierda su autonomía”. Es más, “el derecho administrativo se inspira en el derecho

²³¹ André DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif* I, 15 ed. (Paris: LDGJ,1999), 33; Georges VEDEL, Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif* (Paris: PUF,1992), 77.

privado”²³². La sumisión de la Administración al derecho no comporta necesariamente la existencia de un derecho administrativo, puesto que ella puede estar regida por el mismo derecho de los particulares, esto es, el derecho privado.²³³

La Administración, al decir de Santamaría Pastor, no se rige solo por el derecho administrativo, es decir, este no es un ordenamiento paralelo completo sino fragmentario²³⁴. Un ramo donde pueden converger armónicamente el derecho público y el derecho privado. En palabras del profesor Brewer-Carías: ni el derecho privado se aplica solo a los particulares, ni el derecho administrativo es el cuerpo normativo de las entidades estatales.²³⁵

El derecho administrativo está a medio camino entre el derecho constitucional y el derecho común. Por ello, ante ámbitos semejantes, como el de los contratos, el derecho administrativo renunció a su pretendida “autonomía” del derecho privado. En la contratación estatal convergen el derecho público y el derecho privado. Es más, el derecho público al perder el monopolio de los servicios públicos, no puede pretender ahora que detenta el monopolio del interés general. El derecho privado también favorece objetivos comunes. Como subraya la perenne enseñanza del Doctor Angélico: *toda ley se ordena al bien común*.²³⁶

Esa mixtura de disposiciones generales de derecho privado y especiales de derecho público es la nota dominante del derecho de la contratación estatal, ¿o, tal vez, es un llamado a preguntarnos si podemos persistir en la diferencia entre “derecho público” y “derecho privado”, o debemos admitir más bien un criterio de unidad del derecho?

El contrato administrativo (estatal en términos de la Ley 80) es, según el maestro Meilán Gil, sencillamente, un contrato que no es una modulación del civil: “... uno y otro son manifestación de una única categoría jurídica,

²³² VÉLEZ GARCÍA, *Los dos sistemas...*, 25.

²³³ RIVERO, *Précis de droit...*, 16.

²³⁴ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general I* (Madrid: Iustel, 2009), 48 y 49.

²³⁵ Allan BREWER-CARIAS, *Estudios de derecho administrativo* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986), 15.

²³⁶ Tomás DE AQUINO, *Suma de Teología II-II*, q. 90, a. 2 (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001).

considerando al contrato como un supraconcepto, un *oberbegriff*, común a contratos entre particulares y a aquellos en que interviene la Administración, el *government*”.²³⁷

Por ello, la actividad contractual del Estado tampoco configura una expresión de la “función administrativa”. Solo cuando la Ley 80 le dé esa connotación, la tendría. La autonomía de la voluntad retomó, así, su condición de principio rector de la contratación estatal²³⁸. No toda determinación de la Administración puede tomarse como un acto administrativo. El derecho administrativo de la libertad debe propiciar la inversión, fomentar la economía, regularla y controlarla.

La “escuela del servicio público” ya no justifica la pretendida autonomía radical del derecho administrativo. Pero, el régimen especial tampoco puede construirse a partir de las “prerrogativas de poder público”. El derecho administrativo de hoy no debería edificarse solo a partir de la unilateralidad. La unilateralidad es necesaria en la Administración —y nadie puede desconocer su importancia en el derecho administrativo—, pero no toda decisión de la Administración configura un acto administrativo.

Hay que reenfocar las relaciones de la Administración. Estamos ante la paradoja de un derecho administrativo centrado en las prerrogativas de poder público, de un derecho que aunque pregona doctrinas liberales, sigue dominado por un lenguaje propio del *Ancien Régime*, con denominaciones como, por ejemplo: “administrado”, “hecho del príncipe” o “privilegio de lo previo”.

En la Administración pública, como en la privada, las cosas deben estar en su sitio. El orden es un presupuesto básico para la convivencia. El derecho debe garantizar la libertad, pero también la seguridad jurídica. Es preciso contar con instituciones estables y confiables. Es imperativo regular seriamente la potestad conformadora de la Administración tanto por parte del Congreso, como del gobierno. Urge la expedición de un estatuto orgánico

²³⁷ José Luis MEILÁN GIL, *La defensa del derecho y de su unidad* (A Coruña: Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 2015), 23.

²³⁸ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 17 de octubre de 1995, Rad. 739 [fundamento jurídico 2] y Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997 [fundamento jurídico 2].

de la Administración, que reimplante el orden en la organización administrativa.

