

El principio de la confianza legítima como modo de prevenir el impacto del cambio en la posición de las autoridades

The principle of legitimate trust as a means of preventing the impact of a change in the position of the authorities

O princípio das expectativas legítimas como forma de evitar o impacto de uma mudança na posição das autoridades

Montoya Barrios, Julio Rafael; Cárdenas Sierra, Carlos Alberto

 **Julio Rafael Montoya Barrios**
Juliomontoya@yahoo.com
Universidad Santo Tomás, Colombia

 **Carlos Alberto Cárdenas Sierra**
carloscardenass@usantotomas.edu.co
Universidad Santo Tomás, Colombia

Pensamiento Americano
Corporación Universitaria Americana, Colombia
ISSN: 2027-2448
ISSN-e: 2745-1402
Periodicidad: Frecuencia continua
vol. 15, núm. 30, 2022
pensamientoamericano@coruniamericana.edu.co

Recepción: 22 Marzo 2022
Aprobación: 23 Septiembre 2022
Publicación: 21 Noviembre 2022

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/761/7613964007/>

DOI: <https://doi.org/10.21803/penamer.15.30.537>

Resumen: **Introducción:** Pueden los particulares confiar en que su situación jurídica favorable actual se conservará ante los cambios inesperados de orden legal, administrativo o jurisprudencial que comprometen sus expectativas legítimas hasta ocasionarles algún daño jurídico menor o mayor. **Objetivo:** En este estudio se pretende presentar el principio de confianza legítima en el contexto del Derecho colombiano, el cual se ha venido transformando de un sistema netamente legalista (civil law) a un sistema con fuerte inclinación a adoptar la mecánica del precedente (common law) sin que se pueda decir que se asume plenamente este último sistema, ya por razones legales o ya por razones sociales de cultura jurídica que condicionan la mentalidad de los juristas en general y de los operadores jurídicos en particular. **Conclusiones:** ¿Pueden los particulares estar protegidos de alguna manera frente a tales cambios imprevistos cuando se les ocasiona un daño de orden jurídico? Eventualmente sí, si el sistema jurídico en cuestión cuenta con una estructura de principios, como el nuestro, en donde tales principios inspiran a la justicia que se ha venido consolidando en torno a la jurisprudencia que ha desarrollado el artículo 83 de la Constitución Política que trata de la presunción de la buena fe y cómo se extiende en función de la seguridad jurídica a la confianza de los particulares en que no serán sorprendidos con cambios inesperados obligando al Estado en casos concretos a reconocer períodos de transición en función de la adaptación de los ciudadanos al nuevo régimen jurídico (legal, administrativo o jurisprudencial).

Palabras clave: Principios, Principio de legalidad, Principio de la buena fe, Principio de la confianza legítima, Precedente, Civil law, Common law, Práctica administrativa, Expectativa creada, Cambio del precedente.

Abstract: Introduction: Individuals may trust that their current favorable legal situation will be preserved in the face of unexpected legal, administrative or jurisprudential changes that compromise their legitimate expectations to the point of causing them some minor or major legal damage. **Objective:** The purpose of this study is to present the principle of legitimate expectations in the context of Colombian law, which has been transforming from a purely legalistic system (civil law) to a system with a strong inclination to adopt the mechanics of precedent (common law) without being able to say that the latter system is fully assumed, either for legal reasons or for social reasons of legal culture that condition the mentality of jurists in general and of legal operators in particular. **Conclusions:** Can individuals be protected in any way against such unforeseen changes when a legal damage is caused to them? Eventually yes, if the legal system in question has a structure of principles, such as ours, where such principles inspire the justice that has been consolidating around the jurisprudence that has developed Article 83 of the Political Constitution which deals with the presumption of good faith and how it extends in terms of legal security to the confidence of individuals that they will not be surprised with unexpected changes forcing the State in specific cases to recognize transition periods in terms of the adaptation of citizens to the new legal regime (legal, administrative or jurisprudential).

Keywords: Principle of Legality, Principle of Good Faith, Principle of Legitimate Confidence, Precedents, Civil Law, Common Law, Administrative Practice, Expectation created; Change of precedent.

