

EL ROL DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA
CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO
COLOMBIANO

Lucy Jeannette Bermúdez B.

Presidente del Consejo de Estado

Hace cuarenta años aparecía en el cuaderno de “*Estudios y documentos*” del Consejo de Estado francés, un ensayo de una decena de páginas, en las que el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, Georges Vedel, daba respuesta a la pregunta de si el derecho administrativo en ese país podía ser indefinidamente jurisprudencial ante las tendencias legislativas, que con mayor ahínco, positivizaban las reglas orientadoras de esa rama del derecho.

En un tono proverbial, el Profesor de La Soborna manifestaba exclamativamente: “*¡de qué serviría reemplazar ese artesano discreto, hábil y activo que es el juez por este aficionado, bien intencionado, pero a veces mal informado que es el legislador!*”.

Tomada bajo beneficio de inventario, y puesta en nuestro contexto historiográfico, en el que el Derecho administrativo, y en general el Derecho público, han sido la obra mancomunada de un muy avezado legislador y de un asceta judicial, que fundados en la disciplina han construido una “*obra de exportación*”, la fórmula del constitucionalista francés resalta las más importantes de las virtudes que caracterizan la labor pretoriana de los operadores judiciales, y en particular la del Consejo de Estado, como hacedores del “ecosistema” normativo –si la expresión me es permitida–, en el que fungen no solo como correctores de sus dinámicas, sino, a la vez, como grandes moldeadores de las “especies” que allí reinan.

Y es que la cosecha de un juicio ponderado – **discreción**– puesto en perspectiva frente a la realidad – **habilidad**– en la que se propulsan cambios y se reivindicán derechos – **activismo**– han sido los rasgos que han acompañado la actividad consultiva y jurisdiccional del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en estos 202 años de existencia, que lo catalogan, sin lugar a dudas, como la institución republicana más antigua del país, desde su fundación

el 30 de octubre de 1817 en la ciudad venezolana de Angostura, de fuerte influjo napoleónico y, yendo un poco más allá, borbónico¹.

En el plano del Derecho público –que es el marco de esta intervención–, las consignas de discreción, habilidad y activismo han conllevado la materialización de diversos roles para el Consejo de Estado en el proceso de su consolidación, dotándolo de una imprenta propia que, si bien permite reconocer fuentes extranjeras², marca la pauta para el reconocimiento de un Derecho público colombiano que goza de una autonomía peculiar.

En este universo “personificaciones”, el Consejo de Estado ha desempeñado papeles de fuerte tendencia **preventiva**, en el desarrollo de su función consultiva–; se ha ataviado con el ropaje del “**juez correctivo**”; ha hecho gala de un “**órgano propósito**”, e incluso de “**emancipador**” de los derechos y libertades de las

¹ Danilo Rojas Betancourth. “*Bolívar y el Consejo de Estado.*” En. Consejo de Estado de Colombia 1817-2017. Bicentenario de una institución republicana.

² Por ejemplo, en lo que corresponde el derecho de daños, la doctrina colombiana advierte fuertes influencias francesas en su origen, reemplazadas, con posterioridad, por un influjo español a partir de la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, a través de la figura del daño antijurídico. Ver, en ese sentido: Juan Carlos Peláez Gutiérrez. “*Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado.*” En. La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado. Pp. 781 y s.s.

comunidades tradicionalmente discriminadas en el país.

En la procura de **justicia preventiva**, se destaca el ejercicio de la labor consultiva atribuida a la Sala de Consulta y Servicio Civil desde el año de 1958³, luego de que hubiere sido asignada a la Sala de Negocios Generales, bajo la vigencia de la Ley 60 de 1914, que había escindido la estructura del restaurado Consejo de Estado, tras una larga supresión operada desde el año de 1843.

Bajo la vestimenta de órgano de prevención, el Consejo de Estado desestimó el 13 de abril de 1831 la renuncia del general Urdaneta a la Presidencia de la Gran Colombia, por tenerla como una circunstancia inconveniente para el orden público ante las crecientes calamidades sufridas por la sociedad de la época, reafirmando la estructura de Estado presidencialista, propio de los primeros años de vida republicana.

Asimismo, manifestó en el año de 1994 que la facultad del entonces Ministerio de Gobierno para reconocer personería jurídica a las iglesias y cultos en el país, no

³ Ley 19 de 1958, Sobre reforma administrativa.

conllevaba la prerrogativa para cancelarla, pues se trataba de un asunto que debía contar con regulación legislativa expresa, habida cuenta de la limitación que se imponía al ejercicio de un derecho fundamental. En todo caso, explicó que el acto administrativo de reconocimiento podía ser cuestionado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de las vías judiciales dispuestas para ello.