Un derecho administrativo de la libertad reclama unidad, coherencia, armonía, simetría, claridad y equilibrio en sus reglas. Disposiciones que se cumplan. La sobrerregulación es contraria a una buena administración, al tiempo que amenaza a la autonomía personal. El populismo normativo es incompatible con la gestión eficiente de lo público.

La vía regulatoria (de cualquier índole) no es la idónea para “combatir” la corrupción. La seguridad jurídica, en cambio, propicia el ingreso de capital a sectores estratégicos, antes dominados por los monopolios públicos. El país demanda certeza, simplicidad, precisión, sencillez y estabilidad en sus reglas. En una palabra, confianza.

Hoy los contratos estatales se someten a toda suerte de regulaciones: infinidad de leyes de “excepción” a la Ley 80, potestad reglamentaria desbocada, directivas de autoridades sectoriales, instrucciones de organismos de control, etc. La contratación estatal se ha convertido en una materia altamente regulada. Y la complejidad propicia la disputa, la controversia, el conflicto, ¿y también la corrupción? La explosión de normas es una cortina de humo que esconde el verdadero problema: la no aplicación, la inadecuada aplicación y la distorsión interpretativa que impiden el cabal cumplimiento de las normas.

El juez natural (institucional o arbitral) es quien debe conocer de las controversias entre la Administración y las personas. No conviene la coexistencia de múltiples jueces, cada uno con enfoques diversos. La incertidumbre no genera confianza. Y la confianza es la base de todo. Si los ciudadanos resuelven sus conflictos pacíficamente serán “cada día mejores vecinos [...] que sabrán sembrar semillas de esperanza y transitarán caminos de entendimiento”, decía el ministro Rómulo González Trujillo.²³⁹

Hay que abogar por una discreta autonomía interpretativa de los jueces. Los cambios legislativos no pueden hacerse por la vía jurisprudencial. En materia contractual, por ejemplo, el juez debe dar eficacia al acuerdo y no

²³⁹ Exposición de motivos al Proyecto de Ley n.º 148 de 1999-Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 400 (1999).

contrariar la voluntad de las partes: evitar caprichos interpretativos y “jurisprudencias creadoras”. No hay que reinventar la ley (ni el contrato). Por el contrario, hay que volver a la ley (y al contrato). El juez debe resolver de acuerdo con las normas y las estipulaciones.

Un Estado de derecho sólido cumple la premisa central de la democracia: el predominio de la ley sobre las personas. Ninguna faceta del ejercicio del poder puede ser arbitraria. El juez trabaja con las leyes, en su espíritu y en su letra, y con la obligatoria prudencia que justifica su oficio, como señaló un fallo importante del Consejo de Estado del siglo pasado²⁴⁰. El oficio judicial es –debe ser– poco vistoso. La certeza jurídica –en un sistema como el nuestro– solo puede brindarla la ley.

Un país competitivo es aquel en el que prevalece la seguridad jurídica, que da tranquilidad a quien genera empleo. No solo la excesiva y asfixiante reglamentación dificultan la gestión contractual de la Administración. También hay que evitar, la “judicialización” de las diferencias, que muchas veces conduce a la “arbitrariedad” judicial.

Si el árbitro es un verdadero juez, hay que superar mitos como el de la “arbitrabilidad” de los actos administrativos. También es preciso respetar el margen de decisión autónoma de los árbitros: el juez institucional no puede, en principio, pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Un arbitraje fuerte y vigoroso no solo contribuye a permitir un acceso ágil y expedito a la administración de justicia, sino que estimula la inversión extranjera.

El profesor Bidart Campos dividía en dos los temas del derecho constitucional: el derecho constitucional del poder (teoría del Estado) y el derecho constitucional de la libertad (los derechos y libertades)²⁴¹. Nuestro planteamiento no pretende transpolar ese brillante postulado al ámbito del derecho administrativo. Estas reflexiones buscan proponer un punto de vista distinto de este ramo del derecho: desde la libertad. Una lectura, para decirlo en expresión hoy extendida, en clave de la libertad.

²⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1967, Rad. 414 [fundamento jurídico apartado 7º].

²⁴¹ Germán J., BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional* (Buenos Aires: Ediar, 1989).

Si la razón de ser de la democracia liberal es la garantía de los derechos, y la rama ejecutiva es la encargada de su materialización, es apenas natural pensar que la base misma del derecho administrativo, como derecho de esa rama del poder público, sea la libertad. Esa es su esencia. La confianza en las instituciones está basada en ese postulado.