Resumo: Introdução: Os indivíduos podem confiar que sua atual situação legal favorável será preservada diante de mudanças legais, administrativas ou jurisprudenciais inesperadas que comprometem suas legítimas expectativas a ponto de causar-lhes algum dano legal menor ou maior. **Objetivo:** Este estudo visa apresentar o princípio das expectativas legítimas no contexto do direito colombiano, que vem se transformando de um sistema puramente legalista (direito civil) para um sistema com forte inclinação para adotar a mecânica dos precedentes (direito comum) sem que seja possível dizer que este último sistema é plenamente assumido, seja por razões legais ou por razões sociais de cultura jurídica que condicionam a mentalidade dos juristas em geral e dos operadores legais em particular. **Conclusões:** Os indivíduos podem ser protegidos de alguma forma contra tais mudanças imprevistas quando elas são causadas por danos legais? Eventualmente sim, se o sistema jurídico em questão tiver uma estrutura de princípios, como o nosso, onde tais princípios inspirem a justiça que vem se consolidando em torno da jurisprudência que desenvolveu o artigo 83 da Constituição Política que trata da presunção de boa fé e como ela se estende em termos de segurança jurídica à confiança dos indivíduos de que não serão surpreendidos com mudanças inesperadas, obrigando o Estado em casos específicos a reconhecer períodos de transição em termos de adaptação dos cidadãos ao novo regime jurídico (jurídico, administrativo ou jurisprudencial).

Palavras-chave: Princípios, princípio da legalidade, princípio da boa fé, princípio da confiança legítima, precedente, direito

civil, direito comum, prática administrativa, expectativa criada, mudança de precedente.

Introducción

Se encuentra, con alguna frecuencia, que los apoderados de los administrados citan en oposición a los actos de la administración el argumento de que, se les está vulnerando el principio de la buena fe y de la confianza legítima. Principios jurídicos y también de la “habitus” colombiano (Cárdenas Patiño, 2016a). Esta situación llevó a la pregunta de si la administración pública en sus actuaciones puede vulnerar al particular su buena fe y confianza legítima cuando se presentan cambios inesperados y repentinos, cómo, de ser así, con qué mecanismos cuenta el particular para hacer frente a esta situación.

Se puede afirmar de una parte que la administración actúa con fundamento en el principio de legalidad en tanto que, el particular actúa con base a un espectro algo más amplio de principios (legitimidad), entre los cuales se encuentra el principio de la buena fe, o el de la confianza legítima en su administración. La tensión que se produce entre el particular y su administración cuando esta cambia alguna de sus posturas, es el objeto central de este artículo científico. Se trata del equilibrio entre legitimidad y legalidad logrado por el ejercicio democrático, como sucede en el Parlamento Andino (Blanco Alvarado, 2019).

Para ello, se analizan las posibles fuentes de esta tensión, particularmente en Colombia, después de la expedición de la Constitución de 1.991. Revisando, el principio de la seguridad jurídica como ideal de una administración seria y responsable y, el consecuente principio de la confianza legítima para concluir revisando los posibles eventos en los que la acción estatal puede causar perjuicio al particular y como pueden ser remediados estos efectos según la jurisprudencia y connotados doctrinantes sobre el tema.

La refundación del Estado democrático de Derecho en la postguerra y el principio de confianza legítima.

Luego de la segunda guerra mundial, se dio en el mundo jurídico un fenómeno refundador caracterizado por la implementación de la democracia en lo estatal (un régimen mixto (Cárdenas Patiño, 2016a)) y, por la difusión del derecho en lo internacional, como lo demuestra la creación de la “ONU y su carta de 1.945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948, la Constitución japonesa de 1.946, la Constitución italiana de 1.948 y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1.949” y posteriormente la Constitución de Portugal y la Constitución española de 1.978, las cuales haciendo eco de los horrores de no una, sino que de dos guerras mundiales introdujeron en sus ordenamientos constitucionales principios tendientes a preservar la paz y la dignidad del ser humano.

Este nuevo paradigma constitucional se basó en la democracia y “la creación de un Estado constitucional de derecho, como sistema rígido de *principios* y derechos fundamentales *de obligatoria observancia* para todos los poderes públicos...” (Ferrajoli, 2018, p.12).

De este modo, el derecho expresado por los *principios constitucionales* ha llegado a configurarse como un proyecto normativo consistente en un sistema de

límites y vínculos a todos los poderes, a los que veta la producción de leyes que los contradigan e impone la producción de sus leyes de actuación y de sus técnicas de garantía. (Ferrajoli. 2018, p.12)

como modo de evitar los excesos, abusos del poder, preservar la paz y la convivencia ciudadana.

Esta nueva visión del derecho rompe en la práctica con la antigua tradición jurídica de la supremacía de la ley en su sentido positivista formalista, del clásico *civil law* y del “...poder absoluto del legislador” - que ponía a la ley como “válida” solo por “existir”, para poner ahora al individuo en un plano cuando menos igualitario, al reconocerlo como fuente suprema de todo los derechos y destinatario final de la gestión pública (Palma, 2018; Manjarres, 2019).

