Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

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

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

**Licenciamiento Ambiental, ¿Una Muestra De Codificación O Decodificación En El
Derecho Administrativo Colombiano?**

Eliud Camargo León

Tesis presentada como requisito para obtener el Título de Magister en Derecho

Director

Yesid Albeiro Sánchez Sandoval

Magister en Derecho de los Recursos Naturales

Universidad Santo Tomas, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Maestría En Derecho

2017

Contenido

	Pág.
Resumen.....	7
Abstract	8
Introducción	9
Capítulo 1. Los Fenómenos De Codificación Y Decodificación En El Derecho Administrativo Colombiano.....	17
1.1. Breve reseña histórica.....	18
1.2. La codificación en los sistemas jurídicos actuales.....	24
1.3. La decodificación en los sistemas jurídicos actuales	30
1.4. Codificación y Decodificación del derecho administrativo Colombia	36
Capítulo 2. Codificación Y Decodificación Aplicadas Al Desarrollo Del Debido Proceso Administrativo	47
2.1. Debido Proceso	48
2.2. Debido proceso administrativo	51
2.3. Codificación en el procedimiento administrativo general de la ley 1437 de 2011 .	55
2.3.1. El derecho al libre acceso a las autoridades administrativas.....	58
2.3.2. El derecho al funcionario competente.....	59
2.3.3. El derecho a la defensa.....	60
2.3.4. El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable. .	61

2.3.5. El derecho a la independencia e imparcialidad del funcionario.....	62
2.4. Decodificación y debido proceso administrativo.....	63
Capítulo 3. Estudio Del Licenciamiento Ambiental - ¿Decodificación O Codificación? Una Respuesta A Las Exigencias Sociales.....	73
3.1. Licenciamiento ambiental y decodificación: establecimiento de etapas para garantizar el derecho al debido proceso y para obtener información en la toma de decisiones administrativa.....	79
3.1.1. Licenciamiento ambiental como herramienta útil para el funcionamiento de la administración.....	81
3.1.2. Licenciamiento ambiental como garantía de derechos fundamentales y validez de los actos. 83	
3.1.2.1. Libre acceso a las Autoridades Administrativas.....	84
3.1.2.2. Funcionario competente.	86
3.1.2.3. Derecho a la defensa.....	86
3.1.2.4. Procedimiento en tiempo razonable.	87
3.1.2.5. Independencia e imparcialidad del funcionario.....	88
3.1.2.6. Recursos.	88
3.2. Licenciamiento ambiental y codificación: aplicación hipotética de la ley 1437 de 2011 como ejemplo de la decodificación al licenciamiento ambiental	89
3.2.1. Problemas de estandarización y apropiación de la información necesaria.	89

3.2.2. Problemas temporales relacionados con los términos presentes en el procedimiento administrativo común y principal.	91
Referencias.....	99

Lista de Figuras

Figura 1 Codificación vs Decodificación en Procedimiento de concesión Minera (ley 685 de 2001)	70
Figura 2 Codificación vs Decodificación en Procedimiento Disciplinario (ley 734)	71
Figura 3 basada en el capítulo 3, sección 6 del Decreto 1076.	79

Resumen

La presente investigación nos pretende determinar si la Codificación (o decodificación) de las normas legales protege efectivamente el debido proceso administrativo en el caso específico del procedimiento especial de licenciamiento ambiental; buscando la protección del ambiente en un Estado Social de Derecho.

Ello es relevante porque contribuye a la comprensión del derecho administrativo desde un punto de vista sistémico en el que están presentes las dos formas de producción legislativa estudiadas. Construcción conceptual que deja ver la aplicación de teorías a la correlación de codificación y decodificación y su utilidad con respecto a la producción de normas en el derecho administrativo colombiano, en un caso específico.

También aclara el concepto del debido proceso administrativo, trazando su contenido en las normas que guían una u otra forma de producción. Esto permite corroborar que el principio se aplica efectivamente, en sus dos componentes, en las acciones generales y en la acción específica en estudio; es decir, la expedición de licencias ambientales.

Asimismo, esta investigación nos permitirá explorar y replantear teorías que alimentan su marco jurídico, profundizando en los temas de los fenómenos normativos de producción (codificación y decodificación) aplicados desde el ámbito académico al derecho administrativo. En ese sentido, también se hará un planteamiento conceptual del debido proceso administrativo y sus características específicas y de la concesión de licencias ambientales en su complejo proceso administrativo.

Abstract

The present research allows us to determine if the Codification (or decoding) of legal rules effectively protect the due administrative process in the special environmental licensing procedure, to guarantee the rights to a healthy environment in a social state of law

This research becomes relevant because it contributes to the compression of administrative law from a systemic point of view in which the two forms of legislative production studied are present. This in turn allows to visualize the application of theories to the correlation of codification and decoding and their usefulness with respect to the production of norms in Colombian administrative law, in a specific case.

It also clarifies the concept of due administrative process, tracing its content in the norms that guide one or another form of production. This makes it possible to corroborate that the principle is effectively applied, in its two components, in the general actions and in the specific action under study; that is, the issuance of environmental licenses.

Likewise, this research will allow us to explore and reframe theories that nourish its legal framework, delving into issues of normative production phenomena (codification and decoding) applied from academia to administrative law which is an area in which these phenomena. In that sense, a conceptual approach to the due administrative process and its specific characteristics and to the environmental licensing in its complex administrative process will also be made

Introducción

Los fenómenos jurídicos de codificación y decodificación cumplen cometidos normativos distintos, tanto así que buena parte de la teoría jurídica al respecto los observa como mecanismos para responder a determinadas etapas del desarrollo jurídico de una sociedad organizada. No obstante, estos métodos de configuración legislativa hoy en día convergen, en una dicotomía existente: Entre la reunión de regulaciones jurídicas en un solo cuerpo normativo o la extracción de normas para reincorporarlas en nuevos y diversos cuerpos normativos.

Por una parte, el asunto de la codificación y decodificación desde las necesidades históricas que cada uno de estos fenómenos suplió. Respecto con la codificación, se sostiene que la necesidad de establecer sistemas normativos en códigos para avanzar en la práctica jurídica y unificar las fuentes esparcidas en lo consuetudinario, respondiendo a un avance social desde esta perspectiva, la evolución histórica de las sociedades hizo imperante la necesidad de cambiar la forma de organizar las normas, dando lugar a los códigos civiles y otras formas de compilación, que además aportaban a la identidad nacional (Hinestroza, 2014)

Por otra parte, el fenómeno de la decodificación también responde a un cambio histórico, relacionado con el aumento en la complejidad de las actividades y relaciones humanas, que requirió extraer las regulaciones de los códigos, para reconstruirlas en normas aplicadas a materias específicas que respondían a dichas necesidades, en virtud del dinamismo y cambios apresurados presentes en la sociedad que superaron a los códigos (Lanni, 2013) cabe resaltar que la decodificación no constituye la desregulación sino que viene acompañada de un fenómeno auxiliar, que es la recodificación, este se encarga de reorganizar las instituciones extraídas del código, en una norma dispuesta para atender una necesidad normativa determinada.

Un ejemplo de este fenómeno, es la separación las normas mercantiles de los códigos civiles, rompiendo la unidad de materia del derecho privado y separándolo en civil y comercial en atención a las necesidades específicas del comercio, con sus respectivas instituciones, diferentes a las eminentemente civiles.

La pregunta por la utilidad¹ de ambos fenómenos de configuración legislativa, solo puede explicarse cuando se evalúa el desempeño individual de cada uno de ellos en la aplicación de las normas, es decir, la funcionalidad que tienen, analizando las ventajas y desventajas que ofrece cada uno en la organización de un sistema jurídico complejo a fin determinar cual resulta más provechosa en el ordenamiento normativo.

A priori se podría entender que la decodificación es el fenómeno normativo imperante en la actualidad jurídica, toda vez que las relaciones humanas y las actividades presentes en la sociedad tienen una tendencia a la dinamización y aumento de la complejidad, no obstante, la codificación continua presente en ámbitos muy relevantes de la cotidianidad de la mayoría de la sociedad, tales como el derecho civil.

Ahora bien, la codificación como concreción de normas en un solo cuerpo normativo, se puede predicar de las Constituciones Políticas que recogen las máximas disposiciones organizativas del Estado y la sociedad.

Aquí no se pretende elegir en términos generales cuál de los dos fenómenos de producción normativa se acopla mejor a las necesidades sociales y por tanto desarrolla una configuración más acertada y útil. Pero si se pretende evaluar la convergencia de las mismas a la luz del derecho administrativo colombiano, al que dichos fenómenos le son aplicables en conjunto, con el objetivo de observar como desarrollan individualmente las funciones que cumplen.

¹ Por utilidad dentro de esta investigación se entiende la relación de idoneidad entre la forma de regulación normativa, y la finalidad de la norma. Es un concepto que pone en evidencia una adecuada técnica en la elaboración y sistematización de la norma jurídica, más que el efecto social de la misma.

En medio de esta dicotomía se encuentra una variable común, el desarrollo del derecho al debido proceso administrativo, como una categoría especial que tiene una doble condición, ya que por una parte está ligado al desarrollo del derecho al debido proceso contenido en el artículo 29 superior, y por otro, está ligado a las particularidades del derecho administrativo, especialmente la condición de la realización de funciones públicas en procura del cumplimiento de los fines constitucionales del Estado a través del seguimiento de procedimientos que le permita a la Administración informarse lo suficiente sobre un tema específico con miras a tomar decisiones pertinentes.

Es en la segunda de sus connotaciones, en la que toma fuerza ilustrativa, ya que el ejercicio de la función pública, es uno de esos asuntos que se ha dinamizado y ha cobrado mayor complejidad en los Estados modernos, toda vez que la misma se desarrolla de diversas maneras, atendiendo a las necesidades de la sociedad que también son múltiples, teniendo que abordar materias cargadas de criterios técnicos que implican trascender más allá de la disciplina del derecho. (Sentencia C-034, 2014)

En el análisis aquí planteado, se debe comprender que el debido proceso es un derecho complejo, puesto que es una herramienta procesal que se encuentra integrado por una serie de garantías que constituyen derechos en sí mismas (Ramírez, 2005). En ese sentido la utilidad de las formas de producción normativa se medirá en relación con el desarrollo de este tipo de derechos, en relación con cada una de ellas.

Desde la expedición de la ley 1437 de 2011, se hizo una compilación de instituciones procesales administrativas, en aras de unificar los criterios jurisprudenciales alrededor de la jurisdicción contenciosa administrativa, haciéndose presente el fenómeno de la codificación. Dentro de las instituciones compiladas en este cuerpo normativo, se encuentra la del

procedimiento administrativo general, que se aplica sin perjuicio de las normas específicas, es decir, las previamente mencionadas en las que se hace presente el fenómeno de la decodificación.²

Entonces, teniendo en cuenta la categoría constitucional del derecho al debido proceso, y más específicamente, el derecho al debido proceso administrativo, desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tribunal que a su vez delimitó sus características y lo separó de su par, el debido proceso en sede jurisdiccional (Correa, 2014), la concreción del mismo derecho en fuentes normativas derivadas de la codificación y la decodificación crea un escenario que permite comparar ambas formas de producción legislativa y observar cual garantiza de manera más satisfactoria el debido proceso administrativo, de forma concreta en áreas técnicas del derecho administrativo; para de esa forma evidenciar similitudes, diferencias, falencias y aciertos de cada una, a fin de determinar Cual permite desarrollar los fines perseguidos por la normatividad, de acuerdo al área del derecho donde se desarrolle la misma

Para tal efecto se seleccionó licenciamiento ambiental, siendo esta un área que evalúa las condiciones para la aprobación de cualquier intervención que genere impacto ambiental y que se encuentre determinado por la ley. Como área técnica, dada su alta carga de contenido científico, y los múltiples aspectos que se deben verificar en el procedimiento a la hora de evaluar la viabilidad de conceder licenciamiento, tomando en cuenta la razonabilidad que debe dotar la motivación de los actos que integran la operación administrativa, los intereses y derechos que pugnan en la decisión administrativa, aunado a la participación y el basto aspecto probatorio contemplado en estos procedimientos. En especial, cuando el licenciamiento cobra un rango constitucional representando la obligación a cargo del Estado y la sociedad Civil de preservar un ambiente sano, y al tiempo ponderarlo con el desarrollo económico, para lo cual dicho

² Este procedimiento se encuentra regulado en la Ley 1437; artículos del 34 al 45.

procedimiento debe encontrar el impacto razonable, sobre el medio ambiente, los intereses económicos, el daño al medio y los derechos de la comunidad afectada.

La observación de la convergencia de las dos formas de producción normativa que aquí se analizan tienen como finalidad medir la utilidad de estos modelos; teniendo en cuenta el grado de convergencia o divergencia que existe entre una y otra, la justificación de las necesidades a la que cada una responde y en suma, evidenciar si se debe optar por la construcción de un solo cuerpo jurídico que establezca el sistema procedimental administrativo, o por el contrario, resulta más útil abandonar la codificación y tener distintas normas para cada materia del derecho administrativo por escases de aplicabilidad del procedimiento general en la práctica, o incluso, si dichas figuras en suma permiten un sistema de derecho administrativo organizado que suple las necesidades del Estado representado en sus autoridades y de los particulares.

Las conclusiones obtenidas verificarán si este derecho se está realizando en los términos expuestos por la Corte constitucional, en el terreno general, o si por el contrario se desarrolla de forma incompleta o contraria al ordenamiento.

Ahora bien, por el grado de complejidad del procedimiento administrativo para expedir licencias ambientales, la materialización en este del derecho al debido proceso administrativo, es útil para visualizar la situación del mismo derecho en otros procedimientos específicos del derecho administrativo y de contera la eficacia de la decodificación y la respectiva recodificación, así como la utilidad del fenómeno para el desarrollo de otros derechos fundamentales comprometidos en el actuar de la Administración en la toma de las decisiones.

Del mismo modo se podrá observar la relación existente entre la codificación y la decodificación, que facilite determinar si estos fenómenos son excluyentes, si responden a una dinámica de causa y consecuencia, a modo de ciclos, o si responden conjuntamente a

necesidades normativas de la sociedad y el Estado, retroalimentándose y haciendo más eficaz y efectivo el sistema jurídico.

Para abordar el objeto de estudio, la codificación y decodificación aplicada al licenciamiento ambiental, se realizará una investigación de enfoque holístico, de carácter jurídico, que estudia estos institutos desde la normatividad del Derecho y la jurisprudencia de manera sistemática, en sus correlaciones y a su vez acude a la teoría, como forma de interpretación de la misma, mientras se observan sus efectos en el ámbito factico. Con miras a describir los fenómenos, comprenderlos, analizarlos y contrastarlos en un caso específico de regulación técnica en derecho administrativo colombiano.

El enfoque holístico de la investigación comprende que en materia de investigación jurídica los fenómenos sobre los que se indaga son abstractos, partiendo de normas e interpretaciones judiciales, pero tienen aplicación en la realidad por el tipo de lenguaje que los compone. Ello con miras a producir nuevos conocimientos a partir de la aplicación de distintos tipos de investigación, sin que lo anterior pretenda construir espacios aislados, sino que por el contrario se aplique un paradigma holístico, que reconoce una concepción abierta del derecho y resulta útil para analizar las realidades jurídicas actuales (Witker, 2008).

La investigación se circunscribe a la escuela de pensamiento jurídico denominado “Positivismo Jurídico Incluyente”, la cual se basa, a rasgos generales, en la posibilidad de que en determinados sistemas legales los criterios de validez incluyan (o incorporen) principios morales (Himma, 2004).

De allí que los análisis que utiliza para describir el Derecho, como área temática de estudio, y los fenómenos de codificación y decodificación como objeto específico de la investigación, comprendan el entramado jurídico desde el criterio de validez normativa, sin dejar de lado su

conexión contingente con la moral; esto con miras a construir conceptos útiles que puedan servir para comprender como funcionan dichos conceptos en la realidad, y predecir con mayor grado de certeza como adecuaran los sujetos su comportamiento a dichos preceptos normativos.

Dicho planteamiento si bien resulta al unísono incompatible con el arcaico positivismo jurídico, no es verdad que en los últimos años no se haya efectuado un replanteamiento de la escuela del positivismo gracias a las críticas efectuadas por diversos filósofos sobre el tradicional enfoque de concebir los planteamientos dogmáticos de la misma. En ese sentido, se adopta una posición en la que, no obstante, exista la posibilidad contingente de que en determinados sistemas jurídicos los criterios de validez incluyan principios morales, de ello no se deriva que deba ser obligatoriamente así. Se trata, como frecuentemente suele decirse, de una conexión contingente, pero no necesaria (Mora Sifuentes, 2010).

Así pues, se analizará la normatividad administrativa, tanto general como específica a la luz de los fenómenos de codificación y decodificación, expuestos por la teoría, mediante textos especializados y se observará en cada caso concreto cómo interactúan con los fines destinados a desarrollar, que en ultimas constituyen los efectos de la normativa en el contexto de su aplicación a la realidad.

Con miras a realizar lo anterior, la presente investigación contará con el desarrollo de cada forma de producción legislativa analizada, respecto de una norma jurídica que le corresponda, en este caso, el procedimiento administrativo general y el procedimiento administrativo para otorgar licencias ambientales, teniendo por objetivo final observar su utilidad a la hora de materializar derechos fundamentales y garantizar la toma de decisiones informadas por parte de la administración, que constituye las garantías en cabeza del particular, lo que proyecta la función social de la norma.

Para esto las demostraciones y argumentaciones en la tesis se dividirán en tres partes: una primera, dedicada al análisis de los fenómenos de codificación y decodificación, una segunda en la que se analizará en general el derecho al debido proceso administrativo y su desarrollo en la norma producto de la codificación, y a su vez la justificación del mismo en el contexto de normas específicas provenientes del fenómeno de la decodificación; esto significa, cómo cada uno de los fenómenos garantizan la protección de derechos fundamentales de los particulares que se verán afectados por la decisión de la Administración y como esta se hace con información necesaria para la toma de decisiones. Finalmente se analizará el licenciamiento ambiental, como caso específico en materia de decodificación para establecer una comparación con el procedimiento administrativo general, a la luz de la satisfacción de los fines perseguidos por ambos fenómenos y se obtendrán conclusiones.

Capítulo 1. Los Fenómenos De Codificación Y Decodificación En El Derecho

Administrativo Colombiano

Los fenómenos de codificación y decodificación, como sistemas de organización de normas se presentan de forma ineludible en la creación normativa nacional e internacional; sin embargo, a pesar de percibir casi diariamente estas dinámicas, las lógicas y característica de cada una de estas formas parecen estar ausentes de las diferentes culturas jurídicas del mundo. Ello se evidencia en el trabajo del legislativo que parece saturar el ordenamiento jurídico colombiano con instituciones que no tienen una vocación de permanencia, lógica o coherencia. En ese sentido, la producción de normas que rigen el derecho administrativo, en sus aspectos generales y técnicos, sufren continuas variaciones, sin atender de forma adecuada ningunos de los fenómenos.

De allí la importancia de efectuar un recuento histórico con especial apreciación de las modificaciones normativas, especialmente del sistema normativo desde el siglo XIX. Empero, tal esfuerzo es necesario a fin de finalizar centrándose en la conceptualización de la codificación y decodificación como sistemas de producción normativa aplicados al derecho administrativo.