Hay que construir un derecho administrativo más desde la libertad y menos desde la unilateralidad; más desde las prerrogativas de poder jurídico (autonomía de la voluntad) y menos sobre las prerrogativas de poder público (el *imperium*²⁴²). La Administración no puede ser sinónimo de ineficacia e ineficiencia. Y, menos aún, obstruir la iniciativa privada que es el motor de la economía.

La Administración no puede ser un obstáculo para la vida de las personas. Así lo entendieron las grandes transformaciones normativas de fines del siglo pasado: la Constitución de 1991, las reformas administrativas de 1992 expedidas con base en el artículo 20 transitorio de la Constitución, la Ley 80 de 1993 y el nuevo régimen de los servicios públicos (Leyes 142 y 143 de 1994). Cuatro años que marcaron un nuevo horizonte al derecho administrativo nacional.

Hay que construir relaciones sólidas de confianza entre el Estado y los particulares. Es preciso superar la falsa dualidad individuo-Estado. En el séptimo centenario de la muerte de Dante, vale la pena recordar un pasaje de la *Monarquía*: “el género humano vivirá tanto mejor cuanto más sea libre [...] nuestra libertad es el mayor don hecho por Dios a la humana naturaleza”.²⁴³

Bibliografía

AFTALIÓN, Enrique, José Vilanova y Julio Rafo. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

²⁴² Como decía Jellinek, el dominio que el Estado ejerce sobre su territorio no es *dominium*, sino *imperium* (Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado* (Buenos Aires: Albatros, 1943), 325), pero ese *imperium* –se insiste– no puede aplicarse a todos los ámbitos de las relaciones del Estado con los particulares.

²⁴³ Alighieri DANTE, *Monarquía*, I: XII (Madrid: Tecnos, 1992).

Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia - Compra Eficiente, "Observatorio Colombiano de Contratación Pública". Datos: <http://www.occp.co/>

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de derecho civil*. Santiago de Chile: Nascimento, 1961.

ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. "Vuelve y juega: facultades jurisdiccionales para la superintendencia de industria y comercio en asuntos de antimonopolios". *Revista Con-texto*, n° 43 (2015).

AUSTIN, John L. *Le langage de la perception*. Paris: Vrin, 2007.

BARBERO, Doménico. *Sistema del derecho privado*. Buenos Aires: EJEA, 1967.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*. Medellín: Señal Editora, 2013.

BETANCUR, Luis Ignacio. "Aplicación del derecho privado a la administración pública". En *Sociedad, Estado y Derecho, homenaje a Álvaro Tafur Galvis, III*, editado por Antonio Aljure, Rocío Araujo y William Zambrano. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014.

BERTHÉLEMY, H. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1913.

BIDART CAMPOS, Germán J.. *Tratado elemental de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

BIGLIAZZI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Busnelli y Ugo Natoli. *Derecho Civil, I, 2*, traducido por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, 2009.

BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1935.

BREWER-CARÍAS, Allan. *Estudios de derecho administrativo*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "La huida por la administración del derecho privado contractual", en *Sociedad, Estado y Derecho, Homenaje a Álvaro Tafur Galvis, III*, editado por Antonio Aljure, Rocío Araujo y William Zambrano. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2014.

CARIOTA FERRERA, Luigi. *El negocio jurídico*. Madrid: Aguilar, 1956.

CARREÑO, Pedro. *Apuntes sobre derecho administrativo*. Bogotá: Cromos, 1934.

- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3702/rec/1>
- , Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* y Leyes de la República <http://www.secretariassenado.gov.co/>
- , Consejo de Estado, sentencias <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- , Consejo de Estado, *Antología Jurisprudencias y Conceptos*, Consejo de Estado 1817-2017, Bogotá, Imprenta Nacional, 2019 <https://cutt.ly/OQ9KFJH> (Tomo III A Responsabilidad contractual); <https://bit.ly/3gjjduK> (Tomo III B Responsabilidad extracontractual) y <https://sidn.ramajudicial.gov.co/> (Tomos I, II y IV-VI).
- , Corte Constitucional, sentencias <https://www.corteconstitucional.gov.co>
- , Corte Suprema de Justicia, sentencias <http://www.cortesuprema.gov.co/>
- CORREA PALACIO, Ruth Stella. “Jueces y políticas públicas”. En *Estudios de derecho público. Liber Amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, editora académica Rocío Araujo Oñate. Bogotá : Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020.
- DANTE, Alighieri. *Monarquía*. Madrid: Tecnos, 1992.
- DE AQUINO, Tomás. *Suma de Teología*. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- DE LAUBADÈRE, André. *Traité de droit administratif*, I, 15 ed. Paris: LDGJ, 1999. <https://www.decitre.fr/livres/traite-de-droit-administratif-9782275017341.html>
- DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de derecho civil*. México: Librería de Ángel Pola, 1939.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil I*. Madrid: Tecnos, 1982.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, II. Paris: Fontemoing, 1909.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Fontemoing, 1911.
- DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*. Madrid: Librería española y extranjera, 1926.
- DUVERGER, Maurice. *Éléments de droit public*. Paris: PUF, 1974.