Según Ferrajoli, en un escenario como el que existía antes de la guerra, el político era quien hacía la ley, dotándola de su carácter omnipotente, lo que permitió que las *masas fascistas* condujeran al mundo a la guerra, pero hoy en día existe no solo una importante limitante como es el obligado respeto a los Derechos Humanos, sino que también su sometimiento a un efectivo ejercicio del principio democrático de la separación de los poderes, “identificado por el célebre artículo 16 de la Declaración de 1789, como constitutivos de la idea misma de constitución”.

En la nueva democracia constitucional - dice Ferrajoli, “... ya no existen poderes soberanos absolutos..., en cuanto no sometidos al derecho” (Ferrajoli, 2018, p.14) ya que, en la nueva visión del mundo jurídico “... la soberanía radica en el individuo... (en) la suma de esos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales constitucionalmente atribuidos a todos y cada uno” (Ferrajoli, 2018, p.15). Las leyes que estén en contradicción con estos *grupos* no prevalecen por ser leyes sino que, están destinadas a la derogatoria por el juez de la Constitución, si se encuentran que no están en sintonía con los nuevos principios y valores.

En este marco histórico, surge en la doctrina y jurisprudencia alemana el principio de confianza legítima el cual va a inspirar sistemas jurídicos como el español, el colombiano, el mejicano, el argentino y el chileno, entre otros.

La revocatoria directa de los actos administrativos no tiene más motivación, basada en la ley, que la misma voluntad de la administración, sin más. Sin embargo, qué sucede cuando el acto administrativo que se revoca ha creado una expectativa legítima en la que la situación favorable no va a cambiar para el particular (Pastrana, 2018; Saucedo, 2021). El profesor de la Universidad de Estrasburgo, Otto Meyer, con su obra: *Derecho Administrativo Alemán* (1895) y el profesor de las Universidades de Tubinga y Heidelberg, Fritz Fleiner, con su obra: *Instituciones de Derecho Administrativo*, publicada en Tubinga en 1911 con una edición posterior de 1923, plantearon la problemática relacionada con la imposibilidad de la revocatoria de los actos administrativos cuando éstos favorecen al administrado aun cuando su irregularidad los vicia y, por ello, se plantea su revocatoria. No se dieron más recursos doctrinales. Con una obra escrita durante la Segunda Guerra Mundial, el profesor de la Universidad de Heidelberg Ernst Forthoff, inscrita en el espíritu de la Constitución de Weimar, desarrolla en alguna medida esta problemática sobre los actos administrativos. Fue el jurista Adolf Julius Merkl, amigo y coinvestigador con Hans Kelsen en el Círculo Jurídico de Viena, quien con su celeberrima *Teoría General del*

Derecho Administrativo, publicada en 1927 y reeditada en 1969, una especie de teoría pura del Derecho Administrativo, el que dio luces para el desarrollo jurisprudencial posterior de la figura jurídica. Actualmente, el profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Hartmut Maurer, ha contribuido notablemente a la doctrina transnacional sobre el principio de confianza legítima (Maurer, 2012).

Jurisprudencialmente, todo comienza con la petición de protección a su confianza de parte de la “viuda de Berlín”, caso que resulta un referente sin el cual no es posible entender tal principio constitucional. Miremos, brevemente, qué fue lo que sucedió: la viuda de un exfuncionario que vivía en la República Democrática Alemana consultó a la “Consejería del Interior” de Berlín qué debía hacer para obtener la pensión por viudez en la Berlín del Oeste; Tal ente administrativo le exigió que debía trasladarse a Berlín Occidental, y así podría recibir las respectivas mesadas pensionales. La viuda hizo caso y se trasladó a la parte occidental de Berlín, lo que le impuso varios gastos, con lo cual comenzó, muy pronto, a disfrutar de tal pensión.

Posteriormente, el ente encargado de la asignación pensional decidió revocar el acto administrativo que concedía la pensión al ver que la viuda no cumplía con las condiciones para recibir tal pensión por viudez. En la revocatoria del acto administrativo se solicita también a la viuda reintegrar las sumas recibidas (Elizalde, 2021). La señora siente que tal acto revocatorio vulnera la confianza que ella tenía en que bastaba con trasladarse a Berlín occidental para ser acreedora de la pensión. Y alegó frente al acto revocatorio que no realizaría la devolución porque había actuado siguiendo, de buena fe, la instrucción de la “Consejería” de Berlín, la cual ella consideraba como la base de su decisión para conseguir la pensión y, además, no se le reconocían los onerosos gastos de traslado en que había incurrido. Se pronuncia a favor de la viuda el Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín, el 14 de noviembre de 1956. Decisión que fue confirmada en sentencia del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo, en la que se reconoce que el acto administrativo que concedía la pensión a la viuda no se podría revocar sin vulnerar la confianza legítima de la señora en la seguridad jurídica del mismo (Schwabe, 2003).