De igual manera, la Sala de Consulta y Servicio civil del Consejo de Estado estableció en el 2008 el alcance de la función recaudadora de datos por parte del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE– determinando el equilibrio entre el desarrollo de esa competencia y el respeto y salvaguarda del derecho a la intimidad de las personas, previniendo en este sentido la cristalización de daños antijurídicos.

En ese orden, sostuvo que “...la legitimación que tiene el DANE para obtener la información destinada a producir estadísticas que faciliten la toma de decisiones públicas de interés general, no comporta[ba] la posibilidad de utilizar y divulgar el dato individual y privado obtenido en ejercicio de esa actividad”; menos

aún para el desarrollo de actuaciones judiciales, sancionatorias o tributarias, toda vez que el límite de la actividad de recolección se encontraba en su análisis para la proyección de estadísticas.

Pero, más allá de estos ejemplos, en los que la función consultiva ha ejercido un papel protagónico y preventivo para la salvaguarda de bienes colectivos – por ejemplo el orden público–, o subjetivos –como los derechos fundamentales, aunque esta conclusión puede ser relativizada–, debe resaltarse que la orientación que se desprende de la puesta en marcha de esta competencia ha impactado materias delicadas y polémicas, que se han extendido desde la utilización voluntaria del nombre de mujer casada a través de la preposición “de” –concepto del año 1982–, hasta aspectos tan espinosos como la refrendación del acuerdo de paz suscrito por parte del Gobierno Nacional y la Guerrilla de las FARC por parte del Congreso de la República –concepto de 2016– en el que afirmó que ello resultaba posible, teniendo en cuenta las amplias facultades de control político que la Constitución le otorgaba, así como por tratarse de un órgano de naturaleza representativa; viabilizando en

ese orden la consecución de la paz, mediante un acallamiento definitivo de las armas.

Vinculado con lo anterior, y esta vez en el ropaje del **juez correctivo**, que cuestiona las extralimitaciones activas y pasivas del ejercicio del poder público, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha censurado, con la imposición de condenas y la invalidación de su actuar, los comportamientos estatales que afectan los derechos e intereses de los individuos. Ello, con principal premura, en el contexto del derecho de daños, que ha sido superlativamente enriquecido por el contexto de violencia que ha caracterizado la historia colombiana, desde la Guerra de Los Mil Días y hasta los tiempos presentes.

Así, pocos años después de haber sido restablecido, el Consejo de Estado condenó, en decisión de 20 de noviembre de 1916, a la Nación a pagar a una empresa alemana el valor de los 80 cueros de res perdidos en el Puerto de Paquiló –Cundinamarca– como consecuencia de la retención de una balsa que, navegando por el río Magdalena, fue detenida y su cargamento robado, para el transporte de 18 hombres

de las Fuerzas del Gobierno en el marco de La Guerra de los Mil Días.

En igual sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo impuso sanción pecuniaria al Estado colombiano por la limitación del derecho a la movilidad de los empleados del Diario El Siglo, y la suspensión de los servicios de energía eléctrica y teléfonos en el edificio en el que funcionaba la redacción, en hechos relacionados con el “Golpe de Pasto”, producido por la detención del Presidente Alfonso López Pumarejo por parte de algunos miembros del Ejército Nacional.

Si bien el Consejo de Estado consideró que las medidas de censura impuestas a los diferentes medios de comunicación en el país, se avenían a la tensa situación que se vivía por esos días –1944–, las autoridades públicas debían responder por los perjuicios causados a la redacción del Diario El Siglo, pues los mecanismos utilizados en su contra habían superado las cargas que debían soportar los particulares en dichas circunstancias, aplicando por vez primera, y de manera explícita, la teoría del daño especial, traída del derecho francés.

Por otro lado, con sentencia de 17 de noviembre de 1967, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo comprometió la responsabilidad de las Fuerzas Militares por los daños producidos en un establecimiento comercial ubicado en la ciudad de Cali por una turba de manifestantes que, ante la caída del poder del General Gustavo Rojas Pinilla –10 de mayo de 1957, salieron a las calles en son de protesta, arrasando con lo que se apareciera a su paso. En el fallo de 17 de noviembre de 1967, la Corporación sostuvo que el Estado respondía igualmente por las omisiones de sus autoridades, las cuales, en el caso concreto, no tomaron las medidas necesarias para la protección del derecho de propiedad de los esposos demandantes.