- ERHARD, Ludwig. *Bienestar para todos*. Madrid: Unión Editorial, 2010.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo I*. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- ESPLUGAS, Pierre. *Le service public*. Paris: Dalloz, 2002.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 2002.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo, I*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1973.
- GÓMEZ RODADO, Dionisio. “La responsabilidad en la actividad contractual del Estado [Decreto 222 de 1983]”. En *Contratos estatales*, editado por María Teresa Palacio Jaramillo. Bogotá: Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2021.
- GUGLIELMI, Gilles y Geneviève KOUBI. “Le ‘service public à la française’: une notion en extinction”, *Cahiers français* n°. 339 (2007): 3 y ss.
- HAURIUO, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1971.
- HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Recueil Sirey, 1927.
- HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty, I*. Chicago: The University of Chicago Press, 1973.
- HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. *Ordenamiento y desarreglo territorial de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- HERNÁNDEZ MORA, Alberto. “La noción del servicio público en derecho administrativo (vigencia y utilidad)”. En *El derecho administrativo latinoamericano, II*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1986.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel. *Medida cautelar innominada*. Bogotá: Ibáñez, 2019.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. “Tipología de las entidades administrativas objeto de reforma”. En *Implicaciones jurídicas de la reforma administrativa*, editado por William Zambrano Cetina. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Legis-Justicia y Desarrollo Sostenible-Universidad Sergio Arboleda, 2007.

- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, I. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- LEGUINA VILLA, Jesús y Miguel SÁNCHEZ MORÓN. *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Tecnos, 1993.
- LOCKE, John. *Two treatises on civil government* II. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- LOZANO y LOZANO, Carlos. *Prólogo a José Gnecco Mozo. La reforma constitucional de 1936: Comentario jurídico al acto reformativo de la Constitución*. Bogotá: ABC, 1938.
- LUZZATI, Claudio. *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MARIENHOFF, Miguel S.. *Tratado de derecho administrativo*, II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- MAZEAUD, Henry y Jean Léon MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*, Parte tercera, III, Buenos Aires: EJE, 1962.
- MEILÁN GIL, José Luis. *La defensa del derecho y de su unidad*. A Coruña: Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 2015.
- MESA ZULETA, María Luisa. “Perspectiva sobre el alcance de las facultades de las superintendencias”. En *Estudios en derecho público: liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo*, II, 407-435. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020.
- MESSNER, Johannes. *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. Madrid: Rialp, 1967.
- MESSNER, Johannes. *Ética general y aplicada*. Madrid: Rialp, 1969.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: EJE, 1952.
- MIER BARROS, Patricia y Susana Montes de Echeverri. “Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos”. *Revista de Derecho Público*, n.º. 11 (2000).

- MIER BARROS, Patricia. “El régimen jurídico del contrato estatal”. *Revista de Derecho Público*, n.º 17 (2004): 59, ss.
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. “El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios”. *Revista de Derecho de la Competencia*, n.º 13, *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia* (1999).
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis, 1973.
- MONTES DE ECHEVERRI, Susana. “Algunas observaciones al nuevo estatuto contractual”. *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, n.º 50 (1983): 87 y ss.
- MONTES DE ECHEVERRI, Susana. *Las facultades sancionatorias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*. Bogotá: 2001, (inédito).
- MONTES DE ECHEVERRI, Susana. “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”. *Revista de Derecho Público*, n.º 14 (2002).
- MONTES DE ECHEVERRI, Susana. “Responsabilidad contractual del Estado”. En *Contratos estatales* editado por María Teresa Palacio Jaramillo. Bogotá: Ibáñez y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2021.
- MOUCHET, Carlos y Ricardo Zorraquin Becu. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Perrot, 1959.
- NAPOLÉON Ier. *Mémoires de Napoléon Bonaparte: Manuscrit venu de Sainte-Hélène*. Paris: Hachette Livre-BNF, 2018.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “El transitorio 20 y las políticas de privatización”. En *Implicaciones jurídicas de la reforma administrativa*, editado por William Zambrano Cetina. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1994.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”. *Revista de Derecho Público*, n.º 14 (2002).
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Potestades excepcionales y su nueva regulación legal y reglamentaria-poderes de la Administración”. En *Reforma al régimen de contratación estatal*, editado por Felipe de Vivero. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales”. En *La Ley 1150 de 2007¿una respuesta a la eficiencia y*

