

ESTUDIOS

La concreción democrática del procedimiento administrativo

The democratic concreteness of the administrative procedure

Diego Fernando Yanten Cabrera

Universidad Santiago de Cali, Colombia

RESUMEN Resulta indudable la reducción político-normativa del principio de legalidad; la Administración no encuentra en este estándar un límite adecuado para su poder, mas sí un contrapeso que impide el libre cumplimiento de sus cometidos finales, razón por la cual la extensión dispositiva se redirige, en la actualidad, a los estándares jurídico-superiores con la eclosión del principio de juridicidad, el cual, al interior de la relación —esencialmente democrática— Administración-administrado[s], permite la proyección de los fines esenciales del Estado hacia la materialidad de verdaderas necesidades colectivas.

PALABRAS CLAVE Democracia, intersubjetividad, acto administrativo, procedimiento administrativo, principio de juridicidad.

ABSTRACT The political-normative reduction of the principle of legality is undoubted; the Administration does not find in this standard an adequate limit for its power but a counterweight that prevents the free fulfillment of its final tasks, reason for which, the operative extension is redirected, at present, to legal-superior standards with the emergence of the principle of juridicity, which, within the essentially democratic, administered-Administration relationship, allows the projection of the essential purposes of the State towards the materiality of true collective needs.

KEYWORDS Democracy, intersubjectivity, administrative act, administrative procedure, principle of juridicity.

La democracia es la simple tiranía del número

Ronald M. Dworkin

Introducción

Tal cual «se dice que todos los edificios se construyen piedra a piedra» (Martin, 2015),¹ igual acontece con el sistema jurídico: sus abismales fluctuaciones con el tiempo (Calabresi y Douglas, 1996),² la necesidad de reconducir sus propios lineamientos a un contexto temporal e inestable (León y Varela, 2015),³ su elocuente alterabilidad (Poole, 2007).⁴ Y, sin embargo, pese a estos notables elementos, existen inamovibles pilares, rocas sólidas que de ser derruidas dan al traste con todo lo que el derecho representa. Piedra angular, pues, de este sistema jurídico es la democracia, fuente del principio de contradicción, defensa y, cómo no, de seguridad.

La concreción del sistema jurídico debe advertirse sin ambages, desacralizada –si se quiere–, lo cual conduce a la puridad fáctica de los esquemas práctico-normativos, mas no a su acrisolamiento con endémicas posturas asistemáticas que tras inescrutables postulados superiores pretenden elucidar algo enteramente distinto, *e. g.* los imperativos categóricos (Kant, 2011). Siguiendo ese firme propósito, lo que se pretende, en las líneas subsecuentes, es la interpretación concertada y real del estado de cosas procedimental-administrativas dado, sin amalgamar a la actividad desplegada supuestos de tipo moral (Blackstone, 1893) ni retóricas de tipo ético-procesual (Dworkin, 1997) que jueguen con procesos verbales-inquisitivos bajo la dicotomía bueno y malo (Mill, 2014), sin caer por ello, en un esquema de tipo jurídico-cientificista (Kelsen, 2005). Por de pronto, la connotación sea una de las muchas reivindicaciones del modelo *soft* positivista (Coleman, 2001), sin olvidar por ello las particularidades propias del sistema jurídico-autónomo patrio.

Bajo esa óptica, es imprescindible observar el enorme auge que, tras la Constitución de 1991, ha expuesto la teoría de la adjudicación judicial (Ursin, 2009), la consolidación del derecho como un sistema que va mucho más allá de la simple regla (Peller, 1985), la adscripción de la doctrina liquida (Zagrebelky, 2011), el devenir de un derecho

1. Con mayor crédito, se establecerá, líneas abajo: «Podría decirse lo mismo del conocimiento, que extraen y compilan muchos hombres doctos construyendo siempre encima de las obras de sus predecesores».

2. Es incontestable la afirmación que la naturaleza del derecho sufrió un abatimiento, desde el mítico «derecho como justicia» de Ihering (2007, 100 y ss.), a productos con altas elaboraciones, como aquel que lo condiciona como subsistema contencioso, según el cual:

«EL primer asunto que cualquier sistema jurídico debe encarar es aquel que llamamos el problema de la 'titularidad de los derechos'. Cada vez que un Estado enfrenta un conflicto de interés entre dos o más personas, o entre dos o más grupos de personas, debe decidir a cuál de las partes favorecer. En ausencia de esta decisión, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma será decidido sobre la base que 'el poder hace el derecho' (*might makes right*).»

3. Adviértase *e. g.* el caso A&M Records v. Napster Inc., evento en el cual, se procedía a establecer la responsabilidad del creador del programa *peer to peer* Napster Shawn Fannig, lo cual, trajo de suyo, una nueva serie de interpretaciones asistémicas, que terminaron por hacer parte de un nuevo sistema, dentro del cual, se incluyó la regulación de software con arquitectura centralizada.

4. Baste observar, sobre este punto, el concepto de «irradiación» sobre la totalidad del Sistema Jurídico que acompaña, de tiempo atrás, a la Constitución.

viviente,⁵ el advenimiento del constitucionalismo como eje transversal del ordenamiento jurídico (Devolvé, 2014), todo lo cual redundará, a no dudarlo, en una nueva configuración del sistema jurídico, configuración ésta que atrae a la necesidad de resignificar la relación Administración-administrado[s].

Es, precisamente, aquel contexto de nuevas disposiciones jurídicas, de reconfiguración de las antiguas instituciones, el ponerse a tono del sistema jurídico, lo que permite autolegitimar en tanto democrático, previo un debate intersubjetivo entre los interesados, el proceso de formación de disposiciones jurídico-vinculantes singulares, todo lo cual sugiere, como correcta, la inexpugnable asimilación del giro pragmático como necesidad sistémica de legitimación de tal proceso, esto es, concebir que «la autoridad epistémica de la primera persona del singular que inspecciona su interior se traslada a la primera persona del plural, a saber ‘el nosotros’ de una comunidad de justificación ante la cual cada uno justifica sus propias ideas» (Habermas, 1995).

En este punto, es plausible aventurarse a concluir: la asimilación de las características propias del Estado liberal clásico (Ferrajoli, 2001), dado el presupuesto orgánico de formación de normas, da al traste con la pretensión democrática de creación de disposiciones singulares-concretas, pues la validez normativa de toda disposición encontraba su justificación en el dictado de una autoridad competente y no, como se pretende ahora, en un discurso *in consensu* de sujetos jurídicos que debaten sobre su propia vinculación sistémica desde una perspectiva intramundana.

La legalidad invierte, negativamente, la posibilidad de determinación estatal de estándares administrativos, pues aprisiona a la Administración al mundo aparential de lo dado y no lo posible o probable, lo que, en la actualidad, riñe con las disposiciones jurídicas (eminentemente procedimentales) que, tras una interpretación determinante del legislador, permiten a ésta —la Administración— superar el estándar de legalidad e instalar, positivamente, la posibilidad de crear derecho, siempre que en su concreción la habilitación democrática esté precisada por la actuación transaccional entre aquella y la posible (teniendo en cuenta la omisión siempre presente) actividad de los administrados en cada una de las cosas en las que éstos puedan verse intervenir.

En ese sentido, el presente artículo intenta brindar una respuesta posible al cuestionamiento: ¿cómo puede la democracia reconducirse a las dehesas de disposiciones jurídicas *ainterpretativas*, precisamente, por ser normas adjetivo-procedimentales?

El presente artículo se desarrolla en dos fracciones que suponen una totalidad para la respuesta elemental de la pregunta prescrita: su primera parte describe los efectos propiciados en el sistema jurídico y la forma de responder de éste a la irritabilidad del entorno. En seguida, su segunda parte prescribe la forma como las disposiciones adjetivo-procedimentales adscriben tales cambios y, al incorporarlos, los reconducen con la eclosión de percepciones democráticas de concreción administrativa.

5. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 31 de mayo de 2001. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. (Sentencia Número C-557). Disponible en: <http://bit.ly/2BWWz4b>.

1. La reinterpretación sistemática del ordenamiento jurídico

La necesidad de incluir un consenso intersubjetivo para la formación de disposiciones jurídico-singulares vinculantes surge con el advenimiento de la Constitución Política de 1991 y el redescubrimiento del sistema jurídico como un sistema incierto, lugar donde todo yace indefinido *per naturam*, donde los mandatos de optimización, además de exponerse connaturales *eo ipso*, ocupan un papel protagónico una vez entrabada la *litis*.

Desde luego, la conclusión conduce a una obviedad: allí donde todo se encuentra predestinado con anterioridad por pautas de tipo general-abstracto (Gény, 1925), no existe lugar para debate alguno, ni, cuanto menos, para la legitimidad de procedimientos democráticos, empero, si esa predestinación normativa trasmuta a esquemas jurídicos abiertos a la interpretación (Guastini, 2015), la necesidad de diseminar los dimes y diretes que puedan presentarse sobre la justedad de una determinada disposición jurídica cobran un nuevo valor, pues es la legitimidad en el acuerdo producido sobre la norma lo que permite su verdadera validez jurídica y esto, trae de suyo, la efectividad social de la disposición, pues los sujetos normativizados, una vez consultados, aceptan, sin restricción alguna, el monopolio coercitivo del derecho (Austin, 1832), ahora ya, expurgado de una identidad inconsistente.

Lo indubitable al interior de este proceder democrático presupone el cambio ontológico y legitimador de las instituciones, *e. g.* allí donde yacía el concepto de *acto administrativo*, amparado en el mero poder orgánico de la institución que lo expide, como «una manifestación de la autoridad administrativa competente, fundada y motivada en una finalidad específica de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones, para la satisfacción del interés general, pudiendo ser ejecutivo o declarativo» (Calafell, 1995). Ahora, gracias del impulso irresistible que supone la imposible sustracción del acuerdo intersubjetivo y el reconocimiento democrático de la norma como posibilitadores de la cosa juzgada administrativa (Gordillo, 2011), se presenta un acto administrativo refinado, explicitado como «el ejercicio del poder aconductado sometido al derecho ejercido bajo procedimientos garantísticos previos» (Santofimio, 2012).

La necesaria deconstrucción estructuralista (Derrida, 2004) del derecho y su disociación en sentido democrático pospone –aunque inmediatamente– la consecuente asimilación, de aquello que ha dado en denominarse la «teoría del reconocimiento», según la cual «es el reconocimiento de los sometidos lo que importa» (Raz, 1979), pues si el sistema *iuris* supone poder de concreción normativa, y si «toda autoridad es irracional y su sometimiento a ella irracional» (Wolff, 1970), lo lógico es que los sujetos normados acepten como legítimas las restricciones a sus desideratas libertarias.

