

**LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD
EN EL EJERCICIO DEL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO
EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

DANILO ARMANDO SUÁREZ ACEVEDO

**Universidad de la Sabana
Especialización en Contratación Estatal
Bogotá, D.C.
2011**

**LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD
EN EL EJERCICIO DEL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO
EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Ensayo presentado como requisito para optar al título de Especialista en
Contratación Estatal

Presentado por
DANILO ARMANDO SUÁREZ ACEVEDO

Asesor
Dr. ORLANDO RAMÍREZ GAMBOA

**Universidad de la Sabana
Especialización en Contratación Estatal
Bogotá, D.C.
2011**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
1. LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS EN EL DEBATE DOCTRINARIO CONTEMPORÁNEO.....	8
2. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA.....	16
3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA ESTATAL EN MATERIA CONTRACTUAL.....	23
CONCLUSIONES.....	31
BIBLIOGRAFÍA.....	34

INTRODUCCIÓN

En el proceso de consolidación institucional de los Estados que han adoptado modelos democráticos garantistas de las libertades humanas que florecieron en el mundo occidental a partir del siglo XVIII, el pensamiento de los más destacados humanistas se ha centrado en la imperiosa necesidad de dotar a las distintas sociedades de reglas claras, precisas e indubitables, para disciplinar las relaciones que necesariamente deben existir entre gobernantes y gobernados. Naturalmente, este proceso de producción y decantación normativa no ha concluido ni se detendrá en el actual ni en los subsiguientes estadios de la evolución social y es por ello que resultan válidas y oportunas, en todo momento, las preocupaciones de la academia y de los cultores de las disciplinas jurídicas, en sus distintas especialidades, roles y escenarios de desempeño, por el examen y la confrontación permanente de las distintas ideologías, escuelas o corrientes del pensamiento jurídico.

Desde luego, no estará ausente quien sostenga que hoy, quizá, no resulten necesarias elaboraciones adicionales atinentes a las reglas y principios y aún a los valores que regulan la interacción humana ya que sobre los mismos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han vertido sus consideraciones y conclusiones en incontables páginas que de manera inocua reposan en vetustos anaqueles, casi condenadas al olvido.

Sin embargo, la realidad que dimana del intenso tráfico jurídico que se patentiza en nuestro medio, regido por una auténtica constelación normativa que hace imprecisa y vacilante la aplicación de la Ley, la jurisprudencia y la doctrina, anima a considerar que el examen de los valores, las reglas y principios para armonizar tales relaciones, siempre será una actividad que no solo atañe a la academia o a los especialistas en cada una de las áreas del

conocimiento sociopolítico, sino que superando estos ámbitos, trascienden a la realidad de las relaciones jurídicas, dotándolas de contenido pragmático para coadyuvar a la realización del supremo anhelo colectivo de disfrutar de un tráfico jurídico armónico, pacífico y, ante todo, justo. No se puede olvidar que el imperio de la ley está directa e íntimamente unido a los conceptos de libertad, de justicia e igualdad, en el sentido ontológico y axiológico predicado por RAWLS¹ como expresión suprema de dignificación humana.

Así, que, de la mano de RONALD DWORKIN y ROBERT ALEXY, entre otros, se aprecia que esta inquietud no es una lucubración intrascendente, máxime hoy cuando se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el ordenamiento positivo colombiano se ha constitucionalizado, aunque tal vocación inspirada por el Constituyente de 1991 y luego por la Corte Constitucional, haya sido atacada por oscuras fuerzas que han impedido el tránsito de la sociedad hacia estadios superiores de dignificación de las relaciones político-económicas y la integración de Colombia al selecto grupo de los países desarrollados.

Entonces, bajo la perspectiva de lo que el Derecho debe ser, se proponen estas reflexiones, bajo la convicción según la cual, las instituciones jurídicas deben servir al bienestar general y nada más, esto es, una comprensión que capta y expresa el pensamiento jurídico utilitarista que en su momento inspiró Jeremy Bentham².

Por lo tanto, si el Derecho no se limita al contenido de los imperativos mandatos promulgados por los organismos competentes de la organización jurídico-política que se aceptan como Estado, y éste es, también, la

¹ RAWLS, John. "Teoría de la Justicia", Fondo de Cultura Económica, Ediciones FEC España S.A., segunda edición, México, 1995, p. 222.

² DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Traducción de Marta Guastavino, primera edición, quinta reimpresión, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 2002, p. 31.

manifestación de los jueces en sus decisiones obligatorias, se debe también aceptar entonces que el derecho conjuga e incluye tanto reglas como principios, según la comprensión de Alexy, o como normas y principios, según el criterio de Dworkin y que el juez, en los casos concretos y particularmente difíciles, va más allá de las normas en busca de principios extrajurídicos para sustentar su decisión, forzoso resulta concluir que éste debe alcanzar el mayor grado de precisión conceptual que le garantice su acierto³.

El derecho, vertido en un precepto del ordenamiento positivo nacional, esto es, creado a través del debate democrático de la vía legislativa, o bien reconocido como creación de los jueces en sus pronunciamientos, patentiza la herramienta más eficaz que el hombre haya logrado construir a través de los siglos para alcanzar su dignificación y su respetabilidad en el seno de la sociedad en que se encuentre inmerso y para contrarrestar la eventual megalomanía de sus gobernantes.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la hipótesis de trabajo que se pasa a desarrollar está determinada por la consideración de que en el ámbito judicial y administrativo colombiano (i) se evidencia una inconveniente y permanente imprecisión conceptual en la identificación, tratamiento y aplicación de las **reglas** y **principios** en sus distintos escenarios de acción y de gestión, que para efectos del presente ensayo se circunscribirá al de los contratos estatales; (ii) que tales imprecisiones afectan de manera negativa, tanto en sede administrativa como judicial, las relaciones negociales del Estado con sus colaboradores, los contratistas; (iii) que la defectuosa identificación de las reglas y los principios, traen como consecuencia el desconocimiento, sin atenuantes, de la **regla de legalidad** y la violación del **principio de proporcionalidad** en el ejercicio de la potestad

³ DWORKIN, Ronald, Op. Cit., P. 81.

sancionadora del Estado frente a sus contratistas, incursionando en el terreno de la arbitrariedad, cuando se imponen sanciones injustas.

El objetivo del presente ensayo, en relación con las hipótesis brevemente planteadas, es la exploración de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales vinculadas al análisis de los principios de legalidad y proporcionalidad en la contratación estatal, al tiempo que se desarrollarán unas breves reflexiones críticas por parte del autor en lo que a la aplicación práctica de los aludidos principios y su impacto en la dinámica contractual del Estado se refiere. Ciertamente, no es un ensayo el mecanismo científico para agotar un tema tan extenso como el que se ha planteado en el título bajo el que se desarrollarán los argumentos que se exponen a continuación; no obstante, mediante la aplicación del método inductivo, se busca lograr un primer acercamiento eficaz al problema que entraña la imprecisión de los conceptos de “legalidad” y de “proporcionalidad” en el derecho contemporáneo.

Sin más preámbulos, la propuesta reflexiva de este documento está encaminada a lograr que, partiendo de enunciados de carácter universal, se logre extraer, en pocas páginas, las conclusiones que se siguen de las mismas premisas del argumento central, relacionándolas con la contratación estatal.

1. LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS EN EL DEBATE DOCTRINARIO CONTEMPORÁNEO

La génesis del debate doctrinario en torno a los principios jurídicos ha sido identificada por los más destacados investigadores sobre el tema, en polémica desatada por Ronald Dworkin en 1967, con ocasión de la publicación de un célebre artículo⁴ mediante el cual este jurista norteamericano impugnó el positivismo jurídico preconizado por el célebre H.L.A. Hart, en su más reconocida obra.⁵ A este debate concurrió Robert Alexy precisando, de conformidad con su particular posición iusfilosófica, que la distinción entre **reglas** y **principios** “constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales.”⁶

Sin estas consideraciones -precisa el filósofo de Oldenburg-, “no puede existir una teoría adecuada y satisfactoria “acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico”, así que la precisión conceptual en su alcance y contenido debe ser un propósito que nos permita superar el terreno de los ideales teóricos. En efecto, como lo predica este pensador alemán, “Presupuesto de la racionalidad de toda ciencia es la claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia”⁷.”

Desde otra perspectiva, pero con propósitos de análogo contenido científico, se encuentra a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero explicando que *los enunciados jurídicos constituyen –quizá– las unidades más elementales del*

⁴ DWORKIN, Ronald. “¿Es el Derecho un Sistema de Reglas?”, 1967. Este artículo, según lo informan Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, fue incorporado como capítulo 2, a la obra del profesor norteamericano.

⁵ HART, H.L.A. “El Concepto de Derecho”, traducción de Genaro R. Carrió, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992.

⁶ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Derecho y Justicia, Madrid, 2002, p. 81.

⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 43.

derecho y cómo esas piezas adquieren apreciable sentido cuando se comprende plenamente su contribución a la conformación y funcionamiento pragmático del derecho. “No son simplemente piezas de un rompecabezas – puntualizan-, sino una realidad dinámica y enormemente compleja como es el derecho de las sociedades contemporáneas⁸”.

Descendiendo al escenario de los contratos estatales, ámbito al cual se circunscribirá el presente ensayo, surge un primer interrogante: ¿Han sido identificados, plenamente, por los operadores jurídicos, las reglas y los principios que ineludiblemente deben disciplinar las relaciones precontractuales, contractuales y aún las postcontractuales del Estado con sus colaboradores los contratistas? Lamentablemente la respuesta es negativa tanto en sede judicial como administrativa. Y, aún en la actualidad, la doctrina de los jueces se muestra vacilante. Las limitaciones en la comprensión de estos fenómenos se evidencian al analizar en este mundo fenomenológico, cómo, quienes fungen con semejante responsabilidad, aplican los preceptos a esta categoría normativa, desconociendo, sin atenuantes, tanto las reglas y los principios que dimanen del ordenamiento positivo, como su contenido y alcance.

Ahora bien, la discusión sobre la imperiosa necesidad de aplicar reglas y principios, identificando plenamente el alcance y contenido de aquéllas y éstos, resulta de vital importancia para la satisfacción colectiva del postulado constitucional, expresado a través de su Asamblea Constituyente de 1991, que decidió insertar a Colombia en el universo de los Estados sociales y democráticos de derecho, con incontestables propósitos garantistas. Para ello, es de destacar el reconocido aporte pedagógico del evocado filósofo alemán cuando afirma con fuerza dogmática:

⁸ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Las Piezas del Derecho-Teoría de los Enunciados Jurídicos”, Primera edición, Editorial Ariel S.A. Barcelona, España, 1996, p. 14.

“Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida a su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”⁹.

Pero como quiera que este predicado no podía pasar desapercibido y estaba llamado a convocar un apasionante debate dialéctico, a este escenario y desde diversas latitudes concurrieron los más destacados cultores de la filosofía jurídica.

Atienza y Ruiz Manero, con un sincero *“realismo pesimista”*, reconocen que estos temas contienen de una extraordinaria dificultad que, desde luego, debe ser desentrañada.

“Prueba de ello es el que, a pesar de haber consumido una ingente cantidad de trabajo intelectual –y, en no pocos casos, de pensadores verdaderamente profundos y originales–, los problemas fundamentales distan de estar resueltos. Es innegable que los teóricos del Derecho de este siglo –sobre todo desde Kelsen en adelante– han efectuado contribuciones esenciales para el esclarecimiento de los conceptos básicos del Derecho, pero no lo es menos que una teoría del derecho se presenta como un huerto cerrado de especialistas y permanece, al menos en países como el nuestro, en una situación de escasa comunicación con los juristas, teóricos y prácticos, quienes no la ven como un instrumento adecuado para la comprensión, la mejora y la crítica del Derecho, de la dogmática y de las diversas prácticas jurídicas”¹⁰.

Sin embargo, ello no debe ser así, máxime cuando una sociedad como la colombiana legítimamente aspira a emerger de su condición actual para ingresar decididamente al selecto club del conocimiento, en todas sus manifestaciones.

⁹ ALEXY, Robert, Op. Cit., p. 86.

¹⁰ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, Op. Cit., p. 11.

Juan Antonio Cruz Parceró, señala cómo *“La importancia de esta distinción entre derechos abstractos y sus concreciones ha sido determinante a la hora de proteger y garantizar los derechos. Los especialistas han tratado de determinar qué contenidos de un derecho abstracto son esenciales y, por lo tanto, deben exigirse de modo definitivo a los Estados”*¹¹.

“Es importante dar cuenta de la distinción entre reglas y principios, debido a que la diferencia entre este tipo de normas condiciona la manera en que las usamos y razonamos con ellas. De modo que, como lo vio Dworkin, tienen distintas maneras de determinar las obligaciones y los derechos, precisamente porque suelen guiar la acción de manera diferente.

“Comencemos por distinguir dos tipos de enunciados normativos: los deónticos y los no deónticos (constitutivos). Los enunciados deónticos, esto es, aquellos que prohíben, permiten u obligan se suelen dividir en principios o reglas. Las reglas podemos dividir las en reglas de acción y reglas de fin. Ambos tipos de reglas se caracterizan por tener una estructura condicional que relaciona un caso con una solución; las reglas de acción califican normativamente una conducta (como prohibida, obligatoria, permitida), como la regla que prohíbe matar a otra persona sin una causa de justificación o la regla que prohíbe expulsar a un niño de una escuela pública. Las reglas de fin lo que califican deónticamente es la obtención de un cierto estado de cosas o una finalidad. Por ejemplo, una norma que obligue a los patrones a mantener las condiciones de higiene y seguridad en el centro de trabajo, o una regla que ordene al gobierno reducir la inflación al 4%. La distinción es relevante cuando en una regla de fin se deja a su destinatario la selección de los medios causalmente idóneos para producirlo, en este sentido, dejan un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción. Por su parte, los principios se suelen dividir en principios en sentido estricto y directrices. En cierto sentido los principios también correlacionan un caso con una solución; la diferencia importante con las reglas estriba en que los principios configuran de un modo abierto las condiciones de aplicación, estas condiciones de aplicación consisten únicamente en la oportunidad de llevar a cabo la conducta o estado de cosas prescrito.