- transparencia en la contratación estatal?*, editado por Rocío Araújo. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2011.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Las distorsiones del contrato de interventoría”. En *Infraestructura y derecho, consultoría e interventoría: perspectivas, roles y responsabilidades*, compilado por Juan Carlos Quiñones y Ornella Choles. Bogotá: Cámara Colombiana de la Infraestructura y Legis, 2019.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. *El derecho de los servicios públicos*. Bogotá: Derecho Vigente, 1999.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. *Economía en el derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Derecho Vigente, 1999.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. “El inútil concepto de ‘servicio público’. Notas para una crítica desde la perspectiva de ‘law and economics’”. En *Colección de derecho económico III*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo. Prólogo a *Impacto sectorial de los diez años de la legislación marco de servicios públicos domiciliarios en Colombia*. Económica Consultores. Bogotá: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2004.
- PAREJA, Carlos H. *Curso de derecho administrativo teórico y práctico*. Bogotá: ABC, 1937.
- PLAZAS VEGA, Mauricio A. *Del realismo al trialismo jurídico: Reflexiones sobre el contenido del derecho, la formación de los juristas y el activismo judicial*. Bogotá: Temis, 2009.
- POMBO, Manuel y José Guerra. *Constituciones de Colombia*. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1986.
- RISOLIA, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.
- RIVERO, Jean. *Précis de droit administratif*. Paris: Dalloz, 1973.
- RIVERO, Jean. *Páginas de derecho administrativo*. Dirección y coordinación de RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *El derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho*. Buenos Aires: IJ Editores, 2020.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. Artículos (blog) <https://rodriguezarana.com>

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “Panorama de las transformaciones del derecho público colombiano, con ocasión de la Constitución de 1991”. En *El derecho público en Iberoamérica: libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, dirección y coordinación Libardo Rodríguez R. Bogotá: Temis-Universidad de Medellín, 2010.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo y Jorge Enrique Santos Rodríguez. *Un siglo de jurisdicción administrativa y de derecho administrativo en Colombia*. Bogotá: Temis, 2013.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Bogotá: Temis, 2015.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo*, I. Bogotá: Temis, 2017.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Temis, 2021.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*, libro I, I. Paris: Gallimard, 1964.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de teoría política*. Madrid: Nacional, 1971.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, I. Madrid: Iustel, 2009.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SARRIA, Eustorgio. *Derecho administrativo*. Bogotá: Temis, 1968.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, I, Montevideo: FCU, 1974.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*, traducido por Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983.
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS. *Servicios públicos domiciliarios, serie Actualidad Jurídica*, IV. Bogotá, Imprenta Nacional, 2001.
- TAFUR GALVIS, Álvaro. *Teoría del acto administrativo*. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1975.
- TAFUR GALVIS, Álvaro. *Constitución Política y potestad organizadora*. Bogotá: Ibáñez, 2011.

- UNION EUROPÉENNE, official website <https://eur-lex.europa.eu>
- URIBE HOLGUÍN, Ricardo. *De las obligaciones y del contrato en general*. Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1980.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil I*. Bogotá: Temis, 1987.
- VEDEL, Georges y Pierre Delvolvé. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1992.
- VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1996.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*. Cali: Biblioteca Banco Popular, 1978.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. “Principios constitucionales y legales de la nueva contratación administrativa”. En *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1995.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. “Las comisiones de regulación en los servicios públicos”. *Revista de Derecho Público* n.º 11 (2000): 222.
- VILLAR PALASÍ, José Luis. *Curso de derecho administrativo I*. Madrid: Universidad Complutense, 1972.
- WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1951.
- WEIL, Prosper y Dominique POUYAUD. *Le droit administratif*. Paris: PUF, 1994.
- XIFRA HERAS, Jorge. *Curso de derecho constitucional*. Barcelona: Bosch, 1957.