Justamente se partirá desde la búsqueda de una teoría en materia codificatoria y decodificatoria en el derecho administrativo, razón por la cual se efectuará, además del paneo histórico que tendrá como finalidad aclarar la evolución de estos mismos conceptos al interior del derecho nacional, pasando a analizar el desarrollo, tanto codificatorio como decodificatorio actual en los diferentes sistemas jurídicos, para posteriormente aplicarlos de manera correcta al campo en específico, esto es, el derecho administrativo.

1.1. Breve reseña histórica

La compilación normativa, sin lugar a dudas se encuentra entre los primeros esfuerzos avocados por las distintas civilizaciones a lo largo de la historia con el fin de brindar alguna certeza jurídica a los integrantes de su comunidad. Si bien estas empresas se encuentran dispersas en diversos momentos históricos y fluctúan dependiendo de la sociedad a las que rigen, a saber algunas de ellas: las leyes de Manú (S. XIII A.C.), o el “código” de Hammurabi (1750 A.C.), las recopilaciones de las decisiones imperiales de Roma (Códex Gregoriano, Hermogeniano y Teodisiano de S. III A.C), sin olvidar una de las más relevante de todas las compilaciones normativas, esta es, el denominado *Corpus Iuris Civilis*, Código elaborado por orden del emperador Justiniano.

Desde el llamado “Código de Justiniano” se considera, por algunos doctrinantes en el tema junto con las elaboraciones de los glosadores y postglosadores, como los primeros visos que demostraban el nacimiento de la codificación.

Lo cierto es que estos documentos denominados “códigos” en la antigüedad, no son más que recopilaciones de constituciones imperiales romanas, leyes, *escriptos*, ordenanzas y otras disposiciones (Acosta, 1990, p. 25), características que les hacía carecer de un orden sistemático y orgánico, a diferencia de las codificaciones de mediados del siglo XVIII que si contaban con dicha homogeneidad. Por lo tanto, no es posible denominar códigos a esos escritos compilatorios pues no son más que una sumatoria de diversos referentes normativos que carecen de toda lógica interna o coherencia.

En concordancia con la crítica efectuada a los escritos de la época Justiniana, estos esfuerzos compilatorios no pueden ser llamados codificación, puesto que en palabras de Brito “antes no hubo codificaciones; antes no hubo movimientos codificadores. Naturalmente la tendencia de las

sociedades a cada cierto tiempo reunir el derecho en cuerpos únicos, compactos y totalizadores, que denominamos fijación, es una tendencia universal y permanente” (Brito, 1983, pp. 1-20).

En otras palabras, se podría concluir que la recopilación o fijación, se entiende como un mero ordenamiento cronológico o por materia, de diferentes leyes dictadas en diversos momentos históricos que no se interrelacionan de manera sistemática entre sí, sino que mantienen cada una su individualidad e independencia (Hernández, 2015, pp. 1-42).

En ese sentido, la palabra código no ha sido un concepto históricamente inequívoco, puesto que la palabra *codex* se ha asociado como sinónimo de colección de reglas jurídicas escritas, que a fuerza de unificación tiene como finalidad alcanzar la plenitud regulatoria. (Caroni, 2013).

Por lo tanto, en todos estos primeros códigos estaba presente el principio de la unificación jurídica en un cuerpo único, pero en la concepción interna, en la manera de presentar lo jurídico, los cuerpos modernos y los antiguos se alejan bastante entre sí. En consecuencia, aun cuando la codificación representó una manifestación de la idea de unificar el Derecho en cuerpos únicos, la forma de hacer esta unificación por parte de los nuevos Estados dista de la forma en que ello se hizo inicialmente.

Con todo, es de recalcar que el movimiento de la codificación solo inició hasta mediados del siglo XIX (Brito, 1983, p. 1-20), puesto que la edad media continuó con la tradición compilatoria de la edad antigua, en donde la piedra angular de todo el derecho era el denominado *Corpus Iuris Civilis*, el cual, era estudiado por diversas escuelas jurídicas: glosadores, postglosadores y humanistas, quienes aprendieron esta compilación desde diversos puntos de vista, tan extensos como heterogéneos.

La necesidad de la codificación se puede observar de mejor manera, tomando el ejemplo de la resolución de conflictos jurídicos, en este tiempo dirimir un problema legal se encontraba

enmarcado en la modalidad de resolución de caso por caso, de donde se generalizaban soluciones y no existía seguridad sobre la decisión a aplicar. Con la aplicación de esta modalidad se vino presentando un descontento generalizado en todo el continente Europeo, el cual se hace patente en el Siglo XVIII de la mano de Leibniz³, quien presentó la idea acerca de que el derecho debería ser axiomático y no tanto casuístico, para que de esta manera se asimilara más a la ciencia por excelencia de la época, la matemática.

Si bien el trabajo de Leibniz resalta principalmente en el campo de la filosofía, no es posible desconocer la gran influencia que el ejercicio como jurista ejerció sobre el derecho mundial, puesto que Leibniz es uno de los referentes o pilares de la filosofía del derecho y no solo eso, sino que también fue el encargado de elaborar el primero Código Civil sistemático, coherente y axiomático de la historia, de allí su valiosa contribución al movimiento codificadorio.

Leibniz, efectúa esta codificación bajo los parámetros de la filosofía racionalista, que para el momento era la estructura filosófica dominante, pues la misma se basaba en la confianza ciega y absoluta de la razón humana para juzgar y resolver los problemas que se presentaban en la sociedad. Lo anterior aunado al modelo de racionalidad geométrico de Descartes, le brindó al jurista la idea de crear un cuerpo normativo que a la par de las medidas cartesianas, replicará la metodología de análisis y síntesis para resolver casos concretos.

Martínez Tapia, lo resume de la siguiente manera:

Matematizar la realidad y el conocimiento de la misma como procedimiento infalible para obtener certeza en cualquier campo –la racionalización- será el ideal de la época (...)

³ Gottfried Wilhelm Leibniz, nació el 1 de julio de 1646 en Hanny murió el 14 de noviembre de 1716, jurista de profesión, escribió en su juventud importantes obras entre las que podemos encontrar *Specimen difficultatis in iure seu quaestiones philosophicae ex iure collectae* (1664); *Specimen certitudinis seu de conditionibus* (1665), *Specimen difficultatis in iure seu dissertatio de casibus perplexis* (1666) que fue su tesis doctoral, entre obras muy importantes. Sin embargo su trabajo más importante lo desempeño con el encargo encomendado por el emperador de Prusia, quien le encomendó elaborar un código de Derecho Civil sistemático.

aplicar el método matemático a la ciencia en general, aspirando a construir una ciencia <<a priori>> compuesta de un reducido catálogo de nociones fundamentales, simples y evidente, expresadas por símbolos de cuya combinación podrían deducirse todas las demás ideas y todas las ciencias (Martínez, 1996, pp. 149-176)

En definitiva, Leibniz replicando las ideas matemáticas predominantes de la época junto con la filosofía de la racionalización creó con el Código Civil Prusiano en 1794, un cuerpo normativo axiomático a través de definiciones, principios, reglas y leyes quedando así elaborado un cuerpo normativo de normas generales que se deducen las unas de las otras a través de los principios establecidos.

Si bien, la idea de Leibniz de ordenar el derecho conforme a los principios para efectuar resoluciones jurídicas coherentes y uniformes a lo establecido en sus cuerpos normativos, no puede ser la única causa de haber llegado al logro de la codificación, dado que diversos autores exponen en sus investigaciones entre unos y otros posibles motivos.

Francisco Tomas, reúne cada una de las motivaciones que llevaron a la codificación de los sistemas jurídicos, así: “Causas tan heterogéneas como el racionalismo metódico, el iusnaturalismo, la naciente y dominante economía capitalista, el liberalismo económico y el Estado Liberal de derecho” (Tomas, 1997).

La teoría que se ha tenido como la más acertada o de mayor importancia en los sistemas jurídicos del *civil law* es la económica, puesto que se considera que los movimientos codificatorios fueron producto del crecimiento de la economía y de las relaciones sociales que tenían como finalidad el aumento de las riquezas de los ciudadanos, dado que la regulación de la vida social se encuentra ligada de manera entrañable con el aumento en el tráfico de mercaderías (Beltrán, 2005, p. 12).

Por otra parte, se debe resaltar que la idea de Código se da de la mano de la escuela del positivismo jurídico que corresponde a la teoría racional aplicada al derecho, en búsqueda de la unificación de conceptos jurídicos agrupando o positivizando los principios en normas legales que hace más sencilla y uniforme su aplicación. La teoría del positivismo jurídico considera que derecho y moral son conceptos distintos no identificables, de allí que sea importante que los principios provistos por la razón del hombre sean aterrizados a un documento que tenga fuerza para hacerse valer ante la sociedad en conjunto.

Los códigos, al concebirse desde el positivismo jurídico serían interpretados por la Escuela Exegética, que según Goldschmidt (1958), citado por Sánchez Gonzáles, comprende las siguientes premisas de interpretación:

- i) El derecho positivo lo es todo, por lo tanto existe un culto a la ley. Todo el derecho civil se encuentra en el código. Por tanto el conocimiento del derecho debe recaer sobre sus artículos y solamente sobre ellos.
- ii) La ley debe interpretarse únicamente analizando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacción de los artículos, para encontrar la intención del legislador.
- iii) Los jueces deben aplicar rigurosamente el código; del tenor literal de cada artículo mediante un proceso deductivo se debe dar a la norma la extensión precisa para extraerse la solución a los litigios.
- iv) La costumbre carece de valor alguno; la analogía es la técnica para salvar las insuficiencias a la ley.
- v) Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de los antecesores.

vi) El Derecho presenta un carácter eminentemente estatal: *Dura lex sed lex*. Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas (Sanchez, 2010, pp. 301-311).

La Escuela Exegética, junto con estas premisas fundantes, sería la teoría que acompañaría principalmente la interpretación de los códigos desde su creación hasta inicios del siglo XX ya que reproducía el espíritu de coherencia y uniformidad que pretendían aparentar las diferentes codificaciones alrededor de todo el mundo. Así mismo, propendía por la sacralización de las normas contenidas en el texto normativo, puesto que para esta escuela todo el derecho se encontraba vertido entre sus líneas, y lo que no estuviera allí contenido no correspondía a derecho.

A manera de recapitulación, es de destacar que el movimiento codificador es en realidad reciente, puesto que no se puede afirmar que lo que conocemos por el término Código actualmente sean compatibles con lo que los antiguos denominaron *Codex*, dado que las diferencias entre los códigos elaborados en la edad antigua, medieval y moderna son palpables, debido a que el racionalismo utilizó las nuevas codificaciones como axiomas que representaban reglas generales sin indicación de las razones del por qué esa regla, pero de las cuales se podrían deducir coherentemente las normas subsiguientes para aplicar que como beneficio aplicarían uniforme y coherentemente el derecho. De esta manera, los nuevos códigos, no contaban con ejemplos ni discusiones, aspectos que los diferencia enormemente del concepto de códigos de los antiguos, quienes exponían sus reglas a raíz de casos y casos.

Este nuevo modelo de sistema jurídico ordenado por códigos, se interpretaba a la luz de la teoría del positivismo jurídico, específicamente desde la escuela exegética, dado su primacía por el entendimiento desde la perspectiva literal de la norma. Este tipo de códigos y la teoría que le

daba soporte a su interpretación, son los pilares sobre los que actualmente se encuentra presente en los nacientes sistemas jurídicos y sus campos específicos que se desarrollan en la actualidad, pues tantos códigos se han creado como áreas del derecho existen, no siendo excepción el derecho administrativo.

1.2. La codificación en los sistemas jurídicos actuales

Desde los inicios de las sociedades acentuadas y civilizadas en un territorio determinado, los pueblos han obedecido distintas fuentes del derecho, siendo la más antiguamente conocida: la costumbre. Pero, la complejidad de las relaciones sociales llevó a que esta misma fuente fuera vertida y contenida en la ley, lo que brindó cierto grado de científicidad y certeza (Hinestroza, 2014).

Lo imperante en los sistemas jurídicos de la época era el denominado derecho común, que descendía de la modalidad de resolución de caso por caso, justicia que reposaba en las manos de los mayores jurisconsultos de la sociedad. Este modelo con el pasar de los años se volvió insostenible políticamente, no tanto por la ineficacia de sus soluciones o por la corrupción de sus operadores, sino debido a una sencilla razón, desapareció el sistema político y social sobre el cual se construyó, es decir, la monarquía.

En ese sentido, se hizo necesaria la redacción de normas unificadas que presentaran un orden teórico conexo entre las mismas e hicieran mucho más segura la aplicación de justicia a los ciudadanos dado el nuevo sistema jurídico y político naciente, puesto que, en Palabras del Maestro Diez Picaso:

La finalidad de la codificación fue de sustituir la práctica jurídica empírica o casuística por un sistema que posea una cierta automaticidad y, al mismo tiempo y por la misma

razón, trata de sustituir la formación artesanal de los juristas por una formación abstracta y racional que cumple mejor los mencionados intereses (Diez y Ponce, 1992, p. 8).

De esta manera, nace el código con el significado que actualmente se le conoce, pero para una definición más precisa de lo que se quiere expresar con la palabra código se seguirán las palabras del Profesor Luis Vogel, quien lo define como: “la presentación sistemática, organizada de manera sintética y metodológica de un cuerpo de reglas generales y permanentes que rigen en una o varias esferas particulares del derecho en un país determinado” (Vogel, 2004).

Otra definición de Código, no menos importante, se encuentra de manos del Profesor Narváez, quien expone que un código es: “un sistema lógico de normas universales, aplicables a través de un silogismo obtenido racionalmente de la realidad” (Narváez, 2009, pp. 1-25). Así mismo, Caroni define el código como: “La colección escrita de reglas jurídicas que aspira a ser completa y por esta razón unifica en diferentes niveles aunque sin separarlos” (Caroni, 2013).

Siguiendo la guía de los maestros anteriores se elaborará una definición propia del término código, como elemento transcendental de los sistemas jurídicos del *civil law*. Siendo así, Código se concibe como: la agrupación de normas generales y abstractas que regulan, ordenan y especifican plenamente un área determinada del derecho de forma sistemática.

Ahora bien, en ese intento de racionalizar el mundo jurídico se debe advertir que el mismo no es más sino una abstracción de la realidad imperante en el momento de su creación. En otras palabras, se plasma el fenómeno social de un momento histórico determinado en una compilación sistemática que tiene por protagonista a la sociedad en conjunto. Es un producto cultural elaborado por los científicos de esta área del conocimiento, es decir, los juristas (Carrió, 2003, p. 12).

Con todo, se debe resaltar que una vez creado un elemento normativo codificado, el mismo se ha tenido en cuenta por los Estados como un elemento más de ostentar su soberanía y la de sus ciudadanos sobre un territorio determinado (Hinestroza, 2014).

Los códigos constituyen la más evolucionada muestra del proceso general de la codificación, son expresiones únicas, orgánicas y exclusivas del material jurídico en vigor concerniente a una rama del derecho. Lo anterior debido a que darse su propia regulación ha sido simbólicamente una muestra de control nacional. En otras palabras, que un Estado sea capaz de brindarse a sí mismo y a sus ciudadanos unas reglas jurídicas de dominio social, resultan bastante simbólicas a nivel internacional, pues demuestra, un cierto control territorial y social que presupone la existencia de un poder debidamente vigente y legitimado.

No obstante, la codificación como fenómeno concebido actualmente, solo se dio como proceso en los sistemas jurídicos del *civil law*, puesto que en los sistemas jurídicos legítimamente anglosajones se siguió manejando un modelo basado en el precedente judicial y la costumbre, lo cual impidió que se llevara a cabo este proceso, razón por lo que es importante destacar esta distinción, de por sí bastante genérica, puesto que se encuentra apuntalada únicamente en la forma tradicional en que operan estos sistemas judiciales (Fusades, 2002, p. 17).

En este lapso de auge de la Codificación, es importante abordar el primero de los códigos entendidos como la presentación del derecho bajo forma axiomática en lo técnico, bajo fondo liberal en lo ideológico y creados para satisfacer las necesidades de la población en lo social, se hace referencia al Código de Napoleón o el Código Civil Francés (Ferrante, 2013, p. 25), el cual es fruto, aunque no inmediato, de la Revolución Francesa, puesto que derroca el modelo político de la monarquía absoluta, e implanta la República, situación que necesariamente lleva de la

mano la modificación de todo el sistema jurídico anterior del derecho común por el derecho formal.

Este código, se debe advertir, no solo es producto de un momento coyuntural como el de las revoluciones sociales, sino también, de la producción científica en los campos de la filosofía y del derecho, impulso académico que creó un sustituto del *Corpus Iuris Civilis* mediante la expedición de un código claro, conciso, pragmático, axiomático, sistemático y breve que podía ser leído por casi cualquier persona con un mínimo de cultura (Brito Guzmán, 1983). Así mismo, se busca satisfacer mediante la expedición normativa las necesidades básicas de los ciudadanos franceses y para tal efecto plasma los primeros principios del derecho, entre ellos uno de los pilares del Estado actual de Derecho, el de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos (Diez y Ponce, 1992, p. 8).

De igual manera dicha postura es respaldada por el Maestro Hinestroza quien expresa que:

Como correspondía a la organización política y económica surgida de la ruptura de los regímenes feudal y corporativo y de la revolución industrial, vertida en el Estado 'gendarme' y en la exaltación de la propiedad y el contrato, los principios fundamentales se encontraban en el código civil, que ocupaba el vértice dentro de la jerarquía normativa (Hinestroza, 2014).

Y es que la igualdad ante la ley es uno de los pilares de la modernidad jurídica y política, puesto que a raíz de esta premisa, más adelante se hablaría de igualdad material y dignidad humana, ideas que demarcan el pasado, presente y futuro de los ordenamientos jurídicos, de ahí la importancia de recordar el importante inicio del Estado actual de Derecho en el Código Napoleónico.

En cuanto a la premisa atinente a que el Código de Napoleón ha sido producto de la Revolución Francesa, lo cierto es que este trabajo codificadorio es un producto pensado, concienzudo y claramente posterior, estudiado y con bases del derecho romano, pero no copiado de este (Batiza, 1982), dado que su elaboración consistió en una operación técnica de abstraer, generalizar y depurar el derecho romano común y exponerlo a través de principios generales y de proposiciones axiomáticas y apodícticas, puesto que sus instituciones como ya se han mencionado en esta investigación hacían inviable la traslación exegética de las reglas.

Entre tanto, los juristas de la época apoyaron tal consigna de normativa coherente y su integración en un libro que rezara el derecho, dado su practicidad, racionalidad, utilidad y por sobre todo comodidad, puesto que evita la precisión de caso a caso tan extenuante que se realizaba con el anterior sistema político. En últimas el código se convirtió en palabras del Profesor Grossi un *altare consolidato* (Grossi, 1998) producto de la decantación académica de los más reconocidos juristas.

Si bien, todas estas apreciaciones acerca de la creación del código resultan positivas, es claro que este código no proviene solamente de un gesto humano y de pensamiento moderno, sino también de algunos intereses particulares que promovieron tanto el movimiento social como el auge o crecimiento del derecho en el mundo.