¹¹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio. “Derechos sociales: Clasificaciones, Normas, Acciones y Fines en Interpretación y Razonamiento Jurídico”, Colección Filosofía y Teoría del Derecho, ARA Editores, Lima, Perú, primera edición 2009, primera reimpresión 2010, pág. 380. (Cfr. Capítulo 3 de la obra “El Lenguaje de los Derechos”, del mismo autor. Ensayo para una teoría estructural de los derechos, Trota, Madrid, 2007, pp. 71-99, Reproducido con autorización del autor y el editor)

En el caso de los principios en sentido estricto, la solución normativa contiene un deber, prohibición o permiso de realizar una conducta, esto es, ordena cierta acción o acciones. En el caso de las directrices, la solución normativa califica deónticamente en el logro de cierta finalidad o estado de cosas.

“La diferencia entre reglas y principios es relevante porque, como se dijo antes, determinan de manera distinta el deber. Las reglas lo hacen, como sostuvo Dworkin, de la manera “todo o nada”, es decir, con un carácter definitivo (Alexy). Si la regla es aplicable entonces la conducta ordenada debe realizarse. Además, como sostiene RAZ, las reglas son razones para la acción que guían la conducta de una manera particular: son razones de primer orden y razones excluyentes, es decir, proporcionan una razón para realizar una conducta que ordenan y una razón para dejar de considerar otras razones en conflicto o convergentes. Por su parte, los principios solo son razones que guían la conducta pero no son razones excluyentes, lo que significa que para actuar conforme a lo que ordena un principio siempre debemos considerar otras razones. Por ello, se dice que los principios tienen un carácter prima facie”¹².

El profesor Ruiz Manero toma partido en esta apasionante controversia, señalando con franqueza que desde la publicación de la primera edición de *Las piezas del Derecho* y aún antes, en otros trabajos, producto de su constante investigación, junto con Manuel Atienza, sometieron la tesis de Robert Alexy, atinente a los principios como “mandatos de optimización”, a una crítica, que estos investigadores españoles han mantenido a través del tiempo con “cambios de acento pero no sustantivos”, según sus propios términos, y con algún desarrollo colateral. Como es de público conocimiento, esta teoría tiene como eje axial, la consideración de que los principios son “mandatos de optimización” que pueden cumplirse en diversos grados, mientras que las reglas exigen su acatamiento absoluto. En los propios términos de Alexy, el “núcleo” o “punto decisivo” de la distinción entre reglas y principios sería el siguiente:

¹² CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Op. Cit., P. 380-382.

“Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. En el campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen para ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente (...). Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio; si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla¹³”.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, reflexiones y aún de las controversias, especialmente planteadas frente a las teorías del profesor alemán, RUIZ MANERO explica sus conclusiones, compartidas con ATIENZA, en los siguientes términos:

“Pues bien: a este planteamiento oponíamos Atienza y yo la necesidad de distinguir entre dos tipos de principios –principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas- y ello tanto si contemplamos las normas desde una perspectiva estructural (esto es, atendiendo a cómo están internamente organizados sus elementos) como si lo hacemos desde la perspectiva de la manera como pretenden incidir en el razonamiento práctico de sus destinatarios (esto es, atendiendo a las razones para actuar que pretenden proveer). Desde la primera perspectiva, las normas –que llamamos principios en sentido estricto- están compuestas, de acuerdo con nuestra reconstrucción, por un antecedente en el que no figura otra cosa más que el que exista una posibilidad de realizar (u omitir) una cierta acción y un consecuente en el que figura el deber prima facie de realizar (u omitir) tal acción. De esta forma los principios en sentido estricto pueden ser vistos como normas categóricas (en el sentido de VON WRIGTH, esto es, que no establecen condiciones de aplicación distintas de las que se derivan de su contenido) que generan deberes meramente prima facie; si, en relación con un cierto caso, deseamos

¹³ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 86-87.

saber si ese deber prima facie deviene deber concluyente hemos de añadir al antecedente, constituido por la existencia de una posibilidad de realizar (u omitir) la acción modalizada deónticamente en el consecuente, una cláusula de “a menos que”: el deber prima facie deviene concluyente siempre que sobre el caso en cuestión no incida otro principio que tenga, en relación con él, un peso mayor y que, por ello, derrote, en relación con el caso, al principio bajo consideración. De esta forma, los **principios** en sentido estricto pueden ser vistos como normas hipotéticas (así mismo en el sentido de VON WRIGTH, esto es, que establecen condiciones de aplicación adicionales a aquellas que se derivan de su contenido), que generan deberes concluyentes. Las diferencias con las **reglas** (que también establecen condiciones de aplicación adicionales a aquéllas que se derivan de su contenido) es que, en el caso de las reglas, esas condiciones de aplicación están determinadas (o lo que es lo mismo, se presentan, como preferíamos decir en *Las Piezas*, en forma cerrada), mientras que en el caso de los principios en sentido estricto tales condiciones de aplicación están indeterminadas (o, lo que es lo mismo, se presentan, como preferíamos decir en *Las piezas*, en forma abierta). De lo que se sigue la tan conocida circunstancia de que, así como la manera en que una regla se aplica a ciertos casos es mediante la subsunción de éstos en aquélla, la manera en que un principio se aplica a ciertos casos es mediante su ponderación en relación con cada uno de ellos con otros principios que resulten concurrentes. Si las reglas pueden aplicarse sin ponderación es porque en ellas se encuentran determinadas las propiedades genéricas que constituyen sus condiciones de aplicación; como tales propiedades genéricas no se encuentran determinadas en el caso de los principios, la ponderación aquí es ineludible. Las reglas pueden, pues, ser vistas como razones perentorias (como razones para hacer lo ordenado excluyendo la deliberación sobre otras razones en pro o en contra de ello) precisamente porque determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado; los principios no pueden ser vistos más que como razones de primer orden (como razones para hacer lo ordenado cuyo peso frente a otras razones en contra de llo no puede establecerse más que mediante la deliberación) precisamente porque no determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado. Pero, si en relación con un cierto caso, el principio bajo consideración no resulta derrotado por otros principios eventualmente concurrentes, éste exige, decíamos en *Las Piezas*, un cumplimiento pleno: la acción u omisión ordenada se realiza o no se realiza, esto es, se cumple o no se cumple con lo

exigido por el principio, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento. (...) ¹⁴

Siguiendo los pasos de estos pensadores, el profesor CARLOS BERNAL PULIDO concurre a la discusión para apuntar:

“Las reglas son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto para la solución de un caso determinado. Si sucede el supuesto de hecho previsto en la regla, el juez debe aplicarlo por completo. Si, por el contrario, el supuesto de hecho previsto por la regla no se verifica, o a pesar de tener lugar, concurre una excepción estipulada en ella, el juez debe excluir su aplicación. Por su parte, la normatividad de los principios es una normatividad de la optimización ¹⁵”.

Los anteriores apartados, que quizá, al lector, pudieran parecerle extensos en exceso, se justifican al tener en cuenta que ellos condensan con acierto el contenido del debate en torno al cual se suscitan estas reflexiones y su solución académica con un definitivo contenido pragmático, esto es, reflejan el estado del arte de los principios en el razonamiento iusfilosófico contemporáneo.

¹⁴ RUIZ MANERO, Juan. “Principios, Objetivos y Derechos. Otra vuelta de Tuerca, en Interpretación y Razonamiento Jurídico”, Volumen II, ARA Editores, Lima, Perú, 2010, p. 136138.