El caso de los precedentes en Colombia y la confianza legítima.

Luego de la promulgación de la Constitución colombiana de 1991, la Corte Constitucional creada en esa constitución encontró que, para la realización de su función, de guardiana de la constitución, era necesario garantizar a toda persona de manera efectiva y material los derechos allí consagrados, particularmente el de la igualdad, razón por la cual los jueces debían fallar de una misma manera los casos que ya habían sido fallados cuando ellos fueran iguales o similares, es decir los jueces de inferior jerarquía debían observar los *precedentes*, sobre todo cuando estos era emitidos por las altas cortes o tribunales de cierre (Sentencia C-836, 2001). Con el rico ejercicio doctrinal de la Corte Constitucional, la segunda “Corte de Oro”, entre 1992 y 2001, en torno a las acciones constitucionales, especialmente la acción de tutela se constituye lo que se ha dado en llamar de manera crítica el “derecho de los jueces” (López Medina, 2006). No obstante, en la actual teoría transnacional del derecho se considera que la función de los jueces es la de ir más allá de ser la mera “voz del legislador”, es decir, contrario a lo que pensaba, en el *Espíritu de la Leyes*, Montesquieu:

Podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa. Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma. (Montesquieu, 2007)

En el marco del actual *Estado Constitucional*, creación de la doctrina alemana atribuida a Robert Alexy, es el derecho jurisprudencial el que está remodelando el Estado de Derecho de manera dinámica al interpretar la ley en función de la dignidad de la persona y los valores de convivencia y coexistencia; principios constitucionales que se convierten en mandatos de optimización, que en una nueva dogmática, de carácter abierto, imponen para su aplicación la metodología de la ponderación, mientras que las reglas, en el marco del legalismo, sugieren la metodología clásica de la dogmática tradicional (Carbonell, 2003). La “pretensión de corrección” alexeyana conlleva el considerar una conexión necesaria entre Derecho y moral de carácter conceptual (Cárdenas Sierra, 2016a).

En la sentencia mencionada atrás, la Corte Constitucional colombiana había presentado la doctrina del precedente reconociendo como antecedente histórico la importancia de la *doctrina probable*, relacionada con el requisito cuali-cuanti de las tres decisiones sobre un mismo punto de derecho, lo cual no implicaba en ningún momento un tránsito del legalismo del *civil law* al consuetudinarismo del precedente del *common law*. Al contrario, no se le daba más valor a la jurisprudencia que el de ser mera *doctrina* con *presuntio iuris tantum*. Es por ello, que, a lo largo de la vigencia de los 105 años de la Constitución de 1886, que elevaba a rango constitucional parte del Código Civil, no fue posible que los jueces en nuestro medio dejaren de ser simplemente lo que Montesquieu pensaba de ellos.

Pero, la experiencia en Colombia con esta figura, ha demostrado que en nuestro caso, la tendencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional lleva a la implementación de la figura de los precedentes con ciertas limitaciones que llevan a pensar que nuestro sistema no alcanza a definirse como tal. Hoy en día y, luego de más de veinte años de esa jurisprudencia modélica, con las *sentencias de unificación* de los tribunales de cierre constitucional y administrativo, se ha ido consolidando el principio de la “confianza legítima” en desarrollo de los principios de “buena fe” y “seguridad jurídica”. Estos dos tribunales de cierre, sin embargo, mantienen líneas separadas con evoluciones en sentidos distintos, sin oponerse. Por ejemplo, la Corte Constitucional define y precisa la aplicación del principio a la expectativa legítima sin proteger aquellos estados jurídicos con cierto grado de consolidación. El Consejo de Estado, partiendo de la doctrina de la Corte se va separando de ésta y traduce de otro modo, más amplio, el principio de confianza legítima en torno a la protección de las expectativas legítimas de los particulares, pero también dando alcance de la figura a estados jurídicos consolidados en situaciones concretas. Este tribunal de cierre se inclina, en la aplicación del principio, a revisar también normatividad que ha tenido vigencia larga en el tiempo sin que se vislumbren concretas propuestas de reforma.

Para algunos, el problema para la implementación del sistema de los precedentes en Colombia se encuentra en que aún persiste en la Constitución y como remanente del viejo sistema constitucional, el art. 230 de la Constitución Política que establece que: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos

al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, lo que no le permite al juez superar el “imperio” de “la ley”. Así, la jurisprudencia, no es más que un criterio auxiliar de su actividad.