Entre, algunos de esos intereses particulares, se encontraban el de eliminar los privilegios de los señores feudales, proclamar la propiedad privada, liberar la tierra de gravámenes, entre otros. Todo esto, enmascarado bajo el noble fin de brindar seguridad jurídica en medio de la transición política (Hernández, 2015, pp. 1-42).

Sin embargo, en aras de respetar la historia de los sistemas jurídicos, es importante apreciar que el Código de Napoleón no sería el primer intento de codificación en el mundo, de hecho, en

el año 1794, el Rey Federico el grande había promulgado en Prusia el código *Allgemeines Landrecht*⁴, el cual, si bien contenía algunos matices progresistas propios de la ilustración, aún se debatía con el modelo político de la monarquía absoluta y las instituciones del medioevo, razones que censuran sus avances y en corolario no se toma como el primer código creado en el actual sistema jurídico.

De hecho, aún se observan vestigios del Código Prusiano, incluso en la legislación nacional, un ejemplo de ellos se encuentra en el artículo 27 de la Ley 57 de 1887, el cual aún se encuentra vigente, pues establece que: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. Lo que denota la preocupación por eliminar el derecho común de los nuevos sistemas jurídicos mediante el análisis meramente formal de las palabras o analizar su sentido desde lo gramatical.

En el mismo sentido lo ha expuesto la Corte Constitucional: “el método gramatical es el que está más profundamente vinculado con la hipótesis de infalibilidad de ese legislador soberano, pues supone que en ciertas ocasiones las normas tienen un sentido único, que no requiere ser interpretado” (Sentencia C-054, 2016).

Posteriormente, en varios países de Europa en donde se iba implantando un nuevo sistema político, se venían adaptando como consecuencia sus sistemas jurídicos a este cambio, lo que generó una ola de codificaciones en el siglo XIX. Este efecto, subsiguientemente pasarían a las repúblicas nacientes en América Latina, para quienes Andrés Bello haría la primera codificación civil que regiría en Chile y después en nuestro país con la promulgación de la Ley 57 de 1887.

Para algunos juristas, el Código de Bello es incluso superior al de Napoleón, puesto que su redacción es una manifestación altiva del castellano, además en su sistematización sigue una

⁴ Código elaborado por el célebre jurista y filósofo Gottfried Wilhelm Leibniz, de quien ya se expresó, en páginas anteriores, la importancia y aportes efectuados al movimiento codificadorio.

lógica jurídica intuitiva que casi no deja lugar a lagunas o inoperancias del derecho y hasta por su nitidez, claridad y exhaustividad, puesto que a pesar que de tomar instituciones extranjeras las aplica y combina a las instituciones del derecho de indias (Brito, 1983, pp. 1-20).

De hecho, se considera que aún hoy en día Napoleón sigue conquistando el mundo, desde el punto de vista jurídico, claro está, dado que el punto de partida de todas las codificaciones conocidas, pues si bien existen otros códigos como el suizo y el alemán que también sirven de guías de elaboración de estas herramientas jurídicas, no es menos cierto que la codificación se hace con un énfasis primordial en la forma francesa (Clavero y Ama, 2000).

Se encuentra que una vez se produjo la primera codificación sistemática y coherente entre sus instituciones se dio inicio a la promulgación de nuevos códigos en los sistemas jurídicos del *civil law*, lo que con el tiempo se desembocó en la construcción de codificaciones atinentes a ciertas especialidades, a saber: laborales, comerciales, administrativas, entre otras. Lo anterior, producto de la dinamización del derecho en las relaciones sociales convulsionadas de inicios del siglo XX.

Este fenómeno que modificó la forma de hacer y aplicar el derecho impregnó de manera tangencial el derecho administrativo, hasta el punto de que, en nuestro país, se crearan cuatro códigos en un lapso de 100 años, hecho no menor, que denota la importancia de brindar coherencia en esta especialidad del derecho.

1.3. La decodificación en los sistemas jurídicos actuales

Numerosas son las causas que han dado paso a que estos cuerpos normativos cayeran en un suerte de petrificación, dada la acelerada dinamización de la vida, en parte gracias a la globalización y la era tecnológica, que ha traído como necesidad la creación no tanto de cuerpos

normativos nuevos, sino al contrario de leyes singulares, simples y pragmáticas con en el fin de regular las nuevas tendencias sociales.

Los decimonónicos cuerpos normativos intentaron ajustar la realidad jurídica a la realidad social brindando un halo seguridad jurídica⁵, proclamando la obediencia de las normas dirigida a materializar la realización del contenido axiológico del sistema normativo, dado que este principio pretende mantener la protección uniforme para todos los ciudadanos a fin de que la misma comunidad le otorgara legitimidad a las normas proclamadas por el órgano legislador. Sin embargo, la seguridad jurídica cedió a raíz de la creciente economía de mercado y relaciones tan numerosas como complejas que se entrelazaban en todas las sociedades, situaciones que se encontraban desamparadas por la ausencia de normas específica y el pensamiento erróneo acerca de que en los Códigos se encontraban todas las respuestas de justicia social.

Resulta claro que desde la promulgación de los primeros códigos se da inicio al proceso de decodificación, que en palabras del Maestro Hinestroza lo define como:

Decodificación es, en efecto, un modelo distinto de legislar, de regular, en el que puede decirse que se adopta el principio de 'para cada materia una ley'. La decodificación no quiere decir desregularización, pues lo que hace es descomponer y recomponer en otro lugar legislativo áreas de una materia, por fuera de los códigos (Hinestroza, 2014).

La decodificación ocurre principalmente por la necesidad de respuesta a las necesidades sociales, en efecto, su objetivo fundamental es con base en los principios establecidos en el

⁵ Un concepto del alcance de la Seguridad Jurídica lo encontramos en la Sentencia C-250 de 2012, en donde la Corte Constitucional, determina que: “La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas”.

código fundante, normalmente el civil, o con principios diferentes a los allí implantados. En otras palabras, consisten en sintetizar en un nuevo cuerpo normativo, sin atenerse al número de artículos que lo compongan, es decir, pueden ser 5 o 200 artículos los promulgados, que regulen específicamente una materia, la cual no se encontraba establecida en el código principal de manera detallada.

En ese sentido, es viable expresar que la decodificación significa necesariamente regulación, pues su premisa es abarcar mediante nuevos cuerpos normativos las áreas nacientes para el derecho y que requieren urgentemente de reglas con el fin de proteger, precisamente, lo que la codificación buscaba en su principio, esto es la seguridad jurídica para los ciudadanos. Las nuevas normas buscan recomponer la legislación de las nuevas áreas del derechos y guiar tanto a los ciudadanos como a los jueces en las decisiones que deben tomar respecto a un determinado tema, que en caso contrario, esto es, en ausencia de norma precisa o específica sobre determinada actividad, obligaría a los mismos censores a fallar con bases en normas y principios que pueden ser erróneos aplicar en todos los casos, lo que cundiría de fallos desestabilizantes y pondría en tela de juicio la legitimidad del sistema jurídico.

Este fenómeno conocido como la “edad de la decodificación”, en parte gracias al Profesor Natalino Irti, se hizo patente en el siglo XX en donde gran parte de los textos creados hasta la fecha se quedaron sin la posibilidad de regular la sociedad cada vez más dinámica y convulsa, en donde muchas veces las normas creadas se envejecen desde el mismo momento de su expedición, o nacen ya envejecidas puesto que las necesidades sociales varían con mayor agilidad, creando como solución una serie de normas autónomas, muchas veces ni siquiera fundamentadas debidamente (Lanni, 2013, p. 17).

Ahora bien, la interpretación de la decodificación obedece a la aplicación de la escuela del positivismo jurídico incluyente, que yendo en contravía de lo establecido por la escuela del positivismo jurídico, principal método de interpretación de la etapa codificatoria. Esta nueva posición dogmática parte de la idea que gran parte de las normas creadas a fin de desmembrar de los vetustos códigos materias específicas obedece a la necesidad de incorporar en las normas criterios sociales y morales (Mora, 2010, pp. 1-15).

El positivismo jurídico incluyente dicta la interpretación en la decodificación, pues toma en cuenta el pedido social de normas que rigieran temas específicos a fin de proteger los derechos de la ciudadanía y a la vez utiliza criterios morales propios del momento histórico sobre el cual se va a proferir esa nueva normatividad, a fin de blindar de legitimidad y validez las mismas.

Por otra parte, se debe resaltar la crítica efectuada por el profesor Tau quien expone que:

La operación cultural que condujo a esta cultura se apoyó en la sanción legislativa de códigos cerrados que excluían explícitamente o implícitamente el recurso a toda otra fuente del derecho que no fuese la misma ley (...) el sistema de códigos cierra la vía a otras formas de creación jurídica. Y encuentra a una suerte de juristas que acepta una considerable reducción de sus posibilidades creativas (Tau, 2008).

En ese sentido, con base en las respuestas de los jueces en cuanto al pedido social de justicia, pues a pesar de que se falla con base a la ley en la realidad dichos fallos no sirven para modificar la situación que necesariamente se quiere remediar, pues esta comodidad del juez ha llevado a la legalidad por la legalidad vacía de contenido, en una relación inversamente proporcional dado que a medida que aumentan las leyes pierde respetabilidad su aplicación (Bravo, 1991, pp. 12-28).

Del tronco del Código Civil, se desprendieron las legislaciones que adoptaron códigos para cada institución o materia que se hiciera demasiado importante para el desarrollo económico y social de la nación, de este afán de regular oportuna y eficazmente nacieron los códigos de comercio, bancario, familia, administrativo, entre otros. Dichos códigos fueron complementados con leyes especiales como resultado de la precariedad de su regulación, fenómeno este posterior a la segunda guerra mundial (Hinestroza, 2014).

Es importante apreciar el fenómeno de las guerras mundiales, en donde la economía se encontraba estancada, además las sociedades Europeas se sentían reducidas pero cohesionadas, situación que derivó en una gran dinámica interna en los países afectados por la guerra, lo que llevo a especializar ciertos campos sociales de manera urgente afectando el sistema jurídico, que tuvo la necesidad de adaptarse a ese cambio drástico mediante la expedición de una serie de leyes individuales que regían pequeños campos sociales.

Ahora bien, es factible comprender como decodificación la creación de normas especiales que tratan un tema específico y limitado a la vez, pero no todas las normas se pueden entender como decodificación pues si bien es de todos conocidos que las leyes especiales priman sobre las generales, lo cierto es que existe decodificación no solo cuando se crean normas desligadas física y textualmente del código, sino cuando esas normas desarrollan temas que ya habían sido tocadas por aquél y se obvia su existencia en ocasiones por falta de creatividad y ductibilidad en las instituciones jurídica por parte de los jueces (Caroni, 2013).

Para algunos críticos, la medida de la decodificación se da en parte por el descontento social y el reconocimiento de nuevos grupos que hace palpable las diferencias y desigualdades que la promesa de unificación del código no cumplió, a raíz de esto el Estado ya no impone una determinada legislación sino que negocia con esos grupos minoritarios, quienes deben dar su

beneplácito para adoptar una nueva legislación especial, en últimas lo que acontece se puede determinar como fruto de la evolución social y como forma extensa de pluralismo (Caroni, 2013).

Refiriéndose a la pugna social y al giro en la forma en que se comunica el Estado con la economía, el Profesor Irti lo expone de la siguiente manera: “La ley asume ya las características de concreitud e individualidad, que eran propias del negocio privado (...) como respuesta específica a un determinado problema” (Natalino Irti, 1992).

El Estado al ostentar el monopolio de poder, produce riñas constantemente con las libertades individuales, dichas discusiones se hacen palpables, entre otros, en el ámbito del derecho administrativo, dado que es donde ocurre la contención entres particulares y Estado, y a su vez, la rama judicial se hace parte importante pues necesita de herramientas jurídicas para brindar la mejor decisión judicial (con necesaria implicación social), y dado la multiplicidad de tareas que desarrollan los particulares, dichas acciones no pueden estar reguladas en un único sistema codificado de normas, pues sería inviable y harían un código imposible de utilizar, razón por la cual se necesitan de otras normas desligadas físicamente del código con el fin de resolver los diversos litigios que se puedan presentar por el grado de dinamización social de las naciones.

Es factible que el derecho se vea obligado a estar en constante modificaciones, puesto que como lo expresa el profesor Acosta, parafraseando el famoso Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, “El derecho es vida y la vida cambia” (Acosta, 1990, p. 25).

Por último, se debe destacar que la decodificación fue una respuesta a la creciente actividad social propia de la globalización y el cambio económico sufrido por el mundo posterior a las guerras mundiales. En tanto, la decodificación cumple con la función de establecer parámetros

legales a actividades o temas que por el clamor social requiere de regulación en derecho a fin de mantener y salvaguardar el principio de seguridad jurídica que tanto se propugnó con los antepasados códigos decimonónicos.

1.4. Codificación y Decodificación del derecho administrativo Colombia

Antes de abordar el tema de la codificación y la decodificación debemos determinar el concepto o lo que debemos entender por el derecho administrativo. La definición básica y generalmente aceptada de derecho administrativo, es la brindada por el profesor Garrido, quien expone que: “El derecho administrativo es aquella parte del derecho público que determina la organización y comportamiento de la administración (directa e indirecta) del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado” (Garrido, 2002).

La relación entre el Estado y sus administrados cobra fuerza relevante en el marco del Estado Social de Derecho, ya que el centro de gravedad va a situarse también en los derechos públicos subjetivos, pero no persiguiendo únicamente el mantenimiento del orden público, sino incluyendo entre sus fines, la realización de una serie de actividades en favor de los particulares.

La protección a los derechos de los particulares y la necesidad de regular las situaciones entre estos y el Estado ha propiciado un fructífero debate a la democracia desde la perspectiva de los derechos humanos. Una sociedad más dueña de sus libertades, mejor informada y más exigente, pugna por desmitificar el Estado y replantear el derecho público a partir de reglas igualitarias de relación e interlocución entre el gobierno y los gobernados, y confiere protagonismo al ser humano como persona, como ciudadano, como individuo titular de derechos, como usuario de servicios, como “cliente” de la administración pública (Hernández, 2013, pp. 11-27).

Por lo tanto, en esta nueva época de demandas ciudadanas y participación, en la cual los actores sociales son personas concretas, que deben ser consideradas en sus condiciones reales y actuales de existencia, con sus ideas, sentimientos, necesidades y expectativas específicas, el derecho administrativo ha volcado su legislación hacia la importancia de destacar la protección de los derechos fundamentales individuales y colectivos de los ciudadanos a fin de que el accionar de la administración no flague los mismos yendo en contravía de las funciones administrativas otorgadas.

El fenómeno de la codificación, como era de esperarse, no ha sido ajeno al derecho administrativo, esta especialidad del derecho comenzó dicho proceso codificadorio desde muy temprano en nuestra República, puesto que desde 1913 con la promulgación de la ley 30, la cual trata, “Sobre la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”, Codificación esta que era un código de procedimiento meramente judicial, en donde se organizó, por vez primera, la jurisdicción contencioso administrativa como paralela a la ordinaria y se crearon las acciones públicas para demandar la nulidad de todo acto administrativo.

Posteriormente regiría la Ley 167 de 1941, “Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa” que trataba en su título tercero todo lo concerniente a los procedimientos administrativos y en el capítulo octavo estipulaba específicamente lo relacionado al procedimiento “gubernativo”. Cuarenta y tres años después se expediría el código adoptado mediante el Decreto 01 de 1984, el cual contenía de manera mucho más organizada una elaboración legal sustantiva y adjetiva coherente y sistemática (Consejo de Estado, 2012).

El antiguo Código Contenciosos Administrativo rigió durante poco más de 27 años en donde se esquematizaron aspectos muy importantes, tales como: el procedimiento administrativo, el control jurisdiccional o contencioso de las actuaciones administrativas, la organización de la

jurisdicción contencioso administrativa, y por último, pero más importante, se establecían principios orientadores de la actividad de las entidades estatales, a saber: economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

Luego de tres codificaciones efectuadas en nuestro país, se expidió, por cuarta vez, en el año 2011, el último Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mediante la Ley 1437 del mencionado año, dicha codificación es el resultado de la expedición de la Carta Constitucional de 1991 y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, quienes han enfatizado en la protección a los derechos de los ciudadanos, dado que la sociedad ahora pugna por replantear el Derecho Público a partir de reglas igualitarias que protejan las libertades tanto individuales y colectivas como el debido proceso de los ciudadanos, vigilando que las entidades estatales no vulneren en su actuar ninguno de los derecho protegidos constitucionalmente, y en donde la justicia contencioso administrativa confluye sin tropiezos al objetivo común de la protección judicial efectiva de los derechos de todas las personas (Consejo de Estado, 2012).

En ese sentido, la nueva creación de códigos, incluyendo el administrativo, se realiza basándose principalmente en la doctrina expuesta por el Profesor Viehweg, puesto que “ya no se exige la completitud del ordenamiento jurídico, ni se admite un sistema exclusivamente lógico-deductivo, sino más bien un sistema axiológico o teleológico, caracterizado por principios generales que representan los valores más importantes del ordenamiento jurídico” (Benetti, 2008, pp. 1-27).

Es decir, el reciente Código administrativo y de lo contencioso administrativo, expone en su primer capítulo los principios con los cuáles se van a regir todas las actuaciones que se realicen

en el marco de la administración, para lo cual enumera 13 principios⁶ en su artículo 3 que hacen las veces de herramientas de interpretación tanto judicial como de las entidades de derecho público.

La importancia de que un texto normativo se rija a partir de principios radica en que estos son, como lo ha expuesto Alexy, mandatos de optimización. Es decir: “exigen que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Su forma de aplicación es la ponderación” (Alexy, 2009, pp. 67-84).

La elaboración y auge del derecho por principios, como lo ha expuesto Zagrebelsky, tiene como “consecuencia la muerte del positivismo (que recibe la crítica más cruel de nuestro tiempo: está anticuado) y la instalación en su lugar de un derecho por principios” (Zagrebelsky, 1996, pp. 39-44), que si bien acrecienta la complejidad de nuestro ordenamiento permite que la constitución, y en este caso, los códigos no se presentan como normas estáticas sino como leyes en constante movimiento a fin de no hacer pétrea la aplicación del mismo.

Los principios juegan un papel fundamental en la protección de los derechos de los ciudadanos, pues necesariamente existirán derechos fundamentales si existen principios dado la relación mutua que existe entre estos dos conceptos, ya que si los derechos fundamentales tienen el carácter de principios, entonces se aplicará el principio de proporcionalidad, y que si se aplica el principio de proporcionalidad, entonces los derechos fundamentales tiene un carácter de principios.

En consecuencia, los principios presentan utilidad al juez como método de interpretación normativa y ponderación de los derechos fundamentales presentes en el código administrativo. Es de resaltar, la importancia de este concepto en el ámbito del derecho administrativo, puesto

⁶ Los principios orientadores establecidos en el CPACA, son: debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

que al considerarse como el área que está en constante contacto con los derechos de los ciudadanos administrados debe contener multiplicidad de principios que eviten cualquier tipo de interpretación que vaya en contravía de los derechos individuales y colectivos.