1.1. La conversión dogmática de las fuentes del derecho

La elemental configuración de un sistema jurídico que encuentra su límite en las disposiciones jurídicas de tipo legislativo, basadas en el supuesto orgánico que estima el influjo del poder más allá de la verdadera legitimación propuesta en el ejercicio material

de los derechos, es cosa del pasado, su adscripción obedece a la conformación del Estado meramente legislado, el paso de éste último a días avenidos antes del ayer supone el olvido de principalísimos postulados político-jurídicos ya no aptos para nuestros días.

Tal fue el acontecer del plurimencionado principio de legalidad; su génesis obedeció al necesario contrapeso *vs.* supuestos draconianos emitidos por la incontrolable Administración, no obstante, cabe preguntar ¿es, en el estado actual de cosas constitucional, un elemento delimitador del poder estatal, como lo fue en el pasado? o ¿acaso, por descuento, es la rúbrica que limita la ductilidad propicia del derecho de nuestros días?

Un primer aspecto por develar sobre estas interrogantes radica en el autoevidente influjo de las sentencias emitidas por el Máximo Tribunal Constitucional, lo que conllevó a la implementación sistemática de la jurisprudencia, ya no como simple fuente auxiliar, sino mejor como fuente formal del derecho mismo. A este respecto se manifestó:

El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho... se funda en una postura teórica del derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.⁶

Lo anterior daba lugar, a una nueva concreción del derecho, a una nueva virtualidad jurídica del juez y a la asimilación del principio *da mihi factum dabo tibi ius*, como de la máxima *iura noviret curia* y, cómo no, al presupuesto indiscutible *the judge make law*. La lógica que acompaña este razonamiento se precisa si se advierte la innegable falibilidad de los contenidos jurídicos, su incontrolable *maremágnum* que va más allá de la simple legalidad y que se inserta en posiciones atomizadas interpretativas nunca, realmente, conocidas:

Adjudication is interpretation: Adjudication is the process by which a judge comes to understand and express the meaning of a authoritative legal text and the values embodied in that text.

Interpretation, whether it be in the law or literary domains, is neither a wholly discretionary nor a wholly mechanical activity. It is a dynamic interaction between reader and text, and meaning the product of that interaction. It is an activity that affords a proper recognition of both the subjective and objective dimensions of human experience; and for that reason, has emerged in recent decades as an attractive method for studying all social activity... (Fiss, 1982).⁷

6. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 24 de agosto de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia Número C-634. Disponible en: <http://bit.ly/2EequKr>.

7. Traducción libre del editor: «Adjudicación es interpretación: Adjudicación es el proceso por el cual un juez llega a comprender y expresar el significado de un texto legal autorizado y los valores incorporados en ese texto. La interpretación, ya sea en los dominios de la ley o de la literatura, no es una actividad comple-

Todo lo cual conlleva a asumir por cierta la expresión «we are all realists now» (Laiter, 1997). No obstante, para dar este paso, resultaba incuestionable resignificar el principio legalista y exhortar a la comunidad jurídica a aceptar que la propuesta política, limitante del poder, de este principio había fenecido o, cuanto mucho –si se quiere–, debía ser acompasada para permitir la eclosión de este derecho naciente. Operó entonces la *reconceptualización* del principio de legalidad, según la cual existe una vinculación presente entre disposiciones jurídicas, en otrora de diferente orden, *i. e.* se equiparó la vinculatoriedad dispositiva de las autoridades administrativas a la ley, como a las «prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial», explicitándose que corresponde a los órganos públicos que desarrollan el ejercicio de la función administrativa:

el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la *ratio decidendi* de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades.⁸

La jurisprudencia cualificada, esto es, las sentencias de unificación jurisprudencial se equipararon, de ese modo, a los preceptos legales de tipo general-abstracto e impersonal. Esa predisposición normativa, supuso, a no dudarlo, la asimilación de una extensión en la práctica argumental-interpretativa misma de las disposiciones jurídicas, quedando relegado el estrecho concepto de derecho decimonónico y con esto de *l'école de l'exégèse* (Demolombe, 1865), deudor de la fórmula simple del principio de legalidad. Ahora se aceptaba, con profusión, que la pragmática jurídica implicaba un esquema, no ya de simples disposiciones legisladas, sino, además, de una serie de elementos circundantes al ordenamiento jurídico, lo cual termina por reforzar la idea democrática en la formación legislativa. En ese sentido, se acepta sin problema que:

En todos los tipos de razonamiento interpretativo... no se trata sólo de que tengamos que llegar a una conclusión interpretativa antes de poder aplicar la ley al caso en cuestión de concluir que es inaplicable. Ocurre también que esas conclusiones mismas pueden justificarse mediante argumentos y sopesando y balanceando las razones a favor de cada una de las posibilidades interpretativas. Aquí entran en juego argumentos

tamente discrecional ni una actividad completamente mecánica. Es una interacción dinámica entre lector y texto, y el significado es el producto de esa interacción. Es una actividad que permite un reconocimiento apropiado de las dimensiones tanto objetivas como subjetivas de la experiencia humana; y por esa razón, ha surgido en las últimas décadas como un método atractivo para estudiar toda actividad social... »

8. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 24 de agosto de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia Número C-634. Disponible en: <http://bit.ly/2EequKr>.

relativos a la consistencia interna del derecho. También entran en juego argumentos relativos a la coherencia global de la ley a la luz de los principios subyacentes y a la luz de otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, especialmente los que son más relevantes para el sector del derecho al que pertenece la ley. Pueden plantearse casos hipotéticos que sugieren la inaceptabilidad de una interpretación y la preferibilidad de sus rivales. Se examinan las implicaciones, para el sistema jurídico y para la vida social, de una u otra decisión interpretativa, y en algunos casos los argumentos abiertamente consecuencialistas pueden ser apropiados (MacCormick, 2007).

Si el ámbito de aplicación de las disposiciones jurídicas daba lugar a amalgamar un cierto devenir plagado de incertidumbre, ahora se requeriría de una suerte de acuerdo institucional-colectivo para que las normas jurídicas flexibles adquiriesen toda su efectividad. El paso de la comprensión subjetivizada del sistema jurídico con pretensión de autoridad, pasó precisamente por su componente autoritativo, a la asimilación de una interacción cimentada sobre la sociología fenomenológica, esto es, la necesidad de dar por sentado que: la interacción —y la comunicación como su materia prima— instituye la realidad social, le da forma, le otorga sentidos compartidos a nivel de los objetos (dimensión referencial); a nivel de las relaciones entre los hablantes (dimensión interreferencial); y a nivel de la construcción del propio sujeto en tanto individuo social (dimensión autorreferencial). Estos tres niveles se ponen de manifiesto en cualquier situación comunicativa: se habla de algo, se establecen relaciones entre quienes están hablando, y la personalidad de éstos tiene fuertes implicaciones en la relación de interacción dada (Rizo, 2015).

La necesidad de reconducir la mera dimensión autorreferencial del individuo a una aceptación comunitaria-vinculante es lo que provoca, bajo ciertos estándares normativos (los cuales se abordará más adelante), la necesidad democrática en la formación de disposiciones jurídicas, supuesto el material normativo como un elemento eminentemente inconclusivo que requiere de acuerdos programáticos escalonados, a fin de evitar una simple referencia orgánica-autoritativa y la subsecuente desmaterialización de los derechos constitucional, legal y reglamentariamente reconocidos. Que tal sea el caso, se evidencia cuando se regresa a las consideraciones sobre la fuerza obligatoria del precedente:

En primer lugar, el derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto... Igualmente, existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como 'eficiencia', 'razonabilidad' o 'diligencia'. Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden resolverse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un

proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción.⁹

1.2. La interiorización jurídica del derecho viviente

La idealización del derecho como subsistema abierto a consideraciones contextuales, sociales, psicológicas y políticas, compuesto, además, por prácticas, casos y un alto multiperspectivismo, si bien, prístinamente, puede conjeturar un alto grado de incertidumbre, con mayor examen, refuerza –considerado el estado de cosas determinante– la idea democrática en su constitución y en su elemental desarrollo procesal.

Es imprescindible, a este efecto, la consideración de un derecho esquematizado, mucho más allá de la norma jurídica, perfilado como derecho viviente, metáfora ésta que expresa

frente al derecho de los libros (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados. Esta doctrina permite a la Corte no basar los análisis de constitucionalidad en interpretaciones puramente hipotéticas o descontextualizadas de las leyes, sino tomar como referencia las que han sido depuradas por los órganos de cierre de cada jurisdicción (y en menor medida por la doctrina). El derecho viviente así establecido permite a la Corte Constitucional establecer los contenidos sobre los que realmente debe ejercer el control de constitucionalidad.¹⁰

La noción de *derecho viviente*, así determinada, conduce, irrenunciablemente, a la apreciación autolegitimante de la democracia deliberativa, esto es, la concreción democrática del derecho *per se*, expresado en pocas palabras, conduce a la suposición que:

la producción legítima del derecho depende de las condiciones procedimentales y de las presuposiciones comunicativas, por lo que el derecho y el poder, dependen de formas procedimentales, es decir, de procedimientos derivados de la acción comunicativa que se da entre los individuos (Cancino, 2009).

Sin embargo, esta conclusión no es, ni con mucho, arrojada, impremeditada o audaz, puesto que –bien consideradas las situaciones en derredor–, la acción comunicativa, propia de toda designación de objetos ajenos a la interior subjetividad del individuo –en clave solipsista– *e. g.* las disposiciones jurídicas, escapan a la simple designación tradicional del lenguaje, su fundamento se yergue sobre lo irrebalsable, esto es, se requiere de un mundo de la vida compartido previo que corrija, en tanto apropiados, los debates legales entre sujetos igualmente pensantes. Todo lo cual reconduce a la asimila-

9. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 24 de agosto de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia Número C-634. Disponible en: <http://bit.ly/2EequKr>.

10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 02 de julio de 2014. Magistrado(a) Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia Número C-418. Disponible en: <http://bit.ly/2EH6lKJ>.

ción democrática del intersubjetivismo lingüístico, no obstante, el acuerdo, hasta cierto punto, no es seguro, siéndolo el debate. De ello surge la ineluctable asimilación de la hipostatización lingüística y con ella la percepción de que:

las lenguas, al ser consideradas en su función de apertura del mundo, se convierten en una instancia constitutiva y determinante de nuestra experiencia intramundana —al ser constitutivas del pensamiento o de los conceptos, lo son igualmente de los objetos a que éstos remiten; mas, siendo dichas lenguas irremediamente plurales e históricamente cambiantes, igualmente tendrán que serlo las perspectivas del mundo (*Weltansichten*) subyacentes a ellas. La constitución de un mundo unitario, garante de la objetividad de la experiencia —que en los paradigmas anteriores podía obtenerse apelando a la unidad de un mundo en sí de entes accesibles con independencia del lenguaje— tórnase en esta concepción un problema irresoluble (Lafont y Peña, 1999).