¹⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. “Normatividad y argumentación Jurídica, en Interpretación y Razonamiento Jurídico”, Colección Filosofía y Teoría del Derecho, ARA Editores, Lima, Perú, 2009, p. 295.

2. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

La potestad sancionadora que el Estado ostenta, no es otra cosa que la manifestación del poder de imperio que la sociedad, ontológicamente considerada, le ha otorgado a su propia organización socio-política para procurar, aún coercitivamente, el mantenimiento del orden jurídico establecido que habrá de traducirse en la realización material del catálogo de derechos y cometidos que nuestro Estatuto Fundamental enuncia desde su Preámbulo, entre los que se destacan y privilegian, además de la vida, la libertad y la justicia, la convivencia pacífica, la igualdad, la participación democrática en las decisiones y oportunidades que la organización ofrece a sus conciudadanos y en la construcción y disfrute de un orden político, económico y social justo.

Tal potestad y poder evoca los fundamentos filosóficos identificados por Rousseau, para explicar la existencia y justificación de nuestra organización política, articulándose con la definición de derecho que a manera de legado dejara H.L.A. Hart: el “(...) *derecho se encuentra en la noción de órdenes respaldados por amenazas*¹⁶”

La jurisprudencia y la pedagogía del Consejo de Estado colombiano sobre esta materia ilustra en los siguientes términos:

“El Estado, como forma de organización política, se ha establecido como un medio a través del cual se aseguran diversas finalidades, situación que se constata –para el caso colombiano- en el artículo 2º de la Constitución de 1991, que consagra una pluralidad de fines de la organización estatal, pero que convergen en un común denominador: la consecución de los intereses generales. Es, pues, la consideración al cumplimiento de estos propósitos, que el Estado desarrolla diversas

¹⁶ HART, H.L.A. Op. Cit., p. 20.

actividades y utiliza diferentes mecanismos jurídicos, económicos, políticos y sociales de acción.

“Incluso, el contrato estatal se ha erigido –desde la práctica administrativa- en uno de los mecanismos más eficientes y necesarios para alcanzar los intereses de orden general. De igual manera, la Administración ha tenido que servirse de medios e instrumentos que, debido a las circunstancias actuales y al creciente surgimiento de funciones a su cargo, le han sido otorgados desde el ordenamiento jurídico. Uno de ellos –de gran importancia por sus efectos- es la potestad sancionadora, la cual es una herramienta de la administración para desarrollar cada una de sus actividades. En relación con este aspecto, la jurisprudencia se ha referido a la potestad sancionadora de la administración, en los siguientes términos:

“La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones. En efecto, la fracción de poder estatal radicada en cabeza de la administración, se manifiesta a través de una gama de competencias o potestades específicas (de mando, ejecutivas o de gestión, reglamentaria, jurisdiccional y sancionadora), que le permiten a aquélla cumplir con las finalidades que le son propias (...).

“Se ha expresado, en forma reiterada, que i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues, ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos y iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas”

“en igual sentido, la doctrina ha señalado que la potestad sancionadora de la administración es la “(...) atribución propia de la administración que se traduce en la posibilidad jurídica de la imposición de sanciones a los particulares y aun a los funcionarios que infringen sus disposiciones, o a su servidores que, en ejercicio de sus

funciones, transgreden sus mandatos o desconocen sus prohibiciones¹⁷”.

Pero si bien, todo lo consignado, hoy resulta incontrovertible e irrefragable como imperativo universal, también lo es y en la misma dimensión, que el *ius puniendi* del Estado se encuentra sometido inexorablemente a la **regla**, no al **principio**, de legalidad¹⁸, lo cual se explica, según la mismas voces del Consejo de Estado, en los apartados que se transcriben a continuación:

“El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política –artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. (...)

“Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades – administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, comoquiera que él es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado.

“Teniendo en cuenta que los servidores públicos deben adelantar sus funciones con observancia del ordenamiento jurídico, esta obligación se predica, igualmente, frente al desarrollo de la actividad contractual del Estado, pues para la consecución de los distintos fines dispuestos por la Constitución, es necesario que las conductas públicas se adecuen y ejerzan obedeciendo a la ley, esto es, respetando las competencias definidas por la normatividad.

¹⁷ Consejo de Estado. sentencia del 13 de noviembre de 2008, radicación 17009, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, en Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXXVIII-No. 445, enero de 2009, Editorial Legis S.A., Colombia, pp. 70-71. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-506/2002; C-597/1996 y 214/1994; Consejo de Estado. Fallo 31447/2007, Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) -acumulados-.

¹⁸ Obsérvese que a esta altura del discurso que capta nuestra atención, empieza a evidenciarse la importancia de precisar estos conceptos: *“Toda norma es o bien una **regla** o un **principio**”*, según la concepción alexiana que compartimos. Entonces, *“Los **principios** son mandatos de optimización”*, en tanto que *“las **reglas** son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”*.

“En este orden de ideas, para valorar la legalidad de la imposición de las multas y de la cláusula legal pecuniaria en los contratos, como ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se debe verificar, siempre, si dicha potestad se encuentra autorizada por la ley y en el contrato mismo, toda vez que la administración debe tener en cuenta que siempre que se acuda a una de estas figuras, en materia contractual, deberá cumplirse, previamente, con los postulados propios del principio de legalidad.

“(…)

“Obsérvese cómo el “principio de legalidad” –es decir, la predeterminación de las conductas en la ley-, en materia contractual se reduce a la simple tipicidad de la conducta –es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley (sic) contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

*“Por tanto en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de **ius puniendi sui generis** al que regula el artículo 29 de la Constitución política, en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad¹⁹.*

¹⁹ El fundamento normativo que explica esta posición jurisprudencial, la encontramos en el numeral 2º y en el Parágrafo del artículo 14 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Según estos preceptos legales, el pacto de cláusulas excepcionales al derecho común tales como la terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, son de obligatoria inclusión, expresa o ficta, en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra, precisando que en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado, se incluirá, además, la cláusula de reversión. En tratándose de contratos de suministro, las comentadas cláusulas excepcionales serán potestativas, esto es, que en tales eventos, se manifiesta plenamente la autonomía de la voluntad, así la doctrina predique que los contratos regidos por la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, son típicos negocios jurídicos de adhesión. Pero téngase en cuenta, que por expresa prohibición del legislador, se prescindirá del pacto de tales estipulaciones, en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de

“En todo caso, tampoco cabría decir que como “el contrato es ley para las partes”, entonces se observa rigurosamente el artículo 29 [de la Constitución Política] al pie de la letra, pues esta expresión no quiere significar que efectivamente el negocio jurídico sea una ley, en sentido formal o material, sino que el contrato vincula, como norma jurídica que se dictan las partes”²⁰.

A manera de corolario y en tratándose de la facultad legal de las entidades estatales para imponer directamente las sanciones pecuniarias que dimanar de la ley y aquéllas de origen convencional, pactadas en el marco de la autonomía de la voluntad de los extremos de la relación contractual, se registra que esta competencia encuentra su origen en el Decreto-Ley 222 de 1983 en cuyos artículos 71 y 72 imponía la obligación de pactar, con las excepciones allí previstas, tanto las multas como la denominada cláusula penal pecuniaria. Sin embargo, por considerar que el estudio y análisis de este precedente histórico supera los propósitos de este ensayo, no serán objeto de examen aquí.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 80 de 1993, la comunidad académica advirtió que este cuerpo normativo no reguló expresamente las reseñadas sanciones, limitándose a la ambigua referencia que se aprecia en el numeral 2º de su artículo 4º, que consagra los derechos de las entidades destinatarias del Estatuto Contractual de adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

En análogo sentido, el artículo 22.1, precepto derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, cuyo texto rezaba:

actividades científicas o tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

²⁰ Consejo de Estado, sentencia del 13 de noviembre de 2008, radicación 17009, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero.