En ese sentido, y gracias a la evolución jurisprudencial antes mencionada, y sobre la cual se hablará más adelante tomando como ejemplo el debido proceso administrativo y las licencias ambientales, este nuevo formato de código piensa el derecho administrativo de manera diferente, puesto que dicta como máxime para ser aplicado e interpretado conforme a los principios expuestos en el texto codificado pero con miramientos sensibles a los hechos y valores externos, donde en últimas la decisión se debe tomar sobre la base del razonamiento jurídico, el cual reposa sobre la comprensión axiológica o teleológica de los principios generales para esta área del derecho (Martins, 1988, pp. 24-40).

Tal como lo expone Figueroa haciendo referencia al proceso de decodificación de las normas civiles, situación similar la cual es aplicable a la codificación administrativa: “A estos fenómenos de fragmentación y dispersión de las reglas civiles, debe agregarse la modificación de algunas de estas reglas por leyes de jerarquía superior, como aquéllas contenidas en la Constitución Política de la República” (Figueroa, 2003, p. 9). Este fenómeno es el conocido ampliamente por la doctrina nacional como la constitucionalización del derecho administrativo.

Resulta relevante aclarar la relación entre la codificación y decodificación de las normas civiles y administrativas, pues en relación con la codificación como ya se ha dejado expresado en líneas anteriores, la codificación nace principalmente de la premura por brindar seguridad jurídica en el sistema jurídico republicano, creando como herramienta para lograr este fin, el código civil. Dicha codificación se estancaría dado la dinamización acelerada de la sociedad, por

lo que se crean nuevas codificaciones para regir diversas áreas del derecho, de este proceso nacerían los códigos administrativos.

Ahora bien, en lo referente a la decodificación, es claro que han sufrido procesos similares sin importar el orden cronológico, pues a pesar que dicho fenómeno se efectuó en un primer momento sobre el código civil y posteriormente en el tiempo en el código administrativo, todas y cada una de las normas desligadas físicamente del cuerpo normativo general de ambas áreas del derecho se deben atener y estar conforme a la máxima regla política y jurídica, esta es la Constitución Nacional, pues de lo contrario no tendrían cabida en el sistema jurídico y serían declaradas inexecutable.

Por lo tanto, una de las consecuencias marcadas del movimiento decodificador resulta ser la constitucionalización, pues las instituciones del derecho pertenecían al código en sí mismo, y allí encontraban el asidero de su regulación sin necesidad de observar en ese momento otras normas, aunque fueran de talante superior, en lo que a jerarquía se refiere. Pero hoy día todas las normas que rigen ciertas áreas del derecho se encuentran bajo el manto de unos principios básicos que rigen la vida social en común e irrigan todas las áreas del sistema jurídico, consignadas estos, en la Constitución Política (Varela, 1984, p. 199).

Este fenómeno si bien se trata de un tema de jerarquía normativa también tiene implicaciones en la codificación y decodificación de las diferentes áreas del derecho, puesto que alguna norma del derecho administrativo que resulte contraria a la Constitución Nacional tiene como resultado la declaratoria de inexecutable de la misma, lo que produce que se excluya del ordenamiento legal y el efecto del proceso de decodificación resulte nulo, puesto que se entraría en el campo de la desregulación.

Si bien hasta ahora se ha puesto en conocimiento los momentos históricos de las codificaciones especializadas en derecho administrativo, lo cierto es que lo expuesto solo se relaciona con el proceso de codificación y su evolución histórica, más no el proceso de decodificación, lo cual es palpable en esta área del derecho, puesto que existen multiplicidad de leyes que rigen diversas esferas de la relación entre el Estado y sus ciudadanos.

Existen leyes en el derecho administrativo que por el apremio de la regulación oportuna, específica y precaria legislación anterior contenida en los Códigos, o por su inexistencia en determinadas materias y para determinados destinatarios, se tuvo a bien suplir dichas falencias mediante leyes especiales⁷ (Natalino, 1992).

Ahora, a pesar que se le denominan leyes especiales, que si bien se crearon, como antes se ha mencionado, para suplir las falencias frente a una determinada situación y un determinado grupo, estas leyes que nacieron provisorias y excepcionales, adquieren una estabilidad, alrededor de la cual surgen leyes nuevas y se crea jurisprudencia, instaurando de esta manera un microsistema con principios autónomos y lógica interna, aunque no tanto externa (Benetti, 2008, pp. 1-27).

Es decir, la relación ya no será de ley especial (la específica de la materia) a ley general (el Código), sino que será de ley general a ley residual, en donde el Código que rige la materia, en este caso el administrativo, será residual puesto que la ley general será la específica de la materia y de su microsistema (Natalino, 1992).

En consecuencia, la remisión normativa no se hará hacia el código que rige la materia, como debiera ser (ley especial – ley general), puesto que se entiende a esta normatividad como la

⁷ Entre algunas de las más importante leyes especiales se encuentran las siguientes: Ley 19 de 1958 Código de Régimen Político y Municipal; Decreto Ley 1222 de 1986, (reformado por la ley 617 de 2000); Ley 5 de 1992 Reglamento del Congreso; Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación (modificada por la ley 1150 del 2007); Ley 142 de 1994 de Servicios Públicos Domiciliarios; Ley 200 de 1995 (modificada por la ley 134 de 2002 Código Único Disciplinario); y, Ley 489 de 1998 Teoría sobre la Organización Administrativa General. Además de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales la cual se abordará más adelante.

orientadora del área específica del derecho, sino que la remisión se hará en casos excepcionales (ley especial – ley residual) dado que la norma específica cuenta con criterios legales establecidos que permiten una interpretación propia, así esta sea dispar de la interpretación que el código general del área le hubieres dado al mismo caso en concreto.

El cambio dogmático que se observa en el área corresponde al producto del desplazamiento que sufren los principios establecidos en el Código, puesto que se crean nuevos microsistemas con principios propios que en ocasiones va en contravía de los plasmado en el código, como es el caso de la responsabilidad subjetiva desplazada en la regulación especial que trata la responsabilidad ambiental (Calais, 1994, p. 253).

Siendo así, existen una gran cantidad de normas elaboradas que irrigan toda el área del derecho administrativo, que si bien no es un fenómeno exclusivo de esta esfera del derecho, sí se hace más palpable en la misma, dado que la finalidad es la de regular aspectos entre la Administración y los ciudadanos, situaciones en las que en no pocas ocasiones se ponen en juego diversos derechos fundamentales.

Este fenómeno conocido como la “inflación legislativa” es desproporcionado e ignora la lógica jurídica que debe ser fundamental en cualquier ordenamiento jurídico. En palabras de García de Enterría:

Inflación desmedida de las leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que, además ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias, que complementan o ejecutan las Leyes (...) esa idea ha dejado paso a la situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y de Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético (García de Enterría, 2006).

Es claro entonces que la proliferación desaforada de normas, las cuales carecen en ocasiones de principios orientadores, son fragmentarias sin importar que sean sucesivas entre sí, o sin definiciones serias que delimiten su aplicación(aunque este fenómeno se ha venido corrigiendo en los últimos años) son algunos de los problemas que se denotan desde su promulgación (Rivero, 1984).

En razón a lo anterior, la decodificación desaforada presenta un desafío para el derecho administrativo, puesto que puede perderse la coherencia fundante de los códigos y lo sistemático de sus preceptos, dejando como consecuencia un caótico ejercicio judicial para los ciudadanos que no tendrán seguridad jurídica en sus actuaciones, perdiendo de vista entonces la finalidad del criticado sistema codificadorio.

Si bien el derecho administrativo presenta un caso especial de proliferación normativa, puesto que su fertilidad radica en la necesidad apresurada de suplir un vacío legislativo de la Administración, lo cierto es que no existe posibilidad de efectuar un proceso de recodificación en donde se logre plasmar todas las aristas del derecho administrativo, tal como lo refiere el Profesor Vidal Perdomo:

Se pensará que tal defecto, si como tal se considera, puede corregirse con la expedición de códigos que reúnan las principales normas sobre la materia; vano empeño pues es indudable que dichos estatutos no pueden tener (...) la perennidad que generalmente han tenido los códigos civiles, si es que puede llegar a fundirse en estatutos de esa índole toda la dinámica de la vida política, económica y social de los Estados que se vierte en el derecho administrativo (Vidal , 2016).

Con todo, la posibilidad de lograr la codificación total del derecho administrativo es utopía, dado que ninguna regulación es perenne y resistente a la dinámica social. En ese sentido es

factible proponer que si bien no se puede regular todas las aristas del derecho administrativo dentro de un solo cuerpo normativo, es posible integrar un cuerpo parcial con principios básicos que deben seguir todas las demás normas que redactadas con posterioridad al mismo, que no solo se les efectúe un control constitucional sino también legal con la norma fundante de la esfera del derecho que va a integrar (Mejía, 2014, p. 13).

La propuesta anterior radica en que tanto el legislador como los jueces de lo contencioso administrativo deben replantearse el trabajo que se ha venido haciendo hasta ahora en el área del derecho administrativo, dado que por una parte el legislador debe ser consiente que si bien pueden existir razones de peso para elaborar una determinada norma, debe asumir su deber de expedir una legislación acorde, coherente y sistemática que armonice con los planteamientos legales establecidos en el código administrativo; mientras que el juez, por otro lado, debe de interpretar de manera evolutiva las instituciones fijadas en el código administrativo, pues en ocasiones se crean nuevas instituciones que son parecidas a otras ya existentes en donde con un poco de interpretación se habría hecho dúctil la teoría legal para abrigar la nueva situación social (Hinestroza, 2014).

En ese sentido, se debe destacar que en la actualidad si bien la expedición desproporcionada de normas legales hacen casi incomprensible la existencia actual de códigos, lo cierto es que hoy en día la idea de Código debe ser fundamental puesto que aún con la evolución de los microsistemas no puede el ordenamiento jurídico convivir sin un mínimo de orden y unidad, orden que no puede ser brindado por la Constitución, pues si no fuere así se perdería de vista la idea del Derecho como sistema, premisa importante para la dogmática jurídica, dando como resultado la pérdida de siglos de evolución de la ciencia jurídica (Couto, 1988, p. 130).

Recapitulando lo expuesto hasta el momento en el presente apartado, se encuentra que si bien el aglutinamiento normativo en un único cuerpo escrito inició desde la época romana y bizantina, no es este el fenómeno que actualmente se estudia y fue objeto de análisis en el presente capítulo, esto es el de la codificación, ya que el mismo se desarrolla únicamente de manera posterior en la etapa republicana, en donde, como se ha dejado expresado, este se considera como una integración coherente de normas jurídicas.

Este análisis histórico es importante, puesto que expone y aterriza la idea central que se debe tener en cuenta al momento de entender una recopilación normativa como código de un área del derecho, razón por la cual se hizo relevante para examinar a posterioridad la evolución de este sistema normativo en los diferentes sistemas judiciales. A raíz de lo anterior, es factible determinar que los códigos suplieron una necesidad importante de las sociedades modernas concerniente en brindarle seguridad jurídica al vulgo.

Posteriormente se ha estudiado el proceso “contrario” o “divergente” al codificadorio, esto es la decodificación, que se considera una suerte de evolución normativa y se efectuó en relación a las necesidades sociales de cada Estado subsumido en el sistema jurídico del *civil law*.

Revisados de manera general estos procesos normativos, se ha descendido a la aplicación de los conceptos esgrimidos en cada apartado, a fin de hacerlos aplicables a la situación del derecho administrativo, en donde se resaltan los cuatro intentos actuales para regular esta área del derecho en nuestro país y se expone la acentuada decodificación que sufre la misma, haciendo especial énfasis en lo atinente a la regulación especial de las licencias ambientales. En definitiva, hemos resaltado la importancia de la codificación, puesto que los códigos serán necesarios en el ordenamiento jurídico dado que esta recopilación de principios generales resalta la importancia

del área y le brinda una columna vertebral a todos los demás temas específicos que tengan cabida en esa especialidad del derecho.

Así mismo se ha entendido la decodificación como un proceso necesario que se debe surtir al interior del derecho administrativo, pero previniendo las posibles falencias de este último, en la necesidad de dotar las leyes especiales de un marco teórico coherente con el sistema legal básico imperante en esta área del derecho.

Para tal motivo, nos basaremos en la teoría de codificación mayormente aceptada y denominada por algunos doctrinantes como “mixta” en donde se establece que la codificación es importante desde el punto de vista de la sistematización y coherencia del derecho administrativo, pero comprende que una codificación integral es imposible debido al constante movimiento social, permitiendo la creación de normas especiales que regulen aspectos particulares de esta esfera del derecho, pero sin permitir que la misma desborde la lógica y la coherencia de las instituciones del derecho administrativo (Arratia, 2012).

Capítulo 2. Codificación Y Decodificación Aplicadas Al Desarrollo Del Debido Proceso Administrativo

El derecho al debido proceso administrativo, es un eje a partir del cual se organiza el derecho administrativo Colombiano, siendo el respeto de las garantías contenidas en este una de las preocupaciones en la producción normativa, no sólo para el correcto funcionamiento del aparato estatal, sino para la realización de los derechos de las personas, frente al desarrollo de las funciones públicas y las potestades otorgadas a las autoridades administrativas, por esta razón es

un punto de encuentro que se manifiesta al mismo tiempo en normatividades administrativas codificadas y decodificadas.

El licenciamiento ambiental como tema de análisis, que se tratará en el tercer capítulo, debe contextualizarse al observar las manifestaciones del derecho al debido proceso administrativo en normas codificadas y decodificadas, por tal razón, en el presente acápite se desarrollará un contraste entre la codificación y la decodificación, tomando como punto en común de los dos sistemas de producción normativa el debido proceso administrativo, para establecer la forma en la que ambos fenómenos protegen los derechos constitucionales de las personas y permiten que el Estado tenga acceso a los medios cognoscitivos adecuados para tomar decisiones conforme a derecho, para lo cual se explicará el derecho al debido proceso administrativo.

Con miras a lograr lo anterior, se estudiará el derecho al debido proceso, posteriormente se analizará la forma en la que se aplica al ámbito administrativo para evidenciar cómo se despliegan sus garantías integradoras a procedimientos administrativos emanados tanto de la codificación como de la decodificación y de esta forma lograr el contraste en que se ve inmerso esta institución cuando se enfrentan el debido proceso como garantía en contra del debido proceso como método eficaz con que cuentan las instituciones estatales para lograr sus objetivos.

2.1. Debido Proceso

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental complejo, dado que funge como herramienta jurídica procesal, que a su vez está integrado por otros derechos y garantías que pueden ser entendidos como derechos autónomos o particulares, tiene el carácter de fundamental y derecho humano por estar reconocido en las cartas políticas de los Estados democráticos,

haciendo parte de los derechos individuales, civiles y políticos, también denominados de primera generación (Ramírez, 2005, pp. 89-105).

En el marco del derecho colombiano, el Debido Proceso se aplica a todas las disciplinas del derecho, al hacer parte del sistema de fuentes normativas por tener reconocimiento constitucional. Del mismo modo se encuentra desarrollado en instrumentos normativos del derecho internacional, siendo un claro ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo octavo, anotando que en dicho instrumento las garantías contenidas se encuentran principalmente orientadas hacia asuntos de índole penal, de igual manera lo hace el Pacto Internacional sobre Derechos civiles y Políticos suscrito por Colombia, que contempla dichas garantías aunque nuevamente orientadas hacia los procesos de carácter penal.

Más allá del desarrollo normativo alcanzado en el sistema jurídico nacional y el internacional, el derecho al debido proceso, se caracteriza por ser un requisito *Sine qua non* para la protección de cualquier derecho, así constituye una limitación al poder del Estado, siendo el derecho al debido proceso un auténtico democratizador de las sociedades. (Elizabeth & Cristina, 2012). Esta limitación actúa ante cualquier tipo de procedimiento y es además una garantía del respeto por la dignidad humana y una búsqueda por la conformación de un marco de legalidad (Rescia, 1998)

En el derecho interno, el debido proceso de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución, es aplicable a “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (Const., 1991, art.29) razón por la cual las garantías que integran este derecho complejo deben orientar la actividad administrativa del Estado.

En el derecho administrativo colombiano, se ven presentes una multiplicidad de necesidades que requieren ser satisfechas, y la elección de la forma de producción normativa en cabeza del

legislador, está relacionada con la identificación de dichas necesidades y el debate alrededor de forma más eficaz para orientar la normatividad aplicable con miras a satisfacerlas.

Además de la protección de los derechos en cabeza de las personas y la garantía de la contención del poder estatal, el derecho al debido proceso también es una garantía del funcionamiento eficaz del aparato estatal conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. Es en ese panorama, donde el debido proceso aplicado al ejercicio de la función administrativa⁸ cobra relevancia como requisito necesario para regular los procedimientos administrativos en cabeza de las autoridades, puesto que la actividad del Estado debe enmarcarse en los supuestos jurídicos y morales que integran al debido proceso.

En esta visión del debido proceso administrativo como concreción de derechos constitucionales y en últimas de principios que deben ser garantizados es donde se encuentran conjuntamente los fenómenos de producción normativa (codificación y decodificación) aplicados al derecho administrativo, dado que estos mecanismos tienen la tarea de formular las pautas procedimentales en las que se desenvuelve la actividad estatal, inexorablemente ligada al respeto de los derechos de los particulares, blindándolos contra abusos y arbitrariedades que puedan surgir de las decisiones de las autoridades públicas.

En adelante, se tomará el derecho al debido proceso como eje fundente de los procedimientos administrativos, por lo que al identificar la realización del mismo en normas que representan a cada uno de los fenómenos de producción normativa, se hará un contraste, con miras a

⁸ Siguiendo el análisis de la sentencia C-198 de 1998, se encuentra que la definición de “función administrativa no es pacífica en la doctrina, encontrando que autores como Kelsen solo encuentran su diferenciación de forma residual (es decir, todo aquello que no es legislativo o judicial) al tiempo que otros autores se oponen a esta visión y afirman por el contrario que la función administrativa se desliga de la resolución de conflictos en aplicación propia de lo judicial, afirmando que la función administrativa se encarga de labores de ejecución reservadas precisamente para la rama ejecutiva encaminada al cumplimiento de sus fines, dotando de autoridad y discrecionalidad a los funcionarios. Dicha sentencia, para definir de manera ilustrativa la función administrativa asegura que esta tiene dos manifestaciones; una activa, que es la materialización de un derecho y la realización de sus cometidos, para lo cual los funcionarios deciden y ejecutan; y una pasiva, que se encuentra constituida por el control ligado a la anterior actividad, al verificar su validez e inclusive su eficiencia y eficacia (Sentencia C-098, 1998)

determinar la forma en la que ambos fenómenos protegen los derechos de las personas y crean mecanismos idóneos para la obtención de la información objetiva y valida necesaria para motivar las decisiones tomadas por las autoridades.

Para ello es indispensable explicar el concepto de “debido proceso administrativo” recurriendo a las fuentes jurídicas presentes en el ordenamiento⁹, desde las que se ha construido esta categoría y de esta forma observar posteriormente su relación con los fenomenitos de producción normativa.

2.2. Debido proceso administrativo

El ejercicio del poder público con miras a la realización de los fines del Estado, tiende inevitablemente a encontrarse en pugna con derechos e intereses particulares, esto sucede dada la necesaria interacción entre las actuaciones de la administración y los asociados.