La imposibilidad de asegurar a toda proyección intersubjetiva una ulterior decisión objetivable, no se deriva de un defecto incorregible, muy al contrario, su presencia obedece a la naturaleza irrebasable del derecho mismo, lo que se genera, a resueltas, más allá de la apreciación de un elemento indeseable, es la apertura, en razón de una determinación dubitable, de un proceso de deliberación legitimante sobre concepciones intramundanas, de allí se concluye que el derecho vivo robustece la idea de promoción de «un diálogo institucional respetuoso de los diversos órganos judiciales como abierto a las características del contexto hermenéutico» (Márquez, 2006).

1.3. La materialización del principio de juridicidad

Sí el proceso democrático presupone la necesaria incertidumbre que recubre a todas y cada una de las diversas disposiciones jurídicas dentro del sistema, esto como prerrogativa necesaria para formular un acuerdo bajo el principio constitucional de participación, sí, además, se requiere una resignificación normativa de las fuentes del Derecho, manifestada, específicamente, en la asimilación de la jurisprudencia como «fuente formal», sumado a lo cual, es menester advertir al derecho como un conjunto de premisas que superan la propia norma legislada, entonces, resulta elocuente, privar al principio de legalidad de su significado convencional o —bajo una supuesta premisa extrema— relegarlo a un lugar secundario, pues comportar como propio de éste principio la certidumbre procesual del Sistema Jurídico significa desconocer, por descuento, la naturaleza irrebasable del Derecho.

Sacudir el entendimiento *iuris* de ese insostenible *monstrum* compuesto por fuentes solidas de decisión única e inobjetable, sólo resulta posible si se adhiere al análisis jurídico la asimilación de supraprincipios que, aunque enteramente sistemáticos, exponen una concreción indefinida, precisamente porque ellos mismos se renuevan con las necesidades sociales del momento. Estas metadisposiciones normativas permiten la consumación democrática del derecho, entre aquellos se encuentran, en primer término, los *finés esenciales del Estado*, concretizados como

«Una de las finalidades básicas de las autoridades colombianas... no sólo porque así lo establece el artículo 2º de la Carta, sino además porque esos elementos son condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades. La Constitución busca el fortalecimiento de las instituciones, para que éstas puedan cumplir efectivamente su misión constitucional de asegurar la convivencia pacífica perturbada por grupos armados que actúan al margen de la ley y atentan contra la vida, la libertad y los demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia. Por ello esta Corte señaló que el Estado tiene el deber de ‘mantener la convivencia pacífica e instaurar un sistema jurídico - político estable, para constituir la protección a la vida como una de las obligaciones del gobernante sin las cuales no es posible la continuidad de la comunidad’, puesto que el derecho ‘sólo puede asegurar al individuo una esfera de libertad y protección contra la violencia a condición de reprimir, incluso con la fuerza, aquellas actividades violentas de los demás individuos que vulneran esa órbita de libertad»¹¹

En segundo orden, resulta imprescindible incluir en estas metadisposiciones, indeterminadas en su esencialidad, las cartas de triunfo denominadas Derechos Fundamentales, aquellas que poseen la virtualidad de limitar, incluso, el interés general¹² y que suponen

«Otro de los pilares del Estado social de derecho... Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar, su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido sino se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación.

Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial.»¹³

Contextualmente platicando, resulta insustentable para la evolución social del Derecho la cosmovisión normativa cifrada en el principio de legalidad, puesto que, la producción – orgánica constitutiva de disposiciones jurídicas implica un proceso des-

11. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 11 de abril de 2002. Magistrado(s) Ponente(s): Eduardo Montealegre Lynnet & Clara Inés Vargas Hernández. (Sentencia Número C - 251). Disponible en: <http://bit.ly/2FMeZXE>

12. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 28 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Sentencia Número T - 381). Disponible en <http://bit.ly/2nL4Ent>

13. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 05 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. (Sentencia Número T - 406). Disponible en: <http://bit.ly/2nKsCiN>

gastante y tardío que, no pocas veces, se expone retrasado a los avatares comunitarios necesitados de regulaciones con especificidad concreta. Este extenuante trámite supone el *animus* de un ponente cualificado, la posterior elaboración del proyecto de ley, la ya tardía presentación del proyecto de ley, el traslado a comisión y ponencia para primer debate, el excesivo debate en comisión, la ponencia para el segundo debate, el debate de plenaria, el traslado a Cámara y la definitiva sanción presidencial, para, posteriormente, pasar a la discrecionalidad legislativa de la publicidad de la ley creada (Congreso de la República, Ley 5, 1992: Artículo 139 y ss.).

El precoz cambio del que es consumadora y víctima la sociedad presupone la adscripción de conductas *ex post factum*, esto es, de disposiciones jurídicas creadas *ad hoc* para regular casos pasados no normatizados, no por la aceptación de lagunas al interior del sistema jurídico (Zitelmann, 1903), sino por el carácter extensivo y universalizable del Derecho a áreas que, en otrora, dada su inexistencia prescindían de regulación o de casos que, contemplada errónea o no una moral comunitaria – definitoria, suponían en sí mismos, una decisión definida de antemano, que la alteración posterior en la cosmovisión comunitaria sobre el asunto destruía. Sobre este último aspecto, se puede manifestar como paradigma el caso *Lawrence vs. Texas*, supuesto fáctico en el cual se acusó a un individuo de violar una disposición jurídica vinculante – legislada con anterioridad, esto es, la norma del Código Penal de Texas que penaliza «el coito desviado», no obstante, la resolución del asunto privó de eficacia jurídica la legalidad de la norma por encontrarse contraria a una disposición superior, la Decimocuarta Enmienda

«The present case does not involve minors. It does not involve persons who might be injured or coerced or who are situated in relationships where consent might not easily be refused. It does not involve public conduct or prostitution. It does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter. The case does involve two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle. The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. 'It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter'. The Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual»¹⁴

14. Supreme Court of the United States of America (2003). *Lawrence v. Texas*. 539 U.S. 558. Disponible en: <http://bit.ly/1ZLJ9Qf>.

TRADUCCIÓN libre del editor: «El presente caso no involucra menores. No involucra a personas que puedan ser heridas o coaccionadas o que estén situadas en relaciones en las que el consentimiento podría no ser fácilmente rechazado. No involucra una conducta pública o prostitución. No implica que el gobierno debe dar reconocimiento formal a cualquier relación en la que las personas homosexuales intenten entablar. El caso involucra a dos adultos que, con el consentimiento mutuo y recíproco, se involucraron en prácticas sexuales comunes a un estilo de vida homosexual. Los peticionarios tienen derecho a que se

Un tercer orden de normas compone la red que integra como un todo, sumadas las fuentes del Derecho, estas metadisposiciones, es la asimilación de los principios jurídicos como entidades normativas de tipo programático y virtualidades jurídicas contenido – procesales, *id est*, *standards* que permiten la resolución de conflictos donde las reglas resultan carecer de referencia

«En contra del concepto de una teoría de los principios basada en condiciones de prioridad podría hacerse valer que, puesto que las condiciones de prioridad implican reglas, sólo se necesitaría tomar en consideración estas reglas. Esta objeción lleva a un segundo elemento fundamental de la teoría débil de los principios, a la ley de la ponderación. Los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. La referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto. Con ello se dice, grosso modo (lo que se puede demostrar de manera exacta) que el principio de proporcionalidad, con sus tres principios parciales ya mencionados, se sigue lógicamente del carácter principal de las normas, y éste de aquél. Esto no es sólo interesante para un examen teórico-estructural.» (Alexy, 1998).

Mutatis mutandis, pretender que el Derecho se agota en, las ya mencionadas, metadisposiciones y en las fuentes del Derecho resulta constituir un *non starter*, puesto que el Derecho incorpora muchos más criterios a interpretar de aquellos que un formalista desinformado quisiese aceptar. Esta esencia natural se advierte si se precisa que

«...el Derecho atraviesa todo el espacio de las sociedades evolucionadas, otro tanto podría decirse de las normas en relación con el Derecho. No cabe duda que donde hay Derecho hay también normas, normas jurídicas. Tanto las reglamentaciones del poder estatal (las leyes en sentido amplio), como los acuerdos entre individuos o entre grupos de individuos (los contratos) o las decisiones de los órganos judiciales y administrativos (sentencias y resoluciones en general), que constituyen probablemente las tres formas principales bajo las cuales se nos presenta hoy el fenómeno del Derecho son tipos de normas. Por algo el normativismo, la idea de que el Derecho consiste esencialmente en normas, es, de una u otra forma, la concepción del Derecho dominante entre los juristas.

respete su vida privada. El Estado no puede degradar su existencia o controlar su destino al convertir su conducta sexual privada en un crimen. Su derecho a la libertad bajo la Cláusula del Debido Proceso les otorga el derecho pleno de participar en su conducta sin la intervención del gobierno. «Es una promesa de la Constitución que hay un ámbito de libertad personal al que el gobierno no puede entrar». El estatuto de Texas no promueve ningún interés legítimo del estado que pueda justificar su intrusión en la vida personal y privada del individuo».

Ahora bien, es también obvio que mantener este tipo de concepción no supone desconocer que en el Derecho – en nuestros Derechos – existen otras entidades, otros ingredientes, además de las normas...» (Atienza, 2012).

Es, en efecto, este estado de cosas jurídicamente dado lo que permite la adscripción del *principle of juridicity* en tanto esquema que supera la simpleza en la categorización de la teoría de la sujeción de la Administración a la Ley, en pro del cumplimiento efectivo de las disposiciones superiores –aquí denominadas metadisposiciones– cuando la legalidad resulta insustentable para tal propósito, lo que conlleva, irrenunciablemente, en un contexto semejante, a relegar la operatividad misma del principio de reserva de ley, dado que este mandato de optimización imprime un plúmbeo formalismo que supone idénticas restricciones

«Según el principio de reserva de ley, la administración sólo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley. Este principio exige, pues, algo más que el de primacía de la ley. Mientras que este último prohíbe simplemente la violación de las leyes existentes, aquél impone más allá de eso la existencia de un fundamento legal para la actividad administrativa. La ausencia de una ley excluye la actuación administrativa, no en virtud del principio de primacía, sino en razón del principio de reserva» (Maurer, 2012).

Sin embargo, este procedimiento opera sin que tal empresa pudiese superar, en modo alguno, el esquema jurídico particular, igualmente, dado, el cual funciona como un todo delimitante de imposible superación. De allí que, como señala Gonçalves

«Throughout the 20th century and especially during the last sixty years, juridicity gained increased relevance vis-à-vis legality. The principle of juridicity expresses the subordination of administrative action to law – not only to statutes enacted by parliaments, but also to all layers of the legal system, principles included. For that reason, juridicity constitutes one of the corollaries of the Rule of Law and expresses a stand provided with a particular rationality that, in the context of separation of powers, emphasizes the protection of fundamental rights by statute law and the existence of juridical constraints even when the legislature accords wide discretion to administrative bodies. This understanding is particularly relevant in the context of agencies' regulatory discretion and its limits.

The principle of juridicity introduces also the autonomy of the executive branch vis-à-vis the legislative branch (and naturally, vis-à-vis the judiciary). The construction of this principle, besides insisting that the Administration is subordinated to the legal system as a whole, underpins also the specific framework of the relations between the legislature and administrative bodies. Indeed, this principle demonstrates how outdated is Liberalism's view of Public Administration as a mere execution of parliamentary statutes. Always pursuing public interest, the executive constitutes an autonomous branch that cannot be totally pre-determined by the legislature nor entirely controlled by the courts. This position reveals a singular conception of administrative discretion: on the one hand, it provides for the existence of a space for autonomous administrative

evaluation and decision, immune to the interference of the other two branches; on the other hand, it compels Administration to respect all requirements imposed by the legal system (especially by principles) even when it exercises a discretionary power» (Gonçalves, 2015)¹⁵.

1.4. Democracia asociativa–configurativa

¿Resulta plausible adquirir senderos comunitarios de discusión allí donde sólo se encuentran intereses en pugna, deseosos de ser reconocidos, en aquel lugar donde la fundamentación de nuestro proceder repercute directamente en las ansias del triunfo? La respuesta resulta, enteramente, compleja e inalcanzable –en principio–. Aquella absolución en el contexto norteamericano supone una irrealización cognoscible

«Si queremos ser una democracia asociativa, el degradado estado de nuestro debate político es un serio defecto de nuestra democracia, puesto que la atención y el respeto recíprocos son la esencia de la asociación. No damos trato de socio a alguien con quien discrepamos – lo tratamos como un enemigo o, en el mejor de los casos, como un obstáculo – cuando no hacemos ningún esfuerzo, bien sea para entender la fuerza de sus ideas opuestas, o bien para desarrollar nuestras propias opiniones de un modo que las haga sensibles a las suyas. El modelo asociativo así descrito parece hoy inalcanzable porque es difícil ver de qué modo los norteamericanos de los dos bandos rivales de las supuestas guerras culturales podrías llegar a tratarse unos a otros con ese respeto y atención recíprocos. Ésta es la razón de por qué, si optamos por la concepción asociativa como única concepción defendible de la democracia, debemos preguntarnos si hoy

15. Traducción libre del editor: «A lo largo del siglo XX y especialmente durante los últimos sesenta años, la juridicidad ganó una mayor relevancia frente a la legalidad. El principio de juridicidad expresa la subordinación de la acción administrativa a la ley, no solo a los estatutos promulgados por los parlamentos, sino también a todas las capas del sistema legal, incluidos los principios. Por esa razón, la juridicidad constituye uno de los corolarios del Estado de derecho y expresa una posición provista de una particular racionalidad que, en el contexto de la separación de poderes, enfatiza la protección de los derechos fundamentales por ley y la existencia de restricciones jurídicas incluso cuando la legislatura otorga amplia discreción a los órganos administrativos. Esta comprensión es particularmente relevante en el contexto de la discreción reglamentaria de los organismos públicos y sus límites.

El principio de juridicidad también introduce la autonomía del poder ejecutivo frente al poder legislativo (y naturalmente, frente al poder judicial). La construcción de este principio, además de insistir en que la Administración está subordinada al sistema jurídico en su conjunto, apuntala también el marco específico de las relaciones entre el poder legislativo y los órganos administrativos. De hecho, este principio demuestra cuán obsoleta es la visión del Liberalismo respecto a la Administración Pública, como una mera ejecución de los estatutos parlamentarios. Siempre persiguiendo el interés público, el ejecutivo constituye una rama autónoma que no puede ser totalmente predeterminada por la legislatura ni controlada completamente por los tribunales. Esta posición revela una concepción singular de la discreción administrativa: por un lado, establece la existencia de un espacio para la evaluación y la decisión administrativas autónomas, inmune a la interferencia de las otras dos ramas; por otro lado, obliga a la Administración a respetar todos los requisitos impuestos por el sistema legal (especialmente por principios) incluso cuando ejerce un poder discrecional».

es posible una democracia real en Estados Unidos. Con todo, la democracia asociativa es ciertamente una aspiración posible para nosotros». (Dworkin, 2008).

Sin embargo, la suposición de su no-materialización es, igualmente, impensable *ab intra* de un Sistema Social y Democrático de Derecho. Podría, inicialmente, sustentarse la necesidad de la concepción democrática del Derecho en la aceptabilidad vinculante de las normas jurídicas, pero ¿cómo?

En esencia, el Sistema Jurídico expresa elementos psicológicos y una terapia conductual de aceptación autónoma de reglas vinculantes *per se*, lo cual supone, incluso, que Sistemas Jurídicos injustos sean verdaderos ordenamientos jurídicos, realmente, legítimos (Ross, 2008); a este respecto, la conceptualización moral o amoral del sistema es, hasta cierto punto, abstrusa e innecesaria. No obstante, la sumisión al poder coercitivo del Derecho significa –bajo el contexto analizado– ser una idealización supuesta por los participantes sociales, restringidos en sus libertades y con sendas dudas sobre la verdadera igualdad de su vida respecto de sus semejantes. Es, pues, la conformación con las normas impuestas el resultado de un *hacer parte* del debate constructivo del Sistema Jurídico dado, sin embargo, ese creer resulta ser una idealización complementaria de aquello que sucede en realidad.

Lo que sucede en realidad, es que el Sistema Jurídico incorpora una suerte de valores en la configuración normativa de cada una de estas disposiciones, luego, cualquier sistema jurídico debe garantizar un mínimo de estos valores para ser considerado legítimo *eo ipso*. La suposición en la creencia del poder para admitir o no el Sistema es lo que permite la conformación con los dictados de ese mismo Ordenamiento. Es esto lo que se denomina el Poder Simbólico del Derecho, definido como

«...el poder propio del campo jurídico de objetivar ciertos enunciados a través de la codificación, de dar formas, de instituir y nombrar, de otorgar jerarquía y poder de coerción, de oficializar y universalizar. Es que entre lo más específico del espacio jurídico se halla aquel interés por dotar de neutralidad, universalidad y desinterés al discurso jurídico y, a través de ello, lograr la legitimación y consenso social sobre determinadas concepciones impuestas por uno u otro grupo o clase social. La cualidad más eficaz del campo se manifiesta en la legitimación cuasi mágica de determinado estilo de vida y orden social a través de la incorporación de estos valores e intereses, bajo apariencia neutral en normas legalmente sancionadas o producidas.» (Foá, 2009).

Ergo, es fácil observar que tanta más adhesión posee esta idealización más sencilla resulta ser la aceptación social con referencia al Sistema Jurídico dado. El reconocimiento, la sumisión a la autoridad, la necesidad de autolimitarse viene regulada por esa idealización, la idealización de la participación equilibrada, el sueño del autogobierno, aunque a un punto, bien pueda esto no ocurrir del todo. Lo importante, a resueltas, es que el ser humano se crea, introspectivamente, sometido a un Derecho del cual cree, igualmente, ser autor, aunque bien no puede serlo en realidad

«...el derecho emerge de la eterna idea de derecho que se expresa mediante el senti-

miento jurídico del pueblo, ante el que éste aparece como innato. Se trata de una característica propia del pueblo, sin cuya eficacia no es posible una vida popular en común. Sin derecho no hay vida.

El pueblo es una realidad naturalmente dada. El individuo no es concebible sino como miembro de un conjunto humano del que procede. Ningún ser humano está allí por sí mismo, sino que cada humano tiene padre y madre, tiene antecesores, de los que hereda su esencia corporal y su estructura espiritual.

... No se puede concebir al derecho surgiendo fuera del sentimiento jurídico de los humanos, para buscar su fuente en cualquier otro lugar del mundo circundante, de las instituciones, fuera de los humanos mismos.» (Nicolai, 2015)

Sicológicamente expresado, podría decirse, que la tesis de la aceptabilidad social implica, en tanto potencializadora de la democracia asociativa, la presuposición, inicial, de su existencia y de ser parte de ella en el debate cívico – autoritativo, con la consciencia que esos valores son impuestos por el Sistema Jurídico y respetados por él, además, de la seguridad que, en tanto valores indeterminados, es necesario el debate intersubjetivo sociedad – Estado como garantía de equilibrarse *point of views* igualmente respetables, no obstante, con la infalibilidad de no poderse superar límites sobre los cuales se supone iniciado el debate, *i. e.* los valores son la razón de ser del debate mismo, pues sobre su materialización o no se entabla la discusión acerca de la adecuación de la decisión

«La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus contenidos de unidad y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente a su aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiere ser y preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia y únicamente en él las antiguas razones de la soberanía aún han de ser plenamente salvaguardadas.» (Zagrebel'sky, 2011).

Secuencialmente, esa forma democrática impele a una reconfiguración del sentido ontológico del Derecho, igualmente democrática y valorativa, pues una configuración *e. g.* excesivamente positivista supondría una regulación antidemocrática de la configuración normativa del sistema y el giro orgánico – autoritativo en la configuración del Derecho. Es necesario pues, observar la posibilidad discursiva en la definición del objeto, dentro del cual, se pretende la regulación valorativa – procesual de la democracia asociativa, *sensu contrario*, la disociación democrática al interior de un Sistema Orgánico de formación de disposiciones jurídicas resulta ser un oxímoron. El Derecho, democráticamente observando, bajo la perspectiva, estrictamente, del uso atributivo de las descripciones definitivas (Donellan, 1977), es pues

«... un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la

totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.» (Alexy, 2004).

Todo lo cual redundando en una especie de deliberación utilitarista, al interior de la *polis*, dentro de la cual el ciudadano ejerce procesos discursivos en busca de su desarrollo particular por intermediación de la vida política activa, regulando sus apetencias respecto de los derechos a reconocer o la efectivización de los mismos e incluso su materialización para alcanzar una «buena vida»

«The interest of the community is one of the most general expressions that can occur in the phraseology of morals: no wonder that the meaning of it is often lost. When it has a meaning, it is this. The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then is, what is it? —the sum of the interests of the several members who compose it.» (Bentham, 1781)¹⁶.

Esta democracia asociativa se configura por la suma de esquemas legales de acción, prácticamente, en formas jurídicas que permiten, frente a la autoridad, despliegues escalonados de un debate procesualizado. Esto es, la posibilidad discursiva –si bien no al instante– se produce por figuras jurídico – procedimentales o jurídico – procesales que permiten al particular entablar un dialogo intersubjetivo sobre las normas a vincular con la autoridad emanante de las mismas, el Estado.

2. Debate Administración–administrado[s] como proceso de configuración de disposiciones jurídico–singulares vinculantes

El desenvolvimiento del esquema democrático – asociativo sólo puede establecerse bajo una representación gráfica que le resulte fructífera, fuera de aquella la posibilidad de su realización se evanece. Este contexto propicio *per se*, supone una suerte de elementos inmanentes –los cuales ya han sido referidos líneas arriba– a la configuración democrática. El primero de ellos es la categoría indeterminada de las disposiciones jurídicas sobre las que se debate, una incertidumbre si bien limitada por los valores constitucionales del sistema, los cuales son a su vez, igualmente, indeterminados, supone la realización procesualizada de discursos que pretenden validez dentro de un dialogo

16. Traducción libre del editor: «El interés de la comunidad es una de las expresiones más generales que pueden ocurrir en la fraseología de la moral: no es de extrañar que el significado de la misma se pierda a menudo. Cuando tiene un significado, es esto. La comunidad es un cuerpo ficticio, compuesto por las personas individuales que se consideran constituirlo como si fueran sus miembros. El interés de la comunidad, entonces, ¿qué es? -la suma de los intereses de los varios miembros que la componen.»

intersubjetivo entre individuos interesados sobre percepciones y apetencias perceptibles intramundanas.

Sin embargo, este principio participativo-configurativo reclama para sí una especificidad procedimental para que el desencadenamiento de la génesis que le resulta propia sea plausible, a este respecto, la noción de legitimación en la causa supone ser, altamente, ilustrativa, pues solo el individuo con esa caracterización legal puede activar el nivel interactivo del lenguaje que propende por una configuración intersubjetivizada en su resolución

«La causa activa corresponde a la titularidad del demandante respecto de los derechos fundamentales infringidos, la capacidad para actuar en representación de otros a quienes resulta imposible defender directamente sus propios derechos, o la capacidad para actuar como apoderado judicial de acuerdo con los requerimientos legales para el efecto»¹⁷.

En efecto, quien pretende dar inicio a una actividad dialogada con el Estado, en el espacio jurídico – procedimental donde juez y parte es la Administración o en el plano jurídico – procesal donde la figura del juez opera como elemento neutral de la decisión, requiere estar legitimado en la causa activa, caso contrario la excepción de ilegalidad en la causa misma interrumpe la posibilidad dialógica intersubjetiva, precisamente por no ser asunto que concierna a quien pretende iniciar la actuación.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), además, de esta obvia caracterización, establece cuatro formas para dar inicio al procedimiento (Artículo 4 CPACA), entre las cuales se cuenta: el derecho de petición en interés general o particular, la carga individual o colectiva del cumplimiento de una obligación o deber legal y la actuación oficiosa autoritativa, esto son, pues la génesis democrática referente al establecimiento de la conformación ontológica de un determinado derecho en un contexto particularmente dado.

Esta oposición dialógica a las normas administrativas de tipo singular, particular y concreto se desarrolla bajo un contexto delimitado por vía legal – adjetiva y que obedece a la materia objeto de controversia

«Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.»

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco

17. Corte Constitucional de Colombia, Auto del 29 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería. (Auto Número 312). Disponible en: <http://bit.ly/2EKw312>

se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código». (Ley de la República de Colombia 1437, 2011, Art. 2°)

Todo esto compone el eje para iniciar la actividad democrático – configurativa, esto es, se requiere una legitimación para actuar, un contexto definido y una forma de dar inicio a la actuación administrativa frente a Autoridades Administrativas cualificadas, lo cual refiere autoridades que reciben tal nombre en tanto cumplen la función administrativa (República de Colombia, Constitución Política, 1991: Artículo 209), esta última entendida como

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

No obstante lo mencionado, resulta menester entender la nueva configuración de concreción que poseen las disposiciones jurídico – administrativas, es en esa comprensividad donde radica la esencia democrática – asociativa en la relación Administración - Administrado[s], precisamente, por la composición consensuada previa a la validez normativa de las normas singulares, particulares y concretas, esto es, el Acto Administrativo, debido al incremento social del poder y a la disminución correlativa del poder en manos del Estado – Administrador

«En el ámbito interno no se discute la soberanía jurídica del estado, pero sí se pone de relieve la falta de concordancia entre su reconocimiento formal y la capacidad real del Estado para imponer sus decisiones. El poder del Estado, los recursos que posee para procurar sus objetivos, se ven empequeñecidos frente a los nuevos poderes sociales. La capacidad de influencia de éstos sobre el Estado, la dimensión de su poder, es cada vez mayor en comparación con el poder estatal.

Esta aceptación amplia del término «poder» nos permite sostener que no es cierto que el Estado posea su monopolio. El Estado se enfrenta a un preocupante déficit de ejecución de sus decisiones y ello a pesar de que éstas, cada vez con mayor frecuencia, son adoptadas en colaboración con sus destinatarios. Visto a la inversa, la capacidad de influencia de determinados sectores o grupos sociales en las decisiones del Estado pone de relieve, también en el ámbito interno, la disminución de su poder frente al aumento de poder de la sociedad. Esta situación no es del todo nueva. Los denominados «poderes fácticos» han existido siempre. Se ha reconocido, incluso, la existencia de ciertos poderes jurídicos al margen del Estado. Lo que queremos poner ahora de relieve es el asombroso aumento, cuantitativo y cualitativo, del poder social.» (Darnaculleta, 2005).

Ese contexto supone la permisibilidad de los acuerdos intersubjetivos propuestos, toda vez que un acto administrativo no encuentre una aceptabilidad social fácil o choque, lo que es lo mismo, contra una resistencia social en su efectividad, lo cual descompone la validez misma de la disposición jurídico – administrativa. Es, en última *ratio*, la aceptabilidad social-comunitaria o particular-individual del acto administrativo lo que permite la validez jurídica de aquel, previo un debate procedimental intersubjetivo que se compone de dimes y diretes de discusión, dentro de un ámbito de aplicación bien definido, bajo formas jurídico – procedimentales establecidas, al interior del Derecho observado como un todo, lo cual exhibe, por contera, el principio de juridicidad y la constitucionalización del Derecho Administrativo en su máxima expresión

«...se debe entonces precisar, que al procedimiento administrativo se le debe entender entonces, como el más importante instrumento con que cuenta quienes ejercen funciones públicas administrativas para el cabal, adecuado y oportuno cumplimiento de los propósitos y finalidades del Estado, que no son otros que todos aquellos que fluyen de la esencia y naturaleza de las cláusulas o bases constitucionales de carácter normativo que sustentan nuestro ordenamiento jurídico y que podríamos concretar para efectos operativos en las del «Estado de derecho», «Estado democrático», «Estado social de derecho»; «Estado unitario»; y «la de integración»; los cuales, a su vez, son portadores de principios y valores que orientan y determinan la acción de los poderes públicos y de las relaciones entre el Estado y los asociados.

Todos estos contenidos son parte indiscutible de la Constitución normativa sustancial, que es, a no dudarlo, la columna conductora de toda acción y actuación pública administrativa, por lo tanto, repito, determinantes del objeto y finalidad de los procedimientos administrativos» (Santofimio, 2012).

2.1. El derecho fundamental constitucional de petición

Esta figura jurídico – procedimental superior (República de Colombia, Constitución Política, 1991: Artículo 23), establece la posibilidad de efectuar solicitudes, con la utilización de un adecuado respeto en su formulación, a las Autoridades Administrativas referentes al establecimiento de un estado de cosas jurídico, la aclaración de un proceder administrativo, información referente al establecimiento de políticas, de transacciones voluntarias de mercado administrativas, de disposiciones presupuestarias para actividades administrativas referentes al pasado, presente o a la ulterioridad del gasto público a emplear, imbuir consultas a las Autoridades, las cuales bien pueden comportar informaciones específicas. En contraprestación a la solicitud respetuosa elevada, la Autoridad Administrativa se obliga a emitir una respuesta cualificada, la cual no implica, necesariamente, aceptación de lo solicitado

«Cuando una persona presenta ante una autoridad una solicitud respetuosa, se entiende que lo hace en ejercicio de su derecho fundamental de petición. Razón por la

cual, la autoridad debe dar una respuesta oportuna y de fondo al interrogante que le ha sido planteado pues, de lo contrario, vulnerará los derechos del peticionario, sin perjuicio de las consecuencias propias del silencio administrativo negativo.»¹⁸

Su incorporación *ab intra* del Sistema Jurídico patrio fue pacífica, empero, su eficacia no ha sido, con mucho, una realidad, a lo largo de la historia que lo recubre. Sin embargo, pese a esta contrariedad se puede asentar que, tras sendas regularidades normativas, bajo el constitucionalismo como eje transversal del ordenamiento jurídico, actualmente

«...puede afirmarse que siendo el Derecho Administrativo, por esencia, dinámico y caracterizado por el reto permanente que consiste en ensanchar cuantitativa y cualitativamente el esquema de protección y eficacia de los derechos de los administrados, se tiene que en el contexto colombiano la evolución que ha presentado el derecho de petición es una evidencia del proceso de constitucionalización, bajo la premisa en virtud de la cual el centro de gravedad y razón de ser del Derecho administrativo es el ser humano y sus derechos» (González, 2014).

El Derecho Superior de Petición establece el primer escalón en el desafío particular de comprensividad jurídica, el fundamento democrático no es procesal, sino constitutivo – individual/colectivo respecto a la naturaleza de la disposición jurídica de que se trate. La concepción psicológica de que el Derecho es creado por cada individuo en la sociedad, la idealización de un Derecho común, sociológicamente interpretado supone la posibilidad democrática – asociativa en el ejercicio hermenéutico. No obstante, la interpretación en este estadio, en modo alguno, es una interpretación metodológicamente asegurada, pues el proceso hermenéutico parte de la comprensividad inicial de la certeza que, verdaderamente, un tipo de disposición garantiza la solicitud y la razón en el derecho pretendido. Este tipo de proceder es, ampliamente, conocido y supone un camino irracional, donde los deseos suponen el *leitmotiv* constitutivo y las normas pueden ser indistintamente apreciadas como justificatorias de la determinación tomada, aunque sistemáticamente ello puede constituir un equívoco

«Entre todos los individuos... ligados por el lenguaje, se establecerá una especie de media: todos reproducirán – no exactamente sin duda, pero si aproximadamente – los mismos signos unidos a los mismos conceptos.» (Saussure, 2005).

La disposición superior que permite elevar la petición a la Autoridad Administrativa y el deber correlativo de esta en la respuesta presupone la colisión dialógica – intersubjetiva entre precomprensividad jurídica de una disposición y comprensividad sistémica de la norma. Las consecuencias de este choque establecen una serie posible de actos de adecuación:

18. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 1ro. de abril de 2014. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. (Sentencia Número T – 214). Disponible en: <http://bit.ly/2nKtuE5>

- La adecuación preconstitutiva del sistema con el sistema mismo.
- La adecuación preconstitutiva del sistema con la adecuación constitutiva del sistema.
- La inadecuación preconstitutiva con la adecuación constitutiva del sistema.
- La adecuación preconstitutiva del sistema con el sistema y, subsecuentemente, la inadecuación constitutiva del sistema con el sistema mismo.

La combinación de la adecuación (1) con la adecuación (2) suponen la claridad normativa de la disposición jurídica en un contexto determinado y en un tiempo, igualmente, particularizado. Cuando esto ocurre el Derecho Fundamental de Petición presupone una respuesta positiva por parte de la Autoridad Administrativa y la formulación de una disposición singular, particular y concreta que materialice los fines esenciales del Estado, esto es, asegurar la materialización de la metadisposición jurídica, estructura ideológica del sistema jurídico – administrativo, con la respuesta sobre la petición misma.

Por su parte, las adecuaciones (3) y (4) establecen un inconveniente en la representabilidad y la necesaria correlatividad entre coherencia e incoherencia normativa. Aquí el concepto de poder autoritativo del Derecho y de concepción orgánica juegan una función esencializadora respecto de la respuesta, pues, aun asintiendo el proceso democrático – asociativo, la consolidación final se resuelve apelando al criterio orgánico – estructural de Derecho, pues la autoridad supone la validez jurídica de la interpretación emanada de la propia Autoridad Administrativa. Sin embargo, el concepto autoritativo no supone la concreción arbitraria del Derecho, sino la incompreensión del derecho solicitado en el nivel autorreferencial individual/colectivo. La respuesta, en este caso, será denegatoria del Derecho.

Desde luego, la anterior serie de situaciones –precisadas sin pretensión de exhaustividad– corroboran el sentido democrático del Derecho de Petición, pues la posibilidad de expresar ideas preconstitutivas con el propósito de establecer derechos sistemáticamente configurados suponen la esencia misma del intercambio respetuoso de ideas y de una especie de estructuralismo constitutivo de metadisposiciones bien conocidas

«Según lo estipulado en el artículo 2 de la Constitución Política, uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Una de las formas en las cuales las entidades conformantes del Estado pueden ayudar al involucramiento (sic) del ciudadano en los asuntos públicos es por medio de la solución oportuna a peticiones de información. En ocasiones la información solicitada puede corresponder a resultados de gestiones del Estado que son de interés público y que al conocerse pueden servir como herramienta para el control ciudadano ya que sólo teniendo conocimiento de los resultados arrojados se podrá estar de acuerdo con

los mismos o reclamar el cumplimiento de las gestiones a las cuales está obligado el Estado.»¹⁹

2.2. La ruptura democrática

La Democracia sin palabras supone una simple fachada retórica, esto es, la asimilación autoritativa – arbitraria del poder estatal sobre los particulares y la ruptura dimensional del Principio del Estado Social y Democrático de Derecho, pues, allí donde no hay manifestación administrativa sobre lo solicitado no existe pretensión de corrección, simplemente, un argumento orgánico del poder

«En el Estado constitucional democrático es preciso plantear de manera especial la cuestión de la legitimación conforme a criterios democráticos (esto es, de la teoría democrática). La ciencia del derecho constitucional, las llamadas ciencias de la realidad que son sus ‘proveedores’, los ciudadanos y los grupos, no tienen una legitimación democrática, entendida en sentido tradicional, para la interpretación constitucional. Pero precisamente la democracia no se desenvuelve sólo a través de la relación de delegación y responsabilidad formalizada, canalizada y constituida en sentido estricto, del pueblo hacia los órganos del Estado (legitimación a través de las elecciones), hasta llegar al intérprete constitucional ‘competente’ en última instancia... En una comunidad abierta se desenvuelve también a través de las formas mediatizadas ‘más finas’ del proceso público pluralista de la política y la práctica cotidianas, especialmente mediante la realización de los derechos fundamentales, la que se aborda frecuentemente en la ‘faceta democrática’ de tales derechos: a través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y necesidades de la realidad, y también mediante el ‘concierto’ científico sobre cuestiones constitucionales, en el cual apenas hay ‘pausas’ y ‘fermatas’ y no hay directores ni debe haberlos.» (Häberle, 2003)

El esquema multiperspectivista del Sistema Jurídico, al interior del cual es posible entablar diálogos intersubjetivos referentes a la apreciación de una disposición jurídica en un caso determinado, sorteando la antiquísima definición ontológica del *ius publicum* ajeno a los particulares, que parte de ser un derecho para la Administración y de la Administración, debe ser una realidad. El inmensurable mundo jurídico, configurado con la afinidad a un sistema, enteramente, garantístico, rechaza, desde luego, el mutismo administrativo frente a una solicitud respetuosamente elevada

«El derecho de petición no implica una prerrogativa en cuya virtud la administración se vea precisada a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa. La resolución, producida y comunicada dentro de los términos que la ley señala, representa la satisfacción

19. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 03 de abril de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. (Sentencia Número T – 377). Disponible en: <http://bit.ly/2nIpPrh>

del derecho de petición, de tal manera que, si la autoridad ha dejado transcurrir los términos contemplados en la ley sin dar respuesta al peticionario, es forzoso concluir que vulneró el derecho pues la respuesta tardía, al igual que la falta de respuesta, quebranta, en perjuicio del administrado, el mandato constitucional.

Ahora bien, la omisión en que incurre la autoridad al no responder las peticiones con la necesaria prontitud es de por sí una violación del derecho y acarrea la consiguiente responsabilidad disciplinaria. Aunque ello genera, por otra parte, la ocurrencia del fenómeno jurídico del silencio administrativo -que se concreta en un acto ficto o presunto demandable ante la jurisdicción- no por eso queda relevada la administración del deber que se le impone de resolver la solicitud, pues sería inaudito que precisamente la comprobación de su negligencia le sirviera de pretexto para continuar violando el derecho.»²⁰

De ello se desprende, como resulta obvio, que «*el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición*»²¹. Precisamente, no proceder a conformar la adecuación sistemática con la expresión autorreferencial que del mismo expone un individuo o la colectividad representa la ruptura democrática del sistema, pues se enarbolan las cláusulas exorbitantes de las que hace uso la Administración, entre tanto se desconoce la necesidad democrática – asociativa, todo lo cual conduce a desconocer la calidad de persona, con toda su sintomatología jurídica, al peticionario – solicitante

«El derecho constitucional a obtener una respuesta oportuna y concreta no sólo tiene vigencia en cuanto atañe a la solicitud original que dio lugar al trámite administrativo, sino que también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más de tal derecho. La vía gubernativa no es una gracia otorgada por la administración al particular. Su utilización tiene el doble carácter de derecho del administrado y de etapa que por regla general debe ser agotada en los términos previstos por el Código Contencioso Administrativo para poder acudir a la jurisdicción. El silencio administrativo no protege el derecho de petición, pues tiene un objeto distinto y, por otra parte, es precisamente prueba clara e incontrovertible de que el mismo ha sido violado. No todo acto administrativo materia de recurso es totalmente adverso al recurrente. Por ello, ejercido el recurso y ante la mora en resolver sobre el fondo del mismo, la suspensión provisional del acto ficto, en vez de solucionar el conflicto al particular en el plano específico del derecho constitucional a una oportuna respuesta -pues continúa para él la indefinición-, representaría poner en tela de juicio, inclusive, lo que ya le había reconocido la Administración. No tiene sentido hacer valer la suspensión provisional como medio alternativo de defensa en tales casos, pues, con independencia de lo que se resuelva judicialmente, lo cierto es que el desconocimiento del derecho de petición

20. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 23 de junio de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. (Sentencia Número T – 242). Disponible en: <http://bit.ly/2s8VvL3>

21. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 05 de julio de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. (Sentencia Número T – 508). Disponible en: <http://bit.ly/2FKGDVo>

ya se ha perpetrado...»²²

Pese a que el silencio administrativo compone la asimilación de una respuesta nunca emitida y la permisión de ingreso al debate de un tercero garantista –el juez contencioso administrativo–, la nociva figura supone un debate nunca culminado y la posible configuración de un derecho jamás debatido –*silencio administrativo positivo*–²³ adialógico que choca con los fines esenciales del Estado, los derechos fundamentales y todo aquello que materializa como un todo el Derecho en sí.

La importancia de la actividad jurisdiccional contencioso – administrativa radica en la re-estabilización democrático – asociativa, que impele al cuestionamiento en la respuesta jamás producida, preferentemente en la imposición de sanciones frente al infractor rupturante (República de Colombia, Ley 1755, 2015: Artículo 31) del proceso democrático configurativo de disposiciones singulares, particulares y concretas con pretensión de validez jurídico – administrativa.

2.3. Recursos administrativos

Constituyen el segundo escalón tuitivo – democrático dentro de la serie sucesiva del proceso intuitivo, contra-intuitivo, argumentativo y contra-argumentativo de una disposición ya conocida (República de Colombia, Ley 1437, 2011: Artículos 74 a 82). No obstante, el debate intersubjetivo, con pretensión de constitución jurídica, trasciende a un segmento en el cual la adecuación es, enteramente, sistemática. Es, claramente, la serie de razones que expone la Administración en pro o en sentido adverso al Acto Administrativo de que se trate, lo que configura la adecuación sistémica del próximo debate, toda vez que la regularización de una disposición se contrasta con las meta-disposiciones que animan el Sistema jurídico en su totalidad. Sin embargo, en muchas ocasiones este escalón es un plus necesario para acceder a etapas más elevadas, esto es, la intervención judicial efectiva, razón por la cual, es posible concluir, inicialmente, que la interposición democrática colisiona con la idea de tutela judicial efectiva, lo cual resta sentido de elección al administrado

«Cuando la tutela judicial es efectiva, el recurso administrativo es un trámite molesto que se desearía poder evitar. Cuando el control judicial no funciona, el recurso administrativo se transforma en el único remedio disponible. En cualquier caso, es el precio que el ciudadano debe pagar para tener acceso a la vía judicial. Por ello la respuesta provisoria que la doctrina contemporánea postula es que resulta una irrazonable restricción del acceso a la justicia. Ello, por ser innecesarios para la administración, que de rutina no los resuelve; por transformar ‘los fugacísimos plazos de interposición de los recursos en plazos de prescripción de los derechos sustantivos’; por ser una carga

22. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 17 de junio de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. (Sentencia Número T – 294). Disponible en: <http://bit.ly/2FKSFow>

23. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 30 de mayo de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia Número T – 447). Disponible en: <http://bit.ly/2E6bF9y>

injustificable, demorar el acceso a la justicia y de hecho desanimar dicho acceso, etc. Se trata de un tema en el que conviene evitar todo dogmatismo jurídico o formulismo rígido, pues a veces la justicia es el único camino posible y otras lo es la administración. La mejor solución es dejar al propio interesado el derecho de acudir a la vía judicial en forma directa, o agotar si lo prefiere todo o parte de la instancia administrativa» (Gordillo, 2010).

Los grados de adecuación, bien pueden variar, la variabilidad depende de cuán alto resulta ser el poder persuasivo de las razones que priman en la interpretación de la Autoridad Administrativa de que el Acto Administrativo, realmente, cumple con la función administrativa, no conduciendo a una inadecuación sistemática con las meta-disposiciones que animan a aquel, lo cual no supone, por cierto, el fin del debate intersubjetivo y la asimilación de las razones adversas presupuestas por el administrado[s] en su reclamo.

Al afirmar el contenido interreferencial de una percepción jurídica en sí, la posibilidad de eludir, en forma definitiva la voluntad de concreción del tipo *ego solus ipse* resulta improbable e inverosímil, lo que quiere significar que, la concepción autorreferencial de una norma se determina, en definitiva, por el carácter del operador jurídico, quien determinado por el poder y la autoridad que éste le brinda bien puede apegar-se emocionalmente a su interpretación precostitutiva del Sistema Jurídico y obliterar la percepción determinadora del Sistema en tanto democrático, creándose, a ultranza, una determinación personal con respecto al contenido lingüístico del estándar jurídico.

Pues para él el derecho es lo que él piensa y la posibilidad de su verificación, no pocas veces, es autoritativa, pues no pocos están dispuestos a abandonar su concepción e incluso después de abandonada siguen pretendiéndose deudores de una razón que les asiste, lo cual choca, desde luego con la dimensión intersubjetivada del lenguaje mismo. En este sentido, la democracia asociativa supone compromiso social, el cual se traduce en la conformación psicológica – autorreferencial con la presupuesta por las Autoridades Administrativas, en tanto conformación aglutinante sociológica – interreferencial.

2.4. LA TUTELA PROVISIONAL

El re-direccionamiento judicial, incoado a petición de parte al interior del proceso contencioso-administrativo (Fajardo, 2012), difiere de aquel que se encausa *ab intra* de la serie de sucesión de pasos que componen la actividad administrativa (Massimino, 2011), sin embargo, *in essentia* predisponen mecanismos legales en contra de la potencialidad que, en algún sentido u otro, las disposiciones jurídicas involucradas puedan representar, si aquellas suponen, *ab initio*, la vulneración directa de metadisposiciones, e. g. derechos fundamentales, resultando inaplazable la protección de aquellas, entretanto se desenvuelve el debate intersubjetivo configurativo de disposiciones singulares, particulares y concretas, lo cual configura que el Acto Administrativo se tramité bajo el efecto suspensivo.

La primera de aquellas recibe el nombre de «medida cautelar»²⁴ y estructura una verdadera reconfiguración democrática – asociativa del proceso contencioso – administrativo e incrementa el número de participantes en el discurso intersubjetivo – configurativo, sobre supuestos indeterminados con valores limitantes

«... las medidas cautelares no son otra cosa que garantías puestas en manos de los ciudadanos y que han de ser operadas por los jueces, con el propósito de que aquéllos no vean burlados sus derechos o intereses después de dispendiosos procesos en los cuales, si bien se accede a sus pretensiones, no se consigue la auténtica realización del derecho sustancial reclamado. Así pues, las medidas cautelares buscan garantizar que el objeto litigioso permanecerá inalterado a lo largo de toda la pendency del proceso para que la sentencia pueda proyectar sus efectos sobre la misma realidad existente al momento de la iniciación del pleito. Pues basta con pensar en sencillos y en no poco frecuentes ejemplos de casos que general frustración y alejamiento del postulado constitucional que propende por la vigencia del orden justo...» (Fajardo, 2012).

La segunda se expresa bajo el rotulo «medida provisional» y encuentra su hábitat propicio en el procedimiento administrativo mismo, en este punto la substancial diferencia no se remite a su designación nominativa, sino, además, al despliegue esquemático – procesual en el que tiene lugar, como también, frente a la autoridad que se pretende, la cual resuelve su viabilidad –aunque a un punto, tal peculiaridad es observada como problemática–

Si bien... las similitudes y diferencias de las medidas provisionales del procedimiento administrativo con las medidas cautelares de los procesos judiciales, aunque obedecen a problemas similares y buscan igualmente la solución en un equilibrio entre la garantía de las formalidades y la eficacia, surgen diferencias capitales especialmente en lo que se refiere a su significado para la posición de la Administración y del administrado, pues, en el proceso judicial, se presentan como garantía del administrado, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (tutela cautelar) y, en el procedimiento administrativo, suelen manifestarse como una nueva facultad de la Administración que exime a ésta de respetar las garantías que el procedimiento administrativo conlleva, como actos de gravamen que suponen una ejecución anticipada de la resolución final del procedimiento (aunque no tiene por qué ser siempre así, como ocurre con la suspensión del acto impugnado, en el procedimiento en vía de recurso, que es la misma del proceso contencioso-administrativo). Por ello... debe prevenirse contra precipitadas soluciones comunes o frente a una indiscriminada recepción de las normas de las medidas cautelares de los procesos judiciales... (Tardío, 2004).

Este esquema, dentro del cual los mecanismos son activados, presupone *eo ipso*, la adecuación preconstitutiva del sistema con la interpretación constitutiva del Sistema que se equipara a la idea del Derecho como un todo; pese a que el Acto Administrativo,

24. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 27 de febrero de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. (Sentencia Número T – 733). Disponible en: <http://bit.ly/2EI8AgU>

a un punto, es una disposición que se adecua sistemáticamente, en la misma forma, al Derecho mismo; todo lo cual resulta posible y es, precisamente, la construcción intersubjetiva de la nueva disposición singular, particular y concreta lo que permite absolver dicha confusión. Empero, entre el desarrollo del tracto democrático y la definición final de la decisión, el administrado solicitante requiere que la adecuación preconstitutiva del sistema sea protegida, si consideraciones reales en derredor suponen un perjuicio irreparable en un contexto donde la decisión administrativa sea vinculante hasta que no se observe su inadecuación sistemático – jurídica.

El cuestionamiento democrático – configurativo, se expresa posible, toda vez que la legalidad que recubre los dictados de la Administración no tiene una significancia mayor que esa que exponen las *praesuntium iuristantum*, no obstante, la existencia de dos horizontes que posibilita la facultad actuarial de las Autoridades Administrativas, esto es, el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y la materialización de verdaderos Derechos Fundamentales, bien puede suponer una colisión, lo cual resulta lógico, pues, una decisión cualquiera puede garantizar los fines esenciales con el proceder e, igualmente, que el interés general sea satisfecho, sin embargo, bien puede rupturizarse la naturalidad sistemática del Derecho, si el peticionario encuentra vulnerados sus derechos con la asimilación temporal del Acto Administrativo.

Conclusión [del procedimiento administrativo]

Las líneas que componen esta lectura presuponen la posible deconstrucción en clave democrática del Derecho, en especial de aquel grupo de disposiciones jurídicas que componen la estructura procedimental – administrativa, lo cual estipula el necesario reconocimiento de la doble naturaleza del lenguaje: la primera, se expresa en la conciencia de encontrarse ya sobre un mundo lingüísticamente preestructurado, aquel que resulta inasible e inexplicable, aunque, por cierto, irrehuible, desde el cual el acuerdo sobre un mismo lenguaje yace ya definido, esto explica, desde luego, la posibilidad de desacuerdo discursivo a partir de ese acuerdo arbitrariamente establecido

«El discurso es existencialmente cooriginario con la disposición afectiva y le comprender. a comprensibilidad ya está siempre articulada, incluso antes de la interpretación apropiada. El discurso es la articulación de la comprensibilidad. Por eso el discurso se encuentra ya a la base de la interpretación y del enunciado. A lo articulable en la interpretación y, por lo mismo, más originariamente ya en el discurso, ha sido llamado sentido. A lo articulado en la articulación del discurso los llamamos el todo de significaciones. Éste puede descomponerse en significaciones. Las significaciones, por ser lo articulado de lo articulable están siempre provistas de sentido. Si el discurso, como articulación de la comprensibilidad del Ahí, es un existencial originario de la aperturidad, y la aperturidad, por su parte, está constituida primariamente por el estar-en-el-mundo, el discurso deberá tener también esencialmente un específico modo de ser mundano. La comprensibilidad efectivamente dispuesta del estar-en-el-mundo se expresa como discurso. El todo de significaciones de la comprensibilidad viene a palabra.

A las significaciones les brotan palabras, en vez de ser las palabras las que, entendidas como cosas, se ven provistas de significaciones.» (Heidegger, 1953).

Esa estructura social lingüísticamente definitoria, apromblemática, permite que se pueda establecer diálogos sobre puntos ya comprendidos de antemano como génesis de todas las articulaciones lingüísticas comunitarias y es, precisamente, aquella lingüísticidad preconfigurada lo que permite el desacuerdo posterior referente al alcance, adecuación y verificación de lo acordado, lo cual, en el dialogo intersubjetivo estructuralista, se supone problematizado. Es en este punto, donde la preexistencia de un mundo ya definitorio de nuestras prácticas intersubjetivas –de nuestro entender-ya-lingüísticamente el mundo–, se robustece por la idea del nivel interactivo del lenguaje

Naturalmente importa destacar frente a esto que el lenguaje sólo tiene su verdadero ser en la conversación, en el ejercicio del mutuo entendimiento. Esto no debe entenderse como si con ello quedara formulado el objetivo del lenguaje. Este entendimiento no es un mero hacer, no es una actuación con objetivos como lo sería la producción de signos a través de los cuales comunicar a otros mi voluntad. El entendimiento como tal no necesita instrumentos en el sentido auténtico de la palabra. Es un proceso vital en el que vive su representación una comunidad de vida. En este sentido el entendimiento humano en la conversación no se distingue del que cultivan los animales unos con otros. Sin embargo, el lenguaje humano debe pensarse como un proceso vital particular y único por el hecho de que en el entendimiento lingüístico se hace manifiesto el «mundo». El entendimiento lingüístico coloca aquello sobre lo que se produce ante los ojos de los que participan en él, como se hace con un objeto de controversia que se coloca en medio de las partes. El mundo es el suelo común, no hollado por nadie y reconocido por todos, que une a todos los que hablan entre sí. Todas las formas de la comunidad de vida humana son formas de comunidad lingüística, más aún, hacen lenguaje. Pues el lenguaje es por su esencia el lenguaje de la conversación. Sólo adquiere su realidad en, la realización del mutuo entendimiento. Por eso no es un simple medio para el entendimiento (Gadamer, 1993).

Esta escueta referencia a la naturaleza holística del lenguaje, amalgamada a la naturaleza irrebasable del Derecho, establece la consecución procedimental de una democracia – asociativa configurativa de disposiciones singulares, particulares y concretas, puesto que, la asimilación de un esquema lingüístico compartido *a priori* y la intersubjetividad *a posteriori* resultante de la problematización de esa lingüísticidad, establecen la necesidad *in consensu* de un derecho que resulta abarcador y abarcable, en tanto regula un lenguaje propio y es regulado a sí mismo por un lenguaje ya prefijado.

De esto resulta que el procedimiento administrativo se configure, de tiempo atrás, como «... la parte del derecho administrativo que regula las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa» (Gordillo, 2012), lo cual genera, en la resolución del debate Administración – administrado[s], la apertura, con pretensión de permanencia sistémica, de adecuaciones personales/colectivas –intersubjetivadas siempre– de disposiciones jurídicas

ex abrupto problematizadas en el devenir propio de la función administrativa.

La negación y superación de la legalidad es, *ab initio*, aparente, pues se presenta excluida en tanto inconveniente para la realización teleológica de los propósitos estatales, empero, conserva su estructura debilitada para contrarrestar los brotes de arbitrariedad salvaje del poder estatal en contra de su propia naturaleza, la simiente de tal naturaleza descuellera desde la obligatoriedad de las disposiciones jurídico–adjetivas y la autoafirmación de toda disposición en precedentes ya establecidos. No obstante, aquello no representa una barrera inexpugnable contra la juridicidad, la cual autogenerada en el ocaso de la legalidad, elevándose sobre ella puede incorporar esquemas de discrecionalidad implacable, por eso y no por otra cosa, la democracia aglutina en el decisionismo administrativo, dado el carácter intersubjetivado de su validez, el nudo gordiano de todo garantismo.

Referencias bibliográficas

- ALEXY, Robert (1988). Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica. Doxa, 5: 139 – 151.
- ALEXY, Robert (2004). El Concepto y la Validez del Derecho. Barcelona: Gedisa.
- ATIENZA, Manuel (2012). El sentido del Derecho. España: Ariel.
- AUSTIN, John (1832). The Province of Jurisprudence Determined. London: John Murray, Albemarle Street.
- BENTHAM, Jeremy (1781). An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Kitchener: Batoche Books.
- BLACKSTONE, William (1893). Commentaries on the Laws of England. Philadelphia: J. B. Lippincott Company.
- CALABRESI, Guido y Douglas A. Melamed (1996). Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad y de Inalienabilidad: una vista a la catedral. Estudios Públicos. 63: 348 – 391.
- CALAFELL, Jorge Enrique (1995). La Teoría del Acto Administrativo. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 24: 121 – 147.
- CANCINO GÓMEZ, Rodolfo (2009). Democracia deliberativa. Un concepto procedimental de democracia. Revista de Derecho, 251: 165 – 175.
- COLEMAN, Jules L. (2001). Hart's Postscript: Essays of the Postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press.
- DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè (2005). Autorregulación y Derecho Público: la Autorregulación Regulada. España: Marcial Pons.
- DERRIDA, Jacques (2004). ¿Qué es la Deconstrucción? Le Monde, martes 12 de octubre de 2004.
- DEMOLOMBE, Charles (1965). Cours de Code Napoléon. 3ème ed., Paris.
- DEVOLVÉ, Pierre (2014). La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del Derecho Administrativo. En Alberto Montaña y Andrés Ospina (editores), La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Bogotá D. C.: Universidad Externado

- de Colombia.
- DONELLAN, Keith (1977). Reference and Definitive Descriptions. En Schwartz, ed. Naming, Necessity and Natural Kinds, 46 – 78. Disponible en: <http://bit.ly/2nCVcTb>
- DWORKIN, Ronald (1997). El Imperio de la Justicia. Barcelona: Gedisa.
- DWORKIN, Ronald (2008). La Democracia Posible. Principios para un nuevo debate político. Barcelona: Paidós.
- FERRAJOLI, Luigi (2001). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía y Política*, 17: 31 – 45.
- FAJARDO, Mauricio (2012). Medidas Cautelares. En William Zambrano (editor), Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. Bogotá D. C.: Consejo de Estado.
- FISS, Owen M. (1982) Objectivity and Interpretation. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. 1217: 739 – 763.
- FOÁ TORRES, Jorge (2009) Epistemología y Ciencia Jurídica: ¿Dialectizar la Dogmática? X Congreso Nacional de Sociología Jurídica. Córdoba. Disponible en: <http://bit.ly/2EwG3dX>
- GADAMER, Hans-Georg (1993). Verdad y Método. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- GÉNY, Francois (1925). Métodos de Interpretación y Fuentes en el Derecho Privado Positivo. Madrid: Editorial Reus.
- GONÇALVES, Ana Raquel (2015). The Rulemaking Power of Administrative Agencies: Crisis of Legality, Rule of Law and Democracy. *Coimbra Business School*, 1: 37 – 65.
- GONZÁLEZ, Sergio (2014). El Derecho de Petición y la Actividad Administrativa: Hacia la constitucionalización 4G. En Alberto Montaña y Andrés Ospina (editores), La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- GORDILLO, Agustín (2012). Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- GORDILLO, Agustín (2011). El Acto Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- GORDILLO, Agustín (2010). El Procedimiento Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- GUASTINI, Riccardo (2015). Interpretación y Construcción Jurídica. *Isonomía*, 43: 11 – 48.
- HÄBERLE, Paul (2003). El Estado Constitucional. México D. F.: Universidad Autónoma de México UNAM.
- HABERMAS, Jürgen (1995). El Giro Pragmático de Rorty. *Isegoría*. 17: 5 – 36.
- HEIDEGGER, Martin (1953). Ser y Tiempo. Madrid: Trotá.
- IHERING, Rudolf (2007). La Lucha por el Derecho. Bogotá D. C.: Temis.
- KANT, Immanuel (2011). Crítica de la Razón Práctica. México: Universidad Nacional Autónoma de México UNAM.
- KELSEN, Hans (2005). Pure Theory of Law. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.

- LAFONT, Cristina y Lorenzo Peña (1999). La tradición humboldtiana y el relativismo lingüístico. En Marcelo Dascal (editor), *Filosofía del lenguaje II. Pragmática*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 18.
- LEITER, Brian (1997). Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. *University of Chicago Law School*, 76: 267 – 315.
- LEÓN ROBAYO, Edgar Iván y Eduardo Secondo Varela Pizarro (2015). *Ilegalidad Aparente o Violación Permanente: los derechos de autor y las tecnologías P2P*. Bogotá D. C.: Universidad del Rosario.
- MACCORMICK, Neil (2007). La Argumentación Silogística. Una defensa matizada. *Doxa*. 30: 321 – 334.
- MAURER, Harmut (2012). *Derecho Administrativo Alemán*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- MÁRQUEZ VÁSQUEZ, Clara Inés (2006). Consideraciones sobre el ‘Derecho Viviente’. *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, 1: 101 – 104.
- MASSIMINO, Leonardo F. (2011). Los Caracteres del Acto Administrativo y el Efecto Suspensivo de los Recursos Administrativos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*. 15: 15 – 32.
- MILL, John Stuart (2014). *Utilitarianism*. South Australia: The University of Adelaide.
- MARTIN, George R.R. (2015). *El Mundo de Hielo y Fuego. La historia no contada de Poniente y el Juego de Tronos*. México D. F.: Blvd Miguel de Cervantes Saavedra.
- MONTAÑA, Alberto (2010). *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Bogotá D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- NICOLAI, Helmut (2015). *La Teoría del Derecho conforme a la Ley de las Razas. Lineamientos de una filosofía jurídica nacionalsocialista*. Buenos Aires: CLACSO.
- PELLER, Gary (1985). The Methaphysics of American Law. *California Law Review*, 73. Disponible en: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2044&context=californialawreview>
- POOLE, Thomas (2007). *The Reformation of English Administrative Law*. LSE Law, Society and Economy Working Papers. Disponible en: www.lse.ac.uk/law/working-paper.../WPS12-2007PooleN2.pdf
- RIZO, Marta (2005). La intersubjetividad como eje conceptual para pensar la relación entre comunicación, subjetividad y ciudad. *Razón y palabra*, 47. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199520655003>
- RAZ, Joseph (1979). *The Authority of Law. Essays of Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- ROSS, Alf (2008). El Concepto de Validez y el Conflicto entre el Positivismo Jurídico y el Derecho Natural. *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 12: 199 – 220.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando (2012). Fundamentos de los procedimientos administrativos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011 –. En William Zambrano (editor), *Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Con-*

- tencioso Administrativo Ley 1437 de 2011. Bogotá D. C.: Consejo de Estado.
- SAUSSURE, Ferdinand de (2005). Curso de Lingüística General. Bogotá D. C.: Editorial Skla.
- TARDÍO, José Antonio (2004). Las Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo. *Revista Jurídica de Navarra*. 38: 113 – 130.
- URSIN, Edmund (2009). How Great Judges Think: Judges Richard Posner, Henry Friendly and Roger Traynor on Judicial Lawmaking. *Buffalo Law Review*. 57: 1269 – 1360.
- WOLFF, Robert Paul (1970). *In Defense of Anarchism*. New York: Harper & Row.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2011). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.
- ZITELMANN, Ernst (1903). *Lücken im Recht* (discurso). Leipzig.

Reconocimientos

Este artículo es el resultado del proyecto investigativo-profesoral «La teoría del precedente administrativo desde la perspectiva de la naturaleza irrebasable del derecho», perteneciente al Grupo GICPODERI, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali.

Sobre el autor

Diego Fernando Yantén Cabrera es Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, Magister en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Candidato a Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Docente de la cátedra argumentación jurídica para la licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesor investigador de la Universidad Santiago de Cali. Su correo electrónico es diego.yantenoo@usc.edu.co