Y los casos continúan: la Nación fue declarada administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte de Jorge Marcos Zambrano, quien fue torturado y asfixiado por miembros del F-2 en Cali, en sentencia de 5 de febrero de 1988; igualmente, por el asesinato del ex ministro de Enrique Low Murtra, del comunicador Jaime Garzón; de los ex candidatos a la Presidencia de la República por el Partido Unión

Patriótica Jaime Pardo Leal y Bernardo Jaramillo Ossa; “...todo un repertorio judicial que lamentablemente podría servir para hacer un gran fresco de la historia nacional del siglo XX”⁴ que, a pesar de la crueldad que retrata, muestra una institución volcada a depurar los excesos u omisiones en el ejercicio de poder; a restablecer el tejido humano de una sociedad, sosegada por la mano oprobiosa de la violencia y, que, en ese orden, ha buscado poner a tono su jurisprudencia con los parámetros convencionales erigidos en sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

En su función **correctiva**, el Consejo de Estado ha demostrado que, más de la nominalidad, los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento, son verdaderas garantías de una vida armónica y digna al interior de una sociedad, garantizando una visión liberal del Derecho público que, en nuestros días, transmuta a perspectivas mucho más colectivas.

Pero dejar hasta aquí nuestra labor, conllevaría ofrecer un panorama incompleto de los roles que, para el

⁴ Guillermo Sánchez Luque. “Segundo Centenario del Consejo de Estado.” En. Consejo de Estado de Colombia 1817-2017. Bicentenario de una institución republicana.

Derecho público colombiano, ha desempeñado igualmente el Consejo de Estado, **juez propositivo**, de cuya iniciativa se desprende la expedición de la normativa en el campo de lo contencioso administrativo, piénsese por ejemplo en el Decreto 01 de 1984 y sus modificaciones, y en la vigente Ley 1437 de 2011, en la que, además de buscar una adecuación a los referentes constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991, se positivizaron muchas de las instituciones de génesis jurisprudencial, existentes hasta el momento.

En este mismo orden, no puede pasarse por alto la importante labor que, en el marco de la Constituyente de 1991, fungió el Consejo de Estado, institución que, a través de su Presidente de la época, Dra. Consuelo Sarria Olcos, defendió, entre muchos otros temas, la descentralización administrativa, como garantía de desarrollo para las entidades territoriales; el carácter normativo de la Constitución, pues *“lo importante es hacer, en cuanto a Colombia respecta, que los que se instituyan en la Constitución sean efectivos y no meros anhelos. El prestigio de la Constitución depende no de lo que proclame, sino de lo que traduzca en realidades*

tangibles”⁵; la reforma al Congreso, mediante la eliminación de los auxilios parlamentarios que cooptaban las tareas de control político de las Cámaras.

Finalmente, y por lo limitado del tiempo, quiero destacar que, en este bicentenario del Consejo de Estado, su labor jurisdiccional ha allanado al camino para las comunidades tradicionalmente excluidas del país, en el propósito de la reivindicación de sus derechos y de efectividad de la concepción materialista de la igualdad.

En ese orden, y limitando nuestra intervención al mundo femenino, podemos aseverar hoy, sin temor a equívocos, que el Consejo de Estado ha confeccionado una jurisprudencia con enfoque de género, que debe ser aun mayormente profundizada.

En concordancia, la ausencia de un trato diferenciado respecto de una denuncia relacionada con actos de violencia intrafamiliar padecidos por una mujer –los que debían materializarse en presteza y celeridad–

⁵ Consuelo Sarria Olcos. “Memorando del Consejo de Estado para la Asamblea Constituyente”. En Consejo de Estado de Colombia 1817-2017. Bicentenario de una institución republicana.

llevaron a la Sección Tercera de esta Corporación a declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, en providencia de 30 de agosto de 2018, autoridades que, a pesar de estas circunstancias, permitieron la prescripción de la acción penal en el asunto de autos⁶.

Asimismo, la perspectiva de género prohijada por el Consejo de Estado ha servido como sustrato de algunas libertades, como la de orientación sexual, dejando provisionalmente incólume la legalidad del Decreto 1227 de 2015, a través del cual se reglamenta el procedimiento para el cambio del componente sexo en el Registro Civil de Nacimiento.

Dentro de los argumentos que sustentaron la decisión de 10 de marzo de 2016, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó que el concepto sexo no se circunscribe a las características netamente biológicas, sino que incluye la auto identificación cultural de la persona, como expresión del derecho a

⁶ Fallo de 30 de agosto de 2018. Rad. 50001-23-31-000-2003-30307-01(40251).

la igualdad y la no discriminación en el ordenamiento colombiano⁷.

El anterior panorama muestra la existencia de una institucionalidad contencioso administrativa que salvaguarda no solo la integridad del ordenamiento, sino que, al mismo tiempo, como fuera manifestado por el General Rafael Uribe Uribe, luego de los debates para la reestructuración del Consejo de Estado en el año de 1914: *“la justicia administrativa es la mejor garantía de los derechos de los ciudadanos.”*

Muchas gracias,

⁷ Rad. 11001-03-24-000-2015-00367-00.