En ese sentido, la Constitución Política de Colombia, desde su artículo 29, indica que:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (Const., 1991, art.29).

Comprendiendo las garantías procesales que requieren los particulares frente al ejercicio de las funciones públicas cuando estas los afectan. A partir de esto, se puede entender, que el debido proceso administrativo, es una especie del derecho al debido proceso contemplado en la carta política, pero aplicado a las particularidades de los procedimientos administrativos, en síntesis.

⁹ La Sentencia C-083 de 1995, hace una aproximación útil al sistema de fuentes normativas en Colombia, que explica la actualización de las maneras de generar derecho a partir de la constitución política de 1991. Tal jurisprudencia expone como fuentes normativas; la ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (Sentencia C-083, 1995)

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha desarrollado el concepto específico del debido proceso administrativo, afirmando que este constituye:

El conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal (Sentencia T-796, 2006).

En la misma providencia, señala que el debido proceso administrativo, a su vez se deriva del principio de legalidad, contenido en el artículo 6 de la carta política (Const, 1991, art.29) señalando que el mismo:

Representa un límite jurídico al ejercicio del poder político, en la medida en que las autoridades públicas únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo, favoreciendo de esta manera a las personas que acuden ante quienes han sido investidos de atribuciones públicas” (Sentencia T-796, 2006).

Respecto de los objetivos, dicho tribunal ha indicado que “El objeto de esta garantía superior es entonces (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.

En primera medida, se debe abordar el debido proceso administrativo, como compilador de una serie de derechos derivados del mismo, que tiene por objeto la protección de las garantías del particular. La jurisprudencia señala, entre otros:

- “(i) ser oído durante toda la actuación,
- (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley,
- (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas,

- (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación,
- (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico,
- (vi) a gozar de la presunción de inocencia,
- (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción,
- (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y
- (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso” (Sentencia C-980, 2010)

Las garantías que integran el procedimiento administrativo, se clasifican en previas y posteriores; las previas, son las relacionadas con la formación y expedición de cualquier acto, procedimiento u operación administrativa, con miras a dotarla de validez jurídica; las posteriores, están relacionadas con el cuestionamiento de dicha validez jurídica de la decisión administrativa, estas se encuentran constituidas por todos los recursos a los que el particular tiene derecho para efectos de hacer control de dicha decisión. Sobre dichas garantías, se ha establecido un criterio diferenciador de las mismas respecto de sus pares en el debido proceso en sede jurisdiccional, este criterio diferenciador encuentra su base precisamente en la especificidad de los principios que en los que se cimienta el debido proceso administrativo, que además de los contenidos en el artículo 29 superior, en lo referente al debido proceso en general, obedece a una doble categoría, lo anterior dado que garantiza al tiempo la realización de los principios que rigen la función pública, es decir aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 209 de la carta política. (Sentencia C-034, 2014).

Habiendo aclarado la aplicabilidad de dichas garantías, se ha establecido en el precedente de la Corte Constitucional, en sentencia relacionada con el debido proceso en sede administrativa la definición de dichas garantías así:

- “(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo;
- (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley;
- (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;
- (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables;
- (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y

(vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas” (Sentencia C-341, 2014).

Con todo se encuentra que el debido proceso administrativo constituye una serie de prerrogativas a favor de los particulares, que les permite materializar los derechos integrados por el mismo, siendo al mismo tiempo un límite para las autoridades que están obligadas a actuar de conformidad con la protección de estos derechos que además fungen como forma de control para corroborar que las actuaciones de las autoridades se circunscriben a lo dictado por la Constitución y las leyes.

Esta triple funcionalidad del debido proceso administrativo y sus elementos, ordenan los engranajes de las actividades que integran la función administrativa, haciendo que la misma se desenvuelva de manera eficaz, puesto que atiende los objetivos para lo que fue dispuesta, entre los que se destaca la protección de los derechos de las personas.

En ese sentido, el debido proceso administrativo debe ser el eje central de toda norma jurídica relacionada con la función administrativa, dadas las exigencias constitucionales alrededor del cumplimiento del derecho al debido proceso, como base para que se materialicen otras garantías constitucionales.

2.3. Codificación en el procedimiento administrativo general de la ley 1437 de 2011

La Constitución Política de 1991, al incluir una fuerte gama de derechos y garantías, introdujo una necesidad de cambio en el ejercicio de la función administrativa y la jurisdicción contenciosa administrativa, entre ellos incluye el derecho al debido proceso, anteriormente mencionado, que

se incorpora a una normatividad administrativa preconstitucional, generando una clara necesidad de actualizar las instituciones administrativas y de lo contencioso administrativo a las exigencias de la Constitución Política.

El cambio paradigmático generado a partir de la Constitución Política de 1991, puso a la persona y el desarrollo de sus derechos como el centro de la actividad estatal, por lo que la necesidad de producir una normatividad nueva se fundamentó en que la antigua normatividad¹⁰ se concentraba en la estructura y órganos del aparato estatal, siendo esta eminentemente orgánica por lo que se requirió una normatividad que se adaptara al cambio de paradigma y se enfocara precisamente en la persona y el desarrollo de sus derechos (Jaramillo, 2011, p. 30-31)

Es por esto que el debido proceso administrativo es uno de los pilares que orientan toda la estructura de la ley 1437 de 2011, incluyendo toda su carga principalística y por ende moral de las actuaciones administrativas objeto de dicha ley, que agrupó, todos los precedentes en aplicación de este y otros derechos, como una forma de desarrollarlos de manera plena.

La necesidad de ajustar el ordenamiento administrativo al orden constitucional irrigado por el debido proceso, es un claro ejemplo de la codificación como forma de producción normativa, dado que el legislador, agrupó los criterios jurisprudenciales, constitucionales y teóricos doctrinales para la creación de un único texto normativo que les recoge; además establece la cadena de pasos procedimentales que deben llevarse a cabo en las actuaciones administrativas para garantizar el cumplimiento de los principios que las orientan. Es de resaltar, que el primer principio que menciona esta ley, es precisamente el de “debido proceso” y los de más a continuación de este, tales como “igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad” (Ley

¹⁰ Se hace referencia a la norma anterior, es decir el Código Contencioso Administrativo contenido en el decreto 01 de 1984. Dicha norma de acuerdo con el autor, por su carácter orgánico no desarrollaba de manera integral los derechos de las personas incluidos en la Constitución de 1991. (Decreto 01 , 1984)

1437, 2011) se encuentran conectados de manera amplia e inescindible con el contenido del derecho al debido proceso, en los términos expuestos por la Corte Constitucional, anteriormente aquí mencionados.

Es decir, el debido proceso, se incorpora como la columna vertebral de los principios aplicables a las actuaciones administrativas, de acuerdo a la ley 1437 de 2011, hecho del cual se puede sostener que, el debido proceso es el principal objeto a desarrollar por esta fuente normativa. Esta meta se encuentra relacionada con la aplicación de los cambios de paradigma que introdujo la actual Constitución.

Es aquí donde cobra sentido hablar de codificación como producto cultural (Carrió, 2003), ya que es posible señalar, que la Constitución Política de Colombia de 1991, marca un hito histórico y desencadena una secuencia de cambios, socioculturales, políticos y jurídicos; En ese orden de ideas, se puede hablar del código administrativo y de lo contencioso administrativo, ley 1437 de 2011, como un claro ejemplo del fenómeno normativo de codificación, siendo este un efecto de la necesidad de producción jurídica a raíz de un cambio de paradigma cultural, que nace a partir de un cambio jurídico fundamental.

Traer a la persona al centro del panorama jurídico, reconociendo y contemplando sus derechos fundamentales como punto de contención a la actividad estatal, deja de lado el tratamiento de la misma como simple sujeto administrado, que ocupa un lugar pasivo en las relaciones Persona-Estado. Este cambio de foco, requiere necesariamente que se garanticen los mencionados derechos fundamentales, lo que de suyo debe incluir garantías, siendo el derecho al debido proceso administrativo, el compendio institucional ineludible para brindarlas y la forma de materializar derechos fundamentales, lo cual constituye los motivos políticos y culturales que cimentaron la generación de la ley.

La ley 1437 como manifestación del fenómeno de codificación protege el derecho al debido proceso en cabeza de las personas, puesto que desarrolla todas las garantías previas y posteriores aplicables al procedimiento administrativo general, así como al procedimiento administrativo sancionador, también regulado en dicha norma.

Se tomará el primero de los anteriormente nombrados, el procedimiento administrativo general, como caso explicativo para rastrear las garantías expuestas en la sentencia C-341 de 2014¹¹, esto teniendo en cuenta que se mencionarán los contenidos normativos más relevantes ya que dada la relación entre las garantías expuestas por la jurisprudencia citada y los principios contenidos en la norma, se puede concluir que dichas garantías se encuentran en presentes de manera transversal en todo el articulado.

En este sentido, cada uno de los elementos incluidos en la jurisprudencia, será relacionado con los artículos que los desarrollan en el procedimiento administrativo general presente en la ley 1437 de 2011, para ilustrar la forma en la que el derecho al debido proceso administrativo se manifiesta en una norma codificada.

2.3.1. El derecho al libre acceso a las autoridades administrativas.

Se encuentra presente en el procedimiento administrativo general, en el artículo 4 que indica la manera en la que puede iniciar un procedimiento administrativo; allí se establece el ejercicio del derecho de petición en interés particular o general, así como el cumplimiento de un deber legal, o por las autoridades actuando de oficio.

¹¹ La jurisprudencia citada en su acápite considerativo, enumera y define los elementos del debido proceso administrativo como derecho fundamental, por lo que su clasificación y definiciones resultan útiles para explicar el tema propuesto (Sentencia C-341, 2014)

De lo anteriormente mencionado se tiene al derecho de petición como la manera de acceder a las autoridades administrativas. Dicho derecho de rango constitucional (establecido en el artículo 23 de la Constitución política del 91) se encuentra desarrollado en la ley 1755 (Ley 1755, 2015).

Este desarrollo normativo, aunque en un cuerpo separado, también integra la codificación, solo que dando cumplimiento a un deber emanado de la sentencia C-951 de 2014 (C-951, 2014). No obstante las demás normas relacionadas con el procedimiento administrativo general continúan descritas en la ley 1437 de 2011.

El ejercicio del derecho de petición, constituye el canal entre las personas y las autoridades, siendo esta la prerrogativa que permite el desarrollo de las de más garantías descritas en la jurisprudencia.

Descrito el mecanismo de acceso, es importante aclarar que esta garantía no se restringe únicamente a la capacidad o derecho a acceder, sino que la misma también contempla la obtención de una decisión motivada, para lo que es necesario que esté basada en los parámetros jurídicos y el análisis fáctico y probatorio aplicables a la situación específica. Esta garantía se encuentra desarrollada en el artículo 42 del CPACA, que instituye que las decisiones expedidas por la autoridad competente, deben ser de fondo, basadas en la información obtenida durante el proceso y motivadas sujetándose en los principios del ordenamiento jurídico.

2.3.2. El derecho al funcionario competente.

Dicha garantía se encuentra desarrollada en la ley 1755, así como en la ley 1437, en el primer caso, el artículo 21, donde establece el procedimiento para que el funcionario no competente para resolver la petición remita la misma al funcionario competente, garantizando así que no deje de resolverse la petición, ni que la respuesta se vea sometida a la ineficacia por ser expedida sin

competencia. En la ley 1437, el artículo 39 establece los procedimientos para dirimir los conflictos de competencia entre los funcionarios así como las autoridades designadas para resolverlos.

2.3.3. El derecho a la defensa.

La Sentencia C-617 de 1996, constantemente reiterada por la Corte constitucional establece que:

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga (Sentencia C-617, 1996).

Este derecho, se desarrolla en la ley 1437, respecto al procedimiento administrativo general, entre otros en el artículo 40, donde se consagra y regula el derecho de aportar pruebas que se pretendan hacer valer en el procedimiento administrativo. De la misma forma, dicha norma en el artículo 5, numeral 8, establece como derecho de la persona precisamente el de:

Formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que estas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente (Ley 1437, 2011).

2.3.4. El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable.

Este derecho se realiza en el ámbito administrativo en primer lugar con la notificación a los interesados, en los términos expuestos por el capítulo 5 del título 3 de la ley 1437, del mismo modo en desarrollo del principio de publicidad y participación, los artículos 35, 37 y 38, regulan en ese orden, la celebración de audiencias, el deber de comunicación a terceros interesados y la participación de los mismos. Cabe resaltar que, dentro del procedimiento común y principal, la celebración de las audiencias no es un escaño obligatorio, sino que la misma está sometida a la potestad de la autoridad.

Respecto al tiempo razonable en el que se debe obtener una respuesta, dicha garantía se encuentra establecida desde los principios de la ley, y se ve reflejada en el artículo 5 numeral 4, de los derechos de las personas frente a las autoridades en el que se indica que las personas tienen derecho a “Obtener respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto” (Ley 1437, 2011, art. 5).

Ahora bien, en el caso de los procedimientos administrativos iniciados por el ejercicio del derecho de petición, la ley 1755, incluye los términos para obtener respuestas a las solicitudes elevadas a las autoridades, estos se encuentran regulados en su artículo 14, anotando también que por la importancia que la constitución y las leyes le otorgan al derecho de petición, el incumplimiento de dichos términos constituye falta disciplinaria gravísima (Ley 1755, 2002, art.14).

2.3.5. El derecho a la independencia e imparcialidad del funcionario.

Siendo uno de los pilares de la administración pública en el sistema jurídico colombiano, es un principio que se endilga tanto a la administración y su acción misma, como a sus funcionarios a quienes se les debe salvaguardar la independencia en todo momento respecto a las decisiones o actos que profieren como se refleja en el numeral 3 del artículo 3 ley 1437 de 2011, manteniendo los parámetros constitucionales y legales, dicha independencia del funcionario va acompañada de la imparcialidad de su actuar.

Sin embargo dicha imparcialidad no debe ser confundida con la idea de neutralidad como lo indica Agudelo Ramírez, refiriéndose a la autoridad de los jueces sobre el proceso y su deber de ser sujetos activos que dirigen y controlan el desenvolvimiento del mismo (Ramírez, 2005, pp. 89-105), también en los procedimientos administrativos, la autoridad competente, juega un papel de dirección del proceso, que sin inclinarse hacia ninguna posición particular de manera subjetiva, debe procurar el despliegue de todos los medios a su disposición para obtener el conocimiento suficiente para producir una decisión adaptada a lo factico y a lo jurídico, desplazando la idea de la autoridad como sujeto espectador, sustituyéndola por una autoridad que garantice el cumplimiento de las pautas procesales y la moralidad del procedimiento.

Ahora bien, otra manifestación clara y directa a éste principio es en el desarrollado en el capítulo 2 de la ley 1437 de 2011, referente a los derechos, deberes, prohibiciones, impedimentos y recusaciones que se constituyen como una clara materialización del principio, en la norma se establece el deber de procurar imparcialidad en cabeza tanto del funcionario, como del interesado y los terceros intervinientes.

La jurisprudencia al establecer una adaptación de los elementos del debido proceso en sede jurisdiccional, a los procedimientos alternativos, extrajo los principios y correlativos derechos

que componen el debido proceso, de este modo aclaró la aplicación de los mismos. El contenido de esta sentencia se relaciona con la codificación puesto que estas categorías jurídicas se encuentran presentes en la ley 1437 de 2011 (norma general) constituyendo su abanico de garantías fundamentales.

2.4. Decodificación y debido proceso administrativo

En relación con la decodificación, la actividad administrativa, atiende a múltiples fines, desarrollándose en campos que pueden tener un alto nivel de especificidad en lo jurídico, o bien una relación estrecha con la técnica. Como se había mencionado, dicha diversidad y extensión de asuntos en materia de derecho administrativo, hace que sea imposible que una ley única sea capaz de regular todas las actividades relacionadas con el desarrollo de funciones administrativas (Mejía, 2014, p. 13).

Por lo que se hace necesario separar normativamente dichas materias del procedimiento general, es decir, decodificar, para recodificar nuevos cuerpos normativos que regulen materias específicas. Lo anterior, en aras de adecuar los procedimientos a las demandas técnicas y de participación diferencial que requieren las áreas recodificadas del derecho administrativo.

El fenómeno de decodificación en el derecho administrativo colombiano, no obedece a las mismas necesidades a las que lo hace el de codificación. Es decir, que no necesariamente su surgimiento está relacionado con el cambio socio jurídico surgido desde la Constitución, por el contrario, nace por la necesidad de regulación especial de áreas específicas de la actividad administrativa.

Un ejemplo de lo expuesto se puede encontrar en el código de minas, que expone como objetivos de la regulación:

Fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país (Ley 685, 2001).

Dicha norma surge como respuesta a las necesidades de regulación específica de la actividad minera, no solo por su especialidad sino por la orientación hacia la extracción sostenible, que también es una prioridad en el marco de los derechos medioambientales. Las necesidades específicas de regulación técnica también pueden encontrarse en otros cuerpos normativos especializados entre ellos el encargado de regular el licenciamiento ambiental, que en sus consideraciones recapitula la obligación del ministerio de ambiente para emitir las regulaciones necesarias para la conservación, manejo uso y aprovechamiento de recursos naturales (Decreto 2041, 2014).

Como se había sostenido anteriormente, uno de los pilares de la codificación del derecho administrativo en la reciente creación de la ley 1437, era la inclusión del derecho al debido proceso en términos de la Carta Magna al debido proceso, lo que llevaría a pensar que la aplicación de este principio no tiene incidencia en el fenómeno de decodificación. No obstante, dado el rango constitucional de este principio, el debido proceso administrativo, en esas normas especiales, debe aplicarse y adaptarse a las situaciones especiales de los mismos en aras de mantener en funcionamiento y hacer efectivo el aparato estatal.

Ahora bien, tomando en cuenta los factores diferenciadores de estos procedimientos, también la forma de otorgar las garantías necesarias en los mismos, el proceso de codificación y

decodificación se da de manera especial, por lo que los pasos y requerimientos cambian en uno y otro, lo que no implica que se pueda excluir el desarrollo del derecho al debido proceso administrativo en cada área específica del derecho.

Es por esto que todas las fuentes normativas que ordenan materias especiales de la función administrativa deben cumplir con los parámetros exigidos en el artículo 29 superior (Const, 1991, art.29), lo que impone aplicar las garantías anteriormente descritas a las actuaciones de las autoridades administrativas encargadas de estos sectores específicos, observando la aplicación de las mismas a cada caso concreto.

La decodificación, precisamente tiene la tarea de aplicar el derecho al debido proceso administrativo, a las necesidades propias de las materias que regula, razón por la cual es necesario adaptar las garantías establecidas en el debido proceso administrativo a las condiciones del área definida. Esto implica, por ejemplo, ponderar los derechos de una comunidad y el interesado regulando las oportunidades de participación en casos de concesiones mineras, licenciamientos ambientales entre otros, establecer las formas de un juicio de reproche a un funcionario y adaptar las etapas procesales, en el caso del derecho disciplinario. En ese orden de ideas, se expondrán algunos sistemas normativos originados desde la decodificación para ilustrar la forma en la que esta desarrolla el derecho al debido proceso.