“De la información sobre contratos, multas y sanciones de los inscritos. Las entidades estatales enviarán semestralmente a la cámara de comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto. El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta”.

Precisa el Consejo de Estado que:

*“como respuesta a las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la competencia de la administración para imponer las sanciones pecuniarias, el legislador expidió la Ley 1150 de 2007 (...). Esta norma, en su artículo 17, contempla la facultad de las entidades estatales de imponer multas y la cláusula penal pecuniaria que hubieren sido pactadas. (...)”*²¹

De acuerdo con la exposición precedente y teniendo siempre en cuenta la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se concluye que el citado artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 materializa la regla o la norma de legalidad, según la concepción que se prefiera, frente a las posiciones doctrinarias que se han examinado bajo la inspiración de Alexy o de Dworkin. Sin embargo, es preciso advertir que, para

²¹ El texto de este precepto ostenta el siguiente tenor literal:

“Artículo 17. *Del derecho al debido proceso.* El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

el ejercicio de esta específica facultad, esto es, el ejercicio de la potestad sancionatoria de contenido crematístico, las multas y sanciones deben encontrarse previstas tanto en el clausulado contractual como en los pliegos de condiciones, con el fin de materializar con absoluta certeza jurídica la ***regla de legalidad.***

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA ESTATAL EN MATERIA CONTRACTUAL.

El principio de proporcionalidad, que de acuerdo con la exposición hecha hasta este punto constituye un auténtico principio, reclama un particular análisis, ya que su incomprensión ha sido causa de no pocas injusticias, especialmente en sede administrativa, puesto que ha sido costumbre inveterada de los operadores jurídicos, al momento de imponer sanciones, aplicar plenamente la consecuencia que dimana de los eventuales incumplimientos o retrasos contractuales, sin considerar aspectos tales como los avances de ejecución del objeto contractual, que ineludiblemente deben tomarse en cuenta, de una parte, para ejercer con certeza jurídica la potestad sancionadora que compete al Estado y, de otra, para respetar la regla de legalidad, de la mano de la más adecuada sindéresis.

Bajo esta comprensión, frente al problema examinado, resulta también axiomático predicar que, de manera inescindible, junto a la regla de legalidad y el principio de proporcionalidad debe estar presente, en todo caso, el principio de una correcta dosimetría sancionadora.

Según el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el asunto examinado se explica así:

“El ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en el campo contractual –como en cualquier otra área-, exige –como antes se examinó-, la concreción de diversos principios –legalidad, proporcionalidad, tipicidad de la conducta, entre otros-. Únicamente con la observancia y aplicación de cada uno de ellos puede ejercerse esta potestad, en relación con la imposición de multas o de la cláusula penal pecuniaria.

“En este sentido, el análisis del principio de proporcionalidad adquiere gran importancia, para efectos de lo que se examina en el presente caso, considerando que la entidad pública (...) impuso e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria por el monto total pactado en el contrato -

15% del valor total del mismo-, es necesario determinar si dicha decisión se adoptó con base en este principio, considerando, así mismo, que cumplió con los postulados de legalidad.

“El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general²², en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano –artículo 36, Código Contencioso administrativo-.

“La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, el segundo, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. Al respecto se ha expuesto:

“Así, la vertiente “normativa” o de mandato del principio se refiere a la puesta en práctica del mismo en actos concretos, sean individuales o generales. La naturaleza implícita o explícita del principio de proporcionalidad nos obliga a contar con él en todas las esferas de la actuación administrativa discrecional, de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad administrativa. En este sentido podemos hablar de un principio en el ejercicio de las potestades administrativas, cuya virtualidad consiste en orientar el buen uso de las mismas²³.”

“en este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.

²² Nótese cómo también aquí, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano incurre en una ostensible y evidente imprecisión conceptual al referirse a **reglas y principios**, de manera indiscriminada, imprecisión que en tratándose de la **proporcionalidad** al definir la dosimetría penal en cada caso concreto, se manifiesta como un auténtico **principio**, esto es, como un **“mandato de optimización”**. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-022 de 23 de enero de 1996, expediente D-1008, Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz.

²³ Consejo de Estado, Op. Cit., sentencia de 13 de noviembre de 2008, radicación 17009,p. 77.

“Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex ante y otro ex post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria²⁴”.

Así, frente a la evidencia de la desproporción en que pudiera incurrir el operador jurídico en la materia analizada, y en todo caso, éste no solo tendrá la facultad sino el deber de realizar el juicio de proporcionalidad que nuestro ordenamiento positivo reclama, so pena de incursionar en el ámbito de la arbitrariedad y la desviación de poder. Por ello, estimamos sobre este tema, insustituible la doctrina del Consejo de Estado, vertida en los acápites que textualmente se reproducen a continuación:

“Teniendo presentes las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, en sentencia de noviembre 30 de 2006, señaló los postulados del principio-regla de proporcionalidad, haciendo énfasis en la importancia que tiene para el ejercicio de las competencias administrativas. Esta providencia expresa:

“Cualquier definición del principio —o, siguiendo la precisión que se acaba de efectuar, de la regla general— de proporcionalidad, de manera forzosa, debe poner de presente la necesaria adecuación entre los hechos determinantes del acto administrativo y su contenido, con respecto a los fines que se persiguen mediante la expedición del mismo²⁵. Los elementos sobre los cuales descansa el principio son, por tanto, el presupuesto de hecho, los medios y el fin del acto, si bien es cierto que su más específica caracterización se refiere a la relación de adecuación entre medios y fines, entre medida adoptada y objetivos perseguidos²⁶, claro está, partiendo de una correcta

²⁴ Consejo de Estado. Ibidem, p. 77

²⁵ BRAIBANT, Guy, «Le principe de proportionnalité», en VV.AA., *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le Droit Public*, II, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, París, 1974, p. 298; LOPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., “El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo”, Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla), Sevilla, 1988, p. 117; FERNÁNDEZ FARRERES, Gabriel, “La subvención: concepto y régimen jurídico”. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 713.

²⁶ DE LA CRUZ FERRER, Juan, «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública* No. 116, 1988, p. 101.

*constatación de la existencia y una apropiada calificación jurídica de la realidad fáctica sobre la que quiere operarse*²⁷.

*“En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada*²⁸. O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego²⁹.

“Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana³⁰, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho

²⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. “El principio general de proporcionalidad (...)”, Op. Cit., p. 118-120.

²⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. “La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo”, Marcial Pons, Madrid, 2.000, p. 25.

²⁹ DESDENTADO DAROCA, Eva. “Discrecionalidad administrativa (...)”. Op. Cit., p. 160.

³⁰ Como ponen de presente, entre otros, BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», Revista de Administración Pública, 135, 1994, p. 500; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “La ponderación de bienes e intereses (...)”. Op. Cit., p. 25.

o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija³¹.”

