

Las Medidas de Satisfacción en los Procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

LUISA NATALIA GUERRERO OCHOA

CÓDIGO: 2162339

“Trabajo de investigación presentado como requisito
para obtener el título en la Maestría en Derecho Público”.

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Público – Octava Cohorte

Bogotá, noviembre de 2018

1. Contenido

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO. LOS PARADIGMAS	9
1. EL PARADIGMA	11
2. EL PAPEL DEL OPERADOR JURÍDICO Y LOS CAMBIOS DE PARADIGMAS	27
3. LA RUPTURA DE PARADIGMAS CON EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO.....	31
CAPÍTULO SEGUNDO. ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	34
1. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN.....	40
2. LA DIGNIDAD HUMANA	42
2.1. ANTECEDENTES.....	42
2.2. <i>FINALIDAD DE LA DIGNIDAD HUMANA</i>	46
3. COMPRENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	49
4. LA HONRA, HONOR Y EL BUEN NOMBRE	61
5. REPARACIÓN INTEGRAL	73
7. SUJETOS DETERMINABLES	88
CAPÍTULO TERCERO. MEDIDAS DE SATISFACCIÓN	94
1. DEFINICIÓN.....	94
2. ANTECEDENTES INTERNACIONALES.....	96
3. ANTECEDENTES NACIONALES	99
4. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y MATERIAL	101
5. PRECEDENTE INTERNACIONAL Y NACIONAL	105
6. LAS MEDIDAS DE SATISFACCIÓN ANTE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	112
CAPÍTULO CUARTO. MEDIDAS DE SATISFACCIÓN EN EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	121
GENERALIDADES	121
1. SERVIDORES PÚBLICOS.....	121
2. DEL CONTROL AL ESTADO	127
3. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	134
4. EL ROL DEL JUEZ ANTE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	139
5. LA FINALIDAD PREVENTIVA DE LAS MEDIDAS DE SATISFACCIÓN	145
CONCLUSIONES	158
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	162
<u>APÉNDICE</u>	<u>171</u>

Introducción

La actividad de juzgar que adelantan los funcionarios adscritos a la rama judicial, es una experiencia única, cuando se colocan todos los sentidos para interpretar y poner en la mesa (audiencia o sentencia), los aditamentos necesarios para ponderar derechos, y tomar decisiones que dejen ese aire de satisfacción entre las partes, pero ante todo en la sociedad, quien observa cuidadosamente esa labor trascendental del ejercicio del derecho.

El presente estudio, específicamente toma esos componentes que están en el mundo fenomenológico, empleados ya en algunas culturas jurídicas y con excelentes resultados, en especial aquellas teorías que propenden por rescatar la esencia del ser humano, quien en últimas es el creador de la norma, pero a la vez, el sujeto pasivo de la misma.

La efectiva protección de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre en los procesos de retiro del servicio de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, conlleva a pensar en la posibilidad de implementar en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, figuras propias de la justicia transicional, tales como las medidas de satisfacción, bajo el concepto de reparación del daño, con el fin de atender a ese llamado de justicia que en algunos casos reclama a gritos la sociedad.

Lo anterior, por cuanto la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo ha sido muy pacífica al momento de analizar el daño causado a los servidores públicos retirados, quienes en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho acuden a la administración de justicia en busca de una reparación integral, la cual en la mayoría de los casos se ve frustrada por los rigorismos exegéticos que limitan la acción de los jueces, puesto que por muchos años la petición de indemnización de perjuicios no estaba llamada a prosperar

en ésta clase de procesos, en cuanto no era admisible tener al retiro del servicio como un hecho que afectara los sentimientos o la honra, y mucho menos que dieran lugar al reconocimiento de perjuicios morales cuando con el restablecimiento se cubrían todas las expectativas del demandante, en especial la del reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales.

Si bien esta tesis fue modulada por la sección segunda del Consejo de Estado en el año 2000, no es menos cierto que en la actualidad, con frecuencia, las pretensiones de reparación del daño son despachadas desfavorablemente, toda vez que, al partirse de la improcedencia, en la mayoría de los casos el valor probatorio se vuelve más riguroso para poder acceder.

No olvidemos que el cambio de estructura de Estado de derecho a Estado social de derecho implicó para Colombia una reinterpretación de las estructuras básicas de éste, donde cada uno de sus elementos se sometieron a los valores fundantes de la carta por gozar ésta de fuerza normativa y, a la asunción de diversas medidas de defensa de los derechos (Torres, 2012).

Es así como dentro del debate contemporáneo (Haberle, Peter, 2003) señaló que la libertad fundamental en un estado constitucionalista se da a partir de los derechos fundamentales, por ser éstos el fundamento principal de la constitución y la finalidad del estado.

Este postulado, ha tenido eco en la jurisdicción de lo Contencioso, es así como el legislador estableció claramente en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo que, todos los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción tiene por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, entre éstos, la dignidad humana como derecho fundamental. Por ello se determinará si existe la posibilidad de mover algunos obstáculos fijos que la misma costumbre ha tornado en dogmas,

pues, de presentarse rupturas en los paradigmas, podremos resolver el interrogante de esta investigación con el fin de establecer si ¿son o no aplicables las medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral?. Para contestar esta pregunta, se ha formulado como objetivo principal el determinar la aplicabilidad de las medidas de satisfacción, como reparación del daño en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, para los casos de retiro definitivos del servicio. Como objetivos específicos tendremos i. establecer la importancia de los derechos fundamentales a la honra, buen nombre y dignidad humana y su protección en la jurisdicción de lo contencioso, como pilar del estado social del derecho, dentro de la órbita laboral de un servidor público retirado injustamente del servicio; ii. identificar las características esenciales de las medidas de satisfacción, bajo el contexto de reparación, iii. analizar la viabilidad de la imposición de medidas de satisfacción como reparación del daño en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, fuera del contexto de conflicto armado interno y, iv. describir la importancia que tendría en el derecho administrativo colombiano el reconocimiento de medidas de satisfacción, como consecuencia de la nulidad de actos administrativos de carácter particular.

Para que las medidas de satisfacción en los procesos de retiro del servicio reparen los daños causados a los derechos fundamentales, entre otros, a la honra y el buen nombre, como hipótesis de este trabajo se plantea tener presente el deber que tienen todos los Jueces de la República, en especial del contencioso, de velar por la efectiva protección de los derechos fundamentales, con el fin de que, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, se reparen integralmente los daños causados a un servidor público separado injustamente de su cargo, independientemente de que su lesión o vulneración provenga de un acto administrativo. Entonces, la reparación será integral en la medida que se

tome la vulneración de dichas garantías constitucionales, como un perjuicio inmaterial clasificado dentro de la tipología de bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos.

La idea de investigación partirá de un estudio de tipos descriptivo, prescriptivo y dogmático, con el fin de describir la posición existente respecto de la aplicación de medidas de satisfacción en la Sección Tercera de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, bajo la influencia de la jurisprudencia internacional y, así, poder establecer su aplicabilidad en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de la mano del bloque de constitucionalidad.

De acuerdo con el tipo de investigación definido, el enfoque será cualitativo, ya que utilizarán elementos de esta naturaleza para caracterizar el problema definido en cuanto al análisis de la aplicabilidad de un concepto de justicia transicional a los procesos laborales contenciosos.

El método adecuado es el inductivo debido a que se parte de una temática particular como lo son las medidas de satisfacción desarrolladas por la sección tercera del Consejo de Estado. En ese contexto, también puede afirmarse que los procesos de recolección de la información estarán delimitados por los parámetros metodológicos definidos en la investigación descriptiva y de la misma forma, fundamentándose en fuentes primarias y secundarias como la revisión documental y la jurisprudencia nacional e internacional, la cual se ha empleado para la obtención de información. Como instrumento para medir las variables bajo estudio se utilizarán las fuentes documentales citadas en las referencias bibliográficas.

Para tal fin, en el primer capítulo. *Los paradigmas*, se estudiará que es un paradigma, su connotación en los ámbitos jurídicos como presupuesto de cambio ante las nuevas realidades sociales. Así mismo, se analizará la incidencia que tendrá la propuesta en el pensar

y actuar del operador judicial y su impacto en la sociedad, dado el papel preponderante que juega la administración de justicia; posteriormente, desde un marco interpretativo, se contemplará la posibilidad de inclusión de las medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el ánimo de que éstas protejan los derechos a la honra, honor y buen nombre de aquellos servidores públicos que son retirados del servicio intempestivamente bajo el amparo de un acto administrativo motivado falsamente o proferido con desviación de poder, que afecta a la persona en sociedad y, por ende, la imagen que construyó con cada día laborado, habida cuenta que la reparación de los daños no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica que se concede a título de restablecimiento del derecho.

Es así, como se pretende analizar la viabilidad de aplicar *mutatis mutandi* las medidas de satisfacción, sin que exista norma positiva que así lo disponga, toda vez que el escenario se muestra propicio ante la ruptura de paradigmas que le correspondió hacer al máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, a fin de no sentirse, por así decirlo, suplantado por la jurisdicción internacional que imponía condenas al Estado colombiano en materia de medidas de satisfacción, por omisiones o extralimitaciones causadas por sus agentes, en otras palabras se pretende establecer si las medidas de satisfacción que se vienen aplicando en los procesos relacionados con el conflicto armado interno de conocimiento de la sección tercera, y en algunas ocasiones en eventos distintos a éste, pueden o no aplicarse a situaciones en las cuales agentes del Estado vulneren derechos fundamentales de otros servidores públicos.

Por eso, se estudiará en el segundo capítulo. *Estado social de derecho*, los cimientos del cambio normativo y material del país, con sus componentes de dignidad humana, derechos fundamentales, con especial énfasis en la honra, honor y buen nombre, mirado desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional con el fin de determinar cómo los daños ocasionados

por vulneraciones a los derechos fundamentales, pueden ser reparados bajo un concepto distinto al pecuniario, bajo una óptica de la reparación integral, teniendo como premisa que el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo señala que, todos los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción tendrán por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley.

Así las cosas, el contexto de aplicación de las medidas de satisfacción que se plantea, tienen relación directa con el individuo en una sociedad dentro de la cual se manejan poderes omnímodos por parte de la administración. La existencia del cambio paradigmático que generó la transición del modelo de Estado en Colombia, cubre todos los ámbitos, incluyendo el aparato judicial, pues, como lo expone el jurista Diego López, el Juez debe atreverse a generar cambios amparado en los proyectos constitucionales que son inherentes al Estado social de derecho. (López, 1999).

En Colombia, la jurisprudencia contenciosa administrativa a través de sendos pronunciamientos en materia de reparación directa, abrió la puerta al reconocimiento de perjuicios y daños invalorable pecuniariamente, primero desde la órbita del conflicto armado y, luego en temas diferentes a ese contexto. En tal sentido, en el capítulo tercero. *Medidas de satisfacción*, se hará un recorrido por la doctrina nacional e internacional, con el fin de conocer el surgimiento de las medidas de satisfacción, los efectos que se han presentado a lo largo del tiempo desde su implementación y la evolución e ingreso en Colombia.

Por su parte, en el capítulo cuarto. *Medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho*, se determinará si fuera del contexto del conflicto armado interno, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede imponer a título de reparación del daño medidas de satisfacción en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por violación a los derechos fundamentales a la dignidad, honra y

buen nombre de los empleados públicos, si tenemos en cuenta que, el concepto de daño ha sido un tema vedado, pues, en un principio y por muchos años la posición jurisprudencial de la sección segunda del consejo de estado, señalaba que, la condena por daños morales no procedía en cuanto los casos de insubsistencias no podían equipararse a un hecho que afectara los sentimientos o la honra de las personas, tesis que fue modificada posteriormente mediante sentencia del 13 de julio de 2000, dentro del expediente No. 529-00, considerando que dicha orientación no podía ser tomada como una regla fija e inmodificable al no existir en el ordenamiento una disposición que así lo estableciera.

Si bien, esta tesis abrió la puerta a la reparación del daño, la realidad es que, a pesar de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de retiro del servicio y la existencia de petición expresa de reparación a bienes constitucionalmente protegidos, ésta se niega, entre otros, por falta de un informe técnico que evidencie el perjuicio o por inexistencia de prueba idónea. Un claro ejemplo es la sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007), de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la que pese haberse indicado en la demanda que el acto de insubsistencia ocasionó un daño moral al demandante, en cuanto la honra y su prestigio se vieron menguados por la decisión que trascendió el ámbito profesional y social, se negó con fundamento en los siguientes argumentos:

“Con el fin de probar tal acierto se recepcionó el testimonio del psicólogo José Lindemeyer Fajardo Aya (fls. 171 a 176) y se aportó el informe psicológico y plan de tratamiento del señor Alfonso Martínez Aguilera (fls. 234 a 237), donde se evidencia que el actor tuvo cambios conductuales y serios bloqueos emocionales, que requirieron de tratamiento especializado con ocasión de su retiro intempestivo del servicio en las condiciones que antecedieron el acto, de acuerdo con las cuales, se cuestionó su honorabilidad y buen manejo en la gestión pública. Sin embargo esta prueba por sí

sola no es suficiente para ordenar el pago de los perjuicios morales ya que el instrumento adecuado para demostrarlos no es el testimonio sino un dictamen pericial que requiere ser controvertido frente a la entidad demandada. Como la parte actora no cumplió en este aspecto con la carga probatoria que le impone el artículo 177 del C. de P. C., el cargo no puede prosperar.” (Consejera Dr. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 2007)

Lo anterior, motivó a analizar si el paradigma actual de la Sección Segunda, en materia de retiros del servicio, puede o no ser modificado, con fundamento en el cambio de régimen de Estado de derecho a Estado constitucional, en pro de la dignidad humana.

Capítulo primero. Los Paradigmas

“Consideremos una idea a la vez.

Sin duda la estructura guarda un determinado orden;

sin embargo, la historia -reclaman los historiadores-

no es uniforme.”

Ian Hacking

Con el presente trabajo se considera importante enunciar desde el ámbito filosófico, la necesidad de evolucionar, transformar y generar un nuevo conocimiento, en beneficio del ser humano en sociedad, lo cual implicará la imposición de condiciones a tener en cuenta en los eventos que resulte condenado el Estado, por actuaciones que haya realizado e involucre el retiro del servicio de un funcionario público por destitución, declaratoria de insubsistencia, retiro discrecional, renuncia provocada, supresión del cargo, entre otros.

El cambio que se propone, es en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, específicamente en los procesos en que se demanda la nulidad del acto administrativo que ordenó el retiro, y más que el reintegro al cargo y al pago de salarios y prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho, se pretende la indemnización de los perjuicios causados por la violación de los derechos fundamentales a la honra y buen nombre.

Los procesos de retiro del servicio se han limitado en la mayoría de los casos a la declaratoria de nulidad y al restablecimiento implícito del derecho, dejando de lado el estudio de la reparación del daño, concepto que la norma jurídica ha contemplado desde el código

contencioso administrativo, pero que jurisprudencialmente poco se ha desarrollado en tanto la condena se reduce al restablecimiento del derecho.

Por ello, la propuesta es que el juez administrativo contemple la posibilidad de analizar el concepto de indemnización por la ocurrencia del daño, ya no bajo su investidura de operador judicial de lo contencioso si no desde la de juez constitucional, en pro de la efectiva protección de los derechos fundamentales que con el acto administrativo se hayan vulnerado.

Las medidas de satisfacción son esa herramienta jurídica que permitirán restablecer el derecho a la dignidad, honra o buen nombre que haya en mancillado la administración, concepto que desarrollaremos con mayor precisión en el capítulo tercero. No obstante, y con el objetivo de explicar la importancia de la propuesta, previamente se analizará qué es un paradigma, su aplicabilidad y efectos, concepto necesario para establecer la viabilidad de las medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad y restablecimiento de carácter laboral.

Los cambios se deben entronizar poco a poco, solo en esa medida, las teorías sobre las cuales descansa la mutación propuesta, podrán ser validadas por un número determinado de científicos, lo que contribuirá a la modificación de esos paradigmas arraigados en una sociedad, ya sea por la costumbre o por la aplicación actual de la norma jurídica, tomando como punto de partida, la Constitución.

El momento actual que vive Colombia, con el cambio de legislación y jurisprudencia, es oportuno para empezar a sembrar los primeros pinos en materia de implementación de medidas de satisfacción en los eventos en que realmente se afecte la dignidad humana de aquel servidor público que dejó la administración producto de un acto intempestivo o por un proceso disciplinario que le impuso como sanción destitución con inhabilidad general.

1. El paradigma

El camino que se construye no surge de la nada, se estructura con el paso del tiempo y el entorno, generando cambios, algunos significativos y elocuentes, y otros menos visibles pero igualmente trascendentales. El tema de los paradigmas en la implementación de nuevas teorías en el ámbito jurídico colombiano ha de analizarse desde la óptica del garantismo, de los valores, principios y de los cambios del formalismo al antiformalismo, que mueven la transformación social, y es, precisamente, la inserción de nuevos conceptos como las medidas de satisfacción en otras áreas del derecho administrativo, donde toma auge el tema paradigmático.

Los paradigmas para Thomas Kuhn son realizaciones científicas universales reconocidas, que durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica (Montenegro, 2011), tesis que sobre el tema a abordar, permite hacer un símil ante la solución que esporádicamente se ha estado dando en materia de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

De la aproximación conceptual que realiza el autor se infiere que, la crisis del paradigma, en algún momento, obliga a la búsqueda de nuevas formas de conocimiento frente a la transformación social; por cuanto la ciencia evoluciona, con las respuestas que día a día arrojan los problemas.

Estima que en un proceso de investigación se da prioridad al paradigma que prevalece en el momento histórico, y es bajo este escenario donde la crisis del paradigma incita su cambio para dar respuesta a las necesidades que surgen, ya sea porque con el vigente no se puede resolver, o porque las soluciones que arroja son insuficientes, situaciones éstas que

denomina el teórico como revolución científica, en cuanto de allí se establecen nuevos criterios.

La reparación bajo el concepto de restablecimiento del derecho, fue un paradigma que acompañó a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo como forma de resarcir el daño causado por parte del ente estatal a título de restablecimiento, pero no como complemento de aquellas reparaciones no pecuniarias. No obstante, la adopción de estándares internacionales ha permitido establecer nuevos criterios que dan mejor respuesta al tema de reparación del daño a partir de las medidas de satisfacción.

Si bien es cierto, todas las salas del Contencioso no han adoptado la transversalidad de las medidas de satisfacción bajo una interpretación más amplia, no implica, que los nuevos escenarios no permitan la adopción de éstos esquemas de reparación en temas ajenos al conflicto armado interno.

En el análisis del tema en estudio, un buen ejemplo para contextualizar es la frase que se conoce como mito para modificar, en el sentido que se pretende cambiar una costumbre que, si bien se ha aplicado a determinados hechos con sus resultados, es el momento de transportarlo a otros escenarios que permitan, entre otros, brindar mejores opciones a los sujetos pasivos de la acción del Estado y cumplir la función preventiva de evitar futuros casos.

Un ejemplo práctico es la teoría de la carga dinámica de la prueba, que otorga la facultad al juez de determinar cuál de las partes en el proceso está en mejor posición para aportarla, so pena de sufrir las consecuencias por no allegarla, evento que era de difícil aquiescencia en otra época, pues, solo a través del ejercicio doctrinal y jurisprudencial hoy en día se encuentra implementada a nivel nacional y un poco menos nueva en la jurisprudencia internacional toda vez que, los operadores judiciales se mostraron reacios en exigir de la administración el aporte de éstas, ni siquiera en aquellos casos en que se sabía que le era más

fácil allegarla al proceso o porque era el único capaz de aportarla, colocando al demandante en una posición desfavorable (Apéndice No.1 y 2).

Es así como, gracias a la reiteración doctrinal y a la aplicación paulatina en los despachos judiciales, tomó fuerza en Colombia la doctrina de la carga dinámica de la prueba o también conocida como deber-obligación de aducir pruebas, primero en los eventos de responsabilidad médica, luego en algunos casos de retiros de la fuerza pública, como el de los conscriptos (Corte Constitucional, 2004) hasta llegar a positivarse en el Código General del Proceso. (Apéndice No.3)

Por lo anterior y en aras de contextualizar el tema bajo estudio, se busca aterrizar las nuevas teorías que pretenden implementarse, habida cuenta que según Kuhn, la historia no proporcionará nuevos conceptos como quiera que los datos históricos siguen buscándose y examinándose desde las escrituras plasmadas con base en los mismos hechos científicos (Kuhn, 2013).

Seguir interpretando las teorías existentes, dentro de un encasillamiento doctrinal, jurisprudencial o legal, no permitirá cambios en la aplicación de la norma y, menos aún la inclusión de nuevas formas de resarcir daños en las demandas contra el Estado, como fue el caso de la implementación de las medidas de satisfacción en el marco del conflicto, casi determinada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo a los principios de Joinet (Lopera, 2004).

Así las cosas, Kuhn expresa que la influencia de las tradiciones que operan para que llegue una revolución científica, tienen que ver principalmente con lo que denomina como “paradigmas”, entendido como la consecuencia de la sustentación de una teoría, es decir, antes de un paradigma existe una teoría, y cuando esta teoría es probada y confirmada, ésta pasa a

ser un paradigma y no es posible compararlo con un modelo o un patrón (Kuhn, 2013, pág. 132).

Evidentemente, para que una teoría se convierta en un paradigma no basta con que una persona suministre una teoría y la fundamente racionalmente; pues ésta debe ser aceptada y respaldada por un grupo de científicos, con el fin de fortalecer las bases teóricas en la razón y las experiencias.

Por lo anterior, es que el autor define a la ciencia como un fenómeno puramente intersubjetivo, es decir, el acuerdo en el punto de vista de cada científico con respecto a un grupo de miembros de una comunidad científica. (Kuhn, 2013, pág. 348).

Para el tema en estudio, los científicos van a ser los juristas adscritos a la rama judicial, que han venido aplicando únicamente medidas indemnizatorias pecuniarias en las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, descartando la opción de las sanciones simbólicas al Estado.

Sin embargo, no siempre un paradigma sustituye a otro en forma total, siendo un fenómeno importante para la sustitución de los paradigmas: la inconmensurabilidad como la “incomparación” de dos cosas, es decir, cuando dos cosas son incomparables, se dice que son inconmensurables, aunque se traten teorías con las mismas palabras; al fin y al cabo referido a paradigmas, el nuevo siempre tendrá postulados del viejo desde el punto de vista del científico, haciendo que dicha teoría sea contrapuesta con otra, en el entendido que, si lo que se busca es reemplazar una teoría ya existente, de contera habrá de precisarse que la nueva pretende plantear mejores y nuevos argumentos para derruir la anterior, lo que en palabras de Kuhn, es inconmensurabilidad de normas y definiciones.

Es así como en Colombia, por muchos años, la reparación había sido concebida solo a partir de la indemnización, no obstante, hoy en día los juristas han abordado nuevos criterios y

por ende alcances que permiten divisar en las medidas de satisfacción una reparación mucho más integral frente a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Para recrear la anterior argumentación, Kuhn, plantea un ejemplo enunciando la actividad de un investigador, en los siguientes términos:

Un investigador que esperaba aprender algo sobre lo que creían los científicos qué era la teoría atómica, les preguntó a un físico distinguido y a un químico eminente si un átomo simple de helio era o no una molécula. Ambos respondieron sin vacilaciones, pero sus respuestas no fueron idénticas. Para el químico, el átomo de helio era una molécula, puesto que se comportaba como tal con respecto a la teoría cinética de los gases. Por la otra parte, para el físico, el átomo de helio no era una molécula, ya que no desplegaba un espectro molecular. Puede suponerse que ambos hombres estaban hablando de la misma partícula; pero se la representaban a través de la preparación y la práctica de investigación que les era propia. Su experiencia en la resolución de problemas les decía lo que debía ser una molécula. Indudablemente, sus experiencias habían tenido mucho en común; pero, en este caso, no les indicaban exactamente lo mismo a los dos especialistas. (Kuhn, 2013, p. 171).

Lo anterior, presenta un claro ejemplo del concepto de inconmensurabilidad, donde los dos paradigmas son opuestos, si se quiere ver de ese modo, y no porque uno sea distinto al otro, o por el punto de vista de los científicos, uno va a ser mejor que el otro, y va a relegarlo; en este caso los dos paradigmas son correctos para cada científico y para el área en que se desenvuelven, cada uno está viendo la situación con anteojos diferentes, basados tanto en la idea que posee como en los objetivos que éste espera alcanzar. Solo en la medida que se mire desde este punto de vista el cambio se podrá comprender la necesidad de un conocimiento

dinámico, con el fin de evitar la existencia de una única ruta de problemas o soluciones, que es lo analizado en el presente escrito.

Son pues, los cambios de paradigmas los que han permitido la evolución de los pueblos desde su conformación jurídica estatal pasando de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, dentro del cual se humaniza la letra de la norma superior para cambiar de la impronta del legalismo formal a la irrupción de la dignidad humana, la libertad, los derechos inalienables, imponiendo el nuevo paradigma, llenándolo de valores y principios. (Cea Egaña, 2005).

Así las cosas, aterrizada la teoría del cambio de paradigma, se enfocará desde la óptica del precedente la implementación de las medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, con la clara percepción de que la sola propuesta traerá consigo dificultades, en tanto se está entre expertos del derecho; disciplina que trae consigo la disertación desde diferentes ángulos, con argumentos muy fuertes.

En consecuencia, transformar lo que desde la vigencia del código contencioso administrativo era la generalidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del Decreto 01 de 1984), pues, si bien, otorgaba la posibilidad a todas las personas que se creyesen lesionadas en un derecho amparado en una norma jurídica, a acudir a esa jurisdicción para buscar la reparación del daño, no es menos cierto que ha sido doctrina, en la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, que la indemnización por perjuicios es ajena a estas acciones de carácter laboral, debido a que en los casos en que se accedía a lo pretendido en la demanda, se ordenaba el reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de percibir, con los respectivos aumentos legales, constituyendo ello la reparación, bajo un concepto muy básico de indemnización *in natura*, dejándose de lado la reparación del daño, en

especial aquellos inmateriales que ni con la condena de reintegro se reparan (Tribunal Administrativo Cundinamarca, 1992), evento que fue reiterado en la sentencia del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, donde sostuvo que la petición de indemnización de perjuicios no estaba llamada a prosperar, por cuanto los casos de las insubsistencias no podían equiparse a un hecho que afectara los sentimientos o la honra de las personas, que configurara el derecho a un perjuicio moral. (Consejo de Estado, 1995). (Apéndice No.4).

Son precisamente esos cambios de teorías estáticas las que se propenden permear para que cuando se evidencie la posibilidad y necesidad de imponer en el fallo una medida de satisfacción, se condene a la entidad a una declaración oficial en la que se presente disculpas y se realice un reconocimiento público de su error por la expedición del acto de retiro del servidor, restituyéndose así su honra y buen nombre, acto que motivará al Estado a la corrección de sus actuaciones en lo sucesivo.

Seguramente la dificultad para esta teoría se presentará con los jueces y operadores tradicionales, a quienes se les otorgarán unos lentes nuevos (escritos, charlas, clases universitarias y todos aquellos espacios académicos donde se pueda exponer), en aras de ponerlos a ver con una nueva visión, como lo expresa Kuhn en su obra, al referirse del científico como “un sujeto experimental que se pone unos anteojos con lentes inversores de la imagen, inicialmente ve el mundo cabeza abajo, pero una vez el sujeto ha comenzado a manejarse en este nuevo mundo, todo su campo visual se invierte”, lo que trasladado al descubrimiento de un nuevo paradigma, significa la ceguera en un comienzo y la recuperación de la visión al final, en otras palabras, los objetos que antes se encontraban ante ellos, pero que desconocía, los encuentra transformados totalmente en muchos de sus detalles. (Kuhn, 2013, pág. 258).

Es así, como se propende por la implementación de las medidas de satisfacción -las cuales estudiaremos en el capítulo tercero-, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, conscientes de que los operadores de la tesis jurídica tradicional, ante los nuevos postulados para el resarcimiento, no comprenderán nada al comienzo y se opondrán, pero, solamente el paso del tiempo les permitirá observar la finalidad de las nuevas medidas y empezará el cambio.

El planteamiento de alternativas que promuevan la renovación y el cambio de la sociedad y el fracaso de las reglas existentes, servirán de entrada a la búsqueda de otras nuevas, esto fue precisamente lo que abordó el máximo tribunal de lo contencioso cuando en 1999 implementó las medidas de satisfacción en las condenas al Estado, al disponer el retorno de restos mortales en el caso del fallecimiento del señor Héctor Jaime Beltrán, desaparecido en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia (Consejo de Estado, 1999), donde comprendió que las personas afectadas por las acciones del Estado en el conflicto armado interno, no estaban siendo suficientemente resarcidas, basándose en pronunciamientos de jurisdicciones internacionales con el propósito de garantizar los derechos de éstas, direccionados a resaltar su dignidad, conservar su memoria y, sobre todo, a mitigar el dolor de las víctimas, lo que *mutatis mutandi* para el tema en estudio se denominaría sujeto pasivo de la acción del Estado, actor, demandante, servidor público, en los eventos de nulidad y restablecimiento del derecho. El concepto de dignidad humana lo desarrollaremos en el segundo capítulo conforme al principio de irradiación constitucional, no solo desde la mirada del principio *pro homine* desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino también, desde la versión del derecho material y su efectividad, integrando todas las dimensiones de la persona.

Todo lo expuesto permite sentar las bases de nuestro estudio, indicando que, para buscar un cambio en cualquier ámbito de la ciencia, siendo el derecho una ciencia, debe ser

paso a paso de forma progresiva y firme, debidamente argumentado con solidez, y el campo de lo contencioso administrativo se considerará un terreno fértil para plantar esa semilla del cambio de paradigma de la reparación del daño en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto este evento comprende la transformación de estructuras, de costumbres dentro de un Estado social de derecho y conlleva la mutación de todo el entorno, que involucra la misma sociedad y por ende el mundo.

Lo que antecede, permite recordar que la idea de progreso científico debe ser redimensionada, en cuanto no puede residir en un acercamiento en línea recta a la verdad, como si el paso de un paradigma a otro consistiese en "un proceso de evolución hacia algo". Al contrario, antes que entender el desarrollo científico como un perfeccionamiento progresivo hacia una meta o hacia una verdad fija, debe ser visto sencillamente como una evolución a partir de lo que conocemos, y precisamente la puesta en marcha de las medidas de satisfacción por hechos acontecidos con ocasión del conflicto, incluso en eventos por fuera del mismo es lo que realmente conocemos, teniendo como referente el modelo constitucional implementado en Colombia, como se verá en el segundo capítulo.

Estos cambios no se dan en virtud de argumentos lógicos o pruebas experimentales realizados por los científicos en conflicto. Tampoco es válido considerar que hay datos neutros o cambios de interpretación al surgir los nuevos paradigmas, puesto que cada paradigma – tanto el viejo como el nuevo- se mueven dentro de un universo de datos que le es específico y, por tanto, no compartido. Se dice entonces que no hay diálogo propiamente dicho entre los defensores de paradigmas en batalla, porque los paradigmas son inconmensurables: sus problemas, sus normas y sus mundos divergen. De este modo, es imposible un proceso de demostración.

En reflexión a lo anterior, se debe estar consciente que los argumentos de ambas teorías, la negativa referente a la imposibilidad de aplicar medidas de satisfacción en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y, contrario sensu, la positiva, tendrán sus contradictores, no obstante, será el medio y la sociedad que poco a poco irán aceptando el cambio de estructuras, sobre todo, porque dentro del Estado social de derecho formulado en la Carta de 1991, se imponen cargas a la administración esenciales para el cumplimiento a los fines constitucionales, seguridad jurídica y justicia, desarrollo de la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales que analizaremos en el siguiente capítulo.

Un buen referente en materia de cambio de paradigmas, es tomar la transición del pensamiento jurídico que ha sufrido la doctrina latinoamericana del siglo XX, donde se denota un trasplante de la teoría del formalismo al antiformalismo, al establecerse que ésta no era la única posibilidad para concebir los problemas jurídicos, como era el evento que:

El legocentrismo en tiempos del clasicismo teórico negó la implementación de instituciones formales de control constitucional que permitiera abrir el canal de argumentos jurídicos a las interpretaciones normativas de la época, toda vez que la modificación y anulación post legislativa de las leyes eran concebidos como actos de usurpación en la medida que la obediencia judicial se consideraba el valor supremo, donde a los jueces no les era dado examinar la constitucionalidad y mucho menos la conveniencia de la regla. (López Medina, 2013, p. 204).

Es así como, el clasicismo se enfrenta antagónicamente con los postulados de una nueva sensibilidad teórica, con el propósito de criticar radicalmente tanto la exegesis como el conceptualismo y establecer el verdadero rol que asume el derecho en las transformaciones sociales, que no se detienen a cortejar construcciones conceptuales carentes de respuesta a la realidad y necesidades históricas, convirtiéndose entonces en un discurso atractivo al

reexaminarse las bases teóricas, tomando esta ciencia como lo que es, cien por ciento dinámica.