Las actuales concesiones mineras, se encuentran reguladas en la Ley 685 de 2001, que instituye la propiedad estatal de los recursos mineros y la forma de acceder al derecho a explotarlos mediante un contrato de concesión minera. Aunado a lo anterior, de manera previa, el interesado debe surtir un procedimiento administrativo para acceder a este tipo especial de concesión, cuando la intención de explotar los recursos en un determinado territorio es de origen particular (Ley 685, 2001).

Es así que el interesado debe surtir una serie de escaños procesales, donde no solo se evalúan sus intereses y la viabilidad del proyecto, sino también los intereses de terceros que pudieran verse afectados con el proyecto extractivo.

En tal sentido, se establece la consulta previa, en la que interviene otra autoridad administrativa, el Ministerio del Interior, que funge como intermediario entre las comunidades y grupos étnicos que pudieran estar presentes en el área que se pretenda explotar y la autoridad minera encargada del proceso. Del mismo modo el artículo 259, establece la participación de terceros, que puedan ver afectados sus intereses, distintos a las comunidades anteriormente descritas, mediante el establecimiento de audiencias públicas.

La especialidad de los procedimientos para este tipo de concesiones, hacen que la intervención del Ministerio del interior sea solo uno de los asuntos de índole interadministrativa que se surten en dicho proceso. Otro ejemplo acontece en los casos en los cuales un particular, contrata nomina extranjera más allá de los parámetros del artículo 253 de la misma ley que le exige tener un porcentaje mínimo de empleados nacionales, debiendo pedir autorización al Ministerio del trabajo para exceder estos parámetros de manera temporal con fines de capacitación y logística. Del mismo modo, en los casos de explotaciones en zonas marítimas y playas se requiere también el concepto previo del Ministerio de defensa, además de la respectiva licencia ambiental, como lo instituye el artículo 145 de la misma norma.

No obstante, la mayor interacción entre autoridades administrativas en lo relacionado con concesiones mineras se evidencia entre el Ministerio de Minas y la autoridad ambiental competente (ANLA) del Ministerio de ambiente, esto por el espíritu de preservación del medio ambiente y de minería responsable presente en la norma, evidencia de ello el artículo 272, incluye el compromiso del interesado de seguir los instrumentos ambientales aplicables a la fase

exploratoria. Esto sin perjuicio de la necesidad de una licencia ambiental para poder dar inicio a la fase de explotación.

Continuando con el desarrollo de los ejemplos, precisamente el licenciamiento ambiental regulado por el Decreto 2041 de 2014, (compilado en el decreto 1076 de 2015), que está conectado con el anterior procedimiento administrativo, también tiene un alto grado de contenido técnico, dada la obligación de presentar un Estudio de Impacto ambiental o un diagnóstico de alternativas ambientales según el caso, cuyas características específicas serán desarrolladas en el siguiente acápite.

En estos dos casos, se observa como la decodificación en materia técnica, permite la generación de procedimientos administrativos complejos que involucren una pluralidad de autoridades especializadas en el aparato estatal, al establecer requisitos y escaños procedimentales en los que las autoridades interactúan de acuerdo a su especialidad y capacidad técnica.

Lo anterior desarrolla una funcionalidad instrumental del debido proceso administrativo, haciendo que categorías integradoras de ese derecho, como la participación se haga de la forma más eficaz posible, así como la obtención de conceptos técnicos del órgano estatal competente en la materia específica, lo que conlleva a la obtención de información suficiente y objetiva para que se cumpla otra categoría integradora del debido proceso, el derecho a obtener decisiones motivadas por parte de la autoridad pública.

A modo de reflexión, sobre los procesos anteriormente expuestos, que además tienen una relación lógica, en el desarrollo de una política que concilia los derechos económicos derivados de la explotación y los derechos ambientales, se encuentra que la decodificación al apuntar a objetivos específicos de la actividad Estatal, también contribuye a una mejor prevención de la

arbitrariedad y a la protección de los derechos involucrados en este tipo de decisiones, lo anterior ocurre debido a que la especialidad involucrada en el fenómeno de decodificación permite que los criterios técnicos y científicos alrededor de las decisiones administrativas sean correctamente auscultados y valorados, permitiendo la interacción de otras organizaciones y autoridades administrativas cuyos conceptos además de dar luces a la autoridad sobre el tipo de determinación que va a asumir alrededor de un caso concreto, le agregan carga en el deber de motivar las decisiones para garantizar que su decisión este basada en fundamentos probatorios y no en intereses particulares. Al mismo tiempo los mecanismos de participación que se desarrollan en sistemas decodificados como el licenciamiento ambiental, el licenciamiento minero entre otras, les otorgan a los interesados y afectados en decisiones administrativas la posibilidad de ser oídos y que sus intervenciones sean valoradas por las autoridades competentes.

Lo anteriormente mencionado, en el contexto de un procedimiento general, como el que se desarrolla en la codificación, tendría la tendencia a ampliar el margen de discrecionalidad de la autoridad administrativa, lo que probablemente excluiría por ejemplo la intervención de otras autoridades especializadas, que derivaría en minimizar el campo analítico en el que la autoridad construye su decisión. Ahora bien, las garantías integradoras del debido proceso como derecho complejo e instrumental, también se encuentran en materia sancionatoria administrativa, resaltando que en dicha materia, existe una mayor similitud con el debido proceso en materia jurisdiccional penal, siendo esta la orientación más desarrollada no solo en la carta política sino en los instrumentos internacionales, por lo que las garantías procesales son mucho más evidenciables.

La ley 734 de 2002, que establece el código disciplinario único, fija entre otras cosas, una serie de normas procedimentales aplicables a los funcionarios públicos y a otros sujetos involucrados con la función en los términos allí descritos.

En su articulado, se organiza una serie de normas procedimentales orientadas a sancionar a quienes cometen conductas disciplinariamente relevantes, en el que se evidencia la aplicación del derecho al debido proceso administrativo al establecer normas relativas a competencia (artículos del 74 al 93), comunicaciones y notificaciones (artículos del 100 al 108), régimen probatorio (artículos del 128 al 142), régimen de impedimentos y recusaciones (artículos del 84 al 88), el derecho a la defensa (artículo 17), recursos (artículos del 110 al 121), motivación (artículos 19 y 97), entre otros (Ley 734, 2002).

Cabe mencionar que en la norma general (codificada) también existe un procedimiento administrativo sancionador general que se aplica a situaciones no reguladas por otras normas, al que el legislador le dedico cinco artículos, del 47 al 52 (Ley 1437, 2011, art. 47-52), en los que se identifican de igual manera las garantías integradoras del derecho complejo al debido proceso administrativo, de una forma mucho más abstracta que la desarrollada en la ley 734 de 2002. En el anterior ejemplo se puede observar como ya no se encuentra plasmado el principio de que la norma específica prima sobre la normal general, sino el principio de que la norma especial prima sobre la norma residual, en este caso el código administrativo contenido en la Ley 1437.

Para ilustrar la aplicación del derecho al debido proceso en los fenómenos de producción normativa se hará uso de las siguientes ilustraciones.

Figura 1 Codificación vs Decodificación en Procedimiento de concesión Minera (ley 685 de 2001)

Codificación: Decodificación

Figura 2 Codificación vs Decodificación en Procedimiento Disciplinario (ley 734)

En los gráficos se contrastan procedimientos administrativos que forman parte de normas generadas desde los fenómenos de producción normativa estudiados, donde se constata que en

efecto ambos fenómenos son capaces de garantizar los derechos que integran el derecho complejo al debido proceso en materia administrativa. Es necesario aclarar que se ilustro lo relacionado con recursos en sede administrativa por separado del derecho a la defensa para atender a la clasificación presentada en la jurisprudencia constitucional relacionada (Sentencia C-034, 2014).

En síntesis, la decodificación como producción normativa que desliga un área de la regulación general, es una forma de deconstrucción y reconstrucción de los principios de la regulación general para hacerlos útiles a la regulación especial. Este trasplante del centro principialístico al nuevo cuerpo normativo, determina entonces la viabilidad del mismo ya que el resultado de esta forma de producción debe ser el cumplimiento de los contenidos que la constitución, la ley y la jurisprudencia han establecido.

En las nuevas normas especiales se encuentran plasmado el contenido del debido proceso administrativo, institución esta amoldada según los principios constitucionales y jurisprudenciales que irradian el ordenamiento legal. Esta decodificación en últimas no es similar al proceso descodificadorio propuesto por Irti, pues su cuerpo normativo no se desliga enteramente de una norma codificada, sino que encuentra su mayor componente en los pronunciamientos judiciales, razón por la cual, el código del área respectiva, en este caso, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, actúa ya no como una ley general, sino como una ley residual, la cual deberá ser consultada, no para guiar la institución consagrada en la ley específica sino para suplir las falencias que automáticamente no se resuelvan por ausencia de regulación legal específica o jurisprudencia, pasando así el código del área específica prácticamente al desuso.

Con lo anterior se cumple el segundo objetivo específico de la presente investigación, toda vez que se establece el derecho al debido proceso administrativo como un punto de encuentro entre los fenómenos de producción normativa y desde allí se contrastan encontrando que este derecho complejo se aplica en ambas formas de construir leyes.

Capítulo 3. Estudio Del Licenciamiento Ambiental - ¿Decodificación O Codificación? Una Respuesta A Las Exigencias Sociales

El desarrollo económico, como una forma de generación de recursos necesarios para garantizar el cubrimiento de las necesidades y la generación de bienestar social, requiere la ejecución de actividades económicas, dichas actividades, así como cualquier otra actividad humana produce efectos sobre el medio ambiente o impactos ambientales. Ante las problemáticas ambientales actuales, los Estados han optado por la compatibilización del desarrollo económico, con el cuidado del entorno, procurando que los efectos adversos sobre el medio, es decir los impactos ambientales negativos sean los menores posibles, concentrándose en la probabilidad de prevención y mitigación de los daños.

Al respecto, Colombia hace parte de tratados internacionales, en materia de cuidado del medio ambiente, como el protocolo de Kioto, el tratado de cooperación Amazónica, la declaración de Estocolmo, la declaración de Río y el convenio Cites, entre otros (parques nacionales, 2017).

El licenciamiento ambiental surge de la aplicación de la constitución, particularmente el artículo 79¹², los tratados anteriormente mencionados y la reglamentación de la ley 99 de 1993, que describe dicha institución en su título VIII, definiéndola en su artículo 50 como:

¹² “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del

La autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada (Ley 99, 1993, art.50).

En la jurisprudencia constitucional, la Corte ha precisado los límites a las actividades económicas en cabeza de los particulares y el Estado, indicando que:

La autoridad ambiental, debe admitir el ejercicio de una actividad económica legítima cuando su ejercicio no comprometa los límites tolerables de la contaminación, pues si los excede, el bien común exigirá que restrinja o se prohíba al particular el ejercicio de su actividad. [...] Debe saber quien asuma una actividad contaminante, que su primera responsabilidad, por encima de cualquier otra, es establecer los mecanismos más adecuados y eficaces para suprimir, o cuando menos reducir al mínimo tolerable, los efectos nocivos que se puedan deducir de tal actividad (Sentencia C-519, 1994).

El licenciamiento ambiental como actividad de la administración surge entonces como una forma de conciliar estos dos deberes de los Estados (el de promover el desarrollo de la economía y el de salvaguardar un ambiente sano) y constituye “un instrumento de planificación que posibilita realizar el análisis previo y establecer las posibles consecuencias o impactos a corto, mediano y largo plazo de un proyecto, para tomar las medidas correspondientes” (Rodríguez, 2009, pp. 222-245).

En materia de naturaleza jurídica, la licencia ambiental es un acto administrativo complejo, que resulta de un procedimiento tanto técnico como administrativo, que se inicia a solicitud de

ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

un interesado, quien pretende la ejecución de actos a los que la ley por su naturaleza les exige el licenciamiento como requisito. Dichos actos generen o puedan generar efectos ambientales, que son todos los cambios en el medio ambiente, es decir cualquier impacto positivo o negativo en el medio. El procedimiento para la expedición del acto administrativo se focaliza en la identificación, valoración, prevención, mitigación y compensación de daños al ambiente, la salud humana y la calidad de vida de las personas (Rodríguez, 2009, pp. 222-245).

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, da rango constitucional a las licencias ambientales indicando que:

El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema (Sentencia C-328, 1996)

Basándose lo anterior en el deber de protección del derecho al ambiente sano, que está a cargo tanto del Estado como de los particulares, para salvaguardar otros bienes conexos, protegidos por la Constitución y por obligaciones derivadas de tratados internacionales. Pese a estar encaminada a la protección del ambiente, el objeto de la licencia ambiental en ultimas no es el de eliminar los efectos o impactos ambientales, sino que constituye una herramienta para encontrar el impacto ambiental razonable, en relación con los efectos económicos esperados de la actividad que se pretende realizar (Macías, 2006, 229-252).

Por lo anterior, se puede afirmar que la licencia ambiental, concilia y pretende proteger los derechos ambientales, y al tiempo los derechos económicos, en el marco de un desarrollo

sostenible, dado que ambos grupos de derechos influyen en la materialización de una pléyade de derechos humanos relacionados.

La licencia ambiental, constituye un acto administrativo sui generis toda vez que además de evaluar los aspectos técnicos, ambientales, socioculturales y demás relacionados, también genera una serie de obligaciones en el interesado, quien en virtud de la autorización se somete al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la licencia, así como a la vigilancia y al cambio de condiciones de la misma, so pena de que le sea revocada, ahondando en dichas condiciones, también se encuentra dentro de sus características especiales, que además de la autorización para la pretendida actividad, acumula permisos varios relacionados con el uso y el modo de uso de los recursos; del mismo modo, es un acto administrativo de contenido mixto, por su capacidad de producir efectos generales y abstractos, al tiempo que particulares y concretos. También que es un acto discrecional, por la valoración que realiza la autoridad en el procedimiento evaluativo, donde concurren el estudio de impacto ambiental presentado por el particular, los conceptos de autoridades y organizaciones especializadas y la participación de la comunidad como factores que deben influir en la motivación de la decisión (Rodríguez, 2009, pp. 222-245)¹³.

La licencia ambiental, es un acto que resulta de la evaluación ambiental realizada por la autoridad competente, que como se mencionaba anteriormente, debe motivar su decisión sobre múltiples elementos de juicio, recopilados mediante el procedimiento descrito en el título IV del decreto 2041 de 2014 (Decreto 2041, 2014) compilado en el Decreto Único del sector ambiente, capítulo tercero (Decreto 1076, 2015), entre ellos resaltan el Estudio de Impacto ambiental E.I.A. y el Diagnostico Ambiental de Alternativas D.A.A.

¹³ Abogada con Ph.D en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; Master en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional. Cuenta con Especializaciones en Derecho Ambiental, Derecho Médico y Sanitario y Negociación, Conciliación y Arbitraje.

El DAA “tiene como objeto suministrar la información para evaluar y comparar las diferentes opciones que presente quien solicita la licencia ambiental, bajo las cuales sea posible desarrollar un proyecto, del mismo modo debe tener en cuenta factores significativos a tener en cuenta por la autoridad tales como “el entorno geográfico y sus características ambientales y sociales, análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad, y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas” (Rodríguez, 2009, pp. 222-245).

El E.I.A. por su parte, se encuentra regulado en el artículo 21 del decreto 2041 de 2014, que lo define como “el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental y se exigirá en todos los casos en que de acuerdo con la ley y el presente reglamento se requiera” (Decreto 2041, 2014, art. 21), compilado en el Decreto Único del Sector Ambiente (Decreto 1076, 2015)

Ambos instrumentos son medios cognoscitivos que aporta el interesado, y que son corroborados por la autoridad, quien tiene el personal capacitado, los recursos técnicos suficientes para llevar a cabo la respectiva evaluación ambiental, así como la libertad probatoria para acudir a los medios que considere necesarios para motivar su decisión y adoptar la más razonable, teniendo en cuenta los principios en pugna. Los criterios evaluativos, están incluidos en documentos de alto contenido técnico a los que remite la ley, los cuales establecen rutas de evaluación idóneas para analizar lo aportado por el interesado al procedimiento y los demás medios de prueba recaudados.

Ejemplo de lo anterior, se encuentra en el artículo 20, en referencia al D.A.A. que establece que:

La autoridad ambiental competente evaluará el estudio con base en los criterios generales definidos en el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales de proyectos. Así mismo deberá verificar que este cumple con el objeto y contenido establecidos en los artículos 14 y 21 del presente Decreto; contenga información relevante y suficiente acerca de la identificación y calificación de los impactos, especificando cuáles de ellos no se podrán evitar o mitigar; así como las medidas de manejo ambiental correspondientes”

El asunto de licenciamiento ambiental, en los últimos años ha sufrido grandes y múltiples modificaciones que favorecen al sector productivo, flexibilizando los procedimientos para obtener licencias ambientales, eximiendo múltiples actividades con incidencia ambiental de este requisito, además de otorgar un altísimo valor probatorio a los documentos aportados por el interesado (Rodríguez, 2011)

Por lo expuesto anteriormente, el procedimiento administrativo aplicado es necesariamente más complejo, puesto que debe conciliar intereses y derechos del particular, con los de la comunidad en desarrollo de intereses generales, así como de entidades y otras autoridades especializadas, por lo que su resultado debe ser ajustado al cumplimiento de los fines que lo dotan de sentido, en palabras de la Profesora Gloria Amparo Rodríguez:

De la eficacia de este proceso que culmina con un acto administrativo, depende de la efectividad para la protección y conservación de nuestra riqueza natural y de las áreas de importancia ecológica del país; de la planificación, el manejo y aprovechamiento de nuestros recursos y de garantizar el desarrollo sostenible (Rodríguez, 2009, pp. 222-245).

3.1. Licenciamiento ambiental y decodificación: establecimiento de etapas para garantizar el derecho al debido proceso y para obtener información en la toma de decisiones administrativa

Figura 3 basada en el capítulo 3, sección 6 del Decreto 1076.

El procedimiento para expedir licencias ambientales, constituye una expresión de la codificación como sistema de producción normativa en el derecho administrativo colombiano, dado que se compone una serie de pasos metódicamente ordenados, cuyo fin último es la producción de un acto administrativo, (sea que otorgue o rechace la licencia) encontrándose regulado en una fuente legal distinta al CPACA; que es la fuente normativa que contiene los aspectos genéricos de este tipo de procedimientos.

El licenciamiento ambiental representa una decodificación fundada en necesidades técnicas específicas del derecho ambiental, en este caso las autoridades, crearon un conjunto de escaños procedimentales, que imponen sobre el solicitante una carga técnica sustancial, lo que condiciona

los requisitos de los interesados a la hora de solicitar licencias ambientales para el ejercicio de sus actividades, creando una ruta de análisis para la adquisición de elementos cognoscitivos de las diferentes áreas técnicas, científicas y humanísticas que componen un proyecto cuyas magnitudes de impacto sobre los derechos ambientales justifica que el propio legislador considere necesaria la exigencia de licencia ambiental, esto con base en los intereses que deben ser protegidos de acuerdo con el sistema jurídico.