“La Corte Constitucional también ha establecido los elementos a tener en cuenta para realizar el juicio de proporcionalidad. Al respecto señala:

“Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.³²”

“Los anteriores aspectos permiten hacer un análisis riguroso e integral del principio de proporcionalidad frente a las diferentes actuaciones administrativas, entre las cuales se encuentran las decisiones de orden contractual adoptadas a efectos de imponer y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

“Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general³³.”

³¹ Ver, entre otros, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. “La ponderación de bienes e intereses (...)”, Op. Cit., p. 25; DESDENTADO DAROCA, Eva. “Discrecionalidad administrativa (...)”, Op. Cit., p. 160-161; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. “El principio general de proporcionalidad (...)”, Op. Cit., 120-124; MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. “Tratamiento de la discrecionalidad (...)”, Op. Cit., p. 286-288.

³² Corte Constitucional, sentencia C-421 de 2002.

“Pero tratándose del derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional.

“En efecto, el artículo 36 CCA. invoca expresamente este principio, con un doble propósito: i) el principal y expreso, como regla de acción que la administración debe tomar en cuenta al momento de dictar un acto discrecional, y ii) el secundario o tácito, como herramienta de control a la administración, por parte del juez.

“Sin embargo, una lectura -pero sobre todo una interpretación- apegada al texto legal indicaría que este principio rige exclusivamente para las decisiones discrecionales, no así para las regladas o para cualquier otra de naturaleza administrativa.

“Una lectura con este alcance es equivocada, porque este principio, si bien está contenido expresamente en esa norma, no significa que sólo rija para ese tipo de actos, pues no debe perderse de vista que se trata de un principio, no de una norma positiva, de manera que cuando algunas de estas acuden a él, no lo hacen para positivizar su existencia, sino para recordarle al operador jurídico que deben acudir a él.

“Desde este punto de vista, resulta claro que la proporcionalidad rige en muchos campos, incluso en el legislativo o en los órganos de control, sólo que su aplicación demanda esfuerzos de concreción en cada ámbito, y en cada supuesto concreto. En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias.

“Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, sólidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. No obstante, difícilmente una potestad reglada lo es en tal intensidad que no admita un margen de apreciación del tema, de manera que son esos

³³ En este sentido, el artículo 36 del CCA -en relación con el principio de proporcionalidad-, dispone lo siguiente: *“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y **proporcional a los hechos que le sirven de causa**”* (Negrilla fuera del texto).

pequeños o un poco más amplios espacios donde la proporcionalidad vuelve a tomar un impulso y allí hace su aparición una vez más.

“No obstante lo anterior, tampoco se puede pensar que la proporcionalidad sólo aplica al interior de la toma de decisiones vertidas en actos administrativos -discrecionales o de otro tipo-, pues este principio también acompaña otras formas de obrar de la administración -y ya se dijo que incluso de otras ramas del poder público-, de modo que las operaciones administrativas, los hechos y otros comportamientos de la administración deben guardar respeto por este límite de la acción pública.

“Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado³⁴. Uno de ellos es el de la determinación del monto de la cláusula penal pecuniaria, la cual puede variar, en casos como el sub iudice, dependiendo de diversos factores, como el porcentaje de ejecución del contrato³⁵

El entendimiento y la correcta aplicación de este principio, inspira la aprehensión epistemológica de la justicia retributiva como un concepto-valor que permite superar su contenido retórico para acceder a otros estadios de superación social materializada en los más altos niveles posibles de dignificación individual y colectiva, al mundo ideal que se encuentra en construcción y evolución permanente gracias a los cultores de la filosofía jurídica y por quienes la ciencia jurídica ha comprendido que el Estado social de derecho sólo se hace tangible en la medida en que su interpretación sea

³⁴ Al respecto ha señalado la doctrina: “Cierto es que todo cambia: desde el trasfondo punitivo hasta la intervención en la esfera de libertad del ciudadano. Incluso el papel del juez controlador se ve transformado, permitiendo la legislación que éste proceda a un control positivo, capaz de sustituir la decisión adoptada en primer lugar; una situación que en sede administrativa lleva al Tribunal contencioso administrativo a realizar una sustitución de la resolución administrativa en toda regla. Las diferencias saltan a la vista, hasta el punto que podría hablarse de un principio de proporcionalidad sancionador, propio y autónomo de esta esfera tan relevante del Derecho administrativo, con una jurisprudencia abundante y enjundiosa, pero de exclusiva aplicación en dicho ámbito. En definitiva, resulta cuando menos problemático aplicar al control de la discrecionalidad administrativa los criterios de control de proporcionalidad ejercidos por el Tribunal contencioso en un supuesto sancionador.” (SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, Daniel. Ob. Cit. Págs. 257 a 258)

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 13 de noviembre de 2008, radicación 17009, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero.

auténticamente antropocéntrica. El panorama que señala el precedente jurisprudencial analizado en armonía con las posturas más autorizadas de la doctrina científica, impone la conclusión de que corresponde ahora a los jueces precisar y materializar los principios de legalidad y de proporcionalidad dentro del Estado social de derecho.

CONCLUSIONES

1. La verdadera importancia en la distinción entre **reglas** y **principios**, estriba en que, como lo pregona ALEXY, en el ámbito de los derechos fundamentales y para la construcción constante y la consolidación de un verdadero Estado social y democrático de Derecho, ella constituye el cimiento de la fundamentación del derecho y es la clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin la comprensión adecuada de esta teoría, no se puede considerar que se ha llegado a un grado de conocimiento suficiente y correcto en relación con los roles esenciales que cumplen los derechos fundamentales en un sistema jurídico como el colombiano.³⁶

2. Tanto la academia como la rama judicial del poder público y los demás actores que intervienen en la órbita de la contratación estatal, tienen el deber y el correlativo derecho de acceder a estas precisiones conceptuales, ya que la teoría de los derechos fundamentales materializa “(...) *un elemento básico no solo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto*”³⁷.

3. Correlativamente, la comprensión integral y ontológica de la legalidad, como regla universal de ineludible cumplimiento, así como del principio de proporcionalidad, en el marco de las relaciones jurídico-negociales del

³⁶ ALEXY. Robert. Op. Cit., p. 81.

³⁷ ALEXY. Op. Cit., p. 81. Al respecto, agrega Alexy, en este mismo apartado de su obra, que “La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo eso, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”

Estado con sus colaboradores los contratistas, se erige como un dique de contención frente a la arbitrariedad, al abuso de la función pública y a la injusticia que se evidencia en no pocas oportunidades en este escenario, porque como lo advierte Jean Rivero,³⁸ *“Los principios y las técnicas por los cuales el legislador y el juez han ensayado descartar de la vida administrativa la arbitrariedad, invitan a una reflexión; (...)”*.³⁹

En armonía con lo expuesto, se estima acertada la posición del desaparecido profesor francés, cuya verdadera dimensión no podría agotarse en el presente ensayo, al señalar que en la dilatada discusión atinente a la definición exacta del imprecisamente denominado **“principio de legalidad”**, *“Lo que importa, (...) es analizar los mecanismos por los cuales el principio de legalidad protege a los administrados contra la arbitrariedad”*, que se materializan en decisiones judiciales y administrativas injustas y desproporcionadas.