El cambio en el mundo y recientemente en Colombia de un Estado de derecho a un Estado social de derecho, conlleva *per se* un cambio en el modelo y pensamiento jurídico, toda vez que “*se pasa de un tradicional gobierno de leyes, donde impera el ordenamiento jurídico*” (Zagrebel'sky, 2008, pág. 87) a un gobierno constitucionalista, es decir, del imperio de la Ley, así fuere arbitrario, a una aplicación de la misma pero desde el punto de vista de una Constitución como forma de convivencia.(Apéndice No.5)

Es por tal razón, que el nuevo derecho rompe esa teoría absolutista al reconocer la legitimidad y la necesidad de articular críticamente discursos morales que potencian valores de la convivencia en el marco de la libertad, la igualdad, la dignidad y el respeto por la diferencia (López Medina, 1999), eventos necesariamente relacionados con la imposición de las medidas de satisfacción a desarrollar en la Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Lo expuesto, ha sido el fruto del recorrido que ha tenido el mundo a través de las diferentes luchas producto de las formas de gobierno que en Europa se vivieron, que fueron cambiando en los siglos XVII y XVIII, cuando empezó a decaer el poder real, siendo la monarquía francesa la que vio cómo la población a través de sus crecientes exigencias, se tornaba difícil y, observó cómo se iba quedando solo, porque había vendido todo el derecho a gobernar; evento que culmina con la promulgación de derechos en 1789 (Ferrero, 1988), lo cual necesariamente fue fruto de situaciones inestables entre el Rey y la burguesía, de donde empieza a formarse la constitución como acuerdos para sobrevivir frente a los movimientos sociales, siendo los primeros cambios paradigmáticos en el ámbito político, empezándose a hablar del poder constituyente y el poder constituido, el primero originario del pueblo y el segundo para el parlamento. (Zagrebel'sky, 2008, pág. 115).

Es importante agregar, que ese poder que reclamaron las mayorías en su momento, dio también origen a la democracia, habida cuenta, que éstas no podían mandar por sí mismas, para esto requerían de la delegación del poder, y es allí donde surge la representación del pueblo, en contraposición de los regímenes monárquicos y las aristocracias, que comenzaron a declinar en los años 1917 y 1918 en Europa, empezando por Francia y Rusia, sin que lo mismo aconteciera en otros países europeos, donde la clase alta, prefirió seguir sometida, porque aseguraban su condición social.

Se habló entonces de la Soberanía interna, como una autoridad absoluta necesaria para la organización del Estado, en la cual se clasificó el denominado contrato social de Juan Jacobo Rousseau, al indicar que las formas legítimas son las que se asientan en la soberanía del pueblo (Dalla, 2009), de donde por ende surgen las políticas que ha de contener la Constitución y las cuales se verán reflejadas en la labor interpretativa del juez.

Son todos esos postulados enunciados, los que han contribuido al cambio doctrinal, legal y jurisprudencial en el mundo jurídico y, por ende, con repercusión en la sociedad y en las formas de interpretar y desarrollar el derecho, situación que no desconoce la existencia de un mapa de ruta, cual es la Constitución.

Ha sido precisamente esa Carta, la que otorga las bases para que el funcionario judicial al momento de aplicar la Ley, tenga en cuenta su espíritu, antes que la letra fría que en ocasiones posee un *corpus iuris*, aunado a que las letras no siempre van a reflejar todo el pensamiento de un pueblo representado por sus legisladores.

Cabe anotar que sobre la base de la Constitución como poder originario se empiezan a tejer un sinnúmero de facultades que se van a desprender del espíritu del texto superior. Comienzan por lo tanto esas ideas de transformación de las teorías jurídicas, verdadera

creatividad en los jueces y operadores jurídicos a partir de la interpretación del texto constitucional, con el fin de desentrañar esos principios que deben ser satisfechos.

Buen antecedente de este cambio, y que se considera pertinente traer al estudio como ejemplo a tener en cuenta en el cambio de paradigmas, es el caso *Marbury vs Madison* de 1803, donde el Juez Marshall anuló una Ley Federal por estar en contra de la Constitución, evento que fuera punto de soporte en el caso *Mcculloch vs. Maryland* (1819), proferida de igual forma por el citado Juez, donde se reforzó con la idea expresada allí: *“a la hora de abordar esta cuestión, no podemos olvidar que lo que estamos interpretando es una constitución”* (El Federalista, 1819, p. 126).

Todo lo expuesto, para significar que los cambios de paradigmas surgen a partir del margen que otorga la Constitución en cada país a los jueces en su aplicación de la norma, permitiendo un margen de discrecionalidad soportada en el texto y el espíritu del mismo como parámetro final. Evento que debe verse reflejado en la implementación de las medidas de satisfacción por fuera de los cánones legales que existen en la actualidad en el contexto colombiano.

La clave está en no pretender quedarse en la victoria obtenida por el cambio del constitucionalismo como dice Ferrajoli, y que es pleno reflejo del problema actual en materia de medidas de satisfacción por fuera del conflicto armado interno, sino asimilar que “los derechos fundamentales deben ser garantizados y concretamente satisfechos” (Ferrajoli, 2000, pág. 177), evento que debe motivar a los funcionarios judiciales a estudiar si con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se puede buscar el pleno resarcimiento del daño causado por la entidad del Estado.

En materia de cambio de paradigmas, no solamente la forma de asimilar las normas y su interpretación debe apropiarse, sino también debe tenerse presente cómo fue el cambio

legislativo que tuvo el modelo constitucional, al advertir su valor supremo en reemplazo de la Ley, cualquiera que fuera su naturaleza era primordial para el derecho.

Lo enunciado, en vista de que el estudio que se adelanta propende por romper esas barreras legales que existen en materia de reconocimiento de medidas de satisfacción en el ámbito externo al conflicto interno, por prejuicios jurídicos, dejando atrás, la esencia verdadera de la norma superior, siendo importante evidenciar cómo desde el surgimiento del estado constitucional de derecho, se otorga la posibilidad de abstraer el sentido de la norma desde un punto de vista “crítico de las lagunas de la legislación vigente respecto a los imperativos constitucionales” (Ferrajoli, 2000, pág. 169).

Significa lo anterior, que la Constitución que hoy conocemos como norma de normas, no siempre fue considerada desde ese ámbito, antes se tomaban como postulados netamente políticos, y era impensable la posibilidad que una ley pasara por encima de otra ley, y todo eso se revertía en la omnipotencia del legislador, que gracias al cambio de paradigma, pasó a ser un segundo plano, con el máximo respeto por la Constitución. (Ferrajoli, 2000), evento que ya en la actualidad nuevamente ha cambiado con las uniones de países, que entregan su jurisdicción a otras instancias supra nacionales.

Todo lo expuesto, evidencia la mutación del marco jurídico y por ende de la concepción que en la actualidad debe tenerse del mismo, en el sentido de vislumbrar la importancia y alcance jurídico del marco constitucional al momento de aprehender los principios y derechos que ésta posee, lo cual necesariamente modifica la forma de interpretación y aplicación de esos principios por parte del juez, quien en últimas debe hacer justicia en su ejercicio judicial.

Así, al evidenciar la subordinación que adquiere la ley frente a la Constitución y a los principios que allí se plasman, resultando determinante en el cambio de paradigmas respecto al

constitucionalismo rígido, como se citó anteriormente, la jurisdicción marca una diferencia contundente en torno al *Estado legislativo de Derecho* en cuanto al papel de la jurisprudencia, pues el juez debe aplicar la ley siempre y cuando sea constitucionalmente válida, de no ser así, él mismo, deberá censurarla debido a su imposibilidad de interpretarla conforme a los principios plasmados en la Constitución que salvaguardan derechos de libertad y derechos sociales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que para Ferrajoli (2000), una Constitución no tiene como función homogenizar culturalmente o establecer una identidad colectiva, sino por el contrario, garantizar la convivencia pacífica entre la diversidad; que conlleva una igualdad de libertades y derechos sociales en el Estado.

Finalmente, el autor afirma que tanto el *Estado legislativo de Derecho* como el *Estado constitucional de Derecho* se encuentran en crisis; por un lado el principio de legalidad que debido a la inflación legislativa y, al igual que, al ser las leyes cada vez más confusas y oscuras en cuanto a su lenguaje “abre el camino de la discrecionalidad de los jueces y la formación jurisprudencial; por otro lado, el fenómeno de la globalización que aprovecha los vacíos del Derecho Público para expandirse, teniendo en cuenta la falta de control y límites tanto a nivel jurídico como político. Como consecuencia, expresiones como “principio de legalidad” y “reserva de la ley”, tienen cada vez menos sentido”. (Carbonell, 2003, pág. 21).

Todo esto tiene que ver con la conciencia jurídica clásica que debió ser confrontada por las reacciones antiformalistas y transformistas del derecho privado y público con el objetivo de otorgar una visión más amplia del mismo, si bien el *iusprivatismo* ha sido entendido como la acción que está en el derecho material en una determinada prestación establecida por la Ley, justamente cuando el legislador ha otorgado la potestad para actuar en defensa de los intereses privados partiendo de una voluntad individual e interés subjetivo, su hegemonía ha sido

enfrentada al *iuspublicismo*, debido al margen que el primero ha otorgado al derecho sustantivo, permitiendo una aplicación más amplia de la norma.

No sucede lo mismo con la doctrina *iuspublicista*, pues al surgir de la potestad sancionadora de la Administración, y ser un órgano con facultades para imponer obligaciones, el incumplimiento de las mismas correlativamente acarrear atribuciones sancionatorias. Lo anterior, con el propósito de asegurar la vigencia del orden jurídico mediante la imposición de los castigos correspondientes. Veamos:

“[La] potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues (...) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos (...)”. (Corte Constitucional, 1994)

En tal sentido esa potestad sancionatoria permite el cumplimiento de los fines del Estado al imponerse un castigo ante la inobservancia de las normas jurídicas por parte de particulares o de servidores públicos.

Desconoce en primera instancia que el derecho es dinámico y por ende se desenvuelve de las normas más generales a las individuales, transitando en la diversidad social y las necesidades jurídicas “*El hombre alcanza su dimensión histórica en el pensamiento cuyo supuesto es la acción y solo por este supuesto, sin el cual la cultura no tendría sentido, ya que la misma solo puede ser objetivamente pensada como tarea, como acción y únicamente como acción personal*” (Fausto Vallado), elementos que permiten un cambio de aplicación y

pensamiento en las medidas de satisfacción en el medio del control citado en párrafos anteriores.

Todo este análisis ha permitido, poco a poco, conocer la necesidad que se ha dado en el mundo a fin que surjan cambios desde todos los ámbitos y el jurídico no ha sido la excepción, lo cual sirve de presupuesto para cimentar la propuesta que desde este estudio se plantea, cual es implementar otras formas no pecuniarias de resarcir el daño generado por el Estado a los ciudadanos que en algún momento estuvieron vinculados con él, siendo importante que ese *iuspublicismo* sea más flexible y se adapte a las nuevas formas de comprensión del derecho, a fin de no quedar descontextualizado al ámbito globalizado del mismo.

2. El papel del operador jurídico y los cambios de paradigmas

Dworkin en una versión del constitucionalismo liberal, realizó un acercamiento frente a la pretensión de superar las carencias que muestran las teorías, tratando de explicar en qué forma la práctica judicial puede simultáneamente satisfacer las exigencias de seguridad jurídica y de aceptabilidad racional (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM).

El realizar una aproximación a la creciente influencia de la jurisprudencia entre las fuentes del derecho en América Latina, especialmente en la respuesta de la implementación de Cortes Supremas reinventadas con una visión constitucional, conlleva a que las técnicas y metodologías para la interpretación jurídica de las fuentes primarias deban ser cada día más rigurosas, con unas críticas más potentes, en un derecho de mentes que interprete, genere ideas y de un sentido crítico a la teoría del derecho, dando realmente paso de la teoría tradicionalista que enaltece al legislador como primera y única fuente jurídica a la nueva que otorga un papel activo y protagónico de los jueces frente a la interpretación de la norma.

No se pretende con la teoría expuesta, que el juez reemplace la función del legislador, menos aún, que lo suplante en la creación de normas, pues, en los eventos en que la Ley sea clara, solo tiene que aplicar la norma, pero de ser una ley oscura, el juez fijará el sentido de la misma, (López Medina, 2013), por ello en el contexto actual, tanto legislador como funcionario judicial deben converger en el espíritu de la Carta Política, buscando integrar ese poder tripartito del Estado, donde si bien cada rama tiene su propia función, el hecho de que cada una adopte una posición aislada, fractura el Estado social de derecho.

Esta transición del pensamiento jurídico latinoamericano, ha hecho que autores como el profesor López Medina detalle cómo se difunden y adaptan las teorías transnacionales del derecho hacia la recepción local. Según describe, este proceso consistiría principalmente en tres pasos básicos: i) la aparición de una teoría transnacional originada como literatura académica fundamentalmente metodológica; ii) la transcripción a un lenguaje concreto destinado a orientar la práctica jurídica; y finalmente, iii) la difusión de una versión popular aplicada por jueces y abogados.

Cabe anotar que esas formas transnacionales producto de la globalización del derecho, de la denominada creación de un nuevo derecho, han surgido desde la misma Carta de 1991, pero no acontecen únicamente en Colombia, pues el mundo entero ha sufrido lo que se ha denominado el trasplante del derecho, en el sentido que todos los países han sido objeto de dicho fenómeno por la influencia de sistemas jurídicos vecinos, que necesariamente han permeado la aplicación de la norma en un territorio determinado, incluso la elaboración de la norma misma, evento que han realizado magistrados, jueces, doctrinantes y los mismos legisladores. (Rodríguez, 2009). Sin embargo, al no ser los contextos iguales, es decir, Colombia se torna atípica frente a las culturas de donde se trasplanta el derecho, compete al

legislador y al juez, no buscar tanto la adopción de sistemas, sino la adecuación de los mismos a la realidad nacional.

Desconocer por lo tanto la realidad jurídica actual en el mundo, implicaría negarse la posibilidad de innovar en materias trascendentales como es el respeto por la dignidad humana, su realce, protección y garantía de restauración por parte del Estado, en situaciones que, si bien no se han impuesto y la ley no lo estipula, a través de la interpretación sistemática de la constitución y teniendo en cuenta lo dinámico de la norma, aunado al contexto social de Colombia, permite que figuras jurídicas empleadas en otras disciplinas del derecho, sean trasplantadas y adaptadas al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que “(...) el trasplante de reglas individuales o de una buena parte de un sistema jurídico es extremadamente común. Esto es cierto tanto en los tiempos más remotos – testimonio de lo cual es el antiguo cercano oriente– como en la actualidad” (Rodríguez, 2009, p. 104), incluso se agrega que es el terreno más fértil de desarrollo legal.

En ese orden de ideas, la implementación de las medidas de satisfacción en este medio de control, permitirán una buena ejecución de la Constitución colombiana conforme a los cambios paradigmáticos que trajo la inclusión del término social de derecho y el de dignidad humana, evidenciándose la necesidad de traer de otras disciplinas y áreas del derecho, fenómenos que han surtido beneficio y buenos resultados en su aplicación, como es el caso del objetivo que buscan las medidas, cual es la finalidad preventiva y compensatoria como lo ha expresado la Corte Interamericana que “ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, impotencia” (Rojas, 2008, pág. 109), evento que se vislumbra a todas luces en los procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral; donde una decisión equivocada de la administración y colmada de

arbitrariedad, produce tanto en el servidor público como en su familia, daños inmateriales que solamente ellos podrán explicar y que, necesariamente, el operador judicial deberá valorar, no desde el punto de vista económico, que *per se* está contenido en la condena, sino desde esas otras formas que buscarán recobrar lo que en otrora época con todas sus cualidades, fueron de quien hoy reintegran, lo que permitirá disuadir a futuro que ese príncipe vuelva a tomar decisiones de esa clase y en esa forma.

El papel del Juez en la interpretación del derecho y de la ciencia jurídica en la corriente antiformalista fue un cambio ideológico, lo cual no significa que haya sido el resultado de una imposición mecánica, sino de una idea que se fue labrando con el paso de los años, en este marco de mutaciones permanentes donde las teorías jurídicas pluralistas, de la sociología y antropología, ofrecen un terreno fértil para el desarrollo social, evento que según algunos doctrinantes como Carbonell, Díez, Zagrebelsky, describen como la necesidad de una función creadora del juez, aspecto que ha reforzado Pérez Murcia, al señalar que “la Constitución colombiana establece, en fin, el marco para un diálogo entre las mayorías democráticas, que encarnan la soberanía popular, y los jueces constitucionales, que tienen a su cargo esencialmente la protección de los derechos” (Pérez Murcia, 2012) (Apéndice No.6).

El generar un escenario que propicie la consolidación de sistemas normativos con proyección de un contexto global, debe iniciarse desde las estructuras internas, el nuevo derecho así también denominado, concentra un desafío y es crítica de la cultura jurídica en Colombia y Latinoamérica, siendo considerado como un movimiento intelectual comprometido con el Estado social de derecho y, por tanto, con la estructura de derechos fundamentales.

En Colombia, la mutación del Estado de derecho a Estado social de derecho, se ha evidenciado desde la posición de la Corte Constitucional, la cual, poco a poco, ha emitido

pronunciamientos acordes al marco superior, superando ese texto rígido y abordando el pensamiento del constituyente primario en pro de una política social que busca aterrizar el espíritu en cada decisión que toma. Han sido precisamente esos pronunciamientos, los que han permitido que los jueces sin temor a prevaricar, otorguen esos derechos que sin estar positivados como fundamentales, permiten el goce por parte de la persona, como es el denominado “*derecho a sentirse bien*” (Corte Constitucional, 2003), no obstante, hay quienes elogian la posición garantista y protectora de los derechos fundamentales de la Corte, (Morelli, 1997), pero existen tesis encontradas por la protección desmedida, pasando incluso de ser un control de legalidad constitucional a un control político de proporcionalidad. (Molina Betancourt, 2010), afirmando incluso que se ha erigido en una instancia superior por ejercer un control jurisdiccional tanto a la actividad del legislativo, del Ejecutivo y de la jurisdicción ordinaria. (Alexei, 2000)

Importa agregar que los filósofos del derecho y de la política que han promovido todo el respeto por la democracia y los principios con los que fue estructurada la norma superior por ese constituyente primario, como se dijo, en ocasiones criticados por estar desconociendo la democracia representativa. (Bernal C. , 2005), se postulan como motivadores del papel activo que deben jugar los jueces, en la “protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales.” (Alexei, 2000, pág. 192; Alexei, 2000; Alexei, 2000).

3. La ruptura de paradigmas con el constitucionalismo colombiano

Este aparte, pretende mostrar tangencialmente, los cambios paradigmáticos que forzosamente ha introducido la Corte Constitucional en Colombia, que sirven como un derrotero y punto de partida para lo que muchos jueces y legisladores temen hacer, juzgar y legislar.

Para nadie es un secreto que la norma superior colombiana está colmada de valores y principios, que buscaron desde su promulgación visualizarla como un mandato progresivo y predispuesto a solucionar problemas, pero que se ha quedado corta por parte del legislador y el ejecutivo, siendo importante la actividad de la Corte Constitucional en cuanto a mandatos se refiere.

Recordar que fue precisamente en el caso *Marbury vs Madison*, donde el Juez Marshall fue cuestionado duramente por haber declarado inconstitucional una Ley federal, evento que nunca había sucedido en los Estados Unidos, generando un gran impacto entre los republicanos que pretendieron apoyar al presidente Jefferson. (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1803); son estos antecedentes y, por qué no decirlo, precedentes, los que tienen que motivar a las ramas del poder público y con mayor énfasis a los jueces, a generar cambios en su doctrina y por ende en su jurisprudencia, a fin que viertan en sus providencias, la esencia de la Constitución, como es la dignidad humana y la protección de los derechos del gobernado, aunado al gran contenido social, buscando siempre blindar esa dignidad del individuo en sociedad.

El tema dilucidado en el presente capítulo, referido a la existencia de paradigmas y su permanente cambio, se compagina con el manejo del derecho por parte de las altas cortes y específicamente por cada operador jurídico, siendo necesario entonces que con el conocimiento que se tiene de la aplicación de las medidas de satisfacción dentro del marco del conflicto y en algunos casos aislados, se pueda emplear dicha experiencia en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que implica *per se* un cambio de esquemas, al reparar el daño en los casos en que se demuestre que con la expedición del acto administrativo de retiro del servicio se vulneraron los derechos fundamentales del servidor público, mediante medidas simbólicas que indemnizarán los perjuicios ocasionados, los cuales en un evento

determinado de no pretenderse el reintegro podrán ser los únicos reclamados por los demandantes, bajo el concepto de justicia.

De lo expuesto en este corto recorrido hasta el momento, tenemos que no es descontextualizado pretender la aplicabilidad de las medidas de satisfacción en situaciones no propias del conflicto armado, máxime cuando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contempla la reparación del daño, la cual no siempre debe ser de carácter pecuniario, pues, como se desarrollará en el capítulo tercero, existen otras figuras jurídicas que también conllevan una reparación adecuada, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad en la vulneración de los derechos.

Concuera lo expresado, con lo que se ha dicho en el sentido de indicar que el paso de un paradigma viejo a uno nuevo acontece de golpe por un fenómeno de persuasión que ocurre en virtud de recursos fortuitos que ejercen un influjo fuera del ámbito de la ciencia, y que buscan transformar la costumbre y, en el caso materia de estudio, las reglas jurídicas que hasta ahora se han tejido, no de forma cerrada, pero sí bastante restringida en cuanto a medidas alternas de resarcimiento del daño, son las propicias para cambiar y adecuar al momento procesal que vive Colombia, aunado a la necesaria aplicación del contenido material de la Constitución Política.

Capítulo segundo. Estado social de derecho

En lo concerniente a este capítulo, se busca que desde una concepción social con sus ingredientes trascendentales como la dignidad humana, los derechos fundamentales, se vislumbre la necesidad de efectuar un cambio en la aplicación del concepto de reparación en las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, desde una concepción garantista, amplia, globalizada y soportada en los principios constitucionales que propenden por proteger en todas sus dimensiones al individuo.

Para tal fin, se estudiará rápidamente el concepto básico de Estado su paso a de derecho (importancia del legislativo) y posteriormente a Estado social de derecho (control jurisdiccional), claros ejemplos paradigmáticos que permitirán comprender desde cuándo el individuo empezó a jugar un papel fundamental en el Estado, la importancia de la dignidad humana y de los derechos fundamentales con su doble caracterización; igualmente de la mano del concepto de constitución material y del principio de irradiación del derecho, analizaremos si las medidas de satisfacción pueden o no ser consideradas en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho como una forma de reparación integral por los daños causados a la violación de los derechos fundamentales a la dignidad, honra y buen nombre (el porqué de éstos derechos y su importancia lo veremos en el numeral 4. de este capítulo) del funcionario retirado del servicio, en el entendido de que no toda indemnización de perjuicios debe ser plausible en dinero. Para en los numerales 5 y 6 analizaremos el concepto de daño y el de reparación integral.

Una vez analizado el tema del paradigma y la necesidad de generar nuevos cambios interpretativos de la norma, es importante evidenciar postulados inmersos en el texto constitucional como esencia del Estado social de derecho, que permiten al funcionario judicial,

llevar a cabo una interpretación acorde a un garantismo que otorgue ese plus al individuo en sociedad que enfrentado con la administración a través de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, vea además de restablecido su derecho, recobrada la dignidad, y ese buen nombre que pudo ser diezmado con su retiro del servicio público.

Como antecedente del Estado social de derecho se encuentra el Estado de derecho, con el constitucionalismo social, incluso desde la Carta de la República Socialista Soviética Federada de 1918, donde se hacía alusión a los derechos laborales, evitando la explotación del trabajador, lo que se convirtió en un buen soporte de la condición social y por ende de ese modelo de Estado (Miguel Carbonell, 2002, p. 138), visión que ha sido adoptada también en Europa y Latinoamérica, en este último involucrando el trabajo agrícola como el caso de Querétaro.

Así las cosas, y como lo mencionaba Ferrajoli en su obra, el Estado de derecho surge como una respuesta a la concentración de poderes en el soberano, caracterizado por tres principios, legalidad, publicidad y sujeción al control judicial, entra en crisis con el Welfare State con su esencia social y pública, y surgen allí otros derechos que entran a hacer parte de los derechos fundamentales, sin que se tomen como un catálogo rígido de normas, habida cuenta que su esencia es totalmente diferente al Estado liberal de derecho, surgen como preceptos amplios, exorbitantes, que propenden más por modelos decisionistas y discrecionales que encasillamientos legales. (Ferrajoli, 2000).

La cláusula de Estado social era una utopía en la época de Hermann Heller (1930, considerado como el padre del concepto de *sozialer Rechtstaat* <Estado social de derecho>), y también lo fue inicialmente en 1949 con la Ley fundamental de Bonn. (Häberle, SF, p. 7). Se ha preconizado como una especial conquista de la ciencia jurídica alemana, indicando el profesor Elías Díaz, que es lo mejor que se ha logrado inventar e implantar (Díaz, 2010), en el

entendido del valor que se le otorga al ser humano en todas sus dimensiones, donde entran en juego los temas ya tratados referidos a la dignidad humana, los derechos humanos y fundamentales, los cambios de paradigmas, aunado al interés general y el principio de solidaridad, estos últimos como factores trascendentales en el apoyo del Estado a la sociedad y entre la misma sociedad.

Se expresa por lo tanto, que si bien la esencia del Estado social de derecho radica en el equilibrio entre clases, buscando a la vez el bienestar para la sociedad dentro del intervencionismo del ejecutivo, no es menos cierto que dentro de estos postulados necesariamente deben protegerse los derechos laborales de quienes están al servicio del Estado, evitando el abuso o desviación del poder, aspecto que vislumbra conexión directa con el tema bajo estudio, referido a esa protección que debe tener el servidor público en el ejercicio de la profesión y en el grado de la discrecionalidad que posee la administración.

Así mismo, en la Constitución de Weimar se cuestiona la consideración del trabajo como mercancía, *“implícita en las relaciones capitalistas de producción, al estimarlas incompatibles con la dignidad humana. El trabajo es un derecho y un deber, pero en ningún caso una mercancía que pueda llevarse al mercado”*. (Sotelo, 2010, pág. 199)

Los profesores Wolfgang Abendroth y Ernst Forsthoff, seguidores de Heller y Carl Schmitt respectivamente, con ideas opuestas para discutir la esencia del Estado social de derecho, el primero con la loable interpretación constitucional y los principios orientadores que propendan por el buen desarrollo del citado Estado ante una justicia social, el segundo más conservador y anti positivista (Vita, 2015), pero que postula lo social como la dogmática que debe tener el legislador al momento de estructurar las leyes; *“plantean esos valores fundantes como el trabajo y la solidaridad”*, que son el bastión del surgimiento del Estado social y que tienen plena aplicabilidad en el presente estudio (Torres, 2012, p. 132).

La escritora Ma. Del Pilar Hernández, señala que en el *“Estado social de derecho las garantías constitucionalmente consagradas, son derechos plenos y operativos, su violación o su falta de virtualidad imponen directamente al Estado un deber de aseguramiento positivo, una acción encaminada a vencer los obstáculos del camino hacia su concreción”* (Hernández Martínez, S/F), lo que proyecta de contera una visión futurista en el desarrollo y protección que deben tener los derechos de las personas, entre ellos, ese referido a la honra y al buen nombre, como deber de ese Estado, para restablecerlo en caso de violación, los cuales juegan un papel importante en este estudio, habida cuenta que serán los directamente afectados de evidenciarse una *“violación de la finalidad legal del acto, por trasuntar un contenido o elemento subjetivo psicológico, generalmente encubierta o disimulada”* (Marienhoff, 1966, pág. 222), lo que se ha denominado en la actualidad como una desviación de poder por parte de la administración al expedir un acto de retiro de un servidor público y que se ve reflejado en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, acción que como se verá más adelante, surgió precisamente en vigencia de la anterior constitución postulado como un régimen especial de responsabilidad.

El cambio del modelo de Estado, propende por empezar a cubrir esos espacios que siempre ha dejado el legislador al expedir los parámetros generales, como quiera que la Ley siendo abstracta, no puede contemplar todos los eventos que pueden suceder en una sociedad, como bien lo estipulaba ya el máximo tribunal constitucional colombiano desde 1992, instando desde ese momento, a los operadores judiciales a que empezaran a reinventar el derecho, a salir del encasillamiento en el cual siempre estuvieron, para moderar esos postulados sociales que traería consigo, la fórmula *“social”*, que arrancaba en Colombia. (Corte Constitucional, 1992).

Lo expuesto, habida cuenta que si bien, se exige que el ordenamiento estatal sea completo, sin entender que deba regularlo todo, si debe ofrecer criterios que permitan tomar decisiones sobre los diferentes conflictos e intereses que se presenten, como función propia del mismo Estado, y contener fórmulas que le permitan al juez decidir con las normas que posee; es decir, de existir lagunas, deben solucionarlas con una actividad lógico-recognitiva, como lo plantea Mortati en su obra *la Constitución material*. (Mortati, 2000).

Es por tal circunstancia, que en el presente estudio no se pretende reescribir lo que muchos autores han plasmado sobre el Estado social de derecho, toda vez que ha sido un tema bastante decantado, aclarando que en derecho nunca los tópicos se entenderán agotados; sin embargo, partiendo de ese giro necesario del Estado de derecho donde el protagonista era el legislativo al Estado constitucional, donde empieza a existir un control jurisdiccional sobre el mismo, otorgando un realce al individuo, debe señalarse que ha sido el mismo sistema social el devenir de la Constitución material, la que ha brindado desde sus inicios, ese amplio marco al funcionario judicial, para que partiendo de los principios, amplíe ese margen escritural, pasando a la interpretación desde un espectro constitucional. (Mortati, 2000).

Es pues, este modelo de Estado, el que se toma para cambiar esos paradigmas de los que se hacía alusión en el primer capítulo, al señalar esa transformación en el modelo y pensamiento jurídico, “*al mutar del gobierno de leyes a un gobierno constitucionalista, que pregona Zagrebelsky, en su obra Ley y Justicia*” (p. 87), donde se le otorga ese poder al juez para ajustar por así decirlo, ese texto a la realidad social, siempre tomando como base, “*el principio fundante de todo el entramado del sistema constitucional de los derechos, como lo es el Estado social de derecho*” (Lopez Cadena, 2015, p. 282).

Recordar que Colombia, soporta el modelo de Estados social de derecho en la dignidad humana, la cual como se verá no se agota como un derecho fundamental, sino que el efecto de

irradiación, permite un cubrimiento amplio en cabeza del operador judicial, para lograr los fines esenciales del Estado (art. 2 C.P), donde además de incluir los derechos sociales, con mayor auge, están inmersos los derechos a la honra y el buen nombre, postulados de esta investigación para las medidas de satisfacción.

De otra parte, se plantea la necesidad de crear un modelo de Estado constitucional garantista realizando la distinción entre un gobierno bajo la tutela de las leyes y un gobierno a través de las leyes, cuyas principales características son la legitimación formal y sustancial de la *“garantía de los derechos fundamentales, aproximándose a un Estado que va más allá, que da una connotación social en la muestra de interés en las desigualdades económicas, sociales y culturales, donde se vivencia una etapa embrionaria”* como lo denomina Ferrajoli (2006, p. 115), a la evidente ausencia de garantías para hacer efectivas las declaraciones sustanciales en materia de derechos fundamentales, planteando la necesidad de establecer alternativas de crecimiento para efectivizar y garantizar derechos.

Aspecto que en igual sentido ha sido referenciado por Häberle, en su obra Pluralismo y Constitución, citado por el profesor Jheison (Torres, 2012), al indicar que los cambios de paradigmas permitieron reconocer otros sujetos colectivos, como las *“ligas de consumidores, los sindicatos o los grupos representativos de intereses privados”* (p.81), para evidenciar el expansionismo que implica el modelo social, el cual como se ha mencionado, debe ir aparejado con la interpretación que otorgue el juez al texto legal, conforme a los principios constitucionales.

En ese orden de ideas, se puede esperar que exista un cambio legislativo en la jurisdicción Contencioso Administrativo, para trasplantar esas medidas de satisfacción que hasta ahora se han otorgado con base en el conflicto armado interno, y en casos aislados en materia de reparación directa, como fue el fallado por el Consejo de Estado – Sala de lo

Contencioso Administrativo – Sección Tercera, al disponer en un evento de falla médica, lo siguiente: “Se remitirá copia íntegra y auténtica de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud, para que envíe copia simple de la misma a todas y cada una de las EPS que funcionan actualmente en Colombia. El valor de las copias será asumido por el ISS”. (Consejo de Estado, 2009)

Lo expuesto, se torna como esa luz para empezar a plasmar esas medidas de satisfacción en la nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del Estado social de derecho, buscando recuperar el honor y la dignidad que muy seguramente quedaron atrás con el acto administrativo que dispuso el retiro, donde además del funcionario, se afecta a toda una familia.

1. El Estado social de derecho y la Constitución.

Desde el primer capítulo se ha estado haciendo alusión de la mutación del derecho generado de ese mismo dinamismo social y el trasplante que acontece entre los países ante la aplicación de la norma en casos similares, señalando el rol fundamental que debe cumplir el operador judicial ante la norma superior, desde un concepto de constitución en sentido material que desborda el texto rígido, dando prelación a una función autónoma de la *norma* *nomarun* y esa permeabilidad que cubre a todos los demás derechos, lo que hace parte necesariamente de lo que se ha denominado la constitución material (Mortati, 2000), en el sentido que los derechos a reclamar no siempre deben estar plasmados en un texto escrito superior, sino que debe ser fruto de la misma concepción social y de la realidad social.

Así las cosas, desde la perspectiva de Álvaro D’Ors, el concepto de constitución indica que ésta “no es necesariamente una ley escrita; pero tampoco es propiamente una norma jurídica. No establece un derecho, sino un convenio de gobierno social. No es una norma

suprema, sino un marco para el futuro desarrollo de la convivencia pública y jurídica” (D'Ors, 1999. p. 511), lo que nos ubica necesariamente en la posibilidad de aprehender el contenido sustancial de la norma fundamental para aplicarla en el terreno real. Concepto este concordante con la constitución en sentido material, desde su ambicioso querer interpretativo, pero se queda corto en el sentido formal.

Cuando se está entonces al frente de la denominada *norma nomarum*, antes de buscar su aplicación desde punto de vista formal, es decir, conforme a ese texto escrito, debe analizarse la convivencia social cuyo aspecto fue el fundamento para su expedición, del sistema político sobre el cual se soporta su expedición, sin que signifique que posea un carácter de esta clase (político), porque su promulgación es la expresión de las fuerzas sociales. (Mortati, 2000)

Es precisamente esa constitución material la que indica que las normas deben surgir de la aceptación social y no de su imposición, habida cuenta que éstas no siempre se ajustan a la realidad fáctica que vive la población, dejando un gran margen en el ser y el deber ser. Como lo postulaba Schmitt en su obra Teoría de la Constitución, “*donde subsiste un poder constituyente, hay siempre un mínimum de constitución*” (Schmitt, 1996, p.109), para significar que dicho poder del pueblo, estará por encima de un texto rígido, frio y escrito.

La Constitución material es por lo tanto, aquella que no requiere de ser positivada en un texto como unidad cerrada, como lo menciona Schmitt en su obra, al referirse de modo contrario para explicar la ley formal, como aquella que plasma parámetros mínimos en un texto que debe observar todo el pueblo, incluso de la cual no puede apartarse el operador judicial; sin embargo, señala que la constitución material es la que surge de la realidad vivencial de una sociedad y necesariamente se encuentra expost de la constitución formal, por los valores que lleva inmersa en su aplicación.

Expresa Mortati en su obra la constitución en sentido material, que ésta puede desempeñar, por lo menos, “*tres tareas principales a) Servir como garantía de la validez de la constitución formal, b) Como criterio de unificación del sistema jurídico, y c) Como medio para el mantenimiento del fin esencial ante los cambios constitucionales*” (Mortati, 2000, p.129), en el sentido que la primera otorga el baluarte legal, la segunda busca la consolidación del sistema jurídico y la tercera que hace alusión específicamente en sentido material, a satisfacer la esencia social, de los valores que se rescatan del Estado, para contextualizar la realidad actual.

Es importante señalar que un autor contrario al materialismo de la constitución es Kelsen, cuya idea positivista del derecho como soporte para la expedición de otras normas, se ha denominado como el principio estático de Kelsen en contraposición a “*esa constitución constitucionalista cuya efectividad se encomienda a los jueces*” (Prieto Sanchis, 2013, p. 214), o lo que se ha planteado en este estudio, el nuevo paradigma del derecho constitucional, para hacer alusión a esa interpretación de los valores que trae la norma superior.

Ha de destacarse finalmente, que la constitución material surge pues como aquella colmada de un amplio contenido de valores, derechos, principios y directrices que permiten el desarrollo de una normativa en determinado contexto para otorgar ese plus en materia de respeto a la dignidad humana que se requiere en un Estado social de derecho, y que para algunos tratadistas como Kelsen, debe tomarse como un complemento a la constitución formal, positivada, esta última como norma y la primera, como soporte para los órganos que impulsan las leyes. (Constitución en sentido material, 1970).

2. La Dignidad Humana

2.1. Antecedentes.

Su origen de acuerdo con la doctrina, proviene de la raíz *dec* que se encuentra en vocablos como decoro, decente, que significa conforme, adecuado, conveniente, la cual se une con la terminación *nus* (*dec – nus*) que según Abelardo Lobato, evolucionó en *dignus, dignita*, se agrega que lo que es digno, parece justo y lo que no es digno es injusto (Lobato, 1997), agregando que “*la dignidad humana es connatural al hombre, el gran legado de su propia naturaleza*” (p. 120), por lo tanto irradia todas las dimensiones de lo humano, por su capacidad de razocinio, de liberalidad y autonomía, o lo que en términos teológicos significa su libre albedrío.

Cabe precisar que el concepto “*surgió asociado al estatus personal o perteneciente a determinadas instituciones, sobre todo la posición política o social, todo esto desde la Edad Media*” (Barroso, 2014, p. 17), también surgió desde el concepto teológico católico, desde el punto de vista de ser hijos del creador (Zerga, 2007), sin que para esa época estuviera relacionada con los derechos humanos, toda vez que se torna como una historia u origen diferente, es decir, una idea de dignidad como la actual no sustituye la anterior.

Se tiene como un buen cimiento de la dignidad humana el escrito de Marco Tulio Cicerón en su obra *De officiis*, (sobre los deberes) en el año 44 a.c cuando hace alusión a la diferencia entre el ser humano y el animal, y esos instintos carnales entre ambos, ya empleando el término cuando señala “*la superioridad y la dignidad de nuestra naturaleza ... Lo correcto es vivir de forma parsimoniosa, con auto negación, simplicidad y sobriedad*” (Barroso, 2014, p. 20), lo que se ha traducido en la posibilidad que tiene el hombre de tomar decisiones.

Luego se hace alusión a Giovanni Pico Conde de Mirándola que trae la *oratio de hominis dignitate* (oración sobre la dignidad del hombre) buscando postular al hombre como

centro del mundo. Posteriormente aparece el filósofo alemán Samuel Pufendorf, quien ha sido considerado dentro de los precursores de la concepción de dignidad humana.

Ya en el siglo XX empieza a positivarse en las cartas constitucionales de algunos países, entre ellos México (1917) y Alemania (1919), pero después de la Segunda Guerra Mundial ya fue incorporada en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), *“lo que ha permitido que los tribunales invoquen su fuerza vinculante en las decisiones que profieren”* (Barroso, 2014, pp. 30, 32).

Fue precisamente Alemania, la que con un aire de remordimiento por el daño causado con el Holocausto Nazi, perpetrado en connivencia con todo el pueblo alemán, la que generó "una disposición que en rango de norma de normas", estableciera la cláusula de dignidad humana como principio rector del ordenamiento, empezándose a aplicar desde 1951, en la Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth], pero solo fue fallado el caso en 1958, donde se habló de la doble dimensión de los derechos humanos y la fuerza expansiva de las prerrogativas. (Barrero, 2012), aspecto que ha estado retomando fuerza vinculante desde la jurisprudencia, en el sentido que de esa doble dimensión debe partir el operador jurídico, escudriñando ese valor otorgado por el principio como mandato de optimización para que se ponga en ejecución el derecho.

El Tribunal Constitucional Español partiendo de los derechos inherentes a la persona, estipuló la dignidad humana como *“un valor espiritual y moral..., que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”* (Tribunal Constitucional, 1985, p. 8); sin embargo, en Israel apenas se convirtió como concepto constitucional en 1992, a pesar que en 1950, ya había tenido sus primeros avances, evidenciándose el arduo camino que debió recorrer a lo largo de los años para tomar este raigambre superior, que significa por lo tanto,

sinnúmero de atropellos en todos los ámbitos personalísimos del ser humano como es la libertad, y sus extensiones (Barroso, 2014), todo esto, debido a la situación de conflicto que siempre ha enfrentado Israel y sus vecinos, en torno a las prácticas terroristas.

Comenta el profesor Roberto Barroso en su obra, que “*en Sudáfrica, en el año 2000, la Corte Suprema a través de dos casos connotados sobre los derechos sociales* (aspecto que infortunadamente en Colombia fue adoptada sólo hace poco tiempo,) *resaltó la dignidad humana en eventos relacionados con la vivienda digna y el suministro de agua*”, (p. 47), situación que si bien había tratado la Corte Constitucional en Colombia, solamente hasta el año 2010 mediante sentencia T-614, se refirió claramente a “los eventos en los cuales debe garantizarse el derecho al agua sin posibilidad de ser suspendida la provisión del recurso por no pago” (Isaza Cardozo, 2014).

Se indica por lo tanto que todos estos antecedentes enunciados, son un esbozo para precisar el valor argumentativo que los tribunales de diferentes países han tomado para otorgar ese plus a los casos que resuelven, máxime cuando en la actualidad es parte incluyente en instrumentos internacionales y es objeto de pronunciamientos por los mismos organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

Es así, como el Consejo de Estado ante la existencia de afectaciones a la dignidad humana, por hechos administrativos de las entidades del Estado, ha soportado sus decisiones en el siguiente párrafo enunciado por Hans Welzel que define la misma, “*ya en el mero nombre de hombre hay una dignidad. Y como ésta corresponde en igual medida a todos los hombres, todo hombre es también igual a los otros por naturaleza. Esta igualdad “natural” no es una igualdad de fuerzas, como pensaba Hobbes, sino una igualdad en el Derecho, cuyo*

fundamento se halla en el deber de sociabilidad que une igualmente a todos los hombres, ya que está dado con la naturaleza humana como tal” (Consejo de Estado, 2010).

2.2. Finalidad de la Dignidad Humana.

Desde sus primeras aplicaciones, se ha considerado que la dignidad es el núcleo esencial de los derechos fundamentales, aunque una parte de la doctrina la ha catalogado como un derecho fundamental autónomo, ello fue criticado por el profesor Luis Roberto Barroso, por cuanto si es la base de éstos, no puede a la vez ser uno en sí misma, lo que a la vez evita que sea ponderada con otros derechos. (Barrero, 2012).

El mismo autor contempló unos términos mínimos para la dignidad humana, “*desde el valor intrínseco de todos los seres humanos, la autonomía del individuo y las connotadas limitaciones en pro de los valores sociales*” (p. 131), aspectos que toman relevancia en el tema abordado para el presente estudio, en el sentido de analizar los límites que incluso debe tener el ejercicio de los derechos permeados por la dignidad humana.

Expresa Hobbes en su obra *Leviatán* respecto a la dignidad, que es la estimación pública de un hombre, siendo el valor conferido por el Estado, y la estimación de él por el mismo Estado se comprende y expresa en cargos de mando, judicatura, empleos públicos (Hobbes, *Leviatán*, 1982), lo que redundaría específicamente en el tema bajo estudio, referido a los despidos de la administración.

Todo lo expuesto indica esa irradiación que ha llevado a cabo la dignidad humana en las constituciones y la jurisprudencia a nivel mundial, envolviendo a jueces y gobiernos en la necesidad de promover, garantizar y respetar todo lo que se encuentre impregnado de la misma, dando origen a lo que ya se ha disertado en el primer capítulo del presente trabajo, cuando se hizo alusión a las formas transnacionales producto de la globalización en lo que se

ha denominado el trasplante del derecho, que se lleva a cabo por la influencia de los sistemas jurídicos vecinos (Rodríguez, 2009), través de la aplicación e interpretación y esa praxis judicial que postulaba Dworkin en su constitucionalismo liberal.

Esa teoría de la referencia global del derecho, se aplicó en los Estados Unidos, como se puede observar en el federalista No 63, donde se hizo alusión a la atención “al juicio de otras naciones”, lo que puede tomarse como ese derecho trasplantado para conocer la posición de diferentes juristas internacionales que apoyen la toma de decisiones (Corte Suprema, 1788).

En Colombia la Corte Constitucional a través de diversas sentencias de tutela, ha morigerado su posición en torno a la dignidad humana, soportada en los derechos fundamentales que debe magnificar este concepto, en el sentido que se debe considerar como un derecho fundamental autónomo que se protege con la acción de tutela, aspectos que resaltó en la sentencia T-881 de 2002, donde hizo remembranza de todos los pronunciamientos, considerando necesario ampliar la interpretación del citado concepto, a fin de concatenarlo con el contenido axiológico de la Constitución, racionalizar su contenido normativo y poder concretar los mandatos de la norma superior (Corte Constitucional, 2002), *“lo cual indica que debe estar presente en cada una de las actuaciones estatales y se ha establecido como una exigencia moral positivizada a través de la creación de los derechos fundamentales”* (Dignidad Humana en el Estado social de derecho, 2010).

Otra posición asume la Corte Suprema de los Estados Unidos, en cuanto no la catalogan como derecho autónomo, *“sino como un valor subyacente de los derechos, estén o no positivados en la Constitución, que sirve para una interpretación de los demás derechos”* (Barroso, 2014, p. 74), pues consideran que dejarla al margen como derecho autónomo, le permite generar más efectos en todo el ordenamiento jurídico, aunado a que como valor, no puede considerarse incluso absoluto, habida cuenta que en ocasiones tendrá que ceder ante la

legalidad; de hecho ha sido tomado a la vez como un principio constitucional, que funciona como soporte de los derechos fundamentales.

La posibilidad que la dignidad sea analizada desde un contexto de valor antes que de derecho, permite que llene vacíos obrantes en algunas constituciones respecto a derechos no positivizados, como quiera que su interpretación abarca esos espacios que buscan realzar al ser en sociedad, evento que se comparte en este trabajo, dando un margen de maniobra que permite su significado, dejándolo como supuesto de interpretación y valoración en cada caso específico, sin que el tema objeto de estudio se ajeno al mismo.

Al igual que el reconocimiento superior de la dignidad humana como principio fundante constitucional exige un trato especial, cuando el Estado se aleja de tal precepto normativo hace una regulación inadecuada que afecta los derechos fundamentales del individuo, de igual forma, si el sistema de derechos fundamentales quiere gozar de plena eficacia, debe tener en cuenta las transformaciones o los cambios ocurridos por causa del constante movimiento de las relaciones sociales (Cadena, 2007).

Expuesto por lo tanto, los anteriores pilares del Estado social de derecho, como son los derechos fundamentales, la dignidad humana y la irradiación de los derechos, es indispensable aterrizarlos en el concepto del Estado social de derecho, sobre el cual se ha escrito y hablado mucho, pero dentro de las medidas de reparación integral, tienen plena aplicabilidad todos y cada uno de los postulados que surgieron con la creación liberal de la forma de gobernar, siendo las medidas de satisfacción componentes de la reparación, las cuales se compaginan con la esencia de la dignidad humana.

Es así, que es importante recordar ese valor fundante de la cláusula social, que al igual que la dignidad humana, permean los postulados estatales que deben velar por el ser

humano en esa sociedad, habida cuenta que son complementarios en un terreno abonado para un perfecto desarrollo tanto legal como jurisprudencial.

3. Comprensión de los Derechos Fundamentales

En este apartado, como fundamento del estudio que se adelanta, se considera indispensable hacer alusión a los Derechos Fundamentales, tema que ha sido dilucidado a lo largo de los años como fruto de las luchas constantes de los hombres y por lo tanto, concebido como bienes jurídicos constitucionales, que subsisten de forma recíproca para la existencia de una comunidad. (Häberle, 1997), siendo una relación condicionante con la fórmula de Estado social de derecho, evento que no se puede ver como una antinomia, sino un complemento de legitimidad.

Dentro del aporte inglés, se tiene la carta magna de 1215, considerada como uno de los primeros documentos que contempló derechos y libertades, sirviendo de soporte para la lucha constante de los pueblos para limitar la autoridad real frente a los ciudadanos, y que a la postre se insertaría en las constituciones; sin embargo, hay quienes como Osuna en su obra, que aducen la existencia de otro primer hito de los derechos en 1188, denominada el Pacto de las Cortes de León, impulsado por el Rey Alfonso IX, que convocó a los magnates y burgaleses en la *Curia Regis*, lo cual es tomado como un precedente de las cortes de Castilla, donde se hizo alusión a derechos como un juicio imparcial, público, unas penas legales, entre otros (Osuna Fernandez , 2001), por lo tanto, desde su esfera esos derechos del cristianismo, contribuyeron a estructurar este concepto, aunado a la filosofía estoica, a través de las luchas por la libertad de conciencia en el siglo XVI y XVII (Julio Estrada, 2000) evento que empezó a positivarse en las constituciones liberales del siglo XVII, con la petición de derechos (petition of rights) en 1628 y luego con el *Habeas Corpus Act* en 1679, finalizando con la

Declaración de Derechos (Bill of rights) en 1689, donde se indica el sometimiento del reino a las leyes fundamentales. (Nogueira Alcalá, 2003).

Es oportuno recordar, que en el proceso del descubrimiento y conquista de América, se estructuraron leyes en 1542, que propugnaban por algunas libertades de los indios, aunque algunos juristas, eran del pensar que los indios carecían de razón y por lo tanto deberían ser esclavos, según publicación de Ginés de Sepúlveda (Osuna Fernandez , 2001).

Posteriormente en 1776, se redacta la Declaración de la Independencia, como factor previo a las constituciones de las antiguas colonias como Massachusetts y Virginia; siendo los constituyentes de Filadelfia, quienes con un pensamiento liberal, introdujeron los Bill of Rights, que después serviría de espejo a las constituciones latinoamericanas. (Naranjo Mesa, 1995, p.451).

La Constitución española de 1812, se ha tornado en un buen referente sobre los derechos humanos, posterior a la caída del régimen Napoleónico, así como la de Bélgica en 1831, donde se empezó a gestar algo de los derechos sociales y reforzando los derechos legítimos, aspecto que fue retomado en la Constitución española de 1869, derechos que según el liberalismo yacían en el individuo por el *iusnaturalismo*, que está antes que los gobiernos.

En Europa, surgió por la misma época (1848), una gran revolución que incluyó con mayor auge derechos del proletariado, donde varios países por aquellos mismos años, fueron partícipes de dicha revolución, como son Suiza, las Dos Sicilias, Milán y Venecia, siendo Francia el gran motor en el continente. (González, 1998).

Infortunadamente producto de las guerras mundiales, que vieron como la raza humana fue la causante de los grandes holocaustos, generados en los “campos de concentración de Dachau (1933), Sachsenhausen (1936), Buchenwald (1937), Flossenbürg (1938), Mauthausen (1938) Ravensbrueck (1939), acolitada por el pueblo alemán” (Barrero, 2012, p. 213), se

consideró necesario a manera de reivindicación, generar situaciones que postularan la protección de la raza humana en todas sus dimensiones.

Sin embargo, a pesar de la positivación de los derechos humanos en las constituciones de los países, siguen siendo desconocidos por los gobiernos que olvidan su alcance internacional, los cuales no solo dan cuenta de su existencia sino del reconocimiento de los mismos en la legislación nacional, como parte de la naturaleza objetiva que posee el derecho fundamental, que conlleva a la obligación de contribuir a la efectividad de tales derechos. (Chinchilla, 2009, p.56)

Para Ferrajoli, desde su escuela garantista una propuesta constitucional de eficacia de los derechos fundamentales, pilares de la actuación de la administración, radica en que “El Estado no solo debe garantizar los derechos fundamentales frente a lo público sino también frente a lo privado” (Ferrajoli, 2006), en un Estado social de derecho fruto de cambios de paradigmas, deben crearse programas normativos de respuesta constitucional con alcance internacional a la normativa reconocida, donde la protección de los derechos fundamentales es uno de los ejes rectores de un Estado constitucional.

El reconocimiento como derecho fundamental que le otorga el compendio superior de un Estado a los derechos humanos es lo que hace dinámico todo el texto normativo de esa Constitución, y ese Estado constitucional efectiviza la dignidad humana, cuando hace a las personas, sujetos de actuación, de protección y de autodeterminación (Häberle, El Estado Constitucional, 2003), situaciones que no pueden agotarse únicamente en el catálogo nacional de un país, cuando la propuesta universal, es postular algún día, los derechos fundamentales mundiales, que permita interpretar cada derecho fundamental, como derecho universal, con base en los tratados internacionales.

Postula Häberle que precisamente cuando se hace alusión al derecho fundamental, debe tomarse como aquello que esta antes del Estado (pre-estatal), antes de las leyes (pre-positivo), porque son derechos que posee el ser humano por naturaleza, lo que denominó en su obra “*status naturalis*”, y, por lo tanto, estos derechos deben interpretarse como se mencionó, conforme a los derechos humanos. (Art. 93 C.P). (Häberle, El Estado Constitucional, 2003), dejando eso sí un límite de los mismos, al enunciar que “*el ejercicio abusivo de un derecho, siendo anti funcional, ya no resulta cubierto por el contenido del derecho mismo*”. (Robert Alexy et 2010, citando a Peter Häberle, p. 331).

Cuando se alude a la importancia de los derechos fundamentales en un Estado, se reconoce que éstos existen como valores para la misma comunidad, partes que se justifican entre sí y para sí, lo que a la postre le dará esa repercusión sobre todos los ámbitos jurídicos, porque los objetivos entre estas partes, es común, y ambos se actualizan. (Julio Estrada, 2000).

Es por tal circunstancia que se consideró pertinente traer al estudio el concepto de derecho fundamental, desde la denominada Ley Fundamental de Bonn (1949), que contempló en su artículo 1º aspectos esenciales como i), la dignidad como factor sagrado del hombre, ii), los derechos inalienables y iii), la vinculación de las ramas del poder público en la aplicación directa de los derechos fundamentales, significando esto último, que se consideran normas jurídicas en sentido pleno y dotados de fuerza vinculante, que solo pueden ser limitados por el legislador. (Herrera, 2009).

El alto Tribunal Constitucional colombiano, ha reiterado en su línea jurisprudencial, lo que se puede denominar como la definición del derecho fundamental, cuyo punto de partida lo efectuó en el año de 1992, al expresar que “*los derechos fundamentales corresponden al ser humano en cuanto tal... como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan*

en situación de superior en el universo social...”, señalando que “*Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo*” (Corte Constitucional, 1992).

Significa lo anterior, que los derechos fundamentales, se postulan desde la misma democracia, al estar a disposición de las mayorías, como lo estipulan John Rawls y Ronald Dworkin, al señalar que “*otorgar prioridad al conjunto de derechos, y proteger los intereses vitales, garantiza la justicia de los resultados*” (Pajares, 2005, p. 101), lo que redundo en una defensa y deber de protección de la dignidad humana como concepto fundante dentro de una forma participativa proveniente de la soberanía popular; sin que las mayorías puedan suprimir lo vertido en la Ley. (Chinchilla, 2009. P. 82)

Desde lo anterior, se parte que la categoría de derecho fundamental otorga *per se*, un plus que debe observar el operador jurídico al momento de enfrentarse a ellos, pero no desde su subjetividad, sino, porque la designación como fundamentales, le entregan a cada derecho, vida e interpretación propia, como lo señala el profesor Chinchilla, que los hace diferenciar de los derechos subjetivos, los cuales no siempre son de raigambre constitucional y por ende, merecedores de atención en un Estado social de derecho (Chinchilla, 2009); sin embargo, el mismo autor postula una estructura especial para estos derechos. Ante lo cual se agrega que los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales, son considerados como similares, pero actuando en ámbitos diferentes, en la esfera internacional y en el espectro interno, estos últimos garantizados por la Constitución. (Villalba Bernié, 2016).

Otra connotación del derecho fundamental incluso tomado por la misma corporación constitucional colombiana, es su permeabilidad o irradiación que debe tener de la dignidad humana, además que sea posible su traducción en un derecho subjetivo de aplicación inmediata como lo expresó en la sentencia T-227 de 2003 (sobre esa relevancia con la

dignidad humana, se abordará más adelante como eje esencial de este apartado), argumento que ha sostenido en reiterada jurisprudencia. El Tribunal español posee similar postura, la cual plasmó en la sentencia STC 25 de 1981, fundamento jurídico 5, donde expresó que el elemento objetivo de una comunidad nacional, a la par que el subjetivo garantizan su *status* jurídico. (Tribunal Constitucional Español, 1981).

Robert Alexy en su obra teoría de los derechos fundamentales, expresa que *“es medular el análisis de los derechos fundamentales como normas jurídicas porque ellos no se adecuan al concepto tradicional del positivismo legalista”*. Los derechos fundamentales marcan un horizonte social, dada la profunda transformación que éstos generan en el desarrollo de un pensamiento constitucional, bajo la teoría habermasiana se establece que los derechos fundamentales presentan una doble dimensión *“condición de posibilidad de los espacios públicos democráticos y, de otra, construcciones o elaboraciones intersubjetivas de sujetos autónomos que se reconocen mutuamente libres e iguales en tanto autores de las normas esto es, auto legisladores y miembros de una comunidad jurídica”* (Alvarez, 2006) es decir, presupuestos de entendimiento derivados de las pretensiones de validez, y los mecanismos procedimentales discursivos.

Son los derechos fundamentales pues, condiciones de garantía para el individuo en sociedad, porque además de generar una protección de los agentes estatales, exige una proactividad del mismo Estado para su consolidación, como se desprende del mismo artículo 1º que postula el valor de la dignidad humana, como un valor supremo dentro del Estado social de derecho, por así decirlo, el eje fundamental del sistema, en el suelo axiológico de la norma superior y lo que evita que el término social, sea tomado como una frase de cajón. (Correa Henao, 1996).

Todo lo anotado permite vislumbrar el factor trascendental que poseen los derechos fundamentales y esa doble dimensión que involucra al Estado y sus servidores públicos, al momento de la toma de decisiones, conexos a los valores de cada derecho y no al libre albedrío, habida cuenta que afecta al individuo en sociedad, aspirando el cumplimiento por parte de la Administración, del núcleo de los mismos, en cuanto éstos se encuentran precisamente al servicio de la persona (Alexy et al, 2010), cómo se enuncia en precedencia, sobre la reciprocidad entre derechos y Estado.

Irradiación de los Derechos Humanos.

Ahora bien, en el desarrollo del presente capítulo, se ha hecho alusión a la importancia y esencia de la dignidad humana en el Estado social y los derechos fundamentales, indicando que toda interpretación que se emita, deberá acoger dicho concepto, como factor que realza el realismo social y personal del ser humano, como valor de otros derechos a tener en cuenta en el estudio que se adelanta, ubicándola dentro del dogma constitucional. (Alexy et al, 2010), que es indispensable para potencializar todos los derechos fundamentales.

Esos derechos fundamentales poseen un expansionismo que repercute en la aplicación de las normas rígidas expedidas por el legislador y que deben ser aplicadas por el juez, con base en los principios y valores que trae *per se* la norma superior, como quiera, que “*nunca está comprendido todo el derecho en la letra de los preceptos jurídicos positivos*” (Heller, 1992, p. 276), citado por (Vita, 2015, p. 57).

En tal circunstancia, cada derecho contiene en su interior un poder de irradiación que permite extender su eficacia en armonía con los intereses constitucionales, a fin que no resulten afectados con “*la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica*” (Corte Constitucional, 2011).

Las disposiciones tendientes a la protección de la dignidad humana buscan otorgar efectos radicales al principio de la fuerza vinculante de la Constitución, al efecto horizontal de los derechos fundamentales y propender por su eficacia en una verdadera materialización, como respuesta y prolongación de la filosofía del modelo social.

Los derechos fundamentales se conciben bajo una doble caracterización, como derechos subjetivos de libertad que hacen parte de la esfera jurídica de su titular y como normas objetivas de principios y decisiones axiológicas que tiene valor para todos los ámbitos del derecho. (Julio Estrada, 2000).

Estos derechos que conforman un sistema unitario haciendo parte de la Constitución, no solamente fungen como los derechos de defensa frente al Estado, sino como valores supremos dentro del ordenamiento jurídico y es la dogmática constitucional la que encuentra el sentido preponderante de los derechos, razón por la cual no podrán ser entonces meras exposiciones sino la verdadera materialización, teniendo en cuenta que éstos rigen en todas las direcciones y ámbitos del derecho.

Es así como las altas cortes han ido extendiendo paulatinamente los supuestos de aplicación normativa, el hilo conductor de la jurisprudencia en los últimos años asume una interpretación y alcance mucho más amplio de la denominada reparación ante lo contencioso administrativo cuyo carácter no puede decantarse en un concepto indemnizatorio exclusivamente patrimonial, como se verá más adelante, toda vez, que no todo daño generado, resulta plausible en una suma de dinero, máxime cuando es el espíritu el que resulta afectado por el actuar desviado del Estado, en estos casos de retiros del servicio con actos ilegales como los ha denominado la jurisprudencia contenciosa.

Surge entonces el efecto de irradiación como la expresión de logro de una cultura que otorga prevalencia a los derechos fundamentales sobre otros aspectos de la juridicidad,

generador de la fuerza expansiva de las prerrogativas fundamentales (Berardinelli J. A., S.f.), de donde se desprende que la interpretación constitucional no se adapta ni se agota en un texto escrito rígido, solemne o formal, pues su dimensión va más allá de lo plasmado en un *corpus juris*, buscando abarcar esa intención política del pueblo.

En tal sentido, los derechos fundamentales tienen un efecto de irradiación de “*orden objetivo valorativo en todo el ordenamiento jurídico*” (Alexei, 2000, pág. 72), reconociéndose como una constante en el constitucionalismo contemporáneo influyendo sobre las relaciones jurídicas privadas y con posibilidad que abarque otros derechos sin que los mismos sean subsumidos por el constitucional; en tal sentido la expresión de un acuerdo de voluntades podría verse entonces limitada en el respeto de los derechos fundamentales constitucionales.

El efecto irradiador de los derechos, buscó mediar en la importancia que se otorgaba a la Ley al momento de interpretarla sobre la Constitución, como lo señalara el juez Friedrich hofsttetter durante el juicio de Núremberg, para justificar el holocausto nazi, “*hay que sacrificar el sentido propio de la justicia por el orden jurídico en vigencia. Solo hay que preguntarse qué dice la ley y no preguntarse si es justa*”, (Barrero Berardinelli, 2012), situación que cambió notablemente con la Ley de Bonn, como se explicó en precedencia, donde el pueblo alemán buscó reivindicarse con la humanidad, dado el terror causado.

En Colombia, la Corte Constitucional en sentencia T-505 de 1992, magistrado Cifuentes Muñoz, se refirió al efecto de irradiación de los derechos en todo el marco jurídico de un Estado, al señalar:

El Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución

económica e irradian todos los ámbitos de su regulación -propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público (Corte Constitucional, 1992).

Lo expuesto, implica que los derechos fundamentales tienen un orden “valorativo objetivo que vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia” (Tole, 2006, p. 233, citando el fallo Lüth y el efecto irradiador), por ello, es importante para la jurisdicción contenciosa administrativa, que ante un despido injusto demostrado en un fallo condenatorio por nulidad y restablecimiento del derecho, se analice si dicha situación afectó necesaria e inescindiblemente la dignidad humana y por ende el derecho a la honra y al buen nombre, como derechos individuales que a la vez tienen inmersos ese deber de protección que le irradian los derechos fundamentales, y por lo tanto, se ponga fin a la vulneración, no solamente desde el reconocimiento pecuniario, sino estimativo de su buen proceder, de la buena reputación que de él se predica.

No olvidemos que la Corte desde el año 1993, ha hecho énfasis en que la Carta Política posee los valores y principios materiales que de igual forma irradian el resto del ordenamiento jurídico. Existe por tanto un *sistema de valores* y principios que implica que una norma cualquiera no debe ser analizada de manera aislada sino como parte de un ordenamiento jerárquico y armonioso, aspecto que fue reiterado en la sentencia T-634 de 2013, donde remembró lo ya expuesto en las sentencias T-632 de 2007, T-204 de 2010, sobre el efecto horizontal que permea incluso las relaciones privadas.

Producto de ese deber de protección que involucra las relaciones privadas, existen tesis encontradas sobre su fórmula de protección ante una omisión legislativa como es el caso bajo estudio, al no existir positivado por el legislador las medidas de satisfacción en el medio de

control de nulidad y restablecimiento del derecho por fuera del conflicto armado. Dichas tesis sostienen que a través de las decisiones judiciales se puede exhortar al legislador para que llene ese vacío, o dejando en manos del poder judicial su complemento, ante lo cual se postula la viabilidad de que sea el funcionario judicial quien al estar de igual forma vinculado a la cohesión *ius* fundamental, proteja los derechos fundamentales (Alexei, 2000), evento que si bien se predica de las relaciones entre particulares, con mayor énfasis se puede dar en las relaciones del particular y el Estado.

Para la propuesta en estudio, tenemos que este *“sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho”*, (consideración Jurídica tomada del Fallo lüth) (Barrero Berardinelli, 2012, p. 233), aspecto que redundaría en ese plus que tiene *per se* el ser humano y para el tema en cuestión, el funcionario retirado del servicio público por un acto discrecional del ejecutivo.

Cuando se habla entonces de la expansión de los derechos fundamentales, implica que abarca cualquier rama del derecho al momento de su puesta en marcha para resolver situaciones jurídicas, sin que se plantee imposibilidad legal para mover un principio o valor constitucional del área civil a la administrativa, penal, comercial, de familia, agraria o laboral, entre otras. Es precisamente esa irradiación la que permite al operador judicial como se elucidó en el primer capítulo, trasplantar ese derecho con base en la misma doctrina constitucional nacional e internacional.

De igual forma, es imperativo indicar que el expansionismo o irradiación de los derechos, no se agota únicamente en la praxis judicial, debe también ser tenida en cuenta por los poderes públicos al momento de emitir disposiciones que involucren a la comunidad en el desarrollo de sus derechos (de educación, trabajo, locomoción, honra, libertad), no quedándose

en el mero postulado, sino yendo más allá del derecho que piensa proteger o restringir, habida cuenta, que como lo ha postulado Häberle, los derechos fundamentales no son “*espacios vacíos de derecho*” (Häberle, 1997, pág. 204), por lo tanto, desde la cláusula de Estado social de derecho, se propende por mejorar el destino material del individuo, y en la actualidad dicha filosofía al interior de un texto superior, implica mayor, amplia y frecuente aplicación de los derechos fundamentales.

Así las cosas, el efecto irradiador de los derechos fundamentales, entronizado en Colombia desde el año 1992 por la misma Corte Constitucional, debe otorgar al Juez Administrativo, las bases para emitir los pronunciamientos necesarios sobre el respeto por la honra del servidor público despedido de su cargo por una desviación de poder, en torno a la imposición de medidas de satisfacción como reparación en la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho, como ámbito de protección de sus derechos fundamentales frente a las intervenciones del Ejecutivo, toda vez que, si el sistema de valores impone límites al legislador en su función, con mayor énfasis lo instaure ante el ejecutivo en su ejecución de las leyes.

El tema de la expansión de los valores fundamentales, tiene plena aplicabilidad en la reparación, si tenemos en cuenta que “*ésta es la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al statu quo ante al acaecimiento del daño*” (Henao, 2015), aspecto que no tiene límite de protección en el marco del Estado social de derecho, a fin de garantizar la dignidad como valor fundante de la persona y por ende del servidor público, dentro de los postulados de la reparación integral.

Ahora bien, la coordinación que existe entre el individuo y el Estado, reconoce un aspecto institucional de los derechos fundamentales, en el sentido que los mismos no acaban con el reconocimiento por parte del Estado, sino que deben entenderse dentro “*del status que*

él posee en las diversas condiciones de vida. Los derechos fundamentales no determinan solo la relación del ciudadano con el Estado, sino también la vida del ciudadano en el cuadro del ordenamiento constitucional". (Häberle, 1997, pág. 202), aspecto que resulta de especial importancia en el tema bajo estudio, habida cuenta que, de la relación que tiene el individuo con la administración, es de donde surge la posible afectación de sus derechos a la intimidad, al buen nombre, al trabajo, en caso de haberse determinado en fallo judicial que fue desviada.

Lo expuesto, como quiera que *"la esencia de las normas jurídicas se encuentra precisamente en el hecho de que deben garantizar simultáneamente la tutela de los intereses públicos y privados"*, (Häberle, 1997, pág. 77), los cuales entran en juego cuando existe una relación laboral entre el Estado con sus entidades y el particular.

Así las cosas, desde la óptica de los derechos fundamentales, su protección estatal y su efecto horizontal que permea cada norma del contexto colombiano, afloran para el tema bajo estudio, algunos derechos más que otros, teniendo en cuenta su importancia en la demostración de su afectación, debido a que emanan de un postulado inherente a todos los derechos y valores de la Constitución, como lo es la dignidad humana, siendo ellos la honra, el buen nombre y el honor; esenciales en el quehacer diario del hombre en sociedad, del ser humano interpretado en la interacción permanente con el otro y con todos los accesorios que ello conlleva.

4. La honra, honor y el buen nombre

Para hacer alusión a éstos derechos dentro del presente trabajo, es oportuno retomar lo que en un momento dado surgen como invaluable pecuniariamente, pero que poseen *per se* una afección a la integridad moral de la persona, y que dentro del Estado social de derecho aparece tangible desde el preámbulo, desde la perspectiva de un daño que integra la reparación

para el ser humano involucrado en un acto ilegal del Estado, el cual desde la óptica de este estudio puede integrarse al postulado de daños inmateriales, habida cuenta que afecta su intimidad, y no impide que el mismo pueda tener manifestaciones externas a través de las cuales es posible apreciar su existencia, mediante experticias médicas, la percepción de testigos, que permitirán extraerla del fuero interno de cada persona.

Es aquí donde se ve reflejado lo estudiado en el primer capítulo sobre el cambio de paradigmas por parte del juez contencioso, porque si bien el daño moral se ha referido a ese dolor interno por la pérdida de un familiar, o a causa de una lesión corporal, corresponde al juez apreciar, en cada caso, de acuerdo con las circunstancias que se hayan probado en el proceso, si lo acontecido desde la afectación al buen nombre resulta suficiente para tener acreditado un daño que no necesariamente debe ser indemnizado pecuniariamente, pero si reparado simbólicamente ante toda una sociedad o al menos ante un conglomerado de personas quienes de una u otra forma conocieron el proceso de desvinculación del servidor público y vivieron el desprestigio al que fue sometido y la afectación causada a su núcleo familiar.

En este punto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dado claras directrices a los operadores jurídicos respecto de la obligatoriedad de reparar los daños causados por violación a los derechos humanos y fundamentales, señalando que *“en procesos en los que el daño proviene de graves violaciones a derechos humanos o la vulneración grave o significativa de derechos fundamentales, es posible decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa conforme al principio de restitutio in integrum y de reparación integral”* (Sentencia, 2011). Este tipo de daños se encuentra dentro de la tipología de los inmateriales realizada por el órgano de cierre de lo Contencioso, como daños a bienes constitucionales y convencionales, cuya reparación se da por lo general a través de medidas de carácter no pecuniario, es decir, se

privilegia por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias. Todo lo referente a este concepto lo desarrollaremos en el capítulo tercero.

Así las cosas, se considera importante antes de elucidar la historia del derecho a la honra, al honor, y al buen nombre, traer los postulados que plantea John Rawls, quien aduce que la persona se caracteriza por “*dos propiedades que denomina facultades morales, la primera, referida a la razonabilidad frente a la concepción de justicia, y la segunda, atinente al raciocinio, que le permite buscar una motivación en la vida, conforme a las libertades individuales*” (Rawls, 2005, p. 50), que en palabras de Carlos Soria citando a Serra Ruíz, se expresa como su propio concepto de sí, o bien la dimensión a la “*coscienza della dignita personale*” (la consciencia de la dignidad personal), (Soria, 1981, p. 14), para indicar que existe un reconocimiento social, haciendo parte de esos derechos de la personalidad y por lo tanto se traduce como producto del eco que la persona produce en la opinión pública, como finalmente lo ha expresado De Castro en su obra *Temas de Derecho Civil* (De Castro, 1972. P. 17), con mayor énfasis si desempeña un cargo público.

El derecho al honor en sus comienzos estaba sujeto a la clase social, sin que fuera reconocido para todas las personas, pero el reconocimiento internacional a este derecho, está a la par con los derechos humanos. Los doctrinantes han intentado definir este derecho desde sus raíces “*ainos*” que significa alabanza, y se emplea sinónimamente honra y honor (López Díaz, 1996).

La Real Academia de la Lengua Española, lo define “*como cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo*”.

Se ha expresado entonces que el derecho al honor es inherente a todo ser humano, pudiendo exigir el respeto por parte de terceros, como quiera que éste “*es la valoración que la persona hace de sí misma, de lo que se exige y de lo que está dispuesto que le exijan*” (Vide,

1985, p. 157), para concluir que “*el derecho al honor no es algo que se tiene (concepto objetivo) o que se siente (concepto subjetivo) sino que forma parte de la dignidad humana*” (Alonso Alamo, 1981, p. 139 y ss).

En conclusión, en la actualidad y después de la conquista del ser humano en torno al reconocimiento de sus derechos, “*el honor sigue constituyendo uno de los bienes esenciales del hombre, imprescindible para su vida en sociedad*” (Pacheco Zerga, 2007, p. 161), como quiera que es inherente a la naturaleza humana, formado con base en la confianza que le produce ese reconocimiento sin discriminación por parte del entorno social que integra su patrimonio moral convirtiéndose en el puente de unión más fuerte entre la persona y la sociedad, o en palabras de Häberle, la totalidad que forman “*institutio y status*” que evidencian una visión integral de todo derecho fundamental. (1997, p. 202)

Desde el punto de vista legal, se estipula desde la Constitución colombiana, en su artículo 21, que “*se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección*”, siendo salvaguardada en la ley penal, y resaltada en materia civil y contencioso administrativo, pero a través de libelos demandatorios; de igual forma, el artículo 15 de la misma norma superior evidencia el derecho al buen nombre como primacía constitucional que debe protegerse dentro de un Estado social de derecho, habida cuenta, que se constituye en “*un elemento del patrimonio moral y social, siendo un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado como por la sociedad*” (Corte Constitucional, 2002)

Indica lo anterior que los derechos al honor y al buen nombre, no pueden quedar en la mera prescripción legal, debiendo unirse con el concepto doctrinal, que desentraña los dos componentes que posee este postulado, uno interno o propio referido a la estimación de la misma persona y otro externo que está unido a la reputación o buen nombre, los cuales al

integrarse, generan la necesidad de protección del operador judicial, con base en ese efecto horizontal de los derechos fundamentales que no obliga solamente al Ente público, sino a los mismos particulares.

Con base en lo expuesto, es posible indicar que el derecho a la honra, al honor y el buen nombre, se han considerado desde la proclamación de los derechos humanos, en derechos fundamentales autónomos con sus propias características, al igual que los demás, siendo por lo tanto, irrenunciables, inalienables, imprescriptibles, subjetivos, privados y absolutos; lo que los convierte en factor de protección estatal, desde el punto de vista legal y jurisprudencial, definiendo este último, como la necesidad que tiene el juez de interpretar esos postulados constitucionales para rescatar en un momento determinado, el mancillamiento del citado derecho.

No obstante, importa lo expresado por la Corte Constitucional en su línea jurisprudencial sobre el derecho al buen nombre, a fin de contextualizar el tema en lo referido a la protección que desde el ámbito administrativo se promulga en este escrito, por el daño que puede ser causado por el Estado ante un despido en una posible desviación de poder, porque en últimas, lo plasmado en ese acto administrativo, es totalmente contrario a la realidad cuando es proclamado de esa manera en una sentencia.

Expresó la Corte Constitucional en la sentencia SU-056 de 1995, que el derecho al *“buen nombre es esencialmente un derecho de valor porque se construye por el merecimiento de la aceptación social, esto es, gira alrededor de la conducta que observe la persona en su desempeño dentro de la sociedad”* (Corte Constitucional, 1995), lo cual necesariamente surge de cada movimiento de ese ser en la interacción con los demás, y en tal circunstancia, el nivel de protección aflorará en virtud del modelo de comportamiento que haya desplegado el individuo al relacionarse con otros.

Ahora bien, lo concerniente al honor y buen nombre en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha partido del presupuesto que ya ha sido decantado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente en el entendido que se menoscaban estos derechos cuando se *“manifiestan o divulga información falsa o errónea que distorsione el concepto público que se tiene de una persona, mientras que la honra se entiende vulnerada cuando se expresan conceptos que generan un daño moral tangible al sujeto afectado”* (Corte Constitucional, 1992), pero con la connotación que lo ha establecido desde la afectación al daño a la vida en relación, como quiera, que afecta la reputación y dignidad de la víctima, el cual surge normalmente por la difusión de información errada sin confirmar (Ruiz Orejuela, 2013), eventos que afectan el normal desarrollo de la vida del sujeto en sociedad, y de todo su núcleo familiar.

Es este aparte del trabajo, el cual se encuentra directamente relacionado con los componentes del presente capítulo, como es el Estado social de derecho, los derechos fundamentales, la dignidad humana y la irradiación de los derechos en el texto constitucional, dónde se evidencia que el derecho al buen nombre y a la honra exigen y requieren un buen trasegar en la sociedad, como se enunció en precedencia, por ser el eco de la imagen del individuo en lo público, el cual puede ser derribado en un instante con una información errada soportada en un retiro intempestivo y desviado de una entidad del Estado.

Para el Consejo de Estado y la Corte Constitucional la protección a los derechos fundamentales a la honra y buen nombre vulnerados a través de los medios de comunicación prima respecto del derecho a la información, al considerarse una consecuencia obligada del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, valor fundamental y esencial del Estado social de derecho. (reparación directa, 2014) (Rosmery montoya, 1995).

En cuanto a la reparación por la vulneración a estos derechos la jurisprudencia de lo contencioso a mediados de año 2000 los incluía dentro de los daños morales el concepto de daños a la vida en relación, entendido como la pérdida de la posibilidad de realizar determinada actividad en lo social o personal por causa de una lesión, verbigracia, en sentencia proferida dentro del expediente No. 11413, señaló:

“Por lo expresado anteriormente, la Sala considera apropiada tal condena; sin embargo, es importante aclarar que, en el presente caso, el demandante sufrió, a más de un daño moral, un daño a la vida de relación, y respecto de la solicitud de indemnización de ambos rubros, bien podía el fallador encontrarla en la demanda, haciendo uso de sus facultades interpretativas. En efecto, aunque en ella sólo se solicita la indemnización del daño extrapatrimonial de carácter moral, al presentarse los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, se alude no sólo al estado de zozobra, angustia y temor generado en el demandante –que supone la existencia de padecimientos que constituyen, sin duda, afecciones directas a los sentimientos y consideraciones íntimos del ser humano, y que generan, por lo tanto, un típico daño moral–, sino a la necesidad que tuvo, como consecuencia de tal estado, de separarse de su esposa y su hijo recién nacido, cambiando de domicilio durante algún tiempo, así como a la violación de su derecho a la honra. Estos últimos hechos dan lugar a la existencia de un daño extrapatrimonial diferente del moral, que rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida de relación” (Alier Eduardo Hernández, 2000)

Lo anterior, permitió concluir que estos daños no solo podían ser reclamados por el demandante sino por su núcleo familiar, quienes también se afectan por el escarnio público, situación que sin duda altera el desarrollo normal de la vida del servidor público que es retirado injustamente de la administración, en cuanto en el mejor de los escenarios se le

dificultará buscar trabajo en empresas del Estado, al haberse impactado gravemente su imagen en lo laboral, profesional y personal. De cómo se impacta la vida de una persona por vulneraciones a los derechos a la honra y buen nombre el Consejo de Estado ha señalado:

La misma publicación generó, para el demandante, una grave afectación extrapatrimonial en su vida exterior (...) Lo anterior implicó, sin duda una alteración importante de su vida de relación y concretamente de sus relaciones familiares y sociales, que se vieron suspendidas por un período determinado. (Reparación Directa, 2001).

En similar sentido la Corte Suprema de Justicia indicó que los daños son causados por la *“pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente”* (CSJ, 2008)

Sobre este tópico se ha pronunciado el máximo tribunal constitucional al señalar que el buen nombre es *“la buena opinión o fama adquirida por un individuo en razón a la virtud y al mérito, como consecuencia necesaria de las acciones protagonizadas por él”* (Corte Constitucional, 2005), imagen que se construye como se decía, poco a poco con las diferentes acciones que durante la vida desarrolla el sujeto en sociedad, por lo tanto, una afectación a su buen nombre, puede incluso generar un perjuicio en su proyecto de vida.

Son estos presupuestos, los que deberá tener en cuenta el operador jurídico para buscar un resarcimiento integral de los daños causados, como consecuencia de un pronunciamiento del Estado, sin esperar que sea el legislador quien lo disponga, debiendo cambiar el paradigma que se ha sostenido en Colombia, sobre la reparación integral en eventos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

Teniendo la estimación o deferencia con la que en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros del conglomerado que le conocen y le tratan,

puso de presente la Corte que, en este contexto, la honra es un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y respecto de sí mismos, garantizándose la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad.

El buen nombre concebido como derecho de la personalidad que es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y, un factor intrínseco de la dignidad humana, en cuanto cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad, es a la vez, una expresión de la reputación de una persona, que se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo. (Corte Constitucional, 2002).

Es tanta la importancia que tienen los derechos fundamentales a la honra y buen nombre que el legislador ha ampliado su espectro de protección no solo a la parte pública del ser humano si no también a lo privado, es así, como tenemos que a través de la Ley (1581, 2012) se desarrolló el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer y actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en las bases de datos o archivos, afectación que si bien es importante en tanto involucra el buen nombre de la persona, no es menos cierto que su núcleo recae en el *habeas data*, en tanto lo que se protege es la información veraz y actualizada que de las personas se tiene en éstos medios magnéticos, vulneración que se garantiza a través de la acción de tutela. Lo anterior difiere del caso en estudio, toda vez que el medio de vulneración en el caso de los retiros del servicio difiere a las bases de datos o archivos, siendo un requisito *sine qua non* el controvertir la legalidad del acto administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, protección que quedará sujeta a la declaratoria de nulidad.

Por consiguiente, el operador judicial al momento de evaluar la lesión al buen nombre determinará con toda precisión el medio con el cual se dio, es decir, si se generó a través de la radio, prensa, televisión, reuniones de junta o salas de decisión, en otras palabras el contexto del retiro del servicio del funcionario público, su *status*, jerarquía, poder de mando en la administración con su respectiva incidencia en las funciones del Estado, en aras de establecer el impacto causado en la vida en relación de éste, por la información contraria a la verdad de su desempeño laboral (Apéndice No.7).

Es del caso precisar, que el tema de los actos administrativos de retiro del servicio y su publicación para la incidencia en el daño debe tenerse presente, pero no desde el punto de vista de los medios dispuestos por el legislador para la notificación de los actos administrativos de carácter particular, si no desde sus efectos, en cuanto se parte de la precisa que todas las decisiones de la administración son de interés del conglomerado social, quien tiene conocimiento de éstas a través de diferentes medios de difusión o comunicación, y dependerá de los alcances que hayan tenido estos para evaluar el daño, por cuanto no es lo mismo, que los supuestos motivos del retiro del servicio del servidor público se queden a nivel de la entidad pública a que éstos trasciendan a los medios de comunicación (radio, prensa, televisión, redes sociales) y el país entero tenga conocimiento de los falsos motivos que generaron el retiro del servicio.

Siendo contrario pero complementario el daño moral, el cual se fundamenta en el sufrimiento causado tanto a las víctimas como a sus familiares y, respecto del cual el Estado tiene la obligación de otorgar una satisfacción, buscando compensar ese momento o aspecto negativo generado por su actuar, tenemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha definido este daño como una categoría más genérica, que *“incluye perjuicios en la honra, el sufrimiento y el dolor derivados de la violación, como resultado de la humillación a que se*

somete la víctima, del desconocimiento de su dignidad humana” (Calderon , 2013), aspectos que se compaginan con los derechos afectados al servidor público que es retirado del servicio y reintegrado por orden judicial.

Ahora bien, en lo referido al retiro del servidor público generado por la acción del Estado, a través de sus entidades, con base en lo expuesto en párrafos anteriores, tenemos que las relaciones especiales de sujeción, el sometimiento del citado funcionario a las decisiones del ejecutivo, no implica *per se* la ausencia de perturbación a la honra y el honor que ha recopilado durante todo el tiempo servido a la administración, lo que de contera le ha generado un buen nombre, por la obtención de reconocimientos en diferentes ámbitos por la labor desempeñada, lo que necesariamente ha repercutido en la estructuración de una imagen en el entorno laboral, social, familiar y público.

Es precisamente en estos eventos donde el denominado eco de la imagen en lo público, resulta lesionado con el despido injusto probado a través del pronunciamiento en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no resultando suficiente el reconocimiento pecuniario y la posibilidad de recuperar el cargo, sino la necesidad de mitigar esa angustia, sufrimiento y dolor anímico padecido, y es precisamente ese dolor, la razón jurídica de solicitar la reparación del daño, es decir, con medidas de satisfacción que permitan retribuir el perjuicio causado, buscando recuperar esa debilidad manifiesta dejada por el retiro del servicio, en un actuar desviado, máxime cuando el resarcimiento por todo el tiempo que haya permanecido desvinculado, la indemnización no podrá superar los veinticuatro (24) meses de salario, según lo expresó la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014, para los casos de los provisionales (Apéndice No.8).

Surge entonces la necesidad de postular las medidas de satisfacción para dejar posicionado al servidor público al momento de su regreso al cargo, en las mismas condiciones

que ostentaba al momento de su retiro, buscando así consagrar una reparación integral como se ha traído *mutatis mutandi*, desde la jurisprudencia internacional y nacional en materia del conflicto armado interno, es decir, pasaron años para que el máximo ente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, procediera a tomar los postulados de la Corte Interamericana en materia de medidas de satisfacción, siendo el primer hito en Colombia, la sentencia del Magistrado Enrique Gil Botero en el año 2007, en el caso de una privación de la libertad donde fallecieron dos personas en instalaciones policiales, providencia que tuvo marcada influencia del órgano internacional, en sentencia emitida sobre el conocido caso “Palmeras” (Apéndice No. 9 y 10).

Así las cosas, el Consejo de Estado, toma la iniciativa en Colombia, para decretar medidas de satisfacción para lograr una reparación integral a través de condenas que contengan ambos componentes (pecuniarios y no pecuniarios), con fundamento en el bloque de constitucionalidad y *ab initio* mas bien evitando ser reemplazada por la jurisdicción internacional.

No obstante, la evolución de las medidas de satisfacción en Colombia, ya está permeando otras esferas diferentes al conflicto armado interno, en eventos que si bien se desarrollarán más adelante en el capítulo tercero, es necesario tomarlos en este aparte para contextualizar el tema, como es el caso de los trillizos, del menor entregado por el ICBF en desnutrición, el estudiante que resultó quemado en un laboratorio de un colegio en la ciudad de Ibagué, o el evento presentado en la clínica San Pedro Claver de Bogotá, donde por falta de protocolos médicos extirparon el útero de una mujer de 21 años, donde se dispuso que debían pedir disculpas públicas, son entre otros, algunos casos que evidencian la imposición de medidas de satisfacción por fuera del conflicto armado (Apéndice No. 11 a 14).

La propuesta entonces para el presente estudio, es precisamente buscar que los jueces tomen la iniciativa de buscar una reparación integral a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, máxime cuando ha sido la misma Corte Constitucional, quien en sus pronunciamientos ha exhortado a los administradores de justicia, para que provean la protección frente a los atentados arbitrarios de que sean objeto las personas, señalando lo imperioso que resulta “*la adopción de mecanismos de protección que resulten adecuados para garantizar la efectividad de los derechos*” (Corte Constitucional, 2002) al buen nombre y la honra, los cuales resultan afectados con las decisiones desviadas de la administración en materia de desvinculación laboral.

5. Reparación Integral

Para efectos de elucidar el presente tema, y teniendo en cuenta que en materia de reparación integral ha sido abanderada la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se considera pertinente traer algunos conceptos de su jurisprudencia, en aras de compaginarla con el tópico abordado. Veamos:

El soporte legal internacional lo encontramos en el artículo 63.1°. de la CADH y el nacional en el mismo artículo de la Ley 16 de 1972, según el cual, cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido en la Convención Americana, la Corte Interamericana y el Estado colombiano dispondrán lo siguiente:

- Se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados;
- que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y
- el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Se evidencia del texto transcrito, la posibilidad que desde la normativa internacional y nacional, se propende por una reparación que no busca solamente el ámbito económico, sino que abre el abanico a diversas formas que se integran para lograr un resarcimiento pleno que contemple entre ellos el daño material e inmaterial, ambos con sus respectivas desagregaciones, pero con las medidas de reparación integral, entre ellas, la restitución, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, obligación de investigar los hechos e indemnización compensatoria, de los cuales interesa para el estudio, las denominadas de satisfacción en su aplicación en la nulidad y restablecimiento del derecho, habida cuenta que las mismas buscan reintegrar la dignidad del funcionario y transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones, recuperación de la memoria para la víctima y evitar que se repita (Calderon , 2013. P.177).

Los doctrinantes han realizado una aproximación conceptual donde indican que la reparación integral consiste en “*el restablecimiento de las condiciones de la víctima a su situación anterior, lo cual incluye la obligación de otorgar una indemnización, medidas de satisfacción y garantías de no repetición*” (Ferreira Rojas, SF), permitiendo inferir no solo el restablecimiento y garantía de los derechos, sino de las medidas adoptadas con el fin de contrarrestar su repetición ahondando en un alcance mucho más amplio donde se denota que las medidas de satisfacción se constituyen solo en uno de los elementos o componentes de la reparación integral establecidas en la ley de víctimas y restitución de tierras.

En tal circunstancia, cuando se hizo alusión al efecto de irradiación constitucional, es con el firme propósito de vislumbrar que él mismo permite que se extiendan esas medidas de satisfacción que en la actualidad se han planteado con ocasión del conflicto armado interno y en ocasiones en el derecho civil, al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de garantizar la honra y el buen nombre de quien debe ser reintegrado por

orden judicial, a fin de que no se quede en un simple aspecto indemnizatorio pecuniario y pase inadvertida esa actitud dolosa de quien profirió la medida, pues, como quedó visto, al estar catalogados por la Convención Americana de Derechos Humanos como derechos humanos y por la Constitución Política como fundamentales, se parte de la obligación que tiene el Estado Colombiano de ampararlos y salvaguardados ante una violación o vulneración, daños tipificados dentro la tipología de los daños inmateriales del contencioso administrativo como bienes constitucionales y convencionales; situación que permitirá a la sección segunda de lo contencioso y por qué no a las demás secciones, en un momento determinado, contemplar la posibilidad de colocarse esas gafas que le permitirán con el tiempo percibir y comprender esta nueva realidad y cambiar el paradigma existente en materia de retiros del servicio, en el entendido que dentro del concepto de reparación del daño del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, se encuentra la salvaguarda a los derechos fundamentales a la dignidad humana, honra y buen nombre del servidor público que fue declarado injustamente insubsistente o sancionado disciplinariamente Apéndice No.15).

Este aparte implica, dentro de los temas que se han abordado, el punto de partida para la puesta en marcha de las medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha dado desarrollo a la reparación como un imperativo de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 63.1, expresando que *“Cuando decida que hubo violación de un derecho protegido en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, que se reparen las consecuencias de la medida que ha configurado la*

vulneración de esos derechos”. Observándose, claramente que lo primero que se postula es la protección del ser como tal y en segundo escenario la indemnización justa.

Es por ello, que atendiendo a la evolución de los instrumentos internacionales se ha apuntado a la plena reparación de quien o quienes resultaron víctimas de la acción u omisión imputable a un Estado (Rousset Siri, 2011).

La reparación depende de la naturaleza y el monto depende del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial, en tal sentido las medidas de indemnización pecuniaria solo resultan ser uno de los elementos que la constituyen.

De acuerdo a la definición que se trae del Consejo de Europa, reparar integralmente a la víctima significa dejarla en “... *una situación lo más cercana posible a aquélla en la que presumiblemente se hallaría si el daño no se hubiese producido...*” (Apéndice No.16).

Las medidas de satisfacción, responden a un amplio poder de reparación que trasciende de lo material en busca de reparar el daño y de que no se vuelva a repetir, más allá de un concepto económico “*La reparación integral es un término que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido*” (Ferreira Rojas, SF).

Ahora bien, al realizar una aproximación del fundamento constitucional de la reparación, se hace necesario traer a colación el artículo 90 de la Constitución Política, el cual expresa que “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que les sean imputables, causados por acción o la omisión de las autoridades públicas*”, por lo que ante la presencia de un daño, las acciones contencioso administrativas, ordinarias y/o constitucionales encuentran pretensiones en contra del Estado.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia C-916 de 2002 expresó que la Carta Política precisa la reparación del daño, pero no especifica cual, ni el modo en el que debe

cuantificarse, por lo que el legislador podrá hacerlo desde su competencia estableciendo parámetros que orienten al operador judicial a reducir el riesgo de caer en la arbitrariedad y se garantice la razonabilidad.

A su vez, la sentencia C-715 de 2012, estudió la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1448 de 2011, donde expresó que el derecho a la verdad se encuentra vinculado con el derecho a la reparación, y que el restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho de la violación, entendida como una situación de garantía de sus derechos fundamentales, pues el daño causado genera la obligación de reparar los perjuicios a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional.

En tal sentido, la reparación se observa no solo en su aplicabilidad, sino como derecho fundamental, donde su vulneración generó un daño, siendo una carga que no debía soportar y a su vez evidencia la ausencia de garantías de los derechos fundamentales por parte del Estado (Corte Constitucional, 2009), constituyéndose en un referente para las altas Cortes en Colombia.

En el campo del derecho administrativo la reparación integral se constituye en un principio fundamental de la declaratoria de responsabilidad estatal (Ruiz Orejuela, 2013), lo cual no se limita a una indemnización pecuniaria sino a todo aquello que propenda por restablecer a las víctimas la confianza del Estado frente a su acción u omisión, pues desde allí se deslegitima la función pública.

El Consejo de Estado en sentencia de la Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18860), señaló los términos de una reparación integral:

Los anteriores lineamientos se acompañan con las posturas y tendencias modernas de la responsabilidad que desbordan el concepto de “responsabilidad patrimonial”, para adoptar la categoría de “derecho de daños”, en el que el eje central lo constituye la persona que padece la afectación y, por consiguiente, la principal función de la responsabilidad en el mundo moderno consiste no tanto en sancionar conductas como en restablecer los derechos, bienes o intereses legítimos que se afectan con la producción de un daño. En ese orden de ideas, la Sala ante la gravedad de los hechos en el caso sub examine, adoptará una serie de medidas y determinaciones que apuntan a reparar de manera integral el daño irrogado a los demandantes, constituido aquél no sólo por los perjuicios materiales e inmateriales que tienen repercusión patrimonial y que fueron determinados en los acápites anteriores, sino, adicionalmente, por las graves y significativas vulneraciones a los derechos humanos –fundamentales– de los demandantes. (Subrayas fuera de texto)

Evidencia el anterior pronunciamiento, que el concepto de reparación ha cambiado, puesto que ahora se hace énfasis en la importancia de buscar la forma de reparar ese dolor generado a una persona por un actuar desviado del Estado y no en el sancionar conductas, aspecto que fue resaltado por la Corte Interamericana, al referirse a los pronunciamientos del Consejo de Estado, en cuanto se apropiaron de la imposición de las medidas de satisfacción en los procesos adelantados en esa jurisdicción, sin que existiesen postulados legales que así lo establecieran. Veamos:

(...) El Tribunal reconoce tales esfuerzos efectuados por Colombia en cuanto a su deber de reparar y los valora positivamente. (...) “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo cual] abre la posibilidad para las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del

simple resarcimiento económico”. **La Corte considera que, de darse dicho desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el propósito de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos.** Al respecto, el Tribunal reitera que una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición. (Consejo de Estado, 2010).

Son estos postulados los que entronizan las formas de reparación no patrimonial en la jurisdicción contencioso administrativo y que por lo tanto son planteados desde el presente estudio, a través de los cambios de paradigmas y el aporte que permite dar el trasplante del derecho al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a fin de reparar a aquel servidor público cuyo reintegro se ordena.

6. El daño.

Concebido como una situación negativa que sufre una persona en su integridad (física o moral), o en su patrimonio (material o inmaterial), que puede ser factible de una compensación por parte de su causante; en cuanto al perjuicio generado con una conducta activa o pasiva, lo estudiaremos más adelante porque éste será un punto de llegada al momento de evidenciarse una desviación de poder por abuso de la función o en su defecto una falsa motivación en el ámbito laboral en las entidades del Estado.

Desde la Asamblea Nacional Constituyente, cuando se discutía lo que en la actualidad es el artículo 90 de la norma Superior, respecto a la responsabilidad del Estado, se decía que éste es “*el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la*

lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pág. 7)

En lo referido a esta figura, se considera importante indicar que la doctrina, la jurisprudencia y la Ley, han discrepado sobre su definición, en el sentido de señalarlo en ocasiones como sinónimo de perjuicio, ante lo cual algunos tratadistas han mostrado su distinción, sin embargo, se considera que dicha situación hace parte de otro estudio y, como quiera que en el presente se está analizando es desde de sus consecuencias en materia de reparación, tomaremos su concepto desde el ámbito jurisprudencial, así como algunos aspectos doctrinales.

Según la doctrina alemana citada por el profesor Ramiro Saavedra, el daño se interpreta como “*todo menoscabo que como consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio*”, (Saavedra Becerra, 2008, pp. 594), es connatural a la vida en sociedad, el surgimiento de eventos que causen fricciones entre los mismos seres, y por ende, la causación de efectos dañosos que afectan a la persona en su integridad física y/o moral.

Si bien jurisprudencialmente se han asimilado los dos términos (daño y perjuicio), desde la sentencia emanada del Consejo de Estado de 1958, hay tratadistas como es el caso de Jean Paul Benoit, quien señala que el daño es una afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación, sin embargo, el perjuicio lo denomina como aquello que aparece después del daño y que afecta a una persona determinada. (Benoit, 1957).

Según Henao, el daño es un requisito indispensable para que surja la responsabilidad civil; es más, es su punto de partida, pero su existencia es independiente de que haya o no un responsable que deba repararlo (Henao, 1998, pág. 30).

En palabras del Consejo de Estado “*El daño, en su sentido natural y obvio, es un hecho, consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc. (...)*” y “*(...) supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo*” (Consejo de Estado, 1999), definición aplicable a los casos de retiros del servicio, en cuanto necesariamente se ve representado en una afección al servidor público excluido laboralmente sin justa causa, y por ende a todo su entorno familiar.

Posteriormente el máximo órgano de lo contencioso administrativo, recogió las definiciones de varios tratadistas para determinar que “*el daño es -el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial, es el -conocimiento o perjuicio, es decir, la aminoración o alteración de una situación favorable, o la lesión de un interés jurídicamente relevante*” (Consejo de Estado, 2010), y como se mencionó, sino se prueba como tal el daño o perjuicio, no puede haberse de una condena a favor de la víctima.

Significa lo antepuesto, que necesariamente sobre el daño se ha elucidado doctrinal y jurisprudencialmente, a fin de generar una responsabilidad por parte de quien lo genere, sea civil o estatal, siempre y cuando resulten inmersos los elementos del daño que el Consejo de Estado en su Sección Tercera, ha distinguido, como son, el hecho dañoso, el daño sufrido y el nexo causal.

En lo atinente al daño y la afectación a la dignidad humana, esa alta Corporación expresó en sentencia de 2007, lo siguiente:

... al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños, no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad de las personas y de bienes jurídicos que por lo general son de difícil cuantificación económica, por lo

tanto, es de mayúscula importancia que a través de la responsabilidad, el juez de lo contencioso administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en las que incurre la administración y al mismo tiempo, una labor de pedagogía a fin de que aquellas no vuelvan a presentarse (...) además, la reparación de los daños no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica, es importante que el juez además, adopte medidas —en cuanto su ámbito de competencia lo permita— a través de las cuales las víctimas efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen la confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse. Solo una reparación que se adelante bajo estos presupuestos puede entenderse como una materialización del principio de la reparación integral del daño. (Consejo de Estado, 2007). (Subrayas fuera de texto).

Del citado pronunciamiento, se evidencia el *animus* de la jurisdicción contenciosa, que no es otro distinto a que los jueces se atrevan a valorar y cualificar los daños causados, en el entendido de que el dinero o compensación monetaria no lo cubre todo, pues siempre hará falta ese valor agregado que debe tener el pronunciamiento, el cual es colmar y rescatar el valor supremo de la dignidad humana mancillada con el actuar desviado de la administración.

Ahora bien, en el evento de que en la primera instancia se pase por alto el deber de reparar en el ámbito no patrimonial del demandante, puede presentarse que la parte condenada proponga el postulado constitucional de la *non reformatio in pejus*, se señalará que dicha situación que ya fue objeto de estudio por parte del Consejo de Estado, quien respecto al tema, expresó:

En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de

justicia restaurativa a efectos de que sea restablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado. (Consejo de Estado, 2009).

Lo transcrito y expuesto hasta el momento, evidencia la existencia de una posibilidad de que las medidas de satisfacción se apliquen en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral desde el postulado de la Constitución material, y el expansionismo de los derechos fundamentales que poseen sus valores que irradian todas las ramas del derecho, en aras de brindar ese deber de protección del Estado, que le promulgan los mismos derechos fundamentales.

Ahora bien, respecto a la tipología del perjuicio inmaterial la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014 señaló que, éste se compone de: i. perjuicio moral, ii. daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico) y iii. cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “*daño corporal o afectación a la integridad*

sicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño, verbigracia el derecho al buen nombre, al honor o a la honra, el derecho a tener una familia, entre otros (Consejero Dr. Ramiro Pasos Guerrero, 2014).

Es así como el daño inmaterial a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados es una nueva categoría autónoma de daño inmaterial susceptible de ser reparado integralmente, que puede provenir de la vulneración a derechos contenidos en fuentes normativas diversas y sus causas por la afectación a derechos constitucionales fundamentales como convencionales, cuyo grado de intensidad puede ser temporal o definitiva. Su objetivo es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos, dicha reparación se da a través de medidas de carácter no pecuniario, privilegiándose las medidas reparatorias no indemnizatorias. Respecto a las clases de daño (material e inmaterial), para llevar a cabo la reparación, en el presente estudio se hará referencia al inmaterial, como tópico que contiene el daño moral, el daño a la honra y al buen nombre como extensiones de la dignidad humana dentro del Estado social de derecho, habida cuenta que si bien la jurisprudencia ha indicado la presunción de dolor ante el fallecimiento de un familiar, se postula en este estudio, una presunción de afección por un despido injusto por parte de la administración, lo que se adecúa a lo plasmado en el artículo 90 superior, referido al daño antijurídico, entendido éste como aquel que produce una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente al individuo que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

Así, el daño es la causa de la reparación y la reparación la finalidad última de la responsabilidad, el daño es por lo tanto toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos que se presentan como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que será objeto de reparación si los otros elementos de la responsabilidad se encuentran reunidos.

Dentro del daño, inmaterial necesariamente hay que tener en cuenta el daño moral, definido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como una especie de daño “*no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo*”, (Corte Suprema de Justicia, 2009) que se ve reflejado en la afectación al buen nombre, la honra y el honor que representa una destitución o retiro sin justa causa promovido por la administración, ya sentenciado por el juez contencioso administrativo.

Lo anterior permite evidenciar que si bien existe similitud en la importancia de este concepto con la jurisdicción civil, no es menos cierto que, el contencioso ha sido claro en señalar que sus regímenes son autónomos e independientes a los del derecho civil.

En situaciones como ésta, desde la misma jurisprudencia del Consejo de Estado, pueden surgir los siguientes interrogantes: ¿Cómo indemnizar en dinero algo que es espiritual, personal, interior, insusceptible de evaluación económica? ¿Cómo reparar, mediante una indemnización que aumenta el patrimonio, el daño que dejó el patrimonio intacto? (Consejo de Estado, 1991), y la respuesta muy seguramente la encontramos en este trabajo al postular las medidas de satisfacción para estos eventos donde se afecta esa parte espiritual y emocional del servidor público que fue retirado a través de un acto administrativo ilegal ya declarado por la justicia, del cual necesariamente surge una reparación.

Lo expuesto hasta el momento lo podemos sintetizar con un ejemplo en la siguiente tabla:

Tabla No.1 Cuadro comparativo de la propuesta

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE CARÁCTER LABORAL - RETIRO DEL SERVICIO DE UN EMPLEADO DE CARRERA	
PRETENSIONES: 1. Nulidad del acto administrativo de retiro. 2. A título de restablecimiento del derecho se solicita el reintegro al cargo desempeñado o a otro de igual o superior jerarquía y al de pago de salarios y prestaciones sociales. 3. El reconocimiento y pago de los perjuicios morales derivados por el dolor causado con las declaraciones falsas sobre las causas del retiro.	Si prospera la declaratoria de nulidad se ordena: REPARACIÓN TRADICIONAL 1. El reintegro al cargo desempeñado sin solución de continuidad con el correspondiente pago de salarios y prestaciones sociales, debidamente actualizados e indexados. 2. Por lo general se niegan los perjuicios morales por falta de material probatorio o tecnicismo. 3. De probarse el daño, la orden de reparación se reduce a una indemnización pecuniaria a título de morales, monto que dependerá de cada caso y del juicio del juez.
	REPARACIÓN INTEGRAL 1. El reintegro al cargo desempeñado sin solución de continuidad con el correspondiente pago de salarios y prestaciones sociales, debidamente actualizados e indexados. 2. Indemnización por los daños morales, tales como la aflicción, padecimiento y zozobra desencadenados por la pérdida del trabajo y de la estabilidad económica y familiar. 3. Medidas de satisfacción, por la violación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, honra o buen nombre.

	• Dependiendo del transcurso del tiempo entre el retiro y la declaratoria de nulidad se analizará la efectividad de una retractación a través de los medios de comunicación, con el mismo despliegue que se le dio al retiro, pues si el recuerdo de la declaración ha dejado de ser actual, no va tener los mismos efectos. • Disculpas públicas ofrecidas por el representante legal de la entidad, al demandante y a su familia, en un acto público o a través de los medios de comunicación. • Publicación de todo el texto de la sentencia o de la parte resolutive en un sitio visible de la entidad y en el de todas las sedes. Las demás medidas las veremos detenidamente en el capítulo cuarto.
--	--

Elaboración propia

Entre las directrices que ha dado el Consejo de Estado en materia de imposición de medidas de satisfacción, la más importante en nuestro criterio, es la referente a la garantía de que en todo momento se reparará el daño derivado de la violación de un bien constitucional, llámese derecho a la honra o buen nombre, por cuanto no es *“necesario que la indemnización por el daño derivado de una afectación a un bien constitucional o convencionalmente amparado haya sido solicitada expresamente, pues el Juez, siempre y cuando lo encuentre acreditado, puede y tiene el deber de ordenar su reparación”* (Consejo de Estado - Sección Tercera, 2014, pág. 109).

Ahora bien, y con el fin de comprender mejor por qué el operador judicial debe analizar cada caso en particular al momento de establecer las medidas de satisfacción a imponer, estudiemos el concepto de sujetos determinables y, las características del servidor

público que impactarán en mayor o menor grado los daños ocasionados por la vulneración de los derechos fundamentales a la honra, así mismo estableceremos los grados de intimidad del ser humano con el fin de comprender el porqué de la reducción de los derechos fundamentales de los servidores públicos.

7. Sujetos determinables

En este tópico, es oportuno mencionar lo referido al impacto que puede causar una afectación al honor en diferentes sujetos pasivos del mismo, aclarando que, si bien se ha citado como un derecho absoluto e indiscriminable, a fin de no retomar a sus orígenes que su valor dependía de la clase social, dejando por fuera de éstos a los menos favorecidos, si surge necesariamente una diferenciación en cuanto a su impacto ante la sociedad. Por lo tanto, no es igual el tratamiento en un caso de mancillamiento de una persona pública, que de alguien dedicado a su entorno privado, donde si bien ambos sufren afecciones al honor, su reparación no será similar, y a contrario sensu, no es lo mismo, emitir una información sobre la intimidad de esa persona pública, que de una privada, eventos que compensan la situación.

Para tratar el tema de la honra, el honor y el buen nombre, se debe necesariamente hacer alusión al derecho a la intimidad, el cual ha sido definido por la doctrina, *como ese espacio de los sujetos que no puede llegar a ser por ningún motivo, salvo por su propia elección, de dominio público, por eso surgen allí, los conceptos 'públicos' y 'privado'* (Corte Constitucional, 2004), para distinguir entre ambos, es necesario conocer los pormenores de la persona determinada, partiendo de las funciones que desempeñe, en el sentido de señalar que si la vida es de interés social, muy seguramente será objeto de injerencia por parte de los mismos medios de comunicación y del público en general, máxime aún, cuando una

tergiversación de la intimidad o de lo privado, puede afectar la honra y el buen nombre como derechos fundamentales del individuo.

El derecho a la intimidad ha sido concebido como “*the right to be let alone*, «*el derecho a estar sólo*» o «*a ser dejado en paz*” (Pisón, 2016, pág. 412), para asimilarlo a la posibilidad de tener derecho a una privacidad, a un ámbito íntimo, el cual se plantea desde unos niveles o esferas de privacidad, que en palabras de la Corte Constitucional, han sido denominadas niveles de intimidad, los cuales ante situaciones presentadas con el individuo en sociedad, deben analizarse, lo que jugará dos aristas importantes en su valoración y por ende en su protección, desde el punto de vista de su rol en la sociedad (entorno social o laboral) y por ende el grado de conocimiento que tenga esa sociedad de él, y es lo que ha denominado la jurisprudencia, como grados de intimidad y les asigna una clasificación de cuatro niveles así:

La primera, alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado sólo y de poder guardar silencio. La segunda, responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, de donde surge la no autoincriminación. La tercera, involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana. Finalmente, la intimidad gremial se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse -conforme a derecho- la explotación de cierta información, siendo, sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual (C.P. art. 61). (Corte Constitucional, 2004).

Son precisamente estos cuatro escenarios los que juegan un papel trascendental en el tema bajo estudio, como quiera, que son ellos los que antes de determinar una indemnización pecuniaria, permitirán o no, dentro de una reparación integral, la adopción de medidas de satisfacción a través de la sentencia que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se emita, debido a la no susceptible valoración económica, aunque como lo ha dicho la Corte, tenga efectos patrimoniales.

En ese orden de ideas, tanto personas públicas, funcionarios públicos y personas privadas, obtendrán una afectación a su buen nombre o a su honra (honor), partiendo de los niveles de intimidad involucrados con el actuar de personas externas, el Estado o sencillamente un tercero, como quiera, que en materia de derechos fundamentales, desde la óptica de un servidor público, se ha mencionado que éstos aseguran tanto la vida política y/o pública como la vida privada, es decir, “*protegen esferas privadas de la vida individual y social en sí y para sí*” (Häberle, 1997, pág. 74).

Ahora, en lo atinente a los servidores públicos, desde la jurisprudencia y la doctrina, se ha expresado que están más expuestos a descubrir su intimidad y, la de aquellas que se movilizan con ellas, debido a que quienes se encuentran en estas condiciones, interactúan con la sociedad en todo momento, afectando por lo tanto el mismo interés general con su comportamiento, convirtiéndose en objeto de permanente visualización, por factores inherentes al cargo que desempeñan, siendo ésta una carga que deben aceptar por el rol desenvuelto en sociedad, situación contraria a la que acontece con las personas privadas, cuya exposición sin ser menos importante, es más escasa.

En tal circunstancia, a la persona pública se le reduce la protección de su honor, honra e intimidad, “*debido a la fama, profesión que lo convierte en un interés legítimo en sus actividades*” (López Díaz, 1996, p. 67), que imponen cargas que deben soportar quienes

asumen dichos roles; en ocasiones, debido al mismo empleo que desempeña, que al ser con el Estado, requiere de una supervisión permanente, en pro de la transparencia que debe observar en cuanto al gasto del erario, habida cuenta que a la sociedad le interesa conocer los pormenores de los mismos.

El Tribunal Constitucional español, en pronunciamiento que hiciera en 1987, sobre la carga de aquellas personas públicas, en los cuales necesariamente encajan algunos servidores públicos, debido al rol que desempeñan, en lo referido a su buen nombre, imagen y honra, expresó: *“los sujetos públicos han optado libremente por tal condición, y deben por tanto soportar el riesgo de posibles lesiones en sus derechos de la personalidad”*, (Tribunal Constitucional Español, 1987), para diferenciarlos de las personas privadas que no intervienen en las controversias públicas. Se agrega que en esta apreciación encajan los servidores públicos, en el sentido que ellos están allí por voluntad propia (se excluyen a quienes prestan servicio militar obligatorio), y asumen las cargas públicas que les impone el servicio, que si bien no todos van a tener la misma publicidad, el daño siempre será importante en el entorno laboral en el cual se encuentren.

En este aparte, entran precisamente quienes serán sujetos pasivos de los actos administrativos de retiro y en consecuencia, objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se configuren los presupuestos para su ejecución, de donde surge un conflicto divergente, en cuanto a lo que se ha estado refiriendo visto desde dos aristas para el presente estudio; i), al ser servidor público, el derecho al honor y al buen nombre se le reduce, pero ii), precisamente al ostentar dicha condición, de no ser verdadero el motivo del retiro, o surgir una desviación de poder, muy seguramente las consecuencias para el Estado serán más gravosas.

La jurisprudencia de Estados Unidos, ha conservado la línea en torno a la reducción de derechos que tienen las personas públicas o quienes pretenden ser elegidos a cargos públicos, como se evidencia en el caso *Kapellas vs Kofman*, pronunciado por la Suprema Corte de California, donde señaló que *“un político, para un cargo público, en efecto, ofrece su vida pública y privada. Quien pretende ser elegido para cargos públicos es consciente que al hacerlo se convierten a sí mismo, y a aquellos cercanos a ellos, en blancos por parte del interés y la atención pública”*. (Suprema Corte California, 1969).

Significa lo anotado, la tendencia mundial a la reducción de derechos de los personajes públicos, pero en ese mismo modo, es que se afecta notablemente cuando se llevan a cabo situaciones en contra de éstos, porque en el nivel de su publicidad, debe calificarse el daño generado a su buen nombre y por ende su medida de satisfacción, lo cual ha sido postulado por la misma Corte Constitucional en sentencia de Tutela, al indicar que *“concluir que la injusta difamación de un personaje público está permitida por el sólo hecho de su condición, es un contrasentido constitucional que no atiende al postulado de respeto por la dignidad humana”*, (Corte Constitucional, 2000), siendo por lo tanto, reparable en forma integral desde lo estudiado en el presente trabajo.

Desde otra óptica, tenemos a aquellas personas que no son públicas ni están inmersos en los servidores públicos. No obstante, y como se elucidó con Julio Alexei, deben ser igualmente protegidos en su honor y buen nombre, toda vez, que es el *corpus* constitucional, el que postula una protección que evite el menoscabo de ese valor intrínseco del individuo frente al entorno social que lo rodea, es decir, frente a una esfera, que si bien es más reducida, no deja de ser su ámbito de movimiento, empleando incluso ese efecto horizontal del derecho entre los particulares que se ha postulado desde Alemania con la denominación *Drittwirkung*, desde la Ley de Bonn y que en Colombia posee su mecanismo de protección a través de la

acción de tutela, en aras de hallar un equilibrio entre el régimen privado con poder y el particular en ocasiones subordinado al empleador en relaciones laborales, o incluso en otras áreas que ubican en posición de indefensión ante el ataque de terceros.

Lo anterior, debido a que *“cada persona desde su órbita privada posee una dignidad natural proveniente de la estimación que le corresponde por el simple hecho de ser persona y que lo mueve a conservar una perfección preservando un bien moral como fin último de los hombres como raza”*. (Soria, 1981, p.11).

Coherente con lo anterior, ha de mencionarse desde la doctrina, no tanto los niveles de intimidad, sino las esferas de privacidad, que llegan a un punto en el cual, nada tienen que ver con lo público, habida cuenta, que es desde allí donde el individuo piensa desarrollar su vida, empezando por lo más secreto o acciones íntimas “esfera íntima”, a donde solo llegan las personas que hacen parte del círculo más cercano; seguido por una “esfera privada”, donde la persona ejerce su vida familiar y protegida frente a terceros, para culminar con una “esfera individual”, considerado como el último círculo antes de la vida pública, sin embargo, aca se encuentra la imagen, el buen nombre como parte de la personalidad del individuo. (Pisón, 2016), aspectos que entran en juego al momento de valorar la situación de las personas particulares privadas, que como lo expresó Julio en su obra, poseen la misma garantía de protección, pero ante una medida de satisfacción su compensación no buscará la misma repercusión que en las personas públicas.

Capítulo tercero. Medidas de Satisfacción

1. Definición

Las medidas de satisfacción, se han concebido como uno de los componentes de la reparación integral, son acciones de carácter material e inmaterial dirigidas a las víctimas individuales y colectivas en el contexto del conflicto armado, tendientes a restablecer la dignidad de las víctimas y a difundir la verdad sobre lo sucedido a través de la reconstrucción de los hechos y preservación de la memoria histórica (Guia de Medidas de Satisfacción, 2015)

Estas acciones, tienen como principal objetivo proporcionar bienestar y contribuir a mitigar el dolor de las víctimas frente a los atentados de la dignidad humana que se hayan podido cometer, que como diría Uprimny Yepes, es regresar al *statuo quo ex ante*; devolver a las víctimas al estado anterior en la medida de lo posible, de recuperación de la dignidad y, será en la “reparación integral donde se debe recurrir entonces a mecanismos reparadores sustitutos y complementarios, como la compensación, las medidas de rehabilitación y satisfacción” (Guerra Moreno, 2015).

Otra de las aproximaciones conceptuales se ha expuesto por la Corte IDH, quien plantea comprender las medidas de “*Satisfacción, como medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, tales como actos conmemorativos, disculpas y reconocimientos públicos*” (Corte, IDH, 2001), cuya finalidad no es otra cosa que hacer cesar los efectos y consecuencias de la violación, la reparación del daño y la demanda de la plena restitución, lo que se conoce como ***restitutio in integrum*** donde además de las compensaciones económicas existen otras medidas de reparación, como las de satisfacción de carácter no pecuniarias que forman parte de la denominada reparación integral,

convirtiéndose en un elemento transversal para el alcance a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición en una dignificación y enaltecimiento ante los hechos victimizantes.

La Organización de las Naciones Unidas surge al finalizar la Segunda Guerra mundial en 1945, para evitar la repetición de actos atroces como lo ocurrido con la bomba atómica y el holocausto nazi, pero sólo hasta 1985, se acoge la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder”, y once (11) años más tarde Louis Joinet propone el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos, de donde a la vez sería la génesis de la estructura general de verdad, justicia, reparación, y garantía de no repetición, consignados como: *“el derecho a saber”*, *“el derecho a la justicia”*, *“el derecho a la reparación de la víctima”* y *“garantías de no repetición de las violaciones”* (Joinet & Orentlicher, 1997, 2005). Citado por (Olarte, 2012)

Se agrega por lo tanto que *“la satisfacción puede referirse a medidas que proveen reparación a la víctima de forma simbólica o representativa, pero que también tienen un impacto en la comunidad y el entorno social a lo interno del Estado y repercusión pública”* (Rojas, 2008, pág. 111), lo que asimilado dicho sea de paso, ante un retiro del servicio arbitrario por parte de la administración como se verá más adelante, se compagina con el retorno del buen nombre para el servidor público.

Las anteriores medidas se originaron, en la necesidad de favorecer a las víctimas de los conflictos armados internos por graves violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y Derecho Internacional Humanitario (DIH). No obstante como se ha argumentado, deberá tener sus alcances en las acciones de los Estados no solo en contextos de conflicto armado sino fuera de él, donde también los servidores públicos retirados del servicio por desviaciones de poder, puedan tener un resarcimiento del daño no solo desde una connotación pecuniaria sino a través de medidas de satisfacción que permitan la protección

efectiva del derecho al buen nombre, propendiendo por el respeto a la dignidad humana, derecho inherente, inalienable e intransferible.

La doctrina y la jurisprudencia han definido las medidas de satisfacción como un *“componente de la reparación integral, que puede ser de carácter material e inmaterial tendientes a restablecer la dignidad de las víctimas y difundir la verdad sobre lo sucedido a través de la reconstrucción de los hechos y preservación de la memoria histórica...”* (Guía de Medidas de Satisfacción, 2015, pág. 14).

Así mismo, el Consejo de Estado ha expresado: que son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías, etc. Ahora bien, traer al escenario los antecedentes internacionales y nacionales permiten una mayor comprensión de contexto, de los avances que se han dado en materia de medidas de satisfacción.

2. Antecedentes Internacionales

Las medidas de satisfacción dan sus primeros pasos con la resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la *“Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”*, la cual se ha constituido en instrumento de trascendencia cuando se hace alusión a la reparación, pues es allí donde se encuentra sustento jurídico a las medidas de satisfacción apropiadas en pronunciamientos realizados por la Corte IDH.

Es así, que cuando el comportamiento internacionalmente ilícito resulta atribuible al Estado, como persona jurídica con plena capacidad de conformidad al Derecho Internacional, responde por las acciones u omisiones que sus órganos hayan realizado, pues al ser generador de un daño debe repararlo, máxime cuando existen principios internacionales que deben

respetarse, entre ellos, el de *pacta sunt servanda*- contemplado en la Convención de Viena sobre el derecho a los tratados, en cuyo artículo 26 se señala expresamente que: “*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” (Viena, 1969), en otras palabras los tratados son ley para los Estados.

Años más tarde, se profiere la Resolución 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005 que refiere específicamente a los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de los derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", en los cuales se contempla como medidas de satisfacción:

- a) Medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas

internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

Esta normativa se constituye entonces, en un avance significativo no solo del reconocimiento de las víctimas ante las graves violaciones a los derechos humanos, sino a su reparación integral contemplando como uno de sus elementos las medidas de satisfacción, bases que más adelante se materializaron en instrumentos de carácter internacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de los años ha dado una ampliación paulatina al concepto de reparación y de su integralidad contemplada en las medidas, es así como para las que no son pecuniarias como las de satisfacción, las enmarca en cuatro categorías a saber: *“determinación y reconocimiento de la responsabilidad del Estado, la disculpa pública impulsada por decisión judicial, la publicidad de la decisión de la Corte, y la conmemoración como medida de reparación”* (Guía de Medidas de Satisfacción, 2015, pág. 6) .

En este sentido, se muestra un viraje jurisprudencial, que enfoca su importancia en una reparación integral, como por ejemplo en sus primeros pronunciamientos en el caso de Honduras vs Velásquez Rodríguez, frente a la desaparición forzada y posterior muerte de personas que fue atribuida al Estado, sentó precedente al establecer en su fallo como medida de satisfacción la publicación de la sentencia, con la cual se alcanza la máxima expresión del artículo 63.1 de la Convención Americana, dejando en claro que, una vez se produzca el hecho internacionalmente ilícito, surge de inmediato el deber de reparar integralmente todos los daños causados, pues la Corte desde una interpretación jurídica otorga el alcance de estas medidas como una forma de materializar la reparación del daño, contemplando todas las formas de reparación alejándose de encontrar su connotación en solo una indemnización.

La reiterada jurisprudencia de la Corte IDH, ha dado sustento jurídico a las decisiones de adoptar medidas de satisfacción a partir de la violación de la Convención Americana, pues éstas encuentran su origen y fundamento en estándares internacionales, cuyo reconocimiento ha influido significativamente en la legislación colombiana, gracias a la figura del bloque de constitucionalidad contemplada en el artículo 93 de la Carta Política, el cual da cuenta del reconocimiento de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. El Estado colombiano adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos mediante la ley 16 de 1972, realizó el depósito de ratificación el 31 de julio de 1973, y aceptó la competencia de la Corte a partir del 21 de julio de 1985; *“por tal razón, al ratificar este instrumento internacional y al aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado colombiano se ha obligado de forma voluntaria a acatar las decisiones de este tribunal, en los casos que resulte comprometida su responsabilidad”* (Botero, 2014, p. 21).

De lo anterior se infiere la injerencia de ciertos principios y reglas convencionales en el derecho colombiano, siendo dable analizar si el propósito y aplicabilidad en la legislación interna se puede dar de la misma forma como en las decretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, responder así a la necesidad de una reparación integral que traspasa del ordenamiento jurídico interno al internacional.

3. Antecedentes Nacionales

Luego de esbozar el fundamento internacional, es pertinente ahondar en la legislación nacional donde la ley 975 de 2005 **“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras**

disposiciones para acuerdos humanitarios”, es la primera que contempla las medidas de satisfacción y reparación simbólica en su artículo 8 cuando las define como “las acciones tendientes a establecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido”. Posteriormente se promulga la ley 1448 de 2011 **“Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones**”, que da una connotación mucho más amplia a las medidas de satisfacción en su capítulo IX, señalándolas como “el conjunto de acciones tendientes a investigar y difundir la verdad sobre lo sucedido y sancionar a los responsables, mostrar solidaridad y reconocer la dignidad de las víctimas, a través de acciones que procuren mitigar su dolor y reparar el daño causado.”

La anterior normativa permite divisar un reconocimiento amplio del Estado Colombiano a la reparación integral y de su importancia en el cumplimiento al mandamiento constitucional, lo que conlleva a que el operador judicial se permee del interés de materializar la protección y garantía de los derechos humanos con las figuras jurídicas que el legislador ha tenido a bien implementar, así como de aceptar instrumentos internacionales que otorguen un mayor nivel de compromiso social con los derechos fundamentales, para su efectiva materialización.

Esta trayectoria normativa, ha identificado cambios y complementos de las líneas jurisprudenciales no solo de la Corte Constitucional, sino en lo contencioso administrativo donde la influencia de los pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos ha sido notoria, los fallos proferidos abordan una respuesta mucho más amplia, por parte del operador judicial a la protección y garantía de derechos al momento de reparar el daño, como sucede en la Sección Tercera del Consejo de Estado que ha ido mucho más allá dando aplicabilidad a la normativa internacional, en la necesidad de establecer “la

estrecha conexión entre las decisiones del Consejo de Estado colombiano que declaran la responsabilidad extracontractual del Estado y los fallos de la Corte Interamericana especialmente en lo referido a la reparación de daños causados por vulneración de Derechos Humanos por parte del Estado” (Escobar Martínez, 2011).

Por tal razón, los operadores judiciales deben ejercer un control de convencionalidad entendiendo éste como *“el conjunto de mecanismos sustantivos y procesales implementados para mantener la vigencia e identidad de los derechos humanos vertidos como cláusula de protección en los tratados públicos”* (Escobar Martínez, 2011), donde no solo conocen la doctrina y jurisprudencia internacional, sino deben darle uso y aplicabilidad en las actividades propias de interpretación frente a los derechos constitucionales, pues el contexto en el cual se ha desarrollado el Estado colombiano, da cuenta de una historia marcada por innumerables vulneraciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, las cuales han generado un alto impacto en la humanidad, dando paso e importancia a la necesidad de una reparación integral que abandona la concepción de carácter pecuniario como única forma de mitigar el daño causado, es por ello que uno de los alcances de la misma, responde a las medidas de satisfacción consistente en *“la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad y actos de desagravio; las sanciones contra perpetradores; la conmemoración y tributo a las víctimas”* (Beristain, 2010, pág. 122) con el fin de restablecer la dignidad de las víctimas generando condiciones que no permitan la repetición.

4. Principio de supremacía constitucional y material

La supremacía constitucional, fundamenta y ordena la validez de todo el ordenamiento jurídico, la Corte ha señalado en sentencia T-406 de 1992 que los principios constitucionales a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales

que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

Bajo este precepto se concibe entonces como principio redentor de un Estado social de derecho, que solo encuentra su aplicabilidad en la implementación de mecanismos que permitan la materialidad de lo escrito (Sandino, 2008).

Lo expuesto se ve reflejado desde el artículo 4 superior, que *señala “la Constitución como norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*, lo cual sienta una concreción constitucional donde existe una amplia dinámica en mecanismos de protección, organismos y operadores judiciales que garanticen la aplicación integral de la Constitución, imponiendo una restricción en su interpretación siempre desde el enfoque de Estado social de derecho, donde prevalece el individuo por encima del Estado y por ende, la necesidad de aplicar la hermenéutica en beneficio del mismo.

La Constitución Política de Colombia desde su forma material concentra los valores y principios que le dan razón y fundamento al sistema constitucional, pues es en ella donde se encuentran los anhelos sociales que por ende son de trascendencia e interés colectivo.

Los sistemas jurídicos se han ido constitucionalizando, con el fin de edificar y actuar desde una esencia suprema, llevando consigo la importancia de los derechos humanos como elementos universales de eficacia y valor en todo el sistema jurídico (Rodríguez, 2011).

La Ley suprema, permite entonces que todo acto se sujete a los contenidos y límites previstos en ella, atendiendo a los fines constitucionales que fueron previamente establecidos, la visión constitucionalista ha conllevado a una norma de protección progresiva de derechos, desde la cual debe consolidarse el funcionamiento estructural del sistema jurídico, no se

equivocaba entonces Hans Kelsen al concebir a la constitución como supra norma al ser ésta en la que se funda todo el sistema jurídico, siendo la fuente de toda estructura normativa.

Es así como esta supremacía constitucional, surge de establecerse como norma rectora cuyos fines derivan de evitar el desbordamiento de particulares o actuaciones deliberadas que abandonen la esencia y por consiguiente se pierda la efectividad de todo el sistema.

Los aspectos axiológicos y materiales contenidos en la Constitución son el resultado del ejercicio soberano legítimo manteniendo el orden supremo. Las tendencias de derechos humanos restituyeron el valor material constitucional, lo que hizo que se generaran los principios fundamentales como exigencias en la normativa, encontrándose como factores rectores no transitorios.

Ahora bien, el activismo jurisdiccional también juega un rol importante frente a la conservación y la defensa de la supremacía constitucional, en cuanto sus pronunciamientos deberán amparar su esencia a partir de una teoría natural, comprendiendo que los principios constitucionales dan fundamentos sólidos y propician un orden justo, contrario sensu si carece de ellos, se evidenciará en su estructura.

Robert Alexy, ha definido los principios como mandatos de optimización, en la máxima fuente del Derecho, reconociendo una eficacia inmediata y directa.

4.1 Principio pro homine.

Este principio que no es otra cosa que aplicar la favorabilidad al sujeto inmerso en una situación determinada, ha sido aplicado por la Corte Constitucional desde la sentencia C-1056 de 2004, donde hizo alusión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a la vez que ya se había empleado dicha interpretación en la revisión del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos.

A nivel internacional, su aplicación empezó a evidenciarse en el ejercicio de la competencia consultiva que posee la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva 182 OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, al referirse taxativamente al mandato señalado en el artículo 29b de la Convención Americana de Derechos Humanos; evento que reiteró en 1985, en la OC-5/85, apartado 52, inciso segundo, donde taxativamente señaló que *“En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985).

Significa lo anterior, que en el tema bajo estudio se presenta la situación propicia para dar plena aplicación a este principio, habida cuenta que en materia de medidas de satisfacción, se propende por proteger los derechos humanos a la honra y buen nombre del servidor público despedido en el uso desmedido del poder del Estado, afectado notablemente en su imagen, dignidad, honor, debiendo buscar la reparación del daño desde un punto de vista diferente al económico, máxime cuando el mismo artículo 4 superior en concordancia con el 93, permiten la introducción de los tratados sobre Derechos Humanos a la legislación colombiana, a través del bloque de constitucionalidad.

Su esencia radica en el deber que tiene el intérprete encargado de un evento jurídico, de aplicar la hermenéutica menos restrictiva en la tensión de derechos o en la resolución de un caso específico, buscando siempre entonar con la filosofía de la Carta Superior y esa protección que otorga al individuo en sociedad.

Sin perjuicio de la autonomía del ordenamiento interno de los Estados, la pluralidad de fuentes ha permitido realizar una interpretación más amplia a la norma y por ende establecer criterios orientadores a la solución de fenómenos sociales a través de un ámbito jurídico mucho más sólido.

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que abarca a los derechos humanos en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, 1997).

En tal sentido, si con la ampliación de la hermenéutica se concede un goce y ejercicio aún mas efectivo de los derechos protegidos, se llegará a mayor alcance de supremacía constitucional. Es así como el reconocimiento de estándares internacionales y su aplicación dentro del principio *pro homine* da paso a enriquecer las disposiciones, en cuanto conlleva a que aquellas normas que reconozcan un alcance de protección más amplio prevalezcan.

Ahora bien, la tesis expuesta resulta enmarcada en el principio *pro homine* el cual permite divisar realmente la esencia de la supremacía constitucional a través de una hermenéutica mucho más amplia que para el caso concreto se desliga del contexto del conflicto armado y a su paso encuentra otros escenarios que limitan los derechos protegidos y por ende obliga entonces a contemplar otros ambitos.

Es así, como el determinar el contexto histórico y observar la importancia de las medidas de satisfacción en las providencias judiciales, al contribuir a una verdadera reparación integral, se hallan argumentos en un sentido lógico al por qué el Consejo de Estado ha incorporado en sus pronunciamientos las mismas, dando alcances de protección a derechos fundamentales en una verdadera respuesta del Estado social en procura de maximizar los derechos.

5. Precedente internacional y nacional

Las medidas de satisfacción, han sido desarrolladas significativamente por la Corte IDH, pues si bien es cierto en sus comienzos respondía a una reparación pecuniaria, con el paso de los años en la evolución jurídica desató un sinnúmero de medidas de satisfacción, donde la reparación desde una connotación integral asumió un alcance mucho más amplio e indispensable a la hora de resarcir el daño.

Es así, como adoptando los criterios observados estableció en muchas sentencias medidas de satisfacción que pretenden resarcir el daño en una mayor cobertura, influyendo significativamente respecto de otros tribunales internacionales en la protección de derechos humanos.

Por ejemplo, el caso Aloeboetoe vs. Suriname que dio un giro en torno a las reparaciones desde el ámbito internacional, al ser punto de partida de una incipiente práctica de reparaciones que puso su análisis fuera de las indemnizaciones, toda vez que se ordenó reabrir la escuela Sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para su funcionamiento, decisión que a pesar de no ser denominada en su época como medida de satisfacción fue de carácter no pecuniario. Así mismo, en el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, el alto tribunal tomó, entre otras, medidas de satisfacción denominadas como “*otras formas de reparación*”.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, ha dado lugar a una fuerte arquitectura de reparaciones donde las obligaciones de respeto y garantía de derechos, requirió la elaboración de medidas de reparación, siendo es necesario observar la eficacia, el tratamiento de las mismas a partir de la maximización en su aplicación y, por consiguiente del cumplimiento de los objetivos propuestos (Bejarano Gutierrez, SF, p. 91).

Para los años 1992 al 2008 aproximadamente, la Jurisdicción contenciosa administrativa encuentra el patrón de interpretación normativa de reparación bajo una medida

económica, llevando la responsabilidad estatal a la liquidación de perjuicios morales y materiales. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al haber conocido los casos, concedieron una reparación mucho más amplia, una reparación integral que abordó las medidas de carácter no pecuniario, dando una orientación distinta a la situación fáctica conocida a partir de una instancia judicial interna y un órgano internacional.

Otro de los casos emblemáticos, que sienta precedente jurisprudencial en la acogida de estándares internacionales, es la sentencia del 8 de febrero de 2010 proferida por la Corte IDH, donde se declaró responsable el Estado por el desplazamiento de campesinos por obra de paramilitares en la Jurisdicción, cuyo fallo estableció como reparación la publicación del extracto de la sentencia por un término de 6 meses, en los diferentes comandos de la Policía, así como en el Batallón donde ocurrieron los hechos, lo cual maximizó el concepto de reparación integral, abandonando factores netamente económicos; providencia cuya influencia radicó en los casos de la Masacre de Ituango y Mapiripan, conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los casos internacionales dejaron entonces precedentes, que permitieron abordar una interpretación amplia de la reparación y ser lineamiento o directriz del operador en la legislación nacional, su incidencia se evidenció en pronunciamientos del Consejo de Estado. Si bien es cierto, los casos mencionados de la Corte IDH, abordan contextos de conflicto armado interno y por ende realiza una identificación de las víctimas de conformidad con lo establecido en la Ley 1448 de 2011, no ha sido óbice para el alto tribunal abordar medidas de satisfacción en escenarios diferentes a éste, y es por ello que se relacionan sentencias en esta línea, que permitan dar sustento al objetivo trazado en este trabajo.

La Jurisprudencia internacional, ha permeado los pronunciamientos de las altas Cortes como el Consejo de Estado, quien ha adoptado los estándares internacionales en materia de

reparación integral de las víctimas del conflicto armado, dando a su vez un mayor alcance a las medidas de satisfacción en escenarios fuera del conflicto a partir de una ampliación a la hermenéutica jurídica.

La Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia cuyo Consejero ponente fue Enrique Gil Botero, conoció el caso en el que por negligencia médica murió una mujer en periodo de gestación de trillizas, y dadas las condiciones fácticas ordenó remitir la sentencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que realizara una divulgación pedagógica a todas las EPS, dejando un claro mensaje de que las medidas de satisfacción no solo se reducen a masacres o desplazamientos, sino que existen otras situaciones que quebrantan principios constitucionales, que deben ser protegidas por el juez administrativo con fundamento en los estándares internacionales, bajo el concepto de reparación integral.

Otra de las sentencias en las cuales se dio lineamiento jurisprudencial hacia el reconocimiento de medidas de satisfacción como forma de reparación es la del 25 de septiembre de 2013 de la Subsección C del Consejo de Estado, Consejero ponente Enrique Gil Botero, abriendo el abanico de los daños inmateriales e incorporando una categoría autónoma al daño denominado -protección de bienes constitucionales o convencionales.

Así mismo, el Consejo de Estado, en el caso de tortura y posterior homicidio de un joven retenido por la Policía Nacional, ordenó además de la reparación pecuniaria, dar excusas públicas así como charlas pedagógicas en centros educativos referentes al respeto por los derechos humanos por parte de los miembros de la Fuerza Pública, dejando entre ver la aplicabilidad en escenarios diferentes al conflicto armado, bajo el argumento jurídico de atender el concepto de reparación integral.

El señor Wilson Duarte Ramón quien permaneció retenido en las instalaciones de la Policía -Jurisdicción de Arauca-, fue sometido a torturas y posteriormente asesinado. El fallo ordenó las siguientes medidas de satisfacción:

- a) presentar en ceremonia pública donde se encuentren presentes los familiares de Wilson Duarte Ramón excusas por los hechos de tortura y muerte de que fue víctima;
- b) publicar en lugar visible en el comando de la policía de Saravena la parte resolutive de la sentencia por el término de seis meses; y las que la resolución denomina -garantía de no repetición- que consistió en ordenar a la Policía de Saravena (Arauca) el diseño e implementación de un sistema de promoción y respeto por derechos de las personas, mediante charlas en los barrios y centros educativos de la ciudad, para lo cual debe entregar material didáctico en los que la población tome conciencia del respeto por los derechos humanos de los habitantes. (Consejo de Estado, 2009)

Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 4 de mayo de 2011, asumió el caso en el que, con una falsa orden judicial, sujetos ingresan a una vivienda y posteriormente se llevan en un vehículo a varias personas, siendo posteriormente asesinadas, no obstante, como un sobreviviente logró identificar a quien resultó ser policía, en dicha providencia se ordenó como medida de satisfacción la publicación de la sentencia en un lugar visible del Comando de la Policía de la ciudad de Santiago de Cali y en la Quinta Estación de Policía del barrio Meléndez. (Consejo de Estado, 2011)

Bajo esta misma línea, se profiere una nueva sentencia en la que el Señor Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, ante una falla médica que ocasionó el fallecimiento de un menor, impuso como medida de satisfacción una excusa pública a los padres y a la familia.

Esta reseña permite observar que, se ha tomado como referente hermenéutico la jurisprudencia norteamericana, no solo para el contexto del conflicto armado, *contrario sensu*

se ha realizado una extensión hermenéutica frente al deber estatal y cumplimiento constitucional, expresando claramente el Consejo de Estado que *“el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico, así como el internacional”* (Estado, Consejo de, 2008). Por lo tanto, las sentencias referenciadas aseguran la aplicación al principio de reparación integral, en atención a los parámetros internacionales, inspiración del operador judicial como se evidencia en la Sección Tercera.

Desde un razonamiento lógico tenemos la posibilidad de encontrar como alternativa de reparación las medidas de satisfacción en un contexto diferente al del conflicto armado, como se plantea en el presente trabajo, es decir, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, toda vez que, cuando se habla de reparación se debe mitigar el daño ocasionado y, en el campo administrativo de concederse la nulidad de un acto administrativo de retiro del servicio deberá analizarse si se han vulnerado los derechos fundamentales del servidor público y en tal sentido el operador judicial asumirá el rol de garante, propendiendo por la efectiva protección.

Cuando se habla del análisis de hechos relacionados con violación de derechos humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico derivado de la nulidad, por cuanto debe ir mucho más allá, con el fin que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, aunado a la preservación de la dignidad humana, la honra y el buen nombre como se anotó en precedencia.

El Consejo de Estado, ha dado un avance significativo al reconocimiento de las medidas de satisfacción; toda vez que fuera del escenario del conflicto armado, también se vulneran derechos que victimizan al individuo y atentan contra su dignidad humana, honra y buen nombre, como resulta ser el caso de los retiros del servicio ante un error del Estado, por una desviación de poder o una falsa motivación.

El acercamiento del alto tribunal a los estándares internacionales, responde a los llamados realizados por la CIDH en sus fallos, en cuanto se ha dejado en claro que de demostrarse la responsabilidad estatal ante un daño causado por violación de derechos humanos es factible ordenar su reparación con medidas de satisfacción.

Así mismo, también ha comprendido que de no adoptar todas las formas de reparación integral que ha establecido la CIDH, puede llegarse a la consecuencia de que la jurisdicción interna sea sustituida por la internacional, como se mencionó previamente. De igual manera, conoce la prevalencia de la normativa en materia de derechos humanos, la cual ha sido incorporada dentro de las normas de *ius cogens*, siendo reglas imperativas aceptadas por los Estados.

Es quizás por ello, que el alto tribunal ha adoptado una visión amplia frente al antecedente jurisprudencial internacional otorgando un carácter vinculante en sus pronunciamientos, estableciendo estándares más garantistas frente al derecho de las víctimas y sus familiares, direccionando con fundamento en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 a los jueces administrativos para que en cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia se valoren los daños irrogados a las personas, conforme al principio de reparación integral y, en su momento mientras estuvo vigente el artículo 8 de la Ley 975 de 2005 permitió dar una nueva perspectiva a la reparación, rompiendo con paradigmas como el observarla a

partir de una asistencia netamente indemnizatoria, en cuanto el legislador señaló expresamente que la reparación comprende acciones diferentes a la indemnización (Apéndice No. 17).

El viraje interpretativo de las altas cortes, ha permitido pensar en la aplicación de las medidas de satisfacción desde un criterio unificado considerando una maximización de respeto y garantías de derechos, por medio de las cuales, se busca resarcir el daño causado y reparado a través una disculpa pública, creación de monumentos, actos elocuentes y simbólicos que minimicen el perjuicio o error cometido por la administración, en una aplicación objetiva de los estándares internacionales.

6. Las medidas de satisfacción ante lo Contencioso Administrativo

La constitucionalización en Colombia de la responsabilidad estatal en el daño, generó una evolución jurisprudencial significativa, que permite observar en el Consejo de Estado la incorporación del derecho internacional cuyos pronunciamientos han fijado parámetros razonables y aplicables para la reparación.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 establece la valoración de daños estableciendo que *“Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad, y observará los criterios técnicos actuariales”*, esta imputación de responsabilidad estatal atienden al fundamento constitucional e internacional en relación a los derechos de las víctimas, el cual ha sido reconocido en el contexto de conflicto armado. Sin embargo, como se ha podido divisar en la reiterada jurisprudencia otros escenarios no han sido impedimento para la aplicación de la reparación integral para el Consejo de Estado, a partir del desarrollo de una interpretación evolutiva.

En tal sentido, se puede decir que, toda violación a un derecho genera la obligación de reparar el daño, razón por la cual el contexto sería un elemento a analizar mas no el determinante del reconocimiento de una reparación integral, como es el caso del conflicto armado, pues la línea jurisprudencial estructurada ha constituido este escenario frente al derecho de las víctimas. No obstante, como se ha de observar, limitarlo al contexto coarta la posibilidad de reconocerlo por ejemplo en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para el caso de estudio las medidas de satisfacción, máxime cuando desde el espíritu de la Carta Superior con sus valores y principios, se extiende como mandato, que deben aplicar los operadores judiciales sin esperar una positivación por parte del legislador.

Es por ello, que el contexto no debe ser el determinante para la aplicabilidad del principio de reparación integral y así lo ha sabido entender la Sección Tercera del Consejo de Estado quien en sus providencias lo ha materializado desde una visión más amplia fuera de la función principal como el resarcimiento económico, en un dinamismo de aplicación jurídica y, es precisamente esa visión holística la que deben asumir los funcionarios judiciales al momento de pronunciarse en eventos de retiros del servicio soportados en argumentos que las pruebas arrojen como ilegales.

La reparación se concibe de carácter individual y colectiva, la primera *“abarca todos los daños sufridos por la víctima susceptibles de medidas individuales como la indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición y el colectivo en un alcance de restaurar derechos de comunidades como los actos simbólicos”* (Ruiz Orejuela, 2013), es así, como este principio responde a los fines esenciales del Estado cuando protege la vida, honra y bienes de los colombianos y por ende a dar respuesta a los estándares internacionales acogidos por el ordenamiento interno, donde los jueces de lo contencioso

administrativo asumen un rol indispensable en su aplicación ahondando en los alcances del mismo a partir del resarcimiento del daño.

El papel que desempeña el Juez en el Estado social del derecho, debe buscar la realización de una verdadera justicia material donde las vulneraciones a los derechos humanos deben ser reparadas abordando no solo el ordenamiento jurídico interno sino dando alcance a los estándares internacionales, en pro de reivindicar derechos que han sido trasgredidos.

La claridad conceptual de la reparación integral y de uno de sus elementos, como lo son las medidas de satisfacción y de los alcances que vía jurisprudencial ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha permitido a los operadores judiciales ampliar su espectro jurídico y alcance del mismo frente a derechos constitucionales, razón por la cual resulta viable considerar que las indemnizaciones reconocidas ante el Contencioso Administrativo bajo la figura del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por violación a los derechos fundamentales a la dignidad humana u honra, contengan connotaciones de carácter inmaterial pero fuera del contexto del conflicto armado, puesto que el hecho de que se derive de una relación laboral no le resta la importancia que tienen los derechos humanos y la obligación legal de protección.

Por otra parte, se hace necesario observar la firma y posterior ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte del Estado colombiano que dio vía libre a la adopción del instrumento internacional, la presente afirmación para decir que si bien es cierto aún no se ha planteado un criterio de interpretación unificado en el Consejo de Estado cuando se habla de reparación integral, es válido el acercamiento que hoy día ha realizado la Sección Tercera del alto tribunal abordando las medidas de satisfacción fuera del contexto del conflicto armado, dando un viraje jurisprudencial en la Jurisdicción Contenciosa

Administrativa desligando la reparación de temas netamente indemnizatorios dando verdaderos alcances constitucionales.

Surge entonces la necesidad de abandonar el carácter limitado de reparación del entendimiento clásico y tomar un criterio universal, de tal forma que las medidas de satisfacción dentro de una reparación integral ilustren el verdadero cumplimiento y alcance constitucional, bien lo afirma el profesor Juan Carlos Henao cuando desde su postura observa que la reparación no se debe limitar al estudio que realice la Sección Tercera del Consejo de Estado ni a la indemnización pecuniaria, sino a la viabilidad de unificar criterios que permitan una reparación de forma similar (Henao, Juan Carlos, 2015), el cual da cuenta de la acogida por parte de algunos operadores judiciales de la normativa internacional que desde luego busca una mayor protección y garantía de derechos, pues si bien es cierto, resulta imposible reparar las condiciones de vida de las víctimas antes de los hechos, las medidas de satisfacción contribuyen a la dignificación de las mismas dando significado a lo ocurrido que desde luego marcó su historia y la de todo un país.

Así mismo afirma, que el alcance de la reparación dependerá de lo que se entienda por daño, argumentos que afianzan el presente estudio, de ampliar este margen de reparación hacia las medidas de satisfacción en la figura de nulidad y restablecimiento del derecho, a partir de una claridad conceptual del daño, entendido desde una perspectiva de *“derechos pecuniarios o no, individuales o colectivos, que se presentan como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación”* (Henao, Juan Carlos, 2015), donde la reparación se encuentra lejos de estar limitada a lo pecuniario y que para el caso en concreto una cosa es el restablecimiento del derecho y otra la reparación del daño. Por tal razón, es que la utilización exclusiva de las

formas de reparación solo para los eventos de masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos debe superarse.

En tal sentido, es loable contemplar nuevos escenarios del ámbito social, que permitan al igual una función reparadora que complemente la protección de los derechos humanos en otros contextos como en la figura de la nulidad y el restablecimiento del derecho la cual ha sido regulada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 138, así:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

El Consejo de Estado ha entendido el concepto de reparación integral como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de su ocurrencia.

Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 19 de octubre de 2007 ha establecido que de una lectura literal del artículo 90 de la Constitución Política, es posible entender que el régimen de responsabilidad allí consagrado es un régimen

eminentemente patrimonial, en el sentido de que el Estado presta su garantía pecuniaria a los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares. Sin embargo, es importante precisar que una interpretación sistemática del texto constitucional lleva a una conclusión más amplia (Consejo de Estado, 2007).

Ahora bien, si se profundiza un poco más en el por qué se considera que se establezcan medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad de restablecimiento del derecho, es desde luego importante recordar lo estudiado sobre el derecho a la honra y buen nombre entendido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos como el “*reconocimiento de que toda persona tiene el derecho al respeto de su honra y en la prohibición de todo ataque ilegal contra la honra y la reputación*” (Uribe, p. 271).

Si bien, el Estado debe atender al principio de legalidad, en muchas ocasiones sus actos afectan no solo el patrimonio de un sujeto de derechos, sino su honra y buen nombre, lo cual no es óbice para que además de la indemnización que deba pagar al encontrarse responsable, pueda tener una reparación integral, donde la providencia disponga medidas de satisfacción, que permitan restablecer de alguna manera los derechos fundamentales quebrantados en su momento y que hoy es deber repararlos.

Tal es el caso, que podría entonces presentarse con el acto administrativo de retiro del servicio cuando dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se discute la legalidad del acto, se logra constatar la violación de derechos fundamentales en cuanto la facultad discrecional desbordó el margen de esa potestad, pasando a un abuso de poder o arbitrariedad. Recordemos que la Corte Constitucional ha señalado que las autoridades en uso de esa facultad no pueden extralimitarse ni desconocer “*los requisitos de racionalidad y razonabilidad que deben acompañar todo acto discrecional. Este debe tener un mínimo de*

motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública” (SU172, 2015).

Cuando esto sucede, los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al buen nombre, a la honra, al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso y a la defensa, se diezman notablemente, verbigracia, el caso del señor Fernando Cristancho Ariza, quien interpuso acción de tutela al considerar que las sentencias emitidas por la Subsección “C” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, vulneraron sus derechos en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por él contra la Policía Nacional, incurriendo en un defecto fáctico y desconocimiento del precedente, al no anular un acto administrativo discrecional que ordenó su retiro, a pesar de que éste carecía de motivación. (SU-172, 2015). Así mismo, la Corte respecto del derecho a la intimidad ha señalado que el objeto de éste es *“garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros”* (T-634, 2013).

Cuando se habla de medidas de satisfacción no es otra cosa, que las acciones a través de las cuales se busca reparar el daño, y si bien no podrá regresar al estado inicial por lo menos si mitigará el dolor, la afectación y perjuicio generado con una indebida actuación administrativa; medidas como abordar la investigación de los hechos, identificar, juzgar y sancionar a los responsables, en busca de garantizar la verdad, debate sobre las precariedades del medio de reparación directa para tramitar pleitos derivados de la violación de derechos humanos ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos, quien ha criticado la ausencia total de parámetros en la jurisprudencia contencioso administrativa encaminados al

reconocimiento de la violación de derechos humanos y, por ende, del contenido de los pactos y convenios de derechos humanos (Ituango, 2006).

En tal sentido, las figuras como la reparación directa, así como la nulidad y restablecimiento del derecho en el ordenamiento interno, no pueden dejar de lado la satisfacción de los derechos de las víctimas, en cuanto los alcances de la vulneración a los derechos humanos se suscitan en la equivocada o errada actuación de la Administración.

Por lo tanto, ante estos escenarios la expectativa de reparación sobrepasa los alcances de indemnización, es así como, en la Sección Tercera del Consejo de Estado bajo los estándares internacionales, con el fin de satisfacer a las personas en materia de reparación ha señalado un parámetro que se ha convertido en una regla más que una excepción, en el entendido que *“una reparación adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición”* (Ferreira Rojas, SF, p. 18). Por ello, cuando en los medios de control como la reparación directa o de nulidad y restablecimiento del derecho, esté de por medio un hecho u acto administrativo que ocasionó unos daños, tiene que analizarse por parte del operador judicial los alcances mínimos y las condiciones de acceso apropiadas para los fines de la reparación en los términos que la Convención Americana establece.

Es por ello, que el Consejo de Estado colombiano en las sentencias siguiendo los lineamientos internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acogiendo su jurisprudencia y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, ha solicitado el cumplimiento de medidas no pecuniarias, respondiendo al principio de indemnidad a la *“restituo in integrum”* como parte de la reparación, reconociendo la necesidad de dar respuesta a la evidencia histórica que durante décadas nos ha acompañado como lo es el conflicto armado interno en Colombia. No obstante, encuentra a su paso un mayor campo de

aplicación, cuando denota que en escenarios o contextos no precisamente de conflicto armado interno existen también vulneraciones a derechos humanos, generadores de daños que obligan al estado a reparar, no siendo ajenas en sus fallos las medidas de satisfacción.

El acercamiento conceptual de la reparación integral de carácter internacional y reconocimiento nacional, su incidencia constitucional y seguimiento a la línea jurisprudencial especialmente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, otorga herramientas jurídicas idóneas para precisar las medidas de satisfacción en figuras como la de nulidad y restablecimiento del derecho, pues éstas no se pueden limitar a un contexto de conflicto armado, que si bien es cierto resulta ser más gravoso, no por ello en otros escenarios deja de existir el daño y el deber de repararlo, por esto a pesar de encontrar un Estado colombiano con una evidencia histórica marginada por la violencia su constitucionalismo deberá permear todo contexto, a fin de dar cumplimiento a esa filosofía del Estado social de derecho.

En tal circunstancia, la aproximación a la aplicación de las medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, después del estudio realizado en estos tres capítulos, y que se abordará en el capítulo cuarto, permitirá otorgar orientaciones para su implementación, tomando como punto de partida, el concepto de persona desde el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Capítulo cuarto. Medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Generalidades

Luego de haber realizado un acercamiento a las medidas de satisfacción a partir de su aproximación conceptual y, de haber decantado los paradigmas históricos de interpretación, daremos un viraje desde el ámbito jurisprudencial en la búsqueda de garantizar y proteger los derechos humanos, para tales efectos, abordaremos temas complementarios al tópico en estudio, los cuales son inescindibles a la solución que se pretende proponer para la aplicación de estas medidas en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, los cuales a saber son, el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo; las formas de vinculación a la administración; el espíritu de las medidas de satisfacción y, el rol del juez en la decisión de estos casos.

A fin de contextualizar el tema, se considera pertinente iniciar por elucidar lo referido a los servidores públicos, como quiera, que el ingreso a la planta de la administración en sus diferentes esferas, tiene una connotación especial, así como la proyección de vida laboral que se procura una persona que ingresa a prestar un servicio público.

1. Servidores Públicos

Desde la jurisprudencia y la Constitución se ha estipulado que este término dentro del ámbito de la función pública, comprende según el artículo 123 de la Carta Política a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Así mismo, en reiteradas providencias se han dilucidado los pormenores de las características de aquellos funcionarios que ingresan al servicio del Estado, como fue en reciente sentencia al analizar la

constitucionalidad de la Ley 1744 de 2014, que estipulaba en forma genérica los cargos de libre nombramiento y remoción, a saber :

Así pues, en cuanto a las modalidades de empleos en los órganos y entidades estatales, fuera de los de carrera administrativa, se encuentran los correspondientes a los funcionarios “cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución y la ley”, que, conforme lo indica el artículo 125 superior, “serán nombrados por concurso público”, los de trabajadores oficiales, los de libre nombramiento y remoción, así como los “que determine la ley”, según los términos de la disposición constitucional citada.

Aspecto que tiene su precedente en las sentencias C-195 y C-514 de 1995 donde expresó: que para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción “*hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal*” y, adicionalmente, indicó que la ley no puede extender el catálogo de los empleos de libre nombramiento y remoción “*para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción*”, por lo cual “*debe haber un principio de razón suficiente*” que justifique el establecimiento de esta clase de excepciones a la carrera administrativa, como lo sería la índole de la función misma “*que en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política*”. (C-618, 2015)

Lo expuesto para indicar de contera, las diferentes formas de acceder al servicio público y las diversas nociones de los empleos al interior de la administración, buscando dilucidar *ab initio*, los requisitos inherentes al servidor público.

El Consejo de Estado en su sala de Consulta y Servicio Civil señaló respecto a los servidores públicos, que son aquellos adscritos a la administración desde diferentes órbitas,

pero que todos ellos están "*al servicio del Estado y de la comunidad*" y deben ejercer sus funciones "*en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento*". (1996).

Para iniciar el estudio acerca del concepto de servidor público, es necesario tener como punto obligatorio de partida, que en términos jurídicos de tipo estatal, existen dos clases de personas, las naturales o jurídicas. De acuerdo con Rodríguez (2011, p. 52) las primeras corresponden a todos los seres (personas físicas), de la especie humana sin ningún tipo de distinción, mientras que las segundas son personas ficticias, capaces de ejercer derechos, contraer obligaciones civiles y de ser representadas judicial y extrajudicialmente (personas morales), lo que conlleva la integración de las dos en las relaciones con el Estado, porque allí hay personas naturales (servidores públicos), trabajando para una persona jurídica (la administración) en un empleo o cargo público. En otras palabras, el servidor público es aquella persona física, que tras vincularse formalmente con el Estado, desarrolla las actividades propias de su cargo, dirigidas a materializar los objetivos y la misionalidad frente a la comunidad de la persona jurídica estatal a la que representa (Apéndice No.18).

Una concepción similar es la planteada por Cassese, quien refiriéndose a los servidores públicos desde lo singular menciona que "*estamos en la presencia de una individualización y ordenación de cada una de las tareas administrativas, (...) la atribución de potestades que hacen posible la realización de funciones concretas que sirven de instrumentos en mano de los poderes públicos para lograr la satisfacción de los distintos intereses generales*" (Cassese, 1994).

Haciendo particular énfasis en el caso colombiano, se ha indicado que este término hace referencia "*a todas aquellas personas naturales que prestan sus servicios a las organizaciones públicas, y que están vinculados por procedimientos reglamentarios, contractuales o por elección a cargos establecidos previamente*" (Camargo, 2005, pág. 125).

1.1.Características de los servidores públicos.

El ordenamiento colombiano en materia de empleo público permite aseverar, que el concepto servidor público está compuesto por tres elementos a saber: i), un contenido funcional, que está íntimamente ligado a las tareas que desarrolla, ii), un contenido personal, referido a las calidades del servidor que le permitieron obtener dicho empleo, que le van a representar el derecho a la vez de obtener su salario y prestaciones; y finalmente iii), uno teleológico, que tiene su génesis en la Carta Política y está direccionado a contribuir para que el Estado cumpla con la función social que emana del texto superior, y el cual está orientado a los fines estatales. (Rincón, 2009, págs. 137-152).

Aunque no todas las personas que desarrollan algún tipo de actividad inherente a los deberes del Estado pueden ser consideradas como empleados públicos, apoyándose para ello en el artículo 4° del Decreto 1950 de 1973, “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, indicando que *“las únicas actividades que no se consideran empleo público son los servicios ocasionales, realizados por personas que no pertenecen a los cuadros permanentes del aparato administrativo; al ser su función transitoria, no tienen calidad de servidores públicos, son meros auxiliares o colaboradores de la administración”*. (Decreto 1950 de 1973, Art. 4), cabe anotar que si bien la norma ha sido subrogada en gran mayoría de su articulado, para lo que atañe al trabajo de investigación y en lo referido a su artículo 4°, aún conserva su vigencia.

Entre las características inherentes al servidor público, se encuentran: una vinculación formal de origen contractual como trabajador oficial o prestación de servicios, acto de nombramiento o mediante elección popular, cuyas funciones están definidas por la Ley o reglamento, que a la vez busca la profesionalización en su labor.

Adicional a lo anterior, Martínez (p.41 y 42), refiriéndose a los sistemas de carrera de los servidores públicos, plantea tres características, así:

Naturaleza estatutaria de la relación, carácter profesional, originado en que la vinculación a la administración es el desarrollo de una labor especializada, el reconocimiento de estabilidad relacional y funcional como derecho de carácter subjetivo, unido a la posibilidad de promoción o proyección en la entidad (Martínez, 2001), evento que permite pensar en una estabilidad laboral desde su inicio.

Un complemento adicional, relacionado específicamente con la clasificación legal de los empleos jerárquicos, se puede contemplar en el Decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, donde en su artículo 2.2.2.3.1., establece que los factores que se tendrán en cuenta para determinar los requisitos generales serán la educación formal, la formación para el trabajo y desarrollo humano y la experiencia, (Decreto, 2015), es decir, los requisitos mínimos que se deberá observar al momento de las vinculaciones ante la administración.

Colofón de los anteriores conceptos, queda claro que las características de los servidores públicos en el plano jurídico colombiano, se encuentran directamente relacionadas con la especialización de la labor como requerimiento para brindar un servicio experto dentro del desarrollo de una misionalidad de interés general; así mismo la obtención a cambio del servicio prestado, de una serie de reconocimientos de tipo económico y de garantías laborales, habida cuenta que proviene de la esencia del Estado social de derecho, donde se proscribe la esclavitud, como forma de trabajo no remunerado.

Lo expuesto, permite ubicar el tema en lo referido a la potestad que posee la Administración para prescindir en ocasiones de los trabajadores que tiene para su servicio, y por ende, la posibilidad que se generen situaciones que afecten de manera radical su vida

económica, social, familiar, incluso su dignidad humana lo que puede repercutir en la buena imagen, generando las demandas en contra del Estado, a fin del restablecimiento de los derechos que considera conculcados ese ex servidor público.

Son todas las diferentes formas de vincularse con el Estado y las exigencias que se postulan para quienes pretenden incorporarse al servicio público, incluso con mayor énfasis en la actualidad que se exigen los concursos y la méritocracia, las que una vez superadas le otorgan esa seguridad al nuevo funcionario sobre su empleo y sobre la labor que va a cumplir hacia la sociedad, aunado a la estabilidad que genera un trabajo con el Estado, lo que permite crear una convicción en la persona que si presta un servicio eficiente, efectivo y eficaz, tendrá la posibilidad de obtener los ingresos para su subsistencia y la de su núcleo familiar.

En tal circunstancia, cuando traemos al estudio las formas de vinculación a la administración, sus características y requisitos, es para significar que al momento en que un director, representante, jefe de una entidad, emite una decisión de prescindir de los servicios de ese funcionario, y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se constata que existió una desviación de poder o una falsa motivación o un abuso del poder, el operador judicial deberá restablecer todas esas expectativas que tenía el empleado al momento de ingresar al servicio en la administración, siendo importante que a través de la satisfacción, independiente de los emolumentos inherentes al reintegro, se impongan esas medidas que tratarán de ubicarlo en el entorno del cual fue sacado abruptamente, causándole un perjuicio y un dolor tanto a él como a su familia, incluso afectándolo en su proyección profesional a través de la promoción, estímulos, escala salarial, comisiones, entre muchos otros que surgen cada día en el ámbito laboral.

El entorno laboral posee un sinnúmero de beneficios para el empleado adscrito a la administración, entre ellos, bonificaciones por servicios prestados, primas de antigüedad,

promociones laborales, estímulos y sobre todo, la buena imagen y buen nombre que se tiene ante todos los compañeros por el rol que desempeña en las labores que ejecuta, ese *status* que con el paso de los días se va forjando el trabajador ante los jefes, subalternos, compañeros, clientes internos y externos, incluso ante otras entidades del sector, se adhieren a ese patrimonio moral de una persona que se ve afectada cuando a través de una decisión judicial, se comprueba que el retiro desconoció todos los cánones legales, lo cual trae como consecuencia un daño en la vida exterior de la persona, en cuanto supone una modificación negativa de la posibilidad que tiene de relacionarse con los demás (Consejo de Estado, 2005), máxime cuando en el lugar de residencia, todos conocen quien labora con el Estado y quien en la empresa privada, son todos esos factores que inciden en el lapso que permanecerá desempleado, porque no es lo mismo un retiro por solicitud propia que un despido, lo cual es notable en el mundo laboral y personal, y se agravará si éste se genera repentinamente y el trabajador no tiene ninguna previsión al respecto, en cuanto sus ingresos se derivan directamente de la prestación de sus servicios con la entidad estatal.

2. Del control al Estado

Si bien desde el mismo marco constitucional y legal se postula una discrecionalidad del ejecutivo, habida cuenta de la imposibilidad que el legislador regule todo a través de la norma, es necesario que exista un ente externo que controle esos pronunciamientos expedidos a través del poder que ostente el Príncipe, a fin de verificar la legalidad de los mismos.

Agrega Jinesta Lobo que el control jurídico es necesario para encauzar la administración dentro de los márgenes permitidos para alcanzar los fines públicos, a la vez que *“constituye un medio para mantener el Estado Social de derecho, pues le garantiza al administrado una serie de derechos y prestaciones, y de otra parte, combate las*

arbitrariedades y abusos de la administración en su rol intervencionista o como dadora de prestaciones positivas” (Jinesta Lobo, 1997), para indicar la necesidad del control de un ente externo a las decisiones de ésta.

Es importante señalar que desde la posición jurídica en algún momento se postuló la inviabilidad de que el Estado fuese condenado permanentemente por los errores en que incurría, debido a que afectaba notablemente el erario, siendo importante, en este punto enunciar lo plasmado en la obra Estudio de la Constitución Española en homenaje a García de Enterría, citado por el Dr. Enrique Gil Botero, que dice:

Conviene a este respecto recordar una cita de Sourdat de hace más de cien años, que centra a mi juicio correctamente el problema: “no es admisible invocar el peligro del tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la administración son tan numerosas que suponen una seria amenaza para el tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada más que un remedio: **obligar a la administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los principios de responsabilidad, a escoger mejor a sus funcionarios y a obligarles a respetar las leyes y el interés público.** (Subrayas y resaltado fuera de texto). (Botero, 2012, pág. 338)

No obstante, lo que se proyecta desde el presente estudio, es que precisamente ese control que se ejerce no quede en simples indemnizaciones materiales tan acostumbradas en Colombia y precisamente en estos pronunciamientos de nulidades, cuando además de excluir a un servidor público de un cargo, finalmente comprobado que fue de manera injusta, se estigmatizó un desempeño, una persona y una familia, es decir, que ese control predicado debe buscar adecuar a la jurisdicción contencioso al amplio espectro constitucional.

Es por ello, que las medidas de satisfacción de carácter simbólico a título de reparación de bienes convencionales o constitucionalmente protegidos, tales como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado y de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo la dignidad de las víctimas, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos (Sánchez, 2010), se constituyen en pieza fundamental a la hora de hablar de una verdadera materialización del deber del órgano jurisdiccional, los alcances e interpretaciones normativas deben abordar satisfacción en todas las esferas, máxime, si la entidad utilizó los medios de comunicación para informar a la comunidad o al país, del retiro del servidor público y las “supuestas” causas del mismo, evidenciándose la vulneración de derechos fundamentales como la honra y el buen nombre, que deberán ser reparados.

Así las cosas, el tribunal actuará en el marco de sus competencias a partir de una hermenéutica jurídica que da alcances a los instrumentos internacionales que desarrollan los conceptos de reparación integral y medidas de satisfacción. Ahora bien, podría adoptarse entonces otra postura jurídica y decir que la acción de tutela se constituye en el instrumento idóneo para el caso en concreto, no obstante es de indicar que la esencia normativa debe satisfacer el requisito de subsidiaridad, haciendo inoperante la protección de los derechos fundamentales alegados por el actor, ante la existencia de otro medio de defensa judicial, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y será, solo a partir de la declaratoria de nulidad y con fundamento en el material probatorio del caso específico, que el juez administrativo determinará si la entidad vulneró los derechos fundamentales al honor o a la dignidad humana del demandante, para lo cual, bajo el concepto de reparación integral ordenará, a título de daño las medidas de satisfacción que considere necesarias y volverá a su *statu quo* los derechos constitucionalmente protegidos del servidor público.

El Consejo de Estado y la Corte Constitucional han expresado que el propósito cuenta con una vía judicial, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Ahora bien, emerge con claridad significar que la acción de tutela es la concesión de un amparo de forma transitoria, claro está, si se demuestra la existencia de un peligro inminente. En tal sentido la propuesta de solución que plantea esta tesis es garantizar las medidas de satisfacción bajo un escenario no rogado sino desde el derecho mismo de oficio o de parte donde el operador judicial desde una visión amplia ejerza su deber constitucional y legal a la reparación integral.

Los medios de control ante lo Contencioso Administrativo, se han constituido en un tema sustancial frente al origen y evolución del Derecho Administrativo, anteriormente denominados acciones, los cuales han sido definidos por algunos doctrinantes como Hernando Devis Echandía como el derecho público, cívico, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso que justamente se origina a partir de la necesidad de dar un instrumento que permita a los ciudadanos acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y exigir su derecho. El nuevo paradigma se constituye en visibilizar la reparación desde otras aristas fortaleciendo su integralidad, los alcances del restablecimiento que no sesgan el cumplimiento de reparación y por ende se incita a tomar posturas de carácter institucional bajo fundamentos de índole internacional, que dan cuenta de una reparación mucho más amplia que da cobertura al resarcimiento de los daños causados, en derechos intrínsecos. El sistema jurídico bajo los nuevos retos y desafíos del Estado debe ser protector y garantista y es así como el contexto social obliga su transformación y por ende de su normativa.

El medio jurídicamente idóneo se ha establecido delimitando el marco conceptual de cada uno de los medios. En tal sentido, la naturaleza se constituye en un elemento fundamental de la persona que se crea lesionada en su derecho contra el acto administrativo que demanda, donde se ha expresado que la diferencia entre la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho radica en la pretensión y no en el motivo o finalidad (Sanchez Baptista N. R., 2011)

En este punto es importante señalar, que por disposición del legislador solamente los casos de retiro del servicio de los empleados públicos son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento de carácter laboral, con la única excepción de los trabajadores oficiales y de los particulares que haya sido retirados como consecuencia de un proceso disciplinario, por cuanto la potestad sancionatoria es exclusiva del Estado, en otras palabras, el juez administrativo podrá pronunciarse de las pretensiones de un trabajador oficial o de un particular única y exclusivamente cuando se demanden los fallos disciplinarios que ordenaron la separación del cargo.

No se puede entonces olvidar que las medidas de satisfacción tienen como objeto restablecer la dignidad de las víctimas y generar condiciones, realizando un anclaje normativo nutrido por el derecho internacional a través de la figura del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 en un marco de principios y valores en su incorporación, convirtiéndose entonces en un dialogo entre la jurisdicción interna e internacional, estableciendo su fortalecimiento y complementariedad.

Máxime cuanto nos encontramos ante una situación que afecta directamente el honor y el buen nombre de la persona, al ser retirado del servicio sin justa causa y proseguido de una desviación de poder o una falsa motivación, que genera en ese servidor público despedido y a su familia, un duelo profundo por la misma humillación que siente frente a sus colegas

laborales, como lo señala Hobbes “*los hombres están continuamente en competencia de honor y dignidad en consecuencia entre los hombres surgen sobre ese fondo la envidia y el odio*” (Hobbes, Leviatán, 1979, pág. 265), siendo precisamente ese orgullo y ánimo competitivo permanente, lo que afecta ese buen nombre y por lo tanto se busca en la condena que se vuelvan las cosas al estado anterior, lo cual no se consigue con indemnizaciones, sino con medidas de satisfacción.

Lo anterior, en tanto no puede existir un acto de la administración dentro del Estado social de derecho que afecte la dignidad de las personas y el daño no sea reparado, pues recordemos que el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo en su artículo 1º expresamente señala que, todas las autoridades tienen la obligación de proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, con plena sujeción a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, es decir, las garantías constitucionales están presentes en el actuar de toda la administración, no obstante, si con la expedición de un acto administrativo se lesionan o vulneran derechos fundamentales, éstos deberán ser reparados (Ley 1437 de 2011) (Apéndice No. 19).

Esa reparación integral en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se dará con las medidas de satisfacción, lo que traducido será ese cambio de paradigma del que hablamos en el primer capítulo, en cuanto permitirá que el operador judicial con el tiempo y luego de analizar cada caso en particular determine con toda precisión si el abuso del poder o la desviación que llevó a declarar la nulidad del acto administrativo de retiro, lesionó o no la honra o el buen nombre de ese servidor, quien con dedicación y empeño permitió que la entidad cumpliera con éxito los fines del Estado y cuyo retiro acabó con la mayor parte de sus sueños profesionales y personales, al haberlo mostrado públicamente como un pésimo funcionario o como un corrupto. Por ello, con una disculpa

pública, o la declaración del representante legal sobre la verdad de los hechos, se reparará de manera integral los daños ocasionados con la violación de esos derechos fundamentales, y de haberse ordenado el reintegro a título de restablecimiento del derecho, permitirá que el funcionario público al volver a su cargo se sienta tranquilo en cuanto se hizo justicia, al conocer las verdaderas causas del retiro, en otras palabras una reparación integral.

Así las cosas, las medidas de satisfacción son ese cambio de paradigma que permitirá efectivizar aún más los principios y garantías constitucionales, en tanto la dignidad humana y la prevalencia de los derechos fundamentales son el pilar del Estado Colombiano. En palabras de la Corte Constitucional *“La Carta Fundamental de 1991 consagra una nueva orientación filosófica que ubica al hombre en un lugar privilegiado y se convierte en el instrumento más eficaz al servicio de la dignificación del ser humano.”* (Sentencia T-571/1992, pág. 9)

Los principios y directrices básicos sobre los derechos de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a interponer recursos y obtener reparaciones adoptados por la Asamblea General en 2005, establecen y definen la reparación integral con los siguientes elementos: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, éstas las de objeto de estudio y la garantía de no repetición.

La Corte IDH a través de los años ha buscado ampliar estos conceptos, donde la reparación no se pueda sustraer de las obligaciones de los Estados, determinado para ello los criterios mínimos que debe tener el Estado colombiano a efectos de reparaciones, los cuales deben ser apropiados por los operadores judiciales, quienes son los llamados a materializar la naturaleza normativa a través de su interpretación y aplicación.

Este capítulo realizará una aproximación a la nulidad y restablecimiento del derecho a través de una conceptualización que permitirá esbozar la relevancia que imprime el rol del operador judicial frente a la reparación integral.

3. Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Conocida también como la “acción de plena jurisdicción” consagrada en el anterior Código Contencioso Administrativo en el artículo 85 y hoy en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como un medio de control a través del cual *“toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño”*.

Este medio de control ha sido concebido frente a actos administrativos de carácter particular y concreto, para obtener la nulidad del acto causante del daño y vulnerador de derechos, a fin de que las cosas vuelva a su estado anterior. Esta protección esta dada para los derechos particulares, es decir no tiene el carácter de público en su ejercicio, por tal razón la titularidad es subjetiva, es así como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en su artículo 138 que este medio procede contra actos de carácter particular, expresos o presuntos y, si bien en el inciso segundo contempla la posibilidad de demandar actos de carácter general, solo se podrá si éste afecta un derecho particular, razón por la cual deberá presentarse la demanda dentro del término de caducidad de los cuatro (4) meses.

Ha sido contemplada como una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede

solicitar que se declare la nulidad del mismo y que, como consecuencia, se le restablezca su derecho o se repare el daño. (Acción de Tutela contra providencias judiciales, 2012)

En tal sentido, es aquella en donde no sólo se solicita la anulación de un acto administrativo sino el restablecimiento del derecho vulnerado, constituyéndose en un instrumento de protección de los derechos de las personas donde la Administración en una toma de decisiones ha quebrantado los mismos (Güechá Medina, 2013).

La nulidad y restablecimiento del derecho, se constituye en un mecanismo judicial idóneo para garantizar los derechos presuntamente vulnerados por la Administración y no es para menos que el fallo a favor, deberá atender no solo a una nulidad del acto sino al restablecimiento que por ende obliga que su real materialización tenga unos alcances de reparación integral, que atribuye reconocimientos de carácter económico, pero a su vez la actuación equivocada proferida en un acto administrativo que puso desde luego en detrimento derechos constitucionales; a su imagen, honra y buen nombre, los cuales deberán ser reparados.

Este medio de control judicial de la actividad administrativa, se constituye en la posibilidad que tiene una persona cuando encuentra vulnerado su derecho, de incoar la nulidad y restablecimiento y por ende no solo pretender el decaimiento del acto sino que vuelvan las cosas a su estado anterior que es el restablecimiento propiamente dicho y la reparación del daño. Sin embargo puede ocurrir que no se concedan éstos, por cuanto quien demanda el restablecimiento no es el titular del derecho (Vega de Herrera & Suarez Bohorquez, 2014).

El control existente por parte de la jurisdicción de los actos del ejecutivo, otorga confianza a los individuos y afianza el Estado social de derecho, lo cual es una consecuencia de la separación de poderes y a la vez una buena muestra de la democracia, habida cuenta como lo expresó el Consejo de Estado al señalar que el poder discrecional no es un atributo

omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad (2006), para hacer énfasis en esa potestad discrecional del ejecutivo que siempre tendrá un control judicial.

3.1.La evolución del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sus inicios se remontan a las decisiones de la Administración Francesa, las cuales podían ser controvertidas con una acción ante el Juez y el denominado recurso de plena jurisdicción, donde se pedía la indemnización de perjuicios ocasionados como consecuencia de un acto de la Administración.

Para el caso colombiano se expresa que las acciones así denominadas en años anteriores, nacieron a la vida jurídica con la Ley 130 de 1913. No obstante, se afirma que a pesar de existir facultades constitucionales otorgadas a la Corte Suprema de Justicia en las constituciones anteriores solo se logró verdaderamente materializar su estructura por estas fechas.

Se indica que años más tarde, a través de la Ley 80 de 1935, se consagró por primera vez la acción de plena jurisdicción. Posteriormente, se expidió la Ley 147 de 1961 código contencioso administrativo desde donde no se hizo distinción sobre los actos administrativos demandables en cada caso, por lo que fue necesario que el Consejo de Estado otorgara lineamientos teóricos al respecto.

Con el código contencioso administrativo de 1984 se analizó el término acción entendiéndose éstas como verdaderas pretensiones. No obstante, se mantuvieron los procedimientos como lo consagraba la normativa.

En la actualidad denominado como medio de control en la Ley 1437 de 2011, constituye un verdadero medio para sostener la cláusula de Estado social de derecho, buscando combatir las arbitrariedades y posibles abusos de la administración, que infortunadamente en nuestro país cada día se incrementan, desconociendo o disminuyendo la reserva de la ley en muchos temas, aunque en otrora era menos el control jurídico de dichas potestades.

3.2.Características de la nulidad y restablecimiento del derecho.

Los medios de control tienen características particulares que por ende permiten su diferenciación, así como la claridad conceptual que determina en el caso concreto saber el medio a incoar y poner activo el aparato jurisdiccional frente a la vulneración de un derecho.

El artículo 138 del CPACA indica que “*toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica*”, puede acudir a un órgano jurisdiccional para hacer valer sus derechos los cuales considera están siendo vulnerados. Lo anterior, se constituye en lo que el derecho denomina la legitimación en la causa por activa entendiéndose ésta como la posibilidad de que una persona formule o controvierta las pretensiones contenidas en la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso (Ambito Jurídico, 2014).

La nulidad y restablecimiento del derecho es de carácter subjetivo y particular pues la titularidad de la misma radica únicamente en aquella persona que ha visto afectado sus derechos con el acto administrativo, estableciendo para ésta un término perentorio de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, para recurrir ante la jurisdicción.

Así mismo, es un medio de control público que se encuentra consagrado normativamente y por ende es de obligatorio cumplimiento, constituyéndose entonces en un instrumento para hacer valer sus derechos, que pone en funcionamiento el aparato estatal en el desarrollo de un proceso cuya nulidad y restablecimiento se concreta en una pretensión formulada en la demanda (Güechá Medina, 2013).

La Corte Constitucional en sentencia C - 426 de 2002 expresó:

(...) ésta se ejerce no solo para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación. (ii) A diferencia de la acción de nulidad, la misma sólo puede ejercerse por quien demuestre un interés, esto es, por quien se considere afectado en un derecho suyo amparado por un precepto legal. (iii) igualmente, tal y como se deduce de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A, esta acción tiene un término de caducidad de cuatro meses, salvo que la parte demandante sea una entidad pública, pues en ese caso la caducidad es de dos años.

Por otra parte, es dable indicar que los efectos del fallo son entre las partes, es decir, solo incide en los intervinientes del proceso, el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 indica que *“la sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor”*.

En este medio de control el juez no solo declara la nulidad, sino que ordena el restablecimiento o la reparación del daño, siendo éste- la nulidad- el presupuesto para ordenar la finalidad de reparación a los perjuicios causados por el acto de la Administración. Así mismo, es de carácter desistible por quien tenga la titularidad del derecho, en efecto la intervención en la misma corresponde al interés directo.

4. El rol del Juez ante lo Contencioso Administrativo

Los nuevos retos y desafíos en materia de reparación integral, podrán verse materializados a partir del conocimiento propio del operador judicial, no solo de las figuras jurídicas existentes en el ordenamiento sino de sus alcances, con el fin de contribuir a verdaderos escenarios de justicia.

El profesor Diego López Medina, precisa que la tesis del normativismo puro reduce el conocimiento jurídico al desconocer la adecuada comprensión del papel del Estado colombiano, es decir que ignora ideas, procesos y presiones, lo que denomina un “diálogo social” y que por ende separa radicalmente los textos de ley con este último. Las normas positivas son tan solo positivizaciones a posteriori de fenómenos políticos y económicos que no se pueden ignorar (López Medina, 2007).

“Las normas jurídicas no se auto - explican, especialmente cuando son el claro resultado de causas y presiones de otros subsistemas sociales”. (López Medina, 2007, pág. 33), en tal sentido la ciencia del derecho se desborda del análisis textual de las normas jurídicas vigentes.

Es por ello, que al realizar una aproximación a las transformaciones del derecho administrativo desde una perspectiva colombiana requiere de un análisis sustantivo del juez administrativo, lo cual implica observar y señalar los cambios de la función administrativa, de la administración pública y del contenido de los derechos exigibles por los ciudadanos. Esto último se aborda sobre todo en la interpretación que el juez administrativo plasma en sus decisiones (Gonzalez La Torre, 2015).

La Constitución Política de 1991 concede una prevalencia a los derechos frente a los actos de autoridad donde la teoría del acto administrativo se transforma como resultado de las acciones constitucionales (Gonzalez La Torre, 2015). La propuesta de una mirada sistemática

implica que la administración esté vinculada al derecho, pues la ley no es el único punto de referencia, a este se suma el derecho constitucional e internacional.

En tal sentido, el juez en su función y rol de agente en el marco de transformaciones y tensiones ideológicas juega un papel importante en la sociedad, al ser un potenciador del Estado social de derecho a partir de sus competencias, pues la imposibilidad de la ley para regularlo todo, le reconoce una visión en la que el poder del Estado está sujeto a las exigencias constitucionales.

Los nuevos escenarios del Estado colombiano, así como, la adopción de estándares internacionales, permiten la construcción de propuestas reparadoras en el marco legal, desde donde se optimizan los alcances de la misma y adquiere mayor sentido y fuerza la materialización.

Ahora bien, al abordar un estándar internacional de reparación integral donde se concibe como uno de sus elementos las medidas de satisfacción y por el otro los criterios adoptados por la Jurisdicción contencioso administrativa en cabeza del Consejo de Estado, el operador judicial podrá establecer los lineamientos y directrices a partir de una amplia gama normativa y comprensión de la esencia y alcances de la misma ante los desafíos y retos que asume el Estado colombiano en la actualidad. Es muy importante el rol que ejercerá el juez contencioso en la protección efectiva de los derechos constitucionales y, su consecuente reparación a través del medio de control, en cuanto goza de una doble investidura, la administrativa y la constitucional, ésta última otorgada a todos los jueces de la República por el propio constituyente.

La reparación integral, se construye a partir de tratados internacionales incorporados a través del bloque de constitucionalidad consagrados como instrumentos principales dentro del

Sistema Universal de los Derechos Humanos, estableciéndose ésta de carácter individual y colectivo, con el fin de reparar a las víctimas.

Nos encontramos ante la necesidad de construir un escenario propio de una verdadera reparación integral, pues no se puede negar que las decisiones judiciales que reconocen la responsabilidad del Estado lo obligan a reparar o satisfacer a la víctima y lo conminan a un *mea culpa* y a la no repetición (Alvarado Ardila & al, 2012). No se equivoca este autor al plantearse como interrogante ¿Qué hacer entonces para que, en todos los casos en que la responsabilidad estatal se resuelve internamente, las decisiones consulten los principios constitucionales y los cánones internacionales de verdad, justicia, reparación integral y no repetición?.

Siendo este justamente uno de los cuestionamientos que se realizan los operadores judiciales frente a la reparación integral, al analizar por ejemplo el principio de congruencia en cuanto se debe corresponder a lo pedido dentro del marco del debido proceso. Es así como la existencia de un grupo de normas internacionales como las de *ius cogens* y las de origen convencional sirven de referente para orientar hasta qué punto los Estados cumplen con las obligaciones establecidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues las disposiciones de reparación integral no pueden ser contradichas o derogadas por disposiciones normativas internas (Alvarado Ardila & al, 2012).

La jurisdicción contenciosa administrativa durante años ha estudiado la responsabilidad estatal a partir de causales taxativas, donde la vulneración a los derechos humanos no ha sido concebida dentro de este ámbito salvo los acercamientos que ya se han analizado de índole jurisprudencial donde de forma silenciosa se han convertido en el desafío jurídico, pero si bien, aun tímidamente han salido del contexto del conflicto armado interno. Es así como se han venido dilucidando fallas del servicio, doctrinantes critican que no tiene la

potencialidad de satisfacer los derechos de las víctimas por cuanto su enfoque parte de un supuesto distinto a las obligaciones estatales, limitándose a verificar la ocurrencia del daño imputable al Estado independientemente de si los hechos se constituyen en vulneración de derechos humanos. (Sánchez, 2010).

En tal sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado está llamada a aplicar los efectos reparadores como las medidas de satisfacción, donde deben darse sin excepción, aspectos que ya han sido elucubrados en sentencias de la Sección Tercera, enviando esos mensajes a los operadores judiciales, habida cuenta que como lo ha expresado el profesor Claudio Hernández en su escrito al analizar la Constitución española, refiriéndose a las consecuencias de un fenómeno lesivo sobre un ser humano, indicó que *“estas no se limitan a su capacidad productiva; ...ni a su exclusivo patrimonio biológico. Muy al contrario, la víctima afronta otros daños de especial importancia de los que también es justo que sea resarcida”* (Hernandez Cueto), (citado en la obra Instituciones del Derecho Administrativo, publicado por el Consejo de Estado).

Cabe anotar que estas directrices como se indicó, se han vuelto reiterativas por el alto tribunal de lo contencioso, como se puede apreciar en los siguientes pronunciamientos, donde se insiste en la posibilidad de aplicar las medidas de satisfacción. Veamos:

En virtud de la anterior regla de oro del derecho de daños, en el presente caso la sentencia no se debe limitar al tradicional resarcimiento económico de perjuicios materiales y morales, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corporación, sino que debe extenderse el radio de acción del juez administrativo y en consecuencia, ordenar al Estado la adopción de todas las medidas necesarias a fin de retornar a sus familiares la persona de Héctor Jaime Beltrán, sujeto de la desaparición forzosa

ocurrida en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, o sus restos mortales en caso de fallecimiento.

Ese alto tribunal internacional señaló que, si las *“circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieron aplicar las sanciones correspondientes a los responsables, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta representan una justa expectativa que el Estado debe satisfacer”*. (1999)

Así las cosas, la Sala a partir de sus pronunciamientos recientes, como también con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, considera que, en eventos en los que si bien el daño no provenga de graves violaciones a derechos humanos, de todas formas es posible decretar medidas de satisfacción, rehabilitación, conmemorativas o garantías de no repetición, siempre y cuando sean necesarias las mismas para restablecer el núcleo esencial de un derecho fundamental (ámbito subjetivo) o la dimensión objetiva de ese derecho que ha sido afectado por una entidad estatal”. (...)

“5.2. Satisfacción:

El director del hospital ofrecerá excusas públicas, en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, a la señora XX, así como a su esposo e hijos, por los hechos ocurridos en enero de 1994, y que terminaron en la lastimosa práctica de una histerectomía para salvar la vida de la paciente debido al grave estado de pelviperitonitis generalizada que padecía.

Las excusas se centrarán principalmente en el hecho de haber desconocido el deber de custodia y conservación de la historia clínica de la paciente y, por consiguiente, la grave vulneración al derecho a la salud de la misma.” (2012).

Los anteriores son eventos que, si bien fueron pronunciados por la Sección Tercera en acciones de reparación directa, son claros mensajes para que el operador judicial, como se indicó, aplique la Constitución material antes que el texto frío y escrito de la Constitución formal, y proceda a derribar esos paradigmas que ha impuesto la doctrina jurídica colombiana, por cuanto el derecho globalizado está pidiendo a gritos que el Juez sea más amplio en las decisiones que tome, buscando una reparación integral que vaya más allá de lo monetario, aspecto que no desconoce el mismo tribunal de lo contencioso.

“De allí que, la labor del juez de lo contencioso administrativo, en tratándose de los procesos que se formulen para su conocimiento, con ocasión de la vulneración o trasgresión de derechos humanos, es la de un funcionario dinámico, con amplias facultades resarcitorias y de restablecimiento, suministradas éstas por el propio ordenamiento jurídico interno e internacional, encaminadas a que se obtenga una verdadera reparación integral del daño derivada de ese quebrantamiento. En ese orden de ideas, la jurisprudencia contencioso administrativa, debe acompañarse con los lineamientos que le son trazados por los principios y la regulación contenida en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico, como quiera que dichas disposiciones prevalecen sobre cualquier otra norma o regla de derecho vigente, en los términos del artículo 93 de la Carta Política (...)

“En ese contexto, y si es claro que prevalece la regulación internacional que reconoce y regula derechos humanos, a nivel normativo e interpretativo, frente al sistema interno, es ostensible que el juez de lo contencioso administrativo cuenta con diversas herramientas e instrumentos dirigidos a asegurar la reparación integral derivada del quebrantamiento de derechos humanos, cuando quiera que sean sometidas a su consideración, con miras al resarcimiento del perjuicio. Por lo tanto, es deber del

juez, en estos eventos, no sólo limitarse a decretar indemnizaciones monetarias –a partir de la aplicación de bases y criterios actuariales–, sino que, su obligación, es integrar las medidas con que cuenta a partir del ordenamiento jurídico interno en su plenitud, como del internacional, con miras a que el restablecimiento derivado de una vulneración a los derechos humanos sea materializado. (2009) (Subrayas fuera del texto original).

Todos estos pronunciamientos, aunado a lo expuesto en los primeros capítulos sobre la ruptura de paradigmas, el trasplante del derecho, la aprehensión del contexto material de la Constitución, son los argumentos propicios para que el juez administrativo, inducido por el mismo Consejo de Estado, aplique *mutatis mutandi* las medidas de satisfacción que se entronizaron en Colombia, a través de la jurisprudencia de órganos internacionales y posteriormente asumidas por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa, sin temor de prevaricar ni fallar en forma extra petita, en pro del principio de congruencia ya aplicado en dicha jurisdicción.

5. La finalidad preventiva de las medidas de satisfacción

En este aparte del trabajo y como presupuesto de la propuesta de instaurar las medidas de satisfacción en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, es importante recordar la finalidad de éstas desde sus comienzos, partiendo de los antecedentes nacionales e internacionales observados en el Capítulo III, aunado a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 1448 de 2011, señalan que:

Artículo 139. Medidas de satisfacción. El Gobierno Nacional, a través del Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, deberá realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad

sobre lo sucedido, de acuerdo a los objetivos de las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas.

Si bien la norma contempla una serie de eventos que pueden tenerse en cuenta al momento de disponer de una medida de satisfacción, se considera pertinente traerlas al presente estudio, pero enfocadas al tema, resumiéndolas por parte de la autora del estudio en los siguientes apartes, como quiera que esas medidas simbólicas tienen plena repercusión tanto en el afectado con la decisión contraria de la administración, como en ella misma. Veamos:

Se postula entonces desde el punto de vista del presente estudio, resumiendo lo decantado en la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional que las medidas de satisfacción serán aquellas acciones que proporcionan bienestar y contribuyen a mitigar el dolor de la víctima, y que buscan un a. Reconocimiento público (...) de su dignidad, nombre y honor, ante la comunidad... además propenden por h. Difusión pública y completa del relato (...) sobre el hecho (...), siempre que no provoque más daños innecesarios ni genere peligros de seguridad; de igual forma la j. Difusión de las disculpas y aceptaciones de responsabilidad (...) procurando una k. Investigación, juzgamiento y sanción de los responsables (...) y un l. Reconocimiento público de la responsabilidad de los autores.

De los postulados anotados, se desprende una finalidad esencial de las medidas de satisfacción la cual es la reparación integral, generando seguramente una repercusión a futuro que será la no repetición.

No otra situación se vislumbra de todas y cada una de las medidas de satisfacción que se han impuesto con ocasión del conflicto armado interno a nivel nacional, con las excusas públicas, la difusión de los errores cometidos por parte de las entidades del Estado, la publicación de las sentencias en cada sucursal de salud en los daños causados en este ámbito, sino es otro que motivar a todos los de determinado gremio, profesión, entorno o empresa, que

no vuelvan a incurrir en las situaciones en que dieron origen al evento que afectó una persona, una población, una familia.

En tal circunstancia, se observa prudente desde una interpretación finalista de la norma, aplicar *mutatis mutandi* la esencia de la teoría de la prevención general negativa de la pena, contemplada en materia penal, al derecho administrativo en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido que esa idea intimidadora y de coacción psicológica que posee dicha teoría, evita la consumación de hechos posteriores de parte de otros. (2016), ejerciendo a la vez un control social sobre la sociedad, buscando elevar mecanismos inhibitorios. (Velasquéz, 2014, pág. 167)

En materia de nulidad y restablecimiento del derecho, la imposición de medidas de satisfacción a través de publicaciones, difusiones, disculpas públicas, generará ese factor de prevención general, para que aquellos directores, representantes legales de las entidades del Estado, se abstengan de efectuar despidos haciendo uso de falsas motivaciones o por desviaciones de poder o amparados de la facultad discrecional.

Ahora desde el punto de vista de la teoría de prevención general positiva, busca generar un fin social útil de la pena, mostrando la vigencia de la norma a costa de un responsable, que llega a confundirse con una prevención especial como lo postula F. Von Liszt, que “*la pena tenía un fin de tutela de los bienes jurídicos y solo era justo cuando corregía al delincuente*” (Velasquéz, 2014, pág. 156).

Lo que, trasplantado al derecho administrativo, permitiría que impuesta la medida de satisfacción de la publicidad de la condena o de cualquier otra media se tome como un antecedente importante de la entidad y organismos de todo tipo de nivel. Máxime cuando desde la misma jurisprudencia del Consejo de Estado se ha destacado lo complicado que es probar algunos de los vicios en los retiros o declaratorias de insubsistencia como es en la

desviación de poder, así se señala en la sentencia 5526 de 1993, citando a Georges Vedel “*la desviación de poder es evidentemente más difícil de probar que los otros vicios del acto administrativo, puesto que se trata de establecer la intención psicológica de su autor*” (1993), lo escrito para soportar la necesidad de la prevención de las medidas de satisfacción, que buscaran sino acabar, reducir los abusos.

Analizado lo anterior, se insiste en la propuesta de la inclusión de las medidas de satisfacción en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que, el operador judicial no puede quedarse atrás ante los cambios jurídicos que para la administración y para la rama judicial trae el concepto de Estado social de derecho, donde prima, entre otros, la protección de los derechos fundamentales, los cuales, de ser vulnerados por la administración a través del acto administrativo de retiro del servicio, deberán ser reparados en su integridad si se tiene en cuenta que, para determinadas personas con una trayectoria profesional de muchos años, más que la nulidad del acto administrativo y su correspondiente restablecimiento del derecho, es la reparación a su buen nombre, el fin perseguido con la demanda.

Esa finalidad proviene incluso de la doctrina y jurisprudencia internacional como lo cita Smichdt Milena en su escrito, al analizar las finalidades de las medidas de satisfacción, en el entendido que éstas “*buscan deshacer un agravio u ofensa a través de la restitución del honor, memoria o veracidad de los hechos. Pretenden satisfacer idóneamente los hechos y el daño inmaterial sufrido por las víctimas y sus familiares*”.

El objetivo es impactar la opinión pública y lograr esclarecer los hechos. Es esencial preservar el honor de la víctima ante la propia comunidad; por ejemplo, mediante la eliminación del nombre de la víctima de los registros delincuenciales (Schmidt Malavassi, Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

correspondiente al período de 2007 a julio de 2011: análisis de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, 2012, pág. 60), todo lo cual como se ha expresado a lo largo del presente escrito, *mutatis mutandi* se puede aplicar en la nulidad y restablecimiento del derecho.

Compete entonces a las entidades del Estado, buscar mecanismos que permitan reducir los errores de sus empleados, habida cuenta que cada año se está incrementando el presupuesto que se invierte que para el año 2015 llevaba un acumulado desde el año 2000, en 9.4 billones de pesos, lo que equivale a un 6% del presupuesto de la nación para el 2015, (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2016, pág. 6), y muy seguramente con la implementación de las medidas de satisfacción, servirá de motivación general negativa y positiva para evitar la consumación de errores a nombre de la administración, de servidores que abusan del cargo en momentos que se encuentran de jefes de turno.

6. Algunas modalidades de medidas de satisfacción.

Teniendo en cuenta la connotación que trae *per se* el retiro de un funcionario de una entidad del Estado, y su posterior disposición de reintegro a través de la declaratoria de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto afecta la honra, buen nombre y el reconocimiento de su rol como servidor, que regresa con una estigmatización por la forma en que salió de la administración, el mismo Consejo de Estado alejándose de lo que se ha denominado “la cultura estatocéntrica” de los abusos de poder, las extralimitaciones jurídicas y las violaciones de la Ley los *empiètement* y *détournements de pouvoir* de las autoridades administrativas (1993), ha morigerado la aceptación de la prueba indirecta, a fin de condenar a la administración en los despidos por desviación de poder.

Son todos estos aspectos entre otros, los que si bien no han sido reconocidos a través de las medidas de satisfacción por los jueces administrativos, si han generado el pago de

perjuicios morales, como es el caso fallado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cali, donde en el retiro de un uniformado respecto al padecimiento, señaló:

La fuerza demostrativa del padecimiento se extrae mediante la aplicación de reglas o máximas antropológicas, sociales, sicológicas y de experiencia, que permiten admitir la regla general de que siendo el empleo la fuente de ingresos de una persona en Colombia, privarla injustamente del sostén produce por lo menos desconcierto, desazón, sufrimiento y padecimiento, máxime cuando se tiene una familia que mantener. Se trata de una presunción de padecimiento que escapa al principio de la necesidad de la prueba.

No admite duda que un servidor público cuya gestión obtiene los más altos reconocimientos de sus superiores, que se entregó a su institución policial con mística institucional, dedicación y profesionalismo, con reconocimientos a más no poder; un puñado de felicitaciones especiales (...) padece afección espiritual por el injusto trato recibido y la pérdida del empleo. (2012).

Lo transcrito, a fin de compaginar el tema de la necesidad de la implementación de las medidas de satisfacción, aunado a la apertura mental de los operadores para que en sus providencias, antes de condenar solo con indemnizaciones a título de restablecimiento del derecho, contribuyan a fortalecer el rol de los jueces a partir de su deber de proteger la constitución conforme a la teoría del doble carácter de los Derechos Fundamentales, es decir, a comprender los derechos como límites, pero siempre coadyuvar a su protección y desarrollo, teniendo en cuenta que ellos, los jueces, también hacen patria desde su lugar de trabajo y aportan grandemente al fortalecimiento y blindaje del ejecutivo, generando sanciones que

repercutirán con la prevención del daño antijurídico, dentro de las que a título enunciativo se postulan a continuación:

a. Publicación de la sentencia en diversos medios de comunicación, medida que ha sido de amplia utilización por parte de la Corte Interamericana, incluso en diferentes idiomas cuando a ellos ha habido lugar (Apéndice No. 20).

b. Obligación de iniciar investigaciones disciplinarias y fiscales correspondientes con el fin de sancionar a los responsables. En este aparte se busca una investigación célere y donde puedan participar los afectados, que se deberá completar con la publicación de los resultados.

c. Reconocimiento público de la responsabilidad, que propende i), por dar a conocer que el Estado fue responsable de dicha situación, ii), un desagravio del servidor público retirado y sus familiares, quienes, así como triunfan con el empleado, se afectan en los eventos de los despidos injustos, y iii), el contenido de tipo social en beneficio de la honra y buen nombre del afectado con la medida discrecional de la administración, en pro de que no se vuelva a repetir.

d. Deber de adelantar capacitaciones al personal directivo en el tema. Se pretende con esta medida que la entidad adelante las orientaciones necesarias en los temas laborales y del derecho administrativo, que propendan por el respeto por la estabilidad laboral.

d. Adelantar campañas de promoción y respeto a los derechos laborales.

e. Implementar un programa dirigido a los funcionarios de la entidad en aras de informarlos de las graves consecuencias que pueden llegar a tener por haber actuado como en el caso concreto. Todo esto para evitar el daño antijurídico a futuro.

f. En las entidades territoriales, la publicación o excusas públicas en toda la jurisdicción, máxime cuando son espacios geográficos donde las personas son más fáciles de ser expuestas a ser afectadas en su honra y buen nombre.

Las anteriores propuestas de medidas a modo enunciativo, buscan así mismo prevenir que a futuro se presenten nuevamente dichas situaciones como las que dieron origen a la condena estatal y por ende la afectación del erario público.

Ahora bien, respecto a la concesión de las medidas de satisfacción bajo el criterio del operador judicial, y de forma ultra petita, que algunos han llamado como violación al principio de congruencia y desconocimiento del debido proceso, es importante agregar que en palabras del Ex Consejero de Estado Enrique Gil Botero, se resuelve a través de la aplicación del principio de equidad, soportado en la justicia social y por ende en la cláusula del Estado social de derecho, agregando que *“La equidad es un principio general del derecho en cuanto enlaza con la idea de un derecho fundamental más alto, superior al derecho positivo en inderogable por éste, nacen ligados al concepto de derecho natural”* (Arce, 1990, pág. 94), evento que se ha reiterado desde los inicios del presente estudio, en el sentido de la irradiación que debe permear a todo el ordenamiento jurídico, el valor de la dignidad humana y el efecto horizontal de los derechos fundamentales.

Se expresa con lo anterior, que el desconocer lo afirmado en el primer capítulo sobre la ruptura de paradigmas y la necesidad de apresurarse a trasplantar el derecho y en el caso específico las medidas de satisfacción, es renunciar al dinamismo del derecho y con mayor énfasis del respeto por el valor supremo de la constitución, lo social.

En lo atinente a lo enunciado en el párrafo precedente, referido a la inviabilidad de aplicar en forma ultra petita las medidas de satisfacción en los procesos (nulidad y restablecimiento del derecho u otros de reparación directa), tiene sustento en la jurisprudencia de la Corte Europea, que señala la inviabilidad de otorgar medidas de satisfacción en forma automática, para esta instancia el afectado debe solicitarlas y probar, como es el caso de Ringier Axel Springer Slovakia, a. s. c. Slovaquie/v. Slovakia, donde argumentó que en virtud

de lo establecido en el artículo 41 de la Convención, sino se solicitó la satisfacción, no se puede conceder, o en su defecto sino existe nexo causal entre el daño y la reparación no se concede.

Corolario de lo anotado, ha de indicarse que las medidas de satisfacción entran a complementar toda la reparación integral que propugna un proceso que pretende resarcir los posibles daños ocasionados por el Estado; sin que signifique que una medida sea más importante que otras, sino que es el conjunto dinámico de medidas que garantizan la reparación integral.

Ahora bien, es pertinente traer a colación los casos en los cuales desde la jurisdicción contencioso administrativa se establece como precedentes de daños a otros bienes convencional o constitucionalmente protegidos, los siguientes:

El Consejo de Estado Sección Tercera, en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo cuya actora es la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y el demandado el Hospital San Vicente de Paúl de Lorica y otro, conoció el caso en el que la accionante ingresó al Hospital San Vicente de Paúl en estado de embarazo para trabajo de parto, dejándola en espera por un tiempo, y luego de practicarle cesárea se le extrajo la criatura sin vida.

Ante esta situación fáctica el alto tribunal ha reiterado la procedencia de medidas reparatorias no indemnizatorias, teniendo en cuenta la gravedad del hecho, con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, desde donde el operador judicial de oficio o a solicitud de parte realiza el reconocimiento de conformidad a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8.1 y 63.1 condenando a que los demandados ofrezcan excusas en una ceremonia privada, y al Hospital la implementación de políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica.

Este se considera uno de los casos desde los cuales la reparación del daño es vista bajo un contexto indemnizatorio y por ende reviste de una reparación integral, dada desde una aplicabilidad de normativa internacional y coherente a los escenarios.

El buscar alternativas de retorno al estado anterior al hecho agresor, resulta ser algo complejo, no obstante, la normativa busca mitigar ese daño desde un escenario de reconocimiento del error y la garantía de no repetición no solo para el afectado sino como acto preventivo a otros hechos.

Ahora bien, el tema de reparación no debe constituirse únicamente desde el sistema interamericano pues la misma Constitución Política establece en su artículo 90 el deber del Estado de reparar los daños antijurídicos.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado pese a no indicarlo de manera expresa ha impuesto medidas de satisfacción, es así como luego de declarar la nulidad del acto administrativo y ordenar el restablecimiento solicitado, ordenó dentro del concepto de reparación de daño inmaterial una medida de satisfacción, así:

“Para el Consejo de Estado es claro que la señora Ana Isabel Gil se vio forzada a soportar el profundo impacto psicológico y emocional que se demuestra en las pruebas que obran en el expediente, sin estar obligada a ello, por cuanto la decisión de la Procuraduría de destituirla fue ilegal e injusta. No se requieren demasiadas pruebas para convencer a la Sala del efecto destructivo que puede tener, no sólo una decisión sancionatoria como la que se adoptó en su contra, sino la publicación de esta sanción con gran despliegue en los medios de comunicación del departamento de Boyacá, así como los ulteriores impactos derivados de la pérdida de un ingreso mensual como el que tenía la señora Gil antes de su destitución.

Por las anteriores razones, la Sala considera justo ordenar a la Nación – Procuraduría General de la Nación que pague, a título de indemnización por los perjuicios morales causados a la señora Ana Isabel Gil, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales actualmente vigentes.

También se ordenará al Procurador Regional de Boyacá que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente providencia, convoque a una rueda de prensa con los principales medios de comunicación impresos, radiales, televisivos y electrónicos del departamento de Boyacá, para comunicarles el contenido de la presente decisión, por lo menos con el mismo despliegue y detalle que recibió la noticia de la destitución de la señora Gil, la cual se publicó en la edición del viernes 7 de mayo de 2010 del Semanario Boyacá 7 Días”. (Dr. Gómez Aranguren, 2013)

Las medidas de satisfacción en la nulidad y restablecimiento del derecho pretenden preservar el honor y buen nombre de la víctima y sus familiares, lo cual trasciende al individuo y se proyecta al resto de la comunidad (Póveda, 2014).

Lo anterior incita a superar la visión pasada de negar cualquier pretensión que no se derive o desprenda de la nulidad del acto administrativo, por ende, otorgar la evolución de este criterio no es una extralimitación, contrario sensu responde a la obligación ineludible de reparar el daño derivado de un quebrantamiento de derechos.

Por último, debemos que recordar que la protección a los derechos fundamentales tiene mayor trascendencia si el sujeto pasivo es una persona de especial protección, como es el caso de las mujeres y hombres cabeza de familia, es así que para la Corte Constitucional dentro de esta categoría se encuentran aquellas personas “*que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real*

y efectiva”. (T 167, 2011), lo que en otras palabras se conoce como sujetos de protección constitucional reforzada.

El concepto de enfoque diferencial es el que permite hablar de protección constitucional reforzada, por ser un desarrollo progresivo del principio de igualdad y no discriminación, puesto que si bien, todas las personas son iguales ante ley, ésta afecta de manera diferente a cada una, de acuerdo con su condición de clase, género, grupo étnico, edad, salud física o mental y orientación sexual (Ministerio del Interior, 2013, pág. 4).

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia T- 093 de 2015, señaló que para éstos sujetos la intervención del estado es aún más efectiva, en tanto el juez *“deberá ser más laxo en cuanto a los requisitos para su procedencia. Igualmente, el funcionario judicial que conozca del caso deberá hacer todo lo posible para garantizar los derechos de esa persona dentro de los límites legales y constitucionales”* (2015).

Los desplazados, indígenas, menores de 18 años, mujeres embarazadas, adultos mayores, madres cabeza de familia, entre otros, se encuentran dentro de ésta categoría, pero solamente para fines académicos del presente trabajo de investigación manifestaremos que si bien, el espectro de protección es relativamente amplio, para el caso de los retiros del servicio no tendremos en cuenta a los desplazados ni a los menores de 18 años como sujetos de enfoque diferencial, en la medida que es poco probable que acrediten así mismo la calidad de servidores públicos.

De lo anterior y aterrizando dicho concepto de protección constitucional reforzada a las medidas de satisfacción como forma de reparación a los daños causados por violación de los derechos fundamentales a la honra y buen nombre de los empleados públicos, tenemos que en el caso de presentarse el retiro del servicio de un sujeto de especial protección, permitirá al juez contencioso relevarse de realizar un estudio riguroso respecto del material probatorio,

garantizando en virtud de su doble calidad de juez contencioso y constitucional la reparación integral a los derechos fundamentales del servidor público y su familia dentro del Estado social de derecho colombiano, al igual que se recobrará en parte la confianza pérdida del administrado en la rama judicial.

Conclusiones

Dada la constitucionalización del derecho se planteó establecer si las medidas de satisfacción, concepto desarrollado principalmente en los procesos de conflicto armado interno, podían o no aplicarse en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral a efectos de reparar los daños causados por vulneraciones a los derechos fundamentales al buen nombre, honra y honor de los servidores públicos retirados ilegalmente de la administración.

A este planteamiento se llegó luego de analizar la jurisprudencia actual de la Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo, habida cuenta que en la mayoría de los casos de retiro del servicio, no se reparan integralmente los daños causados al trabajador y a su familia por violación a los derechos fundamentales, quedando éstos subsumidos en las medidas tomadas a título de restablecimiento del derecho, que no son otras que el reintegro de proceder y, el pago de los salarios y prestaciones sociales, derivados de la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado.

Es así, como los paradigmas nos permitieron evidenciar que las teorías jurídicas con el paso del tiempo y el entorno sufren cambios, en la medida que los problemas no son uniformes, por cuanto si bien éstas proporcionan modelos de problemas y soluciones a la comunidad científica (Montenegro, 2011), no satisfacen en la mayoría de los casos la necesidad de justicia, generando la búsqueda de nuevas formas de conocimiento, lo que para Thomas Kuhn son paradigmas, toda vez que las crisis de la teoría incitan al cambio.

Así mismo, se vio que la doble dimensión de los derechos fundamentales que imponen al juez contencioso la carga de aplicar las normas legales con base en los principios y valores que trae *per se* la norma superior, como quiera, que “*nunca está comprendido todo el derecho*

en la letra de los preceptos jurídicos positivos” (Heller, 1992, p. 276), citado por (Vita, 2015, p. 57), máxime cuando cada derecho contiene en su interior un poder de irradiación que permite extender su eficacia en armonía con los intereses constitucionales, a fin que no resulten afectados con “*la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica*” (Corte Constitucional, 2011).

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado nos mostró la aplicabilidad de las medidas de satisfacción fuera del contexto del conflicto armado interno, en tanto con ellas se puede reparar de manera integral los daños causados a los bienes o derechos constitucionales y convencionalmente protegidos, tales como el derecho al buen nombre y honra.

Así las cosas, del análisis y estudio realizado se presenta a toda la comunidad académica, las medidas de satisfacción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, como una nueva herramienta jurídica que permitirá al operador judicial, dada su doble connotación de Juez Contencioso y Juez Constitucional, reparar el daño causado a los derechos fundamentales de los administrados con ocasión de la expedición de los actos administrativos de retiro del servicio.

Para ello, el operador judicial revestido de la normatividad legal e internacional, determinará en cada caso particular si la administración con la expedición del acto administrativo de retiro del servicio afectó los derechos fundamentales al buen nombre y honra del empleado público, e impondrá las medidas de satisfacción, como reparación del daño, restableciendo así al demandante a su estado anterior en virtud de la premisa constitucional de que el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Éste es el principal fundamento normativo que permitirá al Juez Contencioso reevaluar su posición y

propender por la reparación integral de los derechos fundamentales de los servidores públicos en los procesos de conocimiento de la sección segunda.

No cabe la menor duda de que el camino es largo y que con este trabajo solamente se le están dando al operador judicial pequeñas herramientas para comenzar en su trasiego. En palabras de Thomas Kuhn la revolución científica en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral acaba de comenzar y solo el juez administrativo con sus “gafas nuevas” empezará a trazar el camino que permitirá establecer la forma en que éstas se deben dar, en pro de una reparación que promueva la justicia.

El precepto legal está dado en la legislación desde 1998, puesto que el artículo 16 de la Ley 446, claramente faculta a los jueces de la República a valorar los daños irrogados a las personas, atendiendo los principios de reparación integral y equidad, al igual que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos facilitará la comprensión del por qué, la reparación integral en Colombia como principio impone la obligación establecer una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena. (Salvamento de voto Dr. Enrique Gil Botero, 2009).

Así las cosas, cuando el operador judicial de la Sección Segunda evidencie una vulneración a bienes o derechos convencionales y constitucionales, podrá con fundamento en el control de convencionalidad, realizar el estudio necesario para establecer la medida a reparar el daño causado, analizando las circunstancias del caso y conforme a las reglas de la sana crítica impondrá las medidas de satisfacción que considere para reparar en su integridad el derecho fundamental vulnerado por la administración, con el acto de retiro del servicio.

Por tal motivo, cuando se hace alusión a una reparación integral, tomando los presupuestos de las medidas de satisfacción que se han desarrollado en Colombia, se evidencia

que las mismas pueden trasplantarse al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que la esencia de las mismas, ha sido decantada por la jurisprudencia internacional y ahora nacional, en el sentido de buscar presupuestos que permitan rescatar esa dignidad de un servidor público que es retirado del servicio a través de un acto ilegal; presupuestos que un juez en un Estado social de derecho debe realizar como evento de una justicia material, asumiendo una posición dinámica frente a exigencias que impone el devenir social y que no se encuentran alejadas de ese valor supremo que es la dignidad humana.

Finalmente, y teniendo en cuenta que el presente estudio evidenció que en la normatividad nacional e internacional actual, se postulan principios y valores que otorgan facultades al poder judicial, para que en eventos de retiros de servidores públicos de la administración, previa comprobación a través de un proceso, se dispongan en el mismo pronunciamiento, de medidas de satisfacción que procuren restablecer la dignidad del funcionario, y sirva como motivación especial en futuros retiros en las entidades del Estado.

Referencias bibliográficas

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (13 de abril de 2016). *defensajuridica.gov.co*. Recuperado el 06 de octubre de 2016, de http://www.defensajuridica.gov.co/servicios-al-ciudadano/rendicion-cuentas/rendicion_cuentas_2015/Documents/audiencia_publica_rendicion_cuentas_2015_120316.pdf
- Alexei, J. (2000). *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2000). On the structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, 13(3).
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alonso Álamo, M. *La Acción "libera in causa"*. Recuperado el 25 de 08 de 2017, file:///C:/Users/lapcopco/Downloads/Dialnet-LaAccionLiberaInCausa-46340.pdf
- Alvarado Ardila, V. H., & al, e. (2012). *INSTITUCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL NUEVO CÓDIGO, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá, Colombia: Nomos impresores.
- Ambito Jurídico. (15 de agosto de 2014). *AMBITO JURIDICO*. Recuperado el 25 de 08 de 2016, de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/noti140815-3-falta-de-legitimacion-en-la-causa-no-genera-nulidad-recuerda-co>
- Arce, J. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid, España: Civitas.
- Asamblea Nacional Constituyente. (3 de julio de 1991). *Gaceta Constitucional 112*. Ponencia, Bogotá.
- Atienza, M., & Ruiz, J. (1996). *Las Piezas del Derecho. Teorías de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Barrero Berardinelli, J.A. (2012). *Jurisprudencia Constitucional: Precedentes judiciales de la humanidad. Casos y materiales*. Colombia: Pontificia Universidad Javerina.
- Bechara, A. (2011). *La Ponderación y los derechos fundamentales: El Modelo Ponderativo de aplicación del Derecho y su recepción en la Corte Constitucional Colombiana*. Cartagena: Centro de Investigaciones Universidad Libre Cartabena.
- Beristain, C. M. (2010). *Manual sobre perspectiva psicosocial en la investigación de derechos humanos*. Bilbao: Hegoa.

- Bernal, C. (2002). Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. (U. E. Colombia, Ed.) Bogota, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2007). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betancur, C. M. (2007). *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho*. Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Botero, E. G. (2012). La Institución del daño a la Salud en Colombia. En C. d. Estado, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código*. Bogota, Colombia: Nomos Impresores.
- Camargo, H. D. (2005). *Funcionarios Públicos: evolución y prospectiva*. Barcelona, España: Editorial Eumed.
- Carbonell, M. (2003). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid, España: Trotta.
- Cassese, S. (1994). *Las bases del derecho administrativo* (primera ed.). (L. Ortega, Trad.) Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Chinchilla, H. T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Congreso de Colombia. (30 de diciembre de 1972). Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969". [Ley 16 de 1972].
- Congreso de Colombia. (24 de septiembre de 1973). Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil. [Decreto 1950 de 1973].
- Congreso de Colombia. (2 de enero de 1984). Por la cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. [Decreto 01 de 1984].
- Congreso de Colombia. (25 de julio de 2005). Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. [Ley 975 de 2005]. DO: 45.980.
- Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011].

Congreso de Colombia. (10 de junio de 2011). Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. [Ley 1448 de 2011].DO: 48.096

Congreso de Colombia. (18 de octubre de 2012). Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. [Ley 1581 de 2012].

Congreso de Colombia. (6 de marzo de 2014). Por la cual se crea la Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública y se dictan otras disposiciones. [Ley 1712 de 2014].

Congreso de Colombia. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. [Decreto 1083 de 2015].

Consejo de Estado. (27 de octubre de 1987). 165.

Consejo de Estado. (27 de junio de 1991). 6454. [MP: Julio César Uribe Acosta].

Consejo de Estado. (04 de mayo de 1993). 5526 [MP: Carlos Arturo Orjuela Góngora].

Consejo de Estado. (4 de septiembre de 1995). 8164. [MP: Clara Forero de Castro].

Consejo de Estado. (8 de julio de 1996). Concepto 855 Sala de Consulta y Servicio Civil. [MP: Javier Henao Hidrón].

Consejo de Estado. (28 de enero de 1999). 21623. [MP: Ricardo Hoyos Duque].

Consejo de Estado. (5 de mayo de 2000). 11413. [MP: Alier Eduardo Hernández].

Consejo de Estado. (25 de enero de 2001). 11413. [MP: Alier Eduardo Hernández].

Consejo de Estado. (3 de agosto de 2006). 2000-04814-01 (0589-05). [MP: Alejandro Ordoñez Maldonado].

Consejo de Estado. (6 de diciembre de 2007). 50001-23-31-000-2000-00248-01 (4429). [MP: Bertha Lucía Ramírez de Páez].

Consejo de Estado. (28 de enero de 2009). (30340). [MP: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. (19 de agosto de 2009). 1997-03225-01 (18364). [MP: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. Salvamento de Voto. (11 de noviembre de 2009). 18.162 (R1999-1249) [M: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. (14 de abril de 2010). 1996-00649-01 (18960). [MP: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. Salvamento de Voto. (15 de noviembre de 2011). 21410 [MP: Stella Conto Díaz del Castillo].

Consejo de Estado. (25 de abril de 2012). 1994-2279-01 (21861). [MP: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. (7 de noviembre de 2013). 11001012500020110008400 (0256-2011). [MP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren].

Consejo de Estado. (28 de agosto de 2014). 32988. [MP: Ramiro Pasos Guerrero].

Consejo de Estado. (20 de octubre de 2014). 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060) [MP: Enrique Gil Botero].

Corte Constitucional. (9 de septiembre de 1992). T-512. [MP: José Gregorio Hernández].

Corte Constitucional. (26 de octubre de 1992). T-571. [MP: Jaime Sanín Greiffenstein].

Corte Constitucional. (28 de abril de 1994). C-214 [MP: Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (16 de febrero de 1995). SU-56 [MP: Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (26 de junio de 2002). C489. [MP: Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (28 de agosto de 2003). T-747. [MP: Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (6 de agosto de 2004). T-741. [MP: Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (18 de agosto de 2004). T-787. [MP: Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (18 de marzo de 2010). T-190. [MP: Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional. (11 de marzo de 2011). T-167. [MP: Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional. (13 de septiembre de 2013). T-634. [MP: María Victoria Calle Corea].

Corte Constitucional. (5 de marzo de 2015). T-903. [MP: Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional. (16 de abril de 2015). SU-172 [MP: Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional. (30 de septiembre de 2015). C-618. [MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional. (13 de abril de 2016). C-181. [MP: Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Suprema de Justicia- Sala Civil. (13 de mayo de 2008).1997-09327-01 [MP: César Julio Valencia Copete].

- Corte Suprema de Justicia- Sala Civil. (18 de septiembre de 2009). 2005-00406 [MP: William Namén Vargas].
- Corte Suprema de los Estados Unidos (24 de febrero de 1803) 5 US 137 [Juez: John Marshall].
- Corte Suprema de los Estados Unidos (6 de marzo de 1819) 17 US 316 [Juez: John Marshall].
- Contreras, R. R. (Diciembre de 2004). *El paradigma científico según Kuhn. Desarrollo de las ciencias: del conocimiento artesanal hasta la ciencia normal*. Obtenido de http://www.webdelprofesor.ula.ve/ciencias/ricardo/PDF/Paradigma_Cientifico_segun_Kuhn.pdf
- Diez, R. (2012). Principio de la proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*.
- Egaña, J. C. (SF de SF de 2005). *El Estado Constitucional de Derecho nuevo paradigma político*. (B. j. UNAM, Productor) Recuperado el 28 de AGOSTO de 2015, de www.juridicas.unam.mx:https://132.248.65.10/publica/librev/rev/dconstla/cont/2005.1/pr/pr4.pdf
- Escuela superior de Administración Pública. (SF de noviembre de 2008). *Regimen del Servidor Público*. Recuperado el 28 de septiembre de 2015, de http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/2_regimen_del_servidor_publico.pdf
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. (A. J. Gerardo Pisarello, Trad.) Bogotá., Colombia: Universidad Externado.
- Ferrero, G. (1988). *Poder, Los Genios Invisibles de la Ciudad*. (E. Garcia, Trad.) Madrid, España: Tecnos.
- Frühling, M. (10 de febrero de 2004). *Naciones Unidas*. Recuperado el 02 de septiembre de 2015, de <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0435.pdf>
- Georges, B. (1996). *Lo que entiendo por soberanía*. Barcelona: Paidós Ibérica S.A.
- Gonzalez La Torre, I. (2015). *EL JUEZ ADMINISTRATIVO COLOMBIANO* (UR ed.). (U. d. Rosario, Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- González, N. (1998). *Los Derechos Humanos en la Historia*. Bellaterra, Barcelona, España: Universitat de Barcelona.
- Gorra, D. (2012). *Teoría de la Administración Jurídica de Robert Alexi: Sistema de Ponderación de Principios*. Recuperado el 4 de Marzo de 2014, de www.miguelcarbonell.com/.../teoria_de_la_argumentacion_juridica_alex...

- Güechá Medina, C. N. (2013). *Acciones o pretensiones contencioso administrativas*. Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Häberle, P. (1997). *La Libertad fundamental en el Estado constitucional*. (C. Ramos, Trad.) Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hernández Cueto, C. (s.f.). *Valor del daño corpora* (2da edición). España, Madrid. Elsevier España.
- Hernández Martínez, M. (S/F de S/F de S/F). *Estado social de derecho - UNAM*. Recuperado el 11 de abril de 2017, de [juridicas.unam.mx: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/140/3.pdf](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/140/3.pdf)
- Hobbes, T. (1979). *Leviatán*. Madrid, España: Editora Nacional.
- Hobbes, T. (1982). *Leviatán* (Vol. 1a edición). Colombia: Skla.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (s.f.). *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*. (V. M. Rojas Arandi, Productor, & Biblioteca Jurídica virtual) Recuperado el 10 de agosto de 2015, de www.juridicas.unam.mx: www.juridicas.unam.mx
- Ituango, acumulado 12.050 (La Granja) y 12.266 (El Aro) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de 7 de 2006).
- Jinesta Lobo, E. (Septiembre de 1997). El control jurisdiccional de la Administración Pública. *Revista Judicial*(63).
- Julio Estrada, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Juzgado Segundo Administrativo de Santiago de Cali. (30 de agosto de 2012). 76001-23-31-000-2010-0042000 [Dr. César Saavedra].
- Kuhn, T. (2013). *La Estructura de las Revoluciones Científicas* (4a edición ed.). (F. d. Económica, Ed., & C. S. SANTOS, Trad.) Chicago, Illinois, Estados Unidos: Universidad de Chicago.
- Lopera, G. (2004). Los Derechos fundamentales como mandatos de optimización. *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 211-243.
- López Medina, D. (1999). *El Derecho de los Jueces obligatoriedad del precedente constitucional*. Bogotá, Colombia: Legis.
- López Medina, D. (2013). *Teoría Impura del Derecho -La transformación de la cultura latinoamericana* (Vol. 7). Bogotá, Colombia: Legis.

- López Medina, D. (2007). El sueño weberiano -*Claves para una comprensión Constitucional de la Estructura Administrativa del Estado*. (U. d. Andes, Ed.)
- Marienhoff, M. S. (1966). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Martínez, M. A. (2001). *Régimen Jurídico de los funcionarios*. Madrid, España: Tecnos.
- Ministerio del Interior. (2013). Documento. *El enfoque diferencial y étnico en la política pública de víctimas del conflicto armado*. Bogotá: M.I. ISBN: 978-958-8909-38-7.
- Molina Betancourt, C. (SF de Enero de 2010). Protección de Derechos Sociales y Economía.
- Montenegro, J. D. (2011). Los paradigmas en la teoría jurídica. Transformaciones acerca de la interpretación sobre que es el derecho. *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 17.
- Morelli, S. (1997). *La Corte Constitucional, ¿un legislador complementario?* Bogotá, Colombia: Instituto de Estudios Constitucional Carlos Restrepo Piedrahita.
- Mortati, C. (2000). *La Constitución en sentido material*. (A. Bergareche, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.
- Nogueira, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Revista Ius et Praxis*, 15-64.
- Olarte, G. C. (enero de 2012). Estrategias utilizadas para la satisfacción de la garantía de no repetición en desmovilizados. *FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, 42.
- Osuna Fernandez, A. (2001). *Teoría de los Derechos Humanos*. Salamanca, Madrid, España: San Esteban - Edibesa.
- Penagos, G. (2007). *Nulidades y Acciones del Acto Administrativo* (2a edición ed.). Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
- Pérez Murcia, L. E. (2012). *Los Derechos Sociales en Serio, hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas*. Alcaldía de Bogotá. Bogotá: Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico - IDEP -.
- Pérez, M. (2011). *Los Derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy*. Recuperado el 18 de junio de 2014, de <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1626>
- Peyrano, J. (2005). *Valoración Judicial de la Conducta Procesal*. Buenos Aires, Argentina: Culzoni.

- Pisón, J. M. (2016). *El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la Jurisprudencia*. Recuperado el 29 de mayo de 2017, de Agencia estatal boletín oficial del Estado: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2016-10040900430_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_El_derecho_a_la_intimidad:_de_la_configuraci%F3n_inicial_a_los_%FAltimos_desarrollos_en_la_jurisprudencia_constitucional
- Rincón, C. J. (2009). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, A. (23 de septiembre de 2009). La Interacción entre ordenamientos jurídicos, Transplante, Recepción, adaptación e influencia del Derecho. *IUSTA*(31).
- Rojas, j. (1 de septiembre de 2008). *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Reparaciones*. Recuperado el 7 de septiembre de 2015, de <https://www.wcl.american.edu/journal/ilr/23/baez.pdf>
- Ross, D. (2003). *The Right and the Good*. Oxfordtd Published.
- Rousset Siri, A. (2011). *Concepto de Reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*. Revista Internacional de derechos humanos. Año 1 No.1. p. 61.
- Sanchez Baptista, N. R. (01 de junio de 2011). *LA NULIDAD COMO MEDIO DE CONTROL EN LA LEY 1437 DE 2011 ¿UNA NUEVA INCONSTITUCIONALIDAD?* Recuperado el 25 de JUNIO de 2016, de <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/37/NestorRaulSanchezBaptista.pdf>
- Schmidt Malavassi, M. (2012). *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al período de 2007 a julio de 2011: análisis de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición*. Recuperado el 06 de octubre de 2016, de [ijj.ucr.ac.cr: http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t12-las_reparaciones_en_la_jurisprudencia_de_la_corte_interamericana_de_derechos_humanos.pdf](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t12-las_reparaciones_en_la_jurisprudencia_de_la_corte_interamericana_de_derechos_humanos.pdf)
- Sotelo, I. (2010) *El Estado Social. Antecedentes, Origen, Desarrollo y Declive*. Madrid, España. Trota S.A.
- Subcomité Nacional de Medidas de Satisfacción. (2012). *Medidas de satisfacción*. Bogotá: Subcomite Nacional de Medidas de Satisfacción.
- Unidad de Víctimas. (6 de abril de 2015). *Guia de Medidas de Satisfacción*. Recuperado el 05 de agosto de 2015, de [rni.unidaddevictimas.gov.co:](http://rni.unidaddevictimas.gov.co)

<http://rni.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/Documentos/Guia%20de%20Medidas%20de%20Satisfaccion.pdf>

- Vallado Berrón, F. (s.f.). *La acción en la Teoría Pura del derecho*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.
- Vega de Herrera, M., & Suarez Bohorquez, J. (2014). *DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO*. BOGOTÁ, Colombia: Leyer Editores.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho Penal* (Vol. 6). Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andres Morales.
- Viena, N. U.-C. (23 de 5 de 1969). <https://www.oas.org>. Recuperado el 13 de 4 de 2018, de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Villalba Bernié, P. D. (2016). *La Verdad y los Derechos Humanos*. Perfiles de las Ciencias Sociales, Año 3, No. 6, Enero – Junio 2016. <Http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles>, México, UJAT.
- Zagrebelsky, G. (2008). *La Ley y su Justicia*. (M. M. Mora, Trad.) madrid, España: Trotta.
- Zárate, A. (2007). Reseña de "Teoría de los derechos fundamentales" de Robert Alexy. *Cuestiones Constitucionales*. p.365-375.

Apéndice

1. En primera instancia empezó su aplicación de modo jurisprudencial en la Responsabilidad Médica, siendo insertada en la legislación colombiana en el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.
2. Sobre este tema, la doctrina y jurisprudencia más conocida, fue el caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Argentina, al resolver el caso “Pinheiro”, conociéndose allí como el primer antecedente de la doctrina de las cargas dinámicas, y necesariamente se debe hacer alusión al mismo, porque su fundamento se basó a las *reglas excepcionales* (Peyrano, 2005).
3. El deber-obligación de aducir pruebas, por el contrario, es una verdadera constricción que el juez impone a una de las partes según ciertas condiciones que justifican tal proceder (señaladas en el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso), cuyo resultado no está dirigido a beneficiar al obligado sino que se establece en interés de la contraparte que se halla en una enorme desventaja probatoria por encontrarse en estado de indefensión, incapacidad u otras circunstancias similares. Este deber-obligación concretiza un ideal de justicia distributiva cuando autoriza al juez a ordenar el suministro de pruebas a la parte que está en mejores condiciones de proveerlas; Corte Suprema de Justicia- Sala Civil - Sentencia del 28 de junio de 2017. Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez. SC9193-2017 -Radicación nº 11001-31-03-039-2011-00108-01. pag 83.
4. Artículo 85. Subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.
5. Esta definición la otorgó Hans Kelsen, al expresar que, decir Estado y Estado de Derecho era un pleonismo, porque el Estado se debe entender como el ordenamiento jurídico.
6. Trabajo de investigación que presentara el Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, IDEP para la Alcaldía de Bogotá, en el año 2012, en compañía de Rodrigo Uprimny y César Rodríguez Garavito.
7. Recordemos que, si bien la competencia de lo contencioso en asuntos de carácter laboral se reduce a empleados públicos, no es menos cierto que en los casos de retiro de servicio de un trabajador oficial producto de un proceso disciplinario también es de conocimiento de la jurisdicción contenciosa, al recaer la potestad sancionatoria únicamente en el Estado.

8. Por su parte, y en plena concordancia con lo anterior, el término máximo de indemnización se fija dentro del propósito de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación, y su tope de 24 meses se determina teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.
9. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. 29.273. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.
10. Hechos relacionados con actuaciones de los miembros del Ejército Colombiano consistentes en haber ejecutado extrajudicialmente a ocho personas mientras realizaban una operación armada y luego vestirlas con uniformes militares (hechos ocurridos en 1991).
11. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No.18.364. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.
12. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No.20.325. Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo.
13. El Consejo de Estado dispuso medidas de satisfacción en pedir disculpas al estudiante. <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/historico-fallo-del-consejo-de-estado-sobre-laboratorios-en-colegios-90420>. Consultado el 29 de mayo de 2017.
14. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No.26303. Consejera Ponente Dra. Stella Conto Díaz.
15. Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.
16. La definición corresponde a la Resolución número 75 del Consejo de Europa
17. Derogado por la Ley 1592 de 2012.
18. Estos términos se pueden utilizar indistintamente acudiendo a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Política que en su inciso primero indica que no habrá *empleo* que no tenga detalladas sus funciones; y a continuación en el inciso segundo

dispone que ningún funcionario entra a ejercer un *cargo* sin prestar juramento, lo que se traduce en que los dos son equivalentes o se equiparan en significado.

19. Por autoridades se entiende organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. Artículo 2. C.P.A.C.A.
20. Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010