Como se observó en capítulo anterior, la decodificación en el derecho administrativo responde a las demandas propias de las distintas áreas del mismo, en ese orden de ideas, la creación de un procedimiento propio tiene por objeto instaurar los medios idóneos para que la autoridad administrativa pueda hacerse con el conocimiento necesario para tomar una decisión ajustada a la normativa correspondiente.

Ahora bien, para abordar la cuestión de la utilidad de la decodificación, en el caso del licenciamiento ambiental, es necesario recapitular la función jurídico procesal del derecho al debido proceso (Ramírez, 2005, pp. 89-105), expuesta en el segundo capítulo, de acuerdo con lo indicado por Ramírez Agudelo¹⁴, asumiendo que la decodificación es útil, si permite el desarrollo del derecho al debido proceso como mecanismo. Dicha posición concuerda con la triple connotación que la jurisprudencia le otorga al debido proceso en materia administrativa, donde se considera como una de las funciones del mismo, la de “asegurar el ordenado funcionamiento de la administración” (Sentencia T-796, 2006) lo que permite evaluar el licenciamiento ambiental como la concreción de la decodificación, analizando el derecho al debido proceso en su función instrumental; es decir su capacidad para dotar a las autoridades del conocimiento necesario para motivar sus decisiones.

¹⁴ En el acápite anterior, se sigue lo presentado por Ramírez Agudelo, que expone el derecho al debido proceso como un derecho complejo, es decir una herramienta jurídico - procesal integrada por otros derechos autónomos, y a su vez un derecho humano.

De otro lado, la capacidad de la normatividad para cumplir con la función de garantizar los derechos integradores del debido proceso (del solicitante y de más interesados en el procedimiento) para medir su capacidad de satisfacer las funciones restantes expuestas en la jurisprudencia “(ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados” (Sentencia T-796, 2006) explorando la norma que regula el licenciamiento ambiental, para rastrear los diferentes componentes del abanico de derechos integradores del debido proceso.

3.1.1. Licenciamiento ambiental como herramienta útil para el funcionamiento de la administración.

Desde la función instrumental del derecho al debido proceso administrativo, se tiene que el mismo funge como mecanismo para que las autoridades desarrollen sus objetivos constitucionales. En el procedimiento de licenciamiento ambiental, tal función instrumental está ligada al deber de la preservación del medio ambiente, en congruencia con la necesidad de permitir actividades económicas que causan impactos ambientales. Es decir, el papel de la autoridad es encontrar el impacto ambiental admisible, en un ámbito de desarrollo sustentable, para cada caso concreto.

En conexión con el desarrollo del objetivo de este capítulo, se tiene que la decodificación en materia ambiental es útil si el procedimiento generado a partir de ella como mecanismo de producción legislativo, lo es también para la funcionalidad del Estado, en este caso, si tiene la capacidad de permitir a las autoridades competentes en materia ambiental hacerse con el conocimiento suficiente para encontrar el impacto ambiental admisible de una actividad económica y la capacidad del solicitante para mitigar la generación de daños mayores, así como

reestablecer en lo posible el medio ambiente (receptor del impacto), entonces cumple a cabalidad con el deber de facilitar el funcionamiento de la administración.

El procedimiento administrativo para otorgar licencias ambientales, es en síntesis un método para recaudar información de múltiples aspectos de un proyecto generador de impacto, este recaudo de información proviene también de múltiples fuentes, siendo la primaria el estudio de impacto ambiental y/o diagnóstico ambiental de alternativas, cuya naturaleza se mencionó anteriormente. No obstante, las autoridades competentes obtienen información de muchos otros medios, dado que la valoración probatoria necesaria, no proviene únicamente del interesado.

La normatividad incluye inspecciones técnicas, visitas, entrevistas, audiencias públicas (en caso de ser convocadas) cooperación inter autoritaria y aportes de los interesados en uso de los mecanismos de participación entre los medios probatorios que debe tener en cuenta la autoridad administrativa a la hora de tomar su decisión.¹⁵

La información adquirida, es evaluada por grupos interdisciplinarios usando manuales que establecen criterios valorativos para fuentes probatorias como el EIA y e DAA, que unifican el criterio de evaluación de estas pruebas. No obstante, el resto de información adquirida, también debe ser valorada, sin que para ello existan criterios establecidos, por lo que las situaciones técnicas, sociales y jurídicas que se evidencian en los medios de prueba recolectados en el marco del procedimiento deben ser evaluados por la autoridad haciendo parte de la motivación de las decisiones.

¹⁵ Los procedimientos mencionados se encuentran descritos en el capítulo 3 sección 6 del Decreto 1076, con algunas remisiones normativas. Las visitas se encuentran descritas en el artículo 2.2.2.3.6.1, numeral tercero y en el 2.2.2.3.6.3 numeral segundo. La cooperación inter autoritaria se encuentra descrita en el 2.2.2.3.6.3 numeral 4. La celebración de audiencias públicas ambientales se encuentra descrita en el párrafo 3 del artículo 2.2.2.3.6.3 y remite al artículo 72 de la ley 99 de 1993.

La exigencia de instrumentos especiales junto con la solicitud (EIA y DAA) así como la existencia de criterios comunes para analizarlos, genera una estandarización de los elementos metodológicos necesarios para cumplir con las funciones otorgadas.

En ese sentido, el procedimiento descrito, plantea una ruta diseñada específicamente para que el Estado cumpla con el cometido de otorgar licencias sólo a aquellos proyectos que tengan los estándares suficientes para prevenir, precaver y mitigar el impacto ambiental, dándose este en un grado tal que sea compatible con las pretensiones constitucionales y jurisprudenciales de lograr el desarrollo sostenible

3.1.2. Licenciamiento ambiental como garantía de derechos fundamentales y validez de los actos.

La función garantista del derecho al debido proceso, también constituye un indicador determinante para medir la utilidad de la decodificación en materia administrativa, se afirma lo anterior, no solo desde las luces que da la jurisprudencia constitucional sobre las funciones del debido proceso administrativo, sino por la razón misma de la existencia de normas procedimentales, que en ultimas es la sistematización de derechos y garantías sustanciales. En ese sentido, la decodificación en materia administrativa es útil, si además de construir mecanismos que contribuyan al funcionamiento del Estado, es capaz de proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la validez de los actos. Dichas funciones no se pueden interpretar como categorías separadas, dado que la actividad estatal, dentro del marco constitucional colombiano, tiene la vocación de salvaguardar los derechos.

En el examen del cumplimiento de dichas garantías, es necesario recapitular los derechos integradores del derecho complejo al debido proceso administrativo, que se ilustraron en el

capítulo anterior¹⁶, para observar su desarrollo en lo relativo al licenciamiento ambiental, aplicando nuevamente el rastreo de los derechos autónomos en la normatividad ambiental.

3.1.2.1. *Libre acceso a las Autoridades Administrativas.*

El libre acceso a las autoridades administrativas en el licenciamiento ambiental, responde a dos ópticas, de una parte, a la de los interesados en obtener licencia para adelantar el proyecto o actividad sometido a licenciamiento, y de otra, la de cualquier ciudadano interesado en la garantía de sus derechos e intereses legítimos en el marco de un procedimiento que otorgue licencia ambiental, a la par que en el seguimiento de dicha licencia en el desenvolvimiento de la autoridad en ejercicio de la participación ciudadana.

Como se advertía desde el inicio, el licenciamiento ambiental es una conciliación de intereses, en cabeza de los peticionarios, la comunidad, sectores políticos, organizaciones de activismo ambiental o social, entre otros muchos actores que se manifiestan en la esfera de aplicación de las licencias, es decir, la multiplicidad de efectos ambientales, sociales y económicos que una actividad sometida al licenciamiento puede provocar.

Enfocada al derecho de acceso a las autoridades administrativas en cabeza del peticionario, se encuentra que la solicitud de licencias ambientales agrega requisitos adicionales al solicitante, puesto que su petición necesariamente acciona un análisis multidisciplinario, por lo que las autoridades requieren unos parámetros informativos para poder comprender todas las dimensiones de la actividad que pretende ser autorizada.

El contenido de la solicitud está regulado en el título cuarto del Decreto 2041 (Decreto 2941, 2014) que en su artículo 23 establece un procedimiento previo, en el que el interesado solicita a

¹⁶ Es decir, el catálogo de derechos extraídos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-341, 2014), que fue contrastado anteriormente con el procedimiento administrativo común y principal.

la autoridad competente la indicación del requerimiento o no del D.A.A. (diagnóstico ambiental de alternativas), posteriormente el artículo 24, establece el contenido de la solicitud¹⁷, del mismo modo en los párrafos 1, 4 y 5, se establecen deberes especiales para las licencias ambientales que versen sobre asuntos relacionados con minería (exigencia de título minero), explotación de carbón (especificación del modo de transporte) y explotación de hidrocarburos (concepto de la Agencia Nacional de Hidrocarburos) respectivamente. También se le garantiza el libre acceso al interesado, cuando este hace solicitudes de modificación, cesión o integración de las licencias ambientales (título quinto), así como en la fase de desmantelamiento y abandono del proyecto (artículo 41).

El derecho del libre acceso a las autoridades, desde la perspectiva de la participación ciudadana tiene origen en la ley 99 de 1993, que en el artículo 69 indica que:

Cualquier persona natural o jurídica o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales (Ley 99,1993, art.69).

¹⁷ “1. Formulario Único de Licencia Ambiental.2. Planos que soporten el EIA, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1415 de 2012, que modifica y actualiza el Modelo de Almacenamiento Geográfico o la que la sustituya, modifique o derogue.3. Costo estimado de inversión y operación del proyecto.4. Poder debidamente otorgado cuando se actúe por medio de apoderado.5. Constancia de pago para la prestación del servicio de evaluación de la licencia ambiental. Para las solicitudes radicadas ante la ANLA, se deberá realizar la autoliquidación previa a la presentación de la solicitud de licencia ambiental. En caso de que el usuario requiera para efectos del pago del servicio de evaluación la liquidación realizada por la autoridad ambiental competente, esta deberá ser solicitada por lo menos con quince (15) días hábiles de antelación a la presentación de la solicitud de almacenamiento ambiental.6. Documento de identificación o certificado de existencia y representación legal, en caso de personas jurídicas.7. Certificado del Ministerio del Interior sobre presencia o no de comunidades étnicas y de existencia de territorios colectivos en el área del proyecto de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2613 de 2013.8. Copia de la radicación del documento exigido por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), a través del cual se da cumplimiento a lo establecido en la Ley 1185 de 2008.9. Formato aprobado por la autoridad ambiental competente, para la verificación preliminar de la documentación que conforma la solicitud de licencia ambiental”

Dicha participación se manifiesta como la posibilidad de convocar audiencias públicas en el artículo 72¹⁸ del mismo cuerpo normativo (Ley 99, 1993) contemplada en el párrafo tercero del artículo 31 del decreto 2041 (Decreto 2041, 2014, art.31)

Del mismo modo, en lo referente a la participación en el procedimiento de licencias, la ley 99 del 93 en el artículo 76 y el decreto 2041 de 2014 en el artículo 15, establece un enfoque diferencial en favor de las comunidades indígenas y negritudes presentes en las zonas de influencia de la actividad para la que se pretende obtener licencia, para que se garantice el derecho a la consulta previa (Ley 99, 1993, art.15).

3.1.2.2. *Funcionario competente.*

La competencia en asuntos de licenciamiento ambiental está determinada en el título segundo del decreto 2041 de 2014, en donde se delimitan los asuntos que le corresponden por competencia a la Autoridad Nacional de Licencias ambientales y aquellos que son competencia de las corporaciones autónomas regionales, estas competencias están relacionadas con aspectos como la extensión del proyecto, el tipo de recursos a explotar o la explotación de áreas de interés ambiental, entre otros criterios. (Decreto 2041, 2014).

3.1.2.3. *Derecho a la defensa.*

El derecho a la defensa, en el licenciamiento ambiental, no tiene connotaciones sancionatorias, puede interpretarse como el derecho de presentar elementos de prueba, que sirvan como fundamento de los intereses en la actuación, siendo estos elementos valorados por la

¹⁸ Artículo 72 “El Procurador General de la Nación o el Delegado para Asuntos Ambientales, el Defensor del Pueblo, el Ministro del Medio Ambiente, las demás autoridades ambientales, los gobernadores, los alcaldes o por lo menos cien (100) personas o tres (3) entidades sin ánimo de lucro, cuando se desarrolle o pretenda desarrollarse una obra o actividad que pueda causar impacto al medio ambiente o a los recursos naturales renovables, y para la cual se exija permiso o licencia ambiental conforme a la ley o a los reglamentos, podrán solicitar la realización de una audiencia pública que se celebrará ante la autoridad competente para el otorgamiento del permiso o la licencia ambiental respectiva (...)”

autoridad administrativa. Es decir, que los estudios de impacto ambiental y diagnósticos ambientales de alternativas, junto con los demás elementos aportados o requeridos por el interesado sean efectivamente analizados a la hora de producir la decisión de otorgar o no una licencia ambiental.

No obstante, los herramientas que brindan mayor información en los procedimientos de licenciamiento ambiental son en definitiva los EIA y DAA, cuyos criterios de valoración están sujetos a instrumentos técnicos, que si bien no son normativos, si vinculan a la autoridad administrativa constituyendo un itinerario analítico de la información consignada en dichos elementos, tal y como lo consagran respectivamente los artículos 20 y 22 del decreto 2041 de 2014.

En los casos en lo que se convoca audiencia pública en los términos del artículo 72 de la ley 99 del 1993, el derecho de defensa se materializa en las oportunidades procesales que tienen los intervinientes en dichas audiencias (autoridades, solicitante, comunidad) para presentar alegatos y medio probatorios que deben ser valorados por la autoridad competente, dado que dichos elementos captados en la audiencia también son medios probatorios sobre los que se debe fundar la decisión.

3.1.2.4. Procedimiento en tiempo razonable.

Los términos para agotar las etapas del procedimiento que otorga licencias ambientales, se encuentran establecidos en el título cuarto del decreto 2041, los términos en materia de licenciamiento ambiental, dependen de las condiciones y desenvolvimiento del proyecto, puesto que existen términos adicionales, cuando la autoridad competente determinan la necesidad de un diagnóstico ambiental de alternativas, o cuando la autoridad determina que se requiere hacer una

visita al proyecto. Del mismo modo, los términos se suspenden en caso de que se convoque a una audiencia (contemplada en el artículo 72 de la ley 99 del 93), en todos los casos, al tratarse de un acto administrativo complejo, todos los actos administrativos que componen la decisión tienen sus términos autónomos, y los pasos a seguir cambian de acuerdo con la naturaleza de la actividad a adelantar (Decreto 2041, 2014).

El licenciamiento ambiental, tiene como particularidad en sus términos la multiplicidad de oportunidades procedimentales en cabeza del peticionario, para aportar de la forma más completa posible la información relacionada con su proyecto, entre ellos se destaca una reunión que se adelanta entre el peticionario y las autoridades ambientales competentes para ampliar información del proyecto, seguida de un término de 30 días para que el peticionario allegue información requerida por la autoridad. (Decreto 2041, 2014)

3.1.2.5. Independencia e imparcialidad del funcionario.

En materia de licenciamiento ambiental, la normatividad carece de un régimen especial de derechos, deberes, prohibiciones, impedimentos y recusaciones, pese a no incluir remisión normativa expresa, al instituir la ley 1437 normas procesales comunes al derecho administrativo, se puede inferir que para la salvaguarda de la imparcialidad e independencia se acude al capítulo 2 de dicha ley (Ley 1437, 2011)

3.1.2.6. Recursos.

En materia de recursos en sede administrativa, se evidencia las sistematicidad y cooperación entre los sistemas de producción legislativa, toda vez que la norma especial recurre al CPACA (Ley 1437, 2011), como se puede observar en el numeral 7 del artículo 23 y el numeral 6 del artículo 25, donde se hace la remisión normativa (Decreto 2041, 2014)

3.2. Licenciamiento ambiental y codificación: aplicación hipotética de la ley 1437 de 2011 como ejemplo de la decodificación al licenciamiento ambiental

El procedimiento administrativo común y principal, como se ha expuesto anteriormente, es una expresión de la codificación en materia administrativa, al igual que el procedimiento administrativo del licenciamiento ambiental, es un conjunto de pasos mediante los cuales las autoridades toman decisiones y sus etapas están diseñadas para constituir el conocimiento suficiente en la autoridad para producir decisiones motivadas y de acuerdo a derecho.

No obstante, si no existiera una norma específica, desligada de la regulación del código, la implementación del procedimiento común y principal sería el aplicado para que las autoridades encontraran el impacto ambiental admisible (producto de actividades humanas) lo que supondría dos problemáticas aquí evidenciadas, una primera, relacionada con la estandarización de los criterios multidisciplinarios para evaluar cada solicitud de licenciamiento ambiental, en aras de garantizar el derecho a la igualdad y el mayor grado de certeza de haber encontrado el daño ambiental admisible o no, para tomar la decisión y una segunda, relacionada con los límites temporales del procedimiento administrativo común y principal, en los que la autoridad tendría que captar la información necesaria para resolver de fondo la cuestión.

3.2.1. Problemas de estandarización y apropiación de la información necesaria.

Sin la exigencia de los estudios de impacto ambiental y diagnóstico ambiental de alternativas, así como los instrumentos de valoración técnica de dichos soportes, el peticionario que pretende adquirir licenciamiento ambiental aportaría a su derecho de petición los fundamentos jurídicos y probatorios que pretenda hacer valer para obtener la licencia ambiental, esto abre al menos dos probabilidades, en primer lugar, el peticionario podría aportar un cúmulo enorme de información

sobre su proyecto, que deberá ser estudiada y atendida por la autoridad competente, organizada y categorizada al arbitrio del peticionario, luego de poder comprender esta información la autoridad administrativa deberá constatarla y evaluarla, con criterios técnicos y científicos no unificados, lo que en el mejor de los casos, produciría decisiones distintas para casos similares, dependiendo de la comprensión de la solicitud y del criterio que cada autoridad hubiera decidido utilizar para valorar la información.

En segundo lugar, puede ocurrir que el peticionario no aporte información suficiente, dejando a la autoridad aún más atrás en el procedimiento, ya que tendría que recolectar toda la información necesaria y posteriormente valorarla de acuerdo a los criterios que la misma autoridad hubiera establecido.

En ambos casos, el manejo de la información compleja que la autoridad competente en licenciamiento ambiental debe procesar, sería un obstáculo para poder determinar las condiciones reales de los proyectos y por esa misma vía, el impacto ambiental real que tendría la actividad económica. Lo que resultaría en decisiones que no corresponden con los lineamientos legales y constitucionales relacionados con el deber de proteger el medio ambiente y propender por un desarrollo sostenible.

Del mismo modo, las decisiones estarían tan des-estandarizadas que se afectaría la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, tanto de los peticionarios, como de más afectados o interesados en la actividad que se pretende licenciar. También se afectaría la cooperación interadministrativa a la hora de tomar decisiones, toda vez que las necesidades de los conceptos estarían al arbitrio del funcionario.

Con lo anterior no se insinúa que en ningún caso las autoridades llegarían a decisiones acertadas y conformes a derecho, puede que en muchos casos puedan reunir la información

necesaria y tomar las decisiones pertinentes, no obstante, generaría un desgaste administrativo, sin contar con la ausencia de un método suficiente para hacer el análisis, por lo que el procedimiento administrativo común y principal no podría garantizar una valoración suficiente y uniforme de los elementos probatorios en todos los casos.