³⁸ RIVERO, Jean. Páginas de Derecho Administrativo, Universidad del Rosario-Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2002.

³⁹ RIVERO. Op. Cit., p. 71. En este apartado, el maestro de Alès (Gard), consigna sus reflexiones, de los cuales extractamos lo siguiente: “Entonces, el efecto protector de la atadura por el derecho a la acción administrativa se realiza por dos vías distintas. La primera reposa en la generalidad de la regla; el solo hecho de que la Administración, en sus decisiones particulares, está constreñida, sobre ciertos puntos por lo menos, por una disposición general, cualquiera sea la materia y cualquiera que sea el autor, aporta al administrado un elemento de seguridad; (...) 4. Si toda regla constituye por sí sola una valla contra la arbitrariedad administrativa, la protección es, claro está, desigual según el contenido de la regla; pero este contenido, en una medida importante, depende del hecho de que la Administración tenga parte o no en la elaboración de la regla. Debe recordarse la lección de MONTESQUIEU: “Cuando en la misma persona o cuerpo de magistratura, el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no existe libertad”; pero hay que matizarla: el peligro no está ya en que la autoridad que reúne en su mano el poder de estatuir por vía general y la decisión particular pueda, como el soberano absoluto, decidir contra su propia regla, y aniquilar de este modo el efecto protector; el peligro es que, elaborada por la Administración no tenga cuidado de los intereses de los particulares y se inspire exclusivamente en las comodidades de la acción administrativa, o, en el mejor de los casos, en la representación que ella se haga del interés público; el peligro está también en que si la regla, por el uso, se torna muy favorable a los particulares, ella cambie, a fin de abrazar siempre más estrechamente los ideales de la administración. La protección de los particulares está singularmente reforzada cuando la regla que constriñe a la administración escapa a su voluntad, y refleja preocupaciones que no son necesariamente las suyas”.

4. De la precisión conceptual en la distinción entre reglas y principios dimanarán consecuencias de valiosísimo contenido pragmático, que superan el terreno de la discusión teórica. Si se toma por cierto que la **legalidad** es una regla y no un principio, entendidos éstos como mandatos de optimización, la conclusión ineludible para el operador jurídico, en cualquier escenario procesal, será que la norma que la contiene materializa un imperativo mandato de ineludible cumplimiento, que se levanta contra el sombrío imperio de la arbitrariedad.

5. La legalidad, en este escenario dogmático, no admite aplicaciones graduales. Esta regla, en materia contractual, en cualquier otro escenario jurídico, se respeta o se transgrede, sin que pueda hallarse en el universo normativo de los Estados de derecho, ni en el derecho natural, atenuante alguna para su desconocimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

- Corte Constitucional, sentencia C-022, 23 de enero de 1996, expediente D-1008, Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz.
- Consejo de Estado, sentencia 31447 de 3 de diciembre de 2007, Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) -acumulados-, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado, sentencia del 13 de noviembre de 2008, radicación 17009, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero.

Doctrina

- ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Derecho y Justicia, Madrid, 2002.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Las Piezas del Derecho-Teoría de los Enunciados Jurídicos”. Primera edición, Editorial Ariel S.A. Barcelona, España, 1996.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “Normatividad y argumentación Jurídica, en Interpretación y Razonamiento Jurídico”. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, ARA Editores, Lima, Perú, 2009.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Derechos sociales. “Clasificaciones, Normas, Acciones y Fines en Interpretación y Razonamiento Jurídico”. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, ARA Editores, Lima, Perú, primera edición 2009, primera reimpresión 2010.
- DWORKIN, Ronald. “Los Derechos en Serio”. Traducción de Marta Guastavino, primera edición, quinta reimpresión, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 2002.
- RAWLS, John. “Teoría de la Justicia”. Fondo de Cultura Económica, Ediciones FEC España S.A., segunda edición, México, 1995.

- RIVERO, Jean. "Páginas de Derecho Administrativo". Universidad del Rosario-Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2002.
- RUIZ MANERO, Juan. "Principios, Objetivos y Derechos. Otra vuelta de Tuerca, en Interpretación y Razonamiento Jurídico". Volumen II, ARA Editores, lima, Perú, 2010.

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto.

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	ESPECIALIZACION EN CONTRATACION ESTATAL
2	TÍTULO DEL PROYECTO	LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO EN LA CONTRATACION ESTATAL
3	AUTOR(es)	DANILO ARMANDO SUAREZ ACEVEDO
4	AÑO Y MES	2011 - OCTUBRE
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	DR. ORLANDO RAMIREZ GAMBOA
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	El presente ensayo procura demostrar que en nuestro tráfico jurídico, la distinción entre reglas y principios coadyuva a la realización del anhelo colectivo de alcanzar un tráfico jurídico pacífico y justo. La distinción entre reglas y principios, según ALEXY, "constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales". Sin tal precisión, "no puede existir una teoría adecuada y satisfactoria "acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico". Tal comprensión, compartida por DWORKIN, permite aplicar con precisión dogmática, las reglas y principios en la contratación estatal, especialmente las atinentes a la legalidad y proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria.
7	PALABRAS CLAVES	REGLAS, PRINCIPIOS, PROPORCIONALIDAD, LEGALIDAD, PODER, SANCIONATORIO, CONTRATACION, ESTATAL, JURISPRUDENCIA, DOCTRINA
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	SECTOR PUBLICO - CONTRATACION ESTATAL
9	TIPO DE ESTUDIO	ENSAYO
10	OBJETIVO GENERAL	DEMOSTRAR LA IMPORTANCIA DE LA DISTICIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOSD PARA EL ADECUADO EJERCICIO DEL PODER SANCIONATORIO EN LA CONTRATACION ESTATAL
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	PRECISION CONCEPTUAL PARA IDENTIFICAR LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS PRECISAR QUE EN EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO EN MATERIA CONTRACTUAL LA LEGALIDAD ES UNA REGLA Y LA PROPORCIONALIDAD ES UN PRINCIPIO
12	RESUMEN GENERAL	<p>LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER SANCIONATORIO DEL ESTADO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL</p> <p>Autor: DANILLO ARMANDO SUÁREZ ACEVEDO</p> <p>RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN –R.A.I. En el proceso de consolidación institucional de los Estados que han adoptado modelos democráticos garantistas de las libertades humanas que florecieron en el mundo occidental a partir del siglo XVIII, el pensamiento de los más destacados humanistas se ha centrado en la imperiosa necesidad de dotar a las distintas sociedades de reglas claras, precisas e indubitables, para disciplinar las relaciones que necesariamente deben existir entre gobernantes y gobernados.</p> <p>La realidad que dimana del intenso tráfico jurídico regido por una auténtica constelación normativa que hace imprecisa y vacilante la aplicación de la Ley, la jurisprudencia y la doctrina, anima a considerar que el examen de los valores, las reglas y principios para armonizar tales relaciones, siempre será una actividad que no solo atañe a la academia o a los especialistas en cada una de las áreas del conocimiento sociopolítico, capaz de coadyuvar a la realización del supremo anhelo colectivo de disfrutar de un tráfico jurídico armónico, pacífico y, ante todo, justo. Por lo tanto, si el Derecho no se limita al contenido de los imperativos mandatos de la ley, se debe también aceptar entonces que el derecho conjuga tanto reglas como principios, según la comprensión de Alexy, o como normas y principios, según el criterio de Dworkin y otros, y que el juez, en los casos concretos y particularmente difíciles, va más allá de las normas en busca de principios extrajurídicos para sustentar su decisión, con el mayor grado de precisión conceptual que le garantice su acierto .</p> <p>Con fundamento en las consideraciones precedentes, la hipótesis de trabajo que capta nuestra atención, esta determinada por la consideración de que en el ámbito judicial y administrativo colombiano (i) se evidencia una inconveniente y permanente imprecisión conceptual en la identificación, tratamiento y aplicación de las reglas y principios en sus distintos escenarios de acción y de gestión, (ii) que tales imprecisiones afectan de manera negativa, tanto en sede administrativa como judicial, las relaciones negociales del Estado con sus colaboradores, los contratistas; (iii) que la defectuosa identificación de las reglas y los principios, traen como consecuencia el desconocimiento, sin atenuantes, de la regla de legalidad y la violación del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado frente a sus contratistas.</p> <p>A este debate concurre Robert Alexy precisando, de conformidad con su particular posición iusfilosófica, que la distinción entre reglas y principios "constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales." Sin estas consideraciones -precisa el filósofo de Oldenburg-, "no puede existir una teoría adecuada y satisfactoria "acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico", Juan Antonio Cruz Parceró, señala:</p> <p>"La diferencia entre reglas y principios es relevante porque, como se dijo antes, determinan de manera distinta el deber. Las reglas lo hacen, como sostuvo Dworkin, de la manera "todo o nada", es decir, con un carácter definitivo (Alexy). Si la regla es aplicable entonces la conducta ordenada debe realizarse. Además, como sostiene RAZ, las reglas son razones para la acción que guían la conducta de una manera particular: son razones de primer orden y razones excluyentes, es decir, proporcionan una razón para realizar una conducta que ordenan y una razón para dejar de considerar otras razones en conflicto o convergentes. Por su parte, los principios solo son razones que guían la conducta pero no son razones excluyentes, lo que significa que para actuar conforme a lo que ordena un principio siempre debemos considerar otras razones. Por ello, se dice que los principios tienen un carácter prima facie".</p> <p>Así, la verdadera importancia en la distinción entre reglas y principios, estriba en que, como lo pregona ALEXY, en el ámbito de los derechos fundamentales, ella constituye el cimiento de la fundamentación del derecho y es la clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales.</p> <p>Correlativamente, la comprensión integral y ontológica de la legalidad, como regla universal de ineludible cumplimiento, así como del principio de proporcionalidad, en el marco de las relaciones jurídico-negociales del Estado con sus colaboradores los contratistas, se erige como un dique de contención frente a la arbitrariedad, al abuso de la función pública y a la injusticia, racionalizando e impregnando de justicia el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado en el ámbito contractual, bajo la égida de la regla de legalidad y el principio de proporcionalidad.</p>