Para el jurista italiano Michele Taruffo, maestro de la Universidad de Pavia y doctrinante transnacional del Derecho Procesal, el juez mantiene, sin embargo, cierta autonomía aún en un sistema que no es de precedentes para provocar su cambio.

En los ordenamientos del civil law el grado de fuerza atribuido al precedente es probablemente menor que en el precedente del common law, pero nada excluye que existan precedentes que por su autoridad y carácter persuasivo se impongan a los jueces sucesivos. A estos se les deja generalmente un espacio de posible divergencia, condicionado a la indicación de razones adecuadas que justifiquen la adopción de una regla de juicio diferente (Taruffo, 2001, p. 92).

Esto es precisamente lo que sucede en nuestro sistema, el cual, no deja de estar inscrito en la tradición legalista del *civil law*.

Al contrario de lo que se piensa, en torno a la libertad racional del juez en el sistema de precedentes, hay críticos que consideran que en tal sistema el juez no es realmente tan libre como se cree. El problema radica en que, con el precedente, el juez “no tiene que pensar” en el entendido de que, solo tendría que aplicar el precedente existente al caso que se le pone en cuestión. Pero, esta crítica obedece mas bien a una idea del precedente según los antiguos cánones existentes en la legislación colombiana, (por un *misreading* de la norma sobre que se refieren al criterio hermenéutico sobre el caso en que existan tres sentencias en un mismo sentido y constituyen, por ello, “*doctrina probable*”) es decir, como sentencias que anteceden al caso que estudia el juez y que, eventualmente debe seguir, para fallar el caso repartido (Ley 169, 1896, art. 4).

Pero el precedente, desde la perspectiva del precedente del *common law*, no funciona de esa manera, allí el juez que tiene un caso no solo tiene un precedente, sino que puede tener varios precedentes relacionados con el mismo caso. Establecida la *ratio decidendi* esta se convierte en la “razón de la decisión” vinculante para jueces de inferior jerarquía, incluso aspectos de la decisión *obiter dicta* que no atienden a aspectos nucleares del caso, sino a asuntos fácticos y normativos ajenos, pueden también convertirse en determinantes de una decisión para un juez de inferior jerarquía. Es así, que el juez puede, en este sistema, aplicar los mecanismos interpretativos del *distinguishing*, el *reversing* y el *overruling*, para apartarse del precedente, ya porque considera que el caso tiene aspectos fácticos distintos, o porque la sentencia del superior jerárquico se convierte en precedente al resolver el recurso, o, en último término, porque se considera que el caso da una nueva regla y eso le da la posibilidad al juzgador de desatender el precedente. Lejos de considerar que el sistema de precedentes se paraliza, estos mecanismos mencionados, favorecen la evolución dinámica del precedente (Galgano, 2005). El juez, está en la posibilidad de establecer cuál de los precedentes existentes aplican para su caso y cuales no. También debe determinar si el precedente que existe para su caso es todavía válido o no. En este último caso, cuando ya no sea válido, deberá entonces desestimarlos como precedente aplicable a su caso o hacerle aclaraciones, correctivos o limitaciones para su aplicación dado

que, no aplicaría completamente en la resolución de su caso según las nuevas circunstancias o las variaciones normativas que encuentre.

Con esta perspectiva se puede ver como, el sistema de precedentes no *simplifica* necesariamente la labor del juez, ya que claramente debe estudiar al menos dos casos, el que debe fallar y el del posible precedente a fin de establecer si este es aplicable o no a la solución de su caso. En este último evento, debe además explicar las razones por las cuales el precedente que supuestamente regulaba su caso ya no lo hace y, por lo tanto, se aparta de él en todo o en parte creando eventualmente un nuevo precedente para el caso en cuestión, actualizando de paso la lectura jurídica de la regla aplicable, la cual debe venir con vocación de *universalización* para todo el conglomerado jurídico (Gascón, 2016), es decir, debe ser aceptada por otros jueces, cuando deban fallar cuestiones similares.

¿Existe un precedente administrativo en torno al principio de confianza legítima?

En el caso de las decisiones que toman los funcionarios administrativos, se pregunta si estas pueden ser consideradas como precedentes de las decisiones que deba tomar la administración pública para casos similares y, por lo tanto, si un ciudadano puede citarlas para que le sea resuelta un caso particular en la misma forma.

En principio se puede decir que, el proceso de resolver un asunto por parte de un funcionario público sobre una cuestión de su conocimiento y competencia, no debe variar mucho del proceso que debe seguir el juez para fallar un caso sólo que, en la sede administrativa no existe una contraparte propiamente dicha que le esté pidiendo al funcionario que tome una decisión en uno u otro sentido, tampoco está el funcionario público valiéndose de lo que considere que es o no justo para resolver el caso, ya que para fundamentar su resolución el funcionario público debe valerse del acto administrativo (la orden administrativa, la circular o la resolución del superior o ministro del ramo o del Decreto presidencial, etc.). Siendo que la administración pública debe ser objetiva en su proceder, justa, equilibrada y no discriminar a nadie, se pregunta entonces:

¿qué pasa cuando el proceder de la administración pública afecta a un particular?

Cuando la política seguida por la administración cambia súbitamente y el particular no logra adaptarse o en el mejor de los casos, protegerse frente a ese cambio y sufre un detrimento en su patrimonio o en sus derechos, como cuando debe salir del país para atender sus asuntos en el extranjero, pero una situación de emergencia planetaria - como la pandemia que estamos viviendo, lo confina a su lugar de residencia por varios meses hasta que, las fronteras nacionales e internacionales sean reabiertas. En este caso, no hay un precedente propiamente dicho que pueda el particular citar a la administración pública o que le sirva de referente para saber como proceder y evitar la extensión del daño que pueda comenzar a sufrir por razón de las medidas que toma la administración pública, para proteger su integridad física y la de sus congéneres.

Como se había afirmado anteriormente, el Consejo de Estado ha ido consolidando su propia línea sobre el principio de confianza legítima entre los extremos de proteger las expectativas legítimas de los particulares y, contra lo que se ha resuelto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el de garantizar posiciones jurídicas afianzadas. Lo mismo que ha tomado decisiones

sobre normativa que ha permanecido con larga vigencia con remota posibilidad de reforma (Sentencia 14130, 2005).

Mas, el concepto del “precedente administrativo” resulta de muy reciente data en nuestro medio. Y la dinámica de su inserción en el ordenamiento colombiano se debe al desarrollo de las dos líneas jurisprudenciales de dos tribunales de cierre: la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Es seguro que tal actividad jurisdiccional llevó al legislador a considerar el precedente por orden legal. Es así como a partir de la vigencia de las leyes de “protección de competencia” (Ley 1340 de 2009), de una parte, y, de otra, por la Ley 1437 de 2011, que se refiere al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tenemos al precedente, en el ámbito del Derecho administrativo, con verdadera fuerza jurídica vinculante.

En cuanto al cambio de precedente, como lo acabamos de ver, en Colombia no se adopta el sistema del precedente en lo judicial. Existe es una adaptación de algunas reglas por desarrollo jurisprudencial y consagración legal que no permiten asegurar la salida definitiva del legalismo del *civil law*.

En materia administrativa se trata más bien de la práctica administrativa que, del precedente judicial propiamente dicho. Pero ¿qué sucede cuando la administración pública cambia su práctica y afecta a un particular en sus expectativas, derechos y patrimonio? La doctrina alemana ha identificado ya algunos casos, donde de ocurrir esto se deben tener en cuenta los derechos del particular y eventualmente resarcir los daños causados con el proceder de la administración pública que, con su cambio de proceder causa o puede causar un daño.

El artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo alemán si bien determina que, un acto antijurídico puede ser revocado, aclara que no puede ser revocado de manera unilateral, como sucede cuando por ejemplo el acto era beneficioso para el particular, circunstancia esta que a su vez se entiende de dos maneras: 1). cuando el acto concede una prestación pecuniaria al beneficiario o 2). cuando una prestación material que era divisible - subvenciones o ayudas, impiden que el acto puede ser revocado y, la confianza de su destinatario desestimada. En los demás casos si es posible la revocatoria del acto, “... siempre y cuando el afectado obtenga una indemnización por los daños patrimoniales sufridos por razón de la revocatoria” (Maurer, 2008, p. 61)

Ahora bien, puede suceder también que, el acto sea susceptible de revocación, pero sin indemnización. Es el caso de las prestaciones sucesivas que sirven de sustento a la vida diaria, como salarios, becas y demás prestaciones sociales. En este caso, no es necesario restituir lo ya consumido por el beneficiario crédulo, pero el derecho obtenido no se podrá gozar en el futuro si *la buena fe* del beneficiario no logra ser demostrada.

Para que la protección de la confianza legítima tenga lugar, tanto en los casos de reconocimiento de prestación pecuniaria como en el caso de otros actos administrativos, se requiere básicamente que el beneficiario 1) haya confiado en la existencia del acto administrativo y que, 2) su confianza sea de tal naturaleza, que sea digna de hacer revocatoria del acto contrario, “... de acuerdo con una ponderación del interés público” en el evento de revocatoria”. (Maurer, 2008, p. 60)

En todos los casos se requiere que el particular actúe de *buena fe*, razón por la cual el *principio* no aplica si el interesado obtiene el acto administrativo favorable mediante engaño, amenaza o corrupción o con declaraciones falsas o incompletas, o si conocía la antijuridicidad del acto administrativo, o si no la conocía, pero por culpa grave imputable al beneficiario.

En el caso de disposiciones patrimoniales, como puede ser el contrato celebrado en vista de una licencia de construcción o una licencia de industria y comercio y que no se puede deshacer o que de hacerlo sería con “desventajas intolerables”, puede ser considerado como susceptible del principio de la *confianza legítima* siempre que la ponderación del bien público afectado así lo permita.

Los principios en la Constitución y la confianza legítima.

La Sentencia C-1287/2001, desarrolla este aspecto de la axiología constitucional que resulta criterio hermenéutico indiscutible a la hora de fallar en casos de orden constitucional: “Los principios serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa.” En cuanto a la distinción entre principios y valores, la Corte dice lo siguiente:

La distinción entre principios y valores sería una diferencia de grado de abstracción y de apertura normativa. Las normas que reconocen valores serían normas más abstractas y abiertas que las que consagran principios. Éstas, por ser más precisas, tendrían proyección normativa, es decir aplicabilidad concreta o eficacia. (Sentencia C-1287/2001)

Por tanto, en este nuevo contexto constitucional, se puede decir que el particular cuenta con los principios para protegerse de una administración pública que, en el ejercicio de sus funciones y competencias también se encuentra actuando amparada en principios como el ya mencionado de la legalidad.

Respecto de las “reglas”, la Corte aclara que:

...tales serían las disposiciones jurídicas en las que se “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo... Es decir, virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como silogismos. (Sentencia C-1287/2001)

Definir los principios doctrinalmente puede ser una tarea sujeta a controversia debido en parte a que lo que es o no un principio, puede depender del momento y de los desarrollos jurídicos como culturales de un país. De hecho, “... la única idea que todos los autores parecen compartir es que los principios son normas indeterminadas” (Guastini, 2017, p.184). Pero, no solo los principios comportan la característica de ser indeterminados o dicho de otra manera, no se puede decir que todas las reglas y normas restantes no lo sean o que a diferencia de los principios, no “... tienen un contenido claro y preciso, susceptible de ser identificado por vía de interpretación” (Guastini, 2017, p. 185).

Se podría intentar definir el principio -dice Guastini, “como aquellas normas que presentan conjuntamente dos características i) que tengan carácter *fundamental* y, ii) que estén sujetas a “una peculiar forma de indeterminación”. “Cada conjunto de normas

... presupone y sobrentiende ciertos valores, determinadas elecciones políticas, ideas de justicia”. “Los principios son normas que, incorporan esos valores, sentimientos de justicia, decisiones políticas.” (Guastini, 2017, p. 185) Es el caso

del principio de la división de los poderes, del sistema democrático, el principio de la autonomía privada del Derecho Civil, o el principio de la “nullum crimen nulla pena, sine lege” (no hay pena sin ley previa) del Derecho Penal o el principio de “lex posterior derogat priori” (ley posterior deroga la anterior), común a casi todos los ordenamientos jurídicos.

Si bien, el principio comporta características de norma fundamental su interpretación la lleva a ser una norma con “supuesto de hecho abierto,” derrotable y genérico. Son abiertos, pues los principios no enumeran taxativamente los casos en los que se produce la consecuencia jurídica, como si sucede con una regla, donde dado el supuesto de hecho se da la consecuencia jurídica predeterminada.

Una regla no se puede decir que sea derrotable, si se da el presupuesto especificado en la norma se da la consecuencia jurídica, pues esta se encuentra “claramente” especificada en la “norma”. Es el caso traído por Guastini de la ley italiana, donde “nadie puede invocar como eximente, la propia ignorancia de la ley penal”, pero “la ignorancia de la ley penal puede alegarse como eximente siempre que, la misma (la ignorancia) haya sido inevitable.” (Guastini, 2017 p. 189)

Y son normas genéricas, pues requieren “de la formulación de otras normas que la “concreten,” que posibiliten su “aplicación” o “ejecución” es decir, “pueden ser ejecutadas o concretadas de muchos modos distintos y alternativos” (Guastini, 2017, p. 189), a diferencia de la regla que son normas relativamente precisas y aplicables a casos concretos.

Si bien existen normas que son abiertas y por lo tanto derrotables o genéricas, solo los principios tienen capacidad de justificar otras normas (Guastini, 2017, p. 190). Suele suceder en el mundo jurídico que, si un caso no tiene una regla que sea claramente aplicable se podría recurrir de todas formas a la analogía como fuente supletoria para la resolución del caso. Pero, si “el caso permanece aun dudoso” o sin solución plausible, entonces se puede recurrir a los “principios” para resolverlo. De ahí, el carácter orientador de los principios que, permite que la interpretación se adecue (se conforme) a la norma fundamental o Constitución.

Es por ello por lo que, al principio se atribuye una función integradora del derecho “...Las controversias que no puedan decidirse como una “precisa disposición”, es decir, con una norma explícita, dan lugar a lagunas del derecho (en algún sentido del vocablo “laguna”). Los principios, por tanto, operan aquí como instrumentos de integración” (Guastini. 2017, p. 202) o eventualmente de norma superior “... En general, en sede de interpretación, argumentar por principios consiste en apelar a una norma (explícita o implícita), respecto de la cual se propone la “superioridad” - según los casos: material o meramente axiológica, - en relación con la disposición a interpretar, de manera tal de conformar a aquella al significado de esta” (Guastini. 2017, p. 201), esto debido quizás a que, el principio comporta un cierto carácter de supra norma, “... son definitivas normas “fundamentales” en cuanto fundamentan, pero no están fundamentados” (Guastini. 2017, p. 186).

El principio de buena fe constitucional se convierte en garantía del reconocimiento de la existencia de expectativas legítimas que deben respetarse en caso de cambios normativos imprevistos que pueden causar algún tipo de daño a un particular. Además de esta aplicación general del principio, según

estos presupuestos, es como si se desarrollase también el tercer aspecto por el cual procede la revocatoria directa de los actos administrativos: 1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. Es por ello, que últimamente el Consejo de Estado, ha precisado que, a la hora de revocar actos administrativos, la Administración debe tener en cuenta que no se “incluyen aquellos que han creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto”, o “reconocido un derecho de igual categoría, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”. Esta situación, en particular, es la que ha llevado al Consejo de Estado a desarrollar una línea más flexible que la de la Corte Constitucional frente al principio de confianza legítima.

Jerarquías normativas y la confianza legítima.

Este nuevo paradigma constitucional, que pretende dotar al individuo de herramientas jurídicas para en un momento determinado, hacer valer sus derechos y en igualdad de condiciones ante las autoridades, tiene algunas características estructurales que lo definen y que, permiten su ubicación dentro del ordenamiento jurídico. Cuando hablamos de jerarquía normativa recordamos que la temática se precisa cuando en el Círculo Jurídico de Viena Merkl propone la estructura piramidal que adoptará Kelsen en su Teoría Pura.

El problema en las relaciones comunitarias es difícil de resolver por la tensión que hay entre las constituciones de cada país con la posibilidad de mantener vigente el principio de la supremacía normativa de la Ley Fundamental. Es así que el planteamiento del problema jurídico implica el planteamiento del problema político: la integración vs la autonomía de los Estados. Ya las viejas soluciones no son suficientes para resolver la nueva complejidad de lo que es el surgimiento de las Comunidades en Europa.

Guastini dice al respecto:

En general se considera que todo ordenamiento jurídico o al menos todo ordenamiento moderno tiene una estructura jerárquica: es decir, que las normas que lo componen no están todas en el mismo plano, sino que están jerárquicamente ordenadas. ¿Pero en qué sentido exactamente? Hay que distinguir. (2017, p. 175)

La introducción de esta sección de la jerarquía de las normas, con esta afirmación del italiano Ricardo Guastini podría no ser compartida por todos, pues, parece un tanto kelseniana, en el sentido de la teoría sobre la “pirámide normativa” mencionada atrás, donde unas normas están arriba, otras en la mitad y otras más abajo, y todas supeditadas unas a otras, según sea su lugar en la jerarquía, lo que les da su validación jurídica. Ya Guastini nos ha dicho que, los principios son normas “indeterminadas y generales”, pero y de ser así, ¿dónde las ubicamos? Una norma general e indeterminada sería por definición una norma no escrita - “*implícita*” diría Guastini, no producida por el órgano destinado para la expedición de normas que por definición suele expedir normas escritas y que, pueden ser leídas por sus destinatarios o cualquier persona interesada en ellas.

Guastini distingue tres tipos de jerarquías en las normas: i) las jerarquías estructurales o formales, ii) las materiales o sustanciales y, iii) las