3.2.2. Problemas temporales relacionados con los términos presentes en el procedimiento administrativo común y principal.

Sumado a los problemas metodológicos anteriores, los términos del artículo 14 de la ley 1755, acepta como términos máximos, salvo norma en contrario un máximo de 15 días para resolver de fondo las peticiones (Ley 1755, 2015).

Sin la existencia de una norma específica que permitiera un mayor margen temporal a la autoridad, el término de 15 días dificultaría de forma importante la capacidad de tomar decisiones válidas. Lo anterior se evidencia al resaltar que el licenciamiento administrativo es un acto administrativo complejo, compuesto de múltiples actos preparatorios, que de manera autónoma tienen términos aún superiores a los 15 días solo para avanzar a los pasos siguientes en la recolección de información.

Lo que implica que una autoridad organizada y con criterios de valoración probatoria unificados requiere términos más amplios a los otorgados por el procedimiento administrativo principal tan solo para finalizar una etapa y dar lugar a la siguiente, estos términos a su vez, le dan la oportunidad al peticionario de completar su solicitud, con lo que también se le conculcarían oportunidades probatorias para comprobar que el proyecto que presenta ante la autoridad si es susceptible de obtener licencia.

La suma de las dos situaciones problemáticas expuestas, afectan de igual manera el derecho al debido proceso administrativo, tanto para los solicitantes como para los interesados, vulnerando la posibilidad de obtener decisiones de fondo ajustadas a derecho, el derecho a presentar elementos de prueba, el derecho a la participación de las comunidades e interesados, lo que no permitiría el desarrollo integral de los elementos del debido proceso administrativo.

Lo expuesto anteriormente, permite establecer que en materia de licenciamiento ambiental, la decodificación resulta más útil para cumplir los fines del derecho al debido proceso administrativo, ya que la norma obtenida usando este método de producción normativa, es útil para garantizar la recolección de información suficiente, y por esa vía aportar al funcionamiento del Estado, que en este caso tiene el deber de encontrar si el impacto ambiental que tiene el proyecto a evaluar es admisible conforme a los lineamientos jurídicos referentes a la protección del medio ambiente y al desarrollo sostenible.

De la misma forma, la norma obtenida de la decodificación garantiza los derechos de las personas (inmersos en el debido proceso administrativo) y es un mecanismo útil para salvaguardar la validez de las decisiones.

De otra parte, el procedimiento administrativo común y principal, usado hipotéticamente para expedir licencias ambientales, presenta limitantes que no le permiten la adquisición correcta, estandarizada y organizada de información que le permita determinar las condiciones del proyecto o establecer la dimensión del impacto, puesto que carece de las etapas que si tiene el procedimiento decodificado, además de estar limitado por términos temporales demasiado cortos para poder agotar todos los pasos que el procedimiento de licenciamiento ambiental recorre, teniendo algunos un término que excede y hasta duplica el establecido en el procedimiento administrativo común y principal.

Conclusiones

La codificación como instrumento utilizado en los sistemas políticos de las Repúblicas nacientes de mitad de Siglo XIX, fue una herramienta valiosa para la consolidación de los sistemas jurídicos y la unificación de las naciones alrededor de un nuevo orden político. La herencia francesa del código civil se traslaparía por la gran mayoría de los continentes a fin de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos.

Aunque la codificación comenzó por el ordenamiento civil en cada uno de los Estados, este proceso no se detendría allí, puesto que a medida que el desarrollo social de cada nación iba en aumento, el número de especialidades o nichos del derecho también, razón por la cual se elaborarían numerosos códigos para regir esas áreas específicas que estaban netamente gobernadas por la costumbre.

Entre las áreas que nacieron con el auge de los Estados de Derechos, se encuentra el derecho administrativo, área jurídica de no poca importancia en el mundo en general, y en nuestro país en particular, razón de ello sería que la misma presentó cuatro codificaciones en poco más de cien años, un número elevado si se tiene en cuenta que, por ejemplo, el código civil cuenta con más de cien años sin ser modificado íntegramente.

Con la dinámica social volátil a causa de las depresiones económicas y las guerras mundiales, el mundo político y jurídico sufrió un cambio contundente a raíz del acelerado intercambio de mercancías, conllevando a expedir normas cada vez más especializadas en materias que en años anteriores no se habían regulado o que carecían de la importancia para hacerlo. Este proceso fue conocido como la “edad de la decodificación”, famosa frase acuñada por el profesor Irti (Natalino Irti, 1992).

La decodificación, es importante aclarar, difiere de la desregulación, pues como quedó sentado en este trabajo, la desregulación es la ausencia de norma expresa o general sobre un determinado tema del derecho, razón por la cual este término no puede utilizarse para referirse a la decodificación, aunque algunas autores lo hagan como un medio de crítica para expresar su aversión a este nuevo fenómeno jurídico.

Ahora bien, el debido proceso administrativo se estudió desde dos perspectivas, en primer momento, se abordó como una garantía del derecho constitucional al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, derecho que debe encontrar necesariamente asidero dentro todas las actividades de las entidades estatales en el cumplimiento de sus funciones; por otra parte, se trabajó el debido proceso administrativo como la institución que se encargará de garantizar la salvaguarda la eficacia de las funciones públicas y de legitimar las actuaciones de las instituciones del Estado.

En ese sentido, la decodificación del debido proceso administrativo no es un fenómeno producto de la inflamada legislación nacional, sino que se puede considerar como una necesidad del orden jurídico, pues el mismo no puede encontrarse ausente en ninguno de los actos expedidos por las instituciones del Estado. Pero ¿Por qué debe encontrarse el debido proceso administrativo en cada norma que busque regular un área específica?

El Estado en su afán de regular la vida social¹⁹ de las personas a las que gobierna, crea instituciones para vigilar a los ciudadanos en ciertas áreas de especial interés; instituciones que en el desarrollo de sus funciones se encontrarán en constante roce con los ciudadanos y sus

¹⁹ Ejemplos de regulación de la vida en comunidad los encontramos en la Constitución, cuando hace referencia a la necesidad que tiene el Estado de dar solución a los ciudadanos en temas como salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (Artículos 79 y 366). Así mismo, encontramos la intervención estatal en el tema económico que afecta directamente la vida social (Artículo 334).

derechos, de allí proviene su importancia, puesto que el debido proceso administrativo debe regularse de manera particular para cada caso en específico, a fin de cumplir con la garantía tanto del derecho constitucional al debido proceso, como de la garantía de eficacia y validez de las actuaciones del Estado, y por ende del cumplimiento de los fines públicos en esas áreas de especial importancia.

La anterior conclusión queda demostrada con las gráficas del acápite segundo del presente trabajo de investigación, en donde se enfrentan el debido proceso general y el debido proceso de concesión minera de la Ley 685 de 2001, y a la par se enfrenta el debido proceso sancionatorio general y el debido proceso disciplinario de la Ley 734 de 2002.

Y es que efectuado el estudio se observa que el procedimiento de concesión minera debe garantizar el derecho al debido proceso administrativo no solo del particular que solicita la concesión, sino también de los grupos de ciudadanos de la zona que podrían ver afectado su derecho a un ambiente sano, especial condición que si bien encuentra cabida desde el debido proceso administrativo general²⁰, no regula la intervención de terceros en sentido plural como lo son las comunidades y grupos étnicos. En igual medida, se hacen necesario practicar algunas etapas de talante técnico en donde la entidad obtendrá la mayor cantidad de información valiosa para efectuar su decisión dotada de plena validez y con miras al cumplimiento de los fines estatales, efecto que no se hubiese podido conseguir si se aplicara únicamente el proceso de la Ley 1437 de 2011.

Por otra parte, respecto del proceso disciplinario de la Ley 734 de 2002, el procedimiento administrativo general se queda corto, pues en vista que se está frente a un proceso sancionatorio que puede poseer graves consecuencias para quien a él se encuentra inmerso, las etapas debieron

²⁰ Intervención de Terceros el procedimiento administrativo general establecida en los artículos 37 y 38 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ser diseñadas especialmente para garantizar componentes importantes del debido proceso, tales como el derecho a la defensa, el derecho a una segunda instancia, el derecho a presentar y controvertir pruebas, entre otros.

Ahora bien, en aras de comprobar la necesidad que ha tenido el legislador nacional de crear todo tipo de legislaciones especiales en el campo del derecho administrativo, se ha tomado como muestra para este trabajo de investigación la norma especial aplicable al licenciamiento ambiental, en donde se analizó la respectiva legislación desde un punto de vista técnico, como lo es el de dotar de validez las actuaciones de la agencia nacional de licencias ambientales (ANLA) al obtener un previo conocimiento sobre la zona a explorar lo que en definitiva coadyuva en el cumplimiento de las funciones públicas encomendadas a todas y cada una de las instituciones del Estado; y desde la arista del debido proceso como garantía o derecho fundamental de los ciudadanos.

Así mismo, se realizó el análisis y la comparación entre el proceso establecido en la norma especial del licenciamiento ambiental y el procedimiento general establecido en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, con la finalidad de fijar si la decodificación hecha en la norma especial del licenciamiento ambiental era necesaria o dicho trámite, el de la solicitud del permiso para exploración y explotación de un terreno con fines de extracción, se hubiese podido llevar a cabo con la misma eficacia y conocimiento que con la utilización del procedimiento del Decreto 2041 de 2014.

Con todo, se pudo comprobar que el procedimiento especial establecido en el Decreto Único del Sector Ambiental o Decreto 2041 de 2014, cumple con la finalidad constitucional de la institución (ANLA), la cual es otorgar licencias ambientales a particulares que cumplan con los requerimientos necesarios para efectuar su acto de extracción de recursos en el marco de una

política económica sostenible y amable con el medio ambiente, puesto que le otorga a la entidad la información necesaria, para decidir si el solicitante afectará o no el medio ambiente mediante el cumplimiento de ciertos ítems técnicos fijados con anterioridad.

Así mismo se destaca, que los plazos establecidos en el procedimiento general se queda demasiado corto en comparación con el plazo establecido en el licenciamiento ambiental, ya que en este punto se debe tener en cuenta que la información concerniente a la extracción de materias primas requiere de lapsos mayores para ser evaluado y poder entregar una información veraz. Por lo tanto, la decodificación del debido proceso de licenciamiento ambiental se hizo necesaria para que el Estado de derecho consiguiera cumplir con las finalidades constitucionales asignadas en su cabeza.

Como se ha podido observar con todo el recorrido teórico del presente trabajo, la decodificación, por lo menos en el derecho administrativo, obedece a necesidades e imperativos sociales, y no solo al libre albedrío del legislador. En cada uno de los casos de decodificación específicos estudiados, se puede apreciar que no el procedimiento administrativo general no cumple con las necesidades que satisfacen esas normas especiales, razón por la cual se hace necesaria su presencia dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el fenómeno decodificadorio en el derecho administrativo gira hacia una relación de norma especial – norma residual, fenómeno ajeno a la codificación y decodificación prevista por el profesor Irti, pues este concibió un fenómeno de norma especial – norma general a fin de mantener la coherencia e integridad del área específica del derecho, de mantener una columna vertebral codificada para cada jurisdicción.

No obstante, sería un error limitar la decodificación que actualmente domina el derecho en el mundo, pues como ya se ha mencionado múltiples ocasiones este fenómeno responde a la necesidad de brindar herramientas jurídicas efectivas a la comunidad, razón por la cual sin la proliferación normativa no se llegaría a tiempo o por lo menos se fijarían límites a cada nuevo actuar social.

Por lo tanto, es imperativo a fin de mantener la seguridad jurídica como norte de los sistemas jurídicos actuales, la de crear códigos generales para cada área específica, que cuenten con principios prevalecientes e instituciones jurídicas flexibles impregnadas de la realidad social actual, con la finalidad de que las normas especiales puedan hacer uso de ellas, sin la necesidad de atomizar cada nueva legislación, pues cada norma decodificada provendrá de cada nueva necesidad social, empero los principios por los cuales se regirá y las instituciones de las cuales hará uso estarán determinada en una única codificación provocando de esta manera que el área específica se mantenga unidad por la columna vertebral legislativa, la cual será su código.

Referencias

Bibliográficas:

- Acosta Romero, M. (1990). El fenómeno de la decodificación en el derecho civil. Jurídicas.
- Alexy, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. Doxa.
- Arratia, R. (2012). ermoquisbert. Recuperado el 18 de octubre de 2016, de ermoquisbert:
http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/arratia_der_adm.pdf
- Batiza, R. (1982). Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano. México: Porrúa.
- Beltrán, I. (2005). La codificación en el contexto de consolidación del Estado Moderno. Revista de Derecho Privado.
- Benetti Timm, L. (2008). Decodificación”, Constitucionalización Y Recodificación Del Derecho Privado. Law and Economics.
- Bravo Lira, B. (1991). Arbitro judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa Continental y en Iberoamérica antes y después de la Codificación. Historia del Derecho.
- Brito Guzmán, A. (1983). La codificación del derecho. Derecho civil. Santiago de Chile. Universidad de Chile.
- Calais-Auloy, J. (1994). La influencia del derecho del consumidor en el derecho civil. Trimestal de derecho civil.
- Caroni, P. (2013). Lecciones de historia de la codificación. Madrid : Dykinson.

- Carrió, G. (2003). Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del Derecho. Academia.
- Clavero, B., & Ama Llunku, A. Y. (2000). Constituyencia indígena y Código Landino por América. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Couto Silva, C. (1988). Derecho civil brasileño. Una perspectiva histórica y vista a futuro. Ajuris.
- Diez Picaso y Ponce de León, L. (1992). Codificación, Decodificación y Recodificación. Cincuentenario del Código Civil Italiano. Bolonia. Universidad de Bolonia.
- E. S., & C. B. (2012). El Derecho al Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima, Perú: Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
- Ferrante, R. (2013). Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particularidad atención al caso italiano. Revista de Derecho Privado.
- Figuroa Yañez, G. (2003). Codificación, decodificación, recodificación del derecho civil. Cuadernos de análisis de derecho privado.
- Fusades. (2002). Proceso de codificación y decodificación del derecho mercantil. Boletín de estudios legales.
- García de Enterría, E. (2006). Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Pamplona: Civitas Ediciones.
- Garrido Falla, F. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Tecnos.

- Goldschmidt, W. (1958). La ciencia de la justicia. Madrid: Aguilar.
- Grossi, P. (1998). Assolutismo giuridico e diritto privato. Milano: Giuffré.
- Hernández Becerra, A. (2013). El nuevo código y la constitucionalización del Derecho Administrativo. En C. d. Estado, Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011. Bogotá D.C.: Nomos.
- Hernández Díaz, J. (2015). Codificación del derecho. Jurídicas Unam.
- Hinestroza, F. (2014). Codificación, decodificación y recodificación. Revista de Derecho Privado.
- Jaramillo, L. F. (2011). Antecedentes y presentación general de la ley 1437. En C. d. Estado, Libro de Memorias, Seminario internacional, Presentación del nuevo código administrativo y de lo contencioso administrativo. Bogotá.
- Lanni, S. (2013). La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro-latinoamericano. Revista de Derecho Privado.
- Martínez Tapia, R. (1996). Leibniz y la ciencia jurídica. Anales del derecho.
- Martins Costa, J. (1988). Las cláusulas generales como factores de movilidad del sistema jurídico.
- Mejía Turriate, D. (2014). Codificación del Derecho Administrativo. Ensayos sobre Derecho Administrativo.
- Mora Sifuentes, F. M. (2010). Un intento de caracterización del positivismo incluyente . Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho.

- Narváez Hernández, R. J. (2009). La crisis de la codificación y la historia del derecho. Colaboraciones Jurídicas Unam.
- Natalino Irti, J. M. (1992). La edad de la decodificación. Barcelona: Bosch editor.
- Macías Gómez, L. F. (2006). Licencias y Permisos Ambientales. En *Perspectivas del derecho ambiental en colombia* (págs. 229 - 252). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Parques nacionales, (04 de 06 de 2017). Obtenido de:
<http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/es/normatividad/marco-normativo-del-sistema-de-parques-nacionales-naturales/resoluciones/>
- Ramírez Agudelo, M. (2005). El debido proceso. *Opinion jurídica*, 4(7).
- Rescia, V. M. (1998). El Debido proceso y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio* (Vol. 1). San José de Costa Rica, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Rodríguez, G. A. (2009). La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización. *Retos y Perspectivas del Derecho Administrativo, Universidad Del Rosario*, 222-245.
- Rodríguez, G. A. (2011). Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia. *Foro Nacional Ambiental*.
- Rivero, J. (1984). Derecho Administrativo. Caracas: Instituto de Derecho Público.

Sánchez Gonzáles, D. d. (2010). Codificación versus jurisprudencia: El debate sobre la codificación en España en las cortes de mediados del siglo XIX. *Revista Chilena de Derecho*.

Tau Anzoategui, V. (2008). *La codificación en la Argentina*. Buenos Aires: Histórica Emilio J. Perrot.

Tomas y Valiente, F. (1997). *Códigos y Constituciones*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Varela, J. M. (1984). *El movimiento de decodificación del derecho civil*. Estudios jurídicos.

Vidal Perdomo, J. (2016). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis.

Vogel, L. (2004). *El mundo de los códigos civiles*. París: Dalloz.

Zagrebelsky, G. (1996). El derecho por principios: algunas precauciones necesarias sobre el derecho dúctil. *Anuario de la filosofía del derecho*.

Normativas:

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.

Congreso de la República. (22 de Diciembre de 1993). Ley 99. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República. (15 de Agosto de 2001). Ley 685. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República. (5 de Febrero de 2002). Ley 734. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República. (18 de Enero de 2011). Ley 1437. Bogotá D.C., Colombia.

Congreso de la República. (30 de Junio de 2015). Ley 1755. Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República. (2 de enero de 1984). Decreto 01. Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República. (14 de octubre de 2014). Decreto 2041. Bogotá D.C., Colombia.

Jurisprudenciales:

Consejo de Estado. (2012). Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Bogotá: Nomos Impresores.

Corte Constitucional, (21 de Noviembre de 1994). Sentencia C-519, L.A.T.-036

Corte Constitucional de Colombia, (1 de Marzo de 1995). Sentencia C-083, D-665.

Corte Constitucional, Sentencia C-328, D-722 (Corte Constitucional 27 de Julio de 1996).

Corte Constitucional de Colombia, (13 de Noviembre de 1996). C-617, D-1339.

Corte Constitucional de Colombia, (6 de Mayo de 1998). Sentencia C-098.

Corte Constitucional de Colombia, (21 de Septiembre de 2006). Sentencia T-796, Expediente T-1330716 Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-796-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia, (1 de Diciembre de 2010). Sentencia C-980

Obtenido de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-980-10.htm>

Corte Constitucional de Colombia, (29 de Enero de 2014). Sentencia C-034,

Expediente D-9566. Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-034-14.htm>

Corte Constitucional, (04 de Junio de 2014). Sentencia C-341, Expediente D-

9945. Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-341-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia, (diciembre de 2014). C-951, PE-041.

Corte Constitucional de Colombia, (10 de febrero de 2016), Sentencia C-054,
D-10888.