13	CONCLUSIONES.	<p>1. La verdadera importancia en la distinción entre reglas y principios, estriba en que, como lo pregona ALEXY, en el ámbito de los derechos fundamentales y para la construcción constante y la consolidación de un verdadero Estado social y democrático de Derecho, ella constituye el cimiento de la fundamentación del derecho y es la clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin la comprensión adecuada de esta teoría, no se puede considerar que se ha llegado a un grado de conocimiento suficiente y correcto en relación con los roles esenciales que cumplen los derechos fundamentales en un sistema jurídico como el colombiano.</p> <p>2. Tanto la academia como la rama judicial del poder público y los demás actores que intervienen en la órbita de la contratación estatal, tienen el deber y el correlativo derecho de acceder a estas precisiones conceptuales, ya que la teoría de los derechos fundamentales materializa "(...) un elemento básico no solo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto".</p> <p>3. Correlativamente, la comprensión integral y ontológica de la legalidad, como regla universal de ineludible cumplimiento, así como del principio de proporcionalidad, en el marco de las relaciones jurídico-negociales del Estado con sus colaboradores los contratistas, se erige como un dique de contención frente a la arbitrariedad, al abuso de la función pública y a la injusticia que se evidencia en no pocas oportunidades en este escenario, porque como lo advierte Jean Rivero, "Los principios y las técnicas por los cuales el legislador y el juez han ensayado descartar de la vida administrativa la arbitrariedad, invitan a una reflexión; (...)".</p> <p>En armonía con lo expuesto, se estima acertada la posición del desaparecido profesor francés, cuya verdadera dimensión no podría agotarse en el presente ensayo, al señalar que en la dilatada discusión atinente a la definición exacta del imprecisamente denominado "principio de legalidad", "Lo que importa, (...) es analizar los mecanismos por los cuales el principio de legalidad protege a los administrados contra la arbitrariedad", que se materializan en decisiones judiciales y administrativas injustas y desproporcionadas.</p> <p>4. De la precisión conceptual en la distinción entre reglas y principios dimanarán consecuencias de valiosísimo contenido pragmático, que superan el terreno de la discusión teórica. Si se toma por cierto que la legalidad es una regla y no un principio, entendidos éstos como mandatos de optimización, la conclusión ineludible para el operador jurídico, en cualquier escenario procesal, será que la norma que la contiene materializa un imperativo mandato de ineludible cumplimiento, que se levanta contra el sombrío imperio de la arbitrariedad.</p> <p>5. La legalidad, en este escenario dogmático, no admite aplicaciones graduales. Esta regla, en materia contractual, en cualquier otro escenario jurídico, se respeta o se transgrede, sin que pueda hallarse en el universo normativo de los Estados de derecho, ni en el derecho natural, atenuante alguna para su desconocimiento.</p>
14	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	<p>Jurisprudencia Corte Constitucional, sentencia C-022, 23 de enero de 1996, expediente D-1008, Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz.</p> <p>Consejo de Estado, sentencia 31447 de 3 de diciembre de 2007, Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) -acumulados-, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio.</p> <p>Consejo de Estado, sentencia del 13 de noviembre de 2008, radicación 17009, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero.</p> <p>Doctrina ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos Fundamentales". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Derecho y Justicia, Madrid, 2002. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. "Las Piezas del Derecho-Teoría de los Enunciados Jurídicos". Primera edición, Editorial Ariel S.A. Barcelona, España, 1996.</p> <p>BERNAL PULIDO, Carlos. "Normatividad y argumentación Jurídica, en Interpretación y Razonamiento Jurídico". Colección Filosofía y Teoría del Derecho, ARA Editores, Lima, Perú, 2009. CRUZ PARCERO, Juan Antonio. Derechos sociales. "Clasificaciones, Normas, Acciones y Fines en Interpretación y Razonamiento Jurídico". Colección Filosofía y Teoría del Derecho, ARA Editores, Lima, Perú, primera edición 2009, primera reimpresión 2010. DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Traducción de Marta Guastavino, primera edición, quinta reimpresión, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 2002. RAWLS, John. "Teoría de la Justicia". Fondo de Cultura Económica, Ediciones FEC España S.A., segunda edición, México, 1995. RIVERO, Jean. "Páginas de Derecho Administrativo". Universidad del Rosario-Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2002. RUIZ MANERO, Juan. "Principios, Objetivos y Derechos. Otra vuelta de Tuerca, en Interpretación y Razonamiento Jurídico". Volumen II, ARA Editores, Lima, Perú, 2010.</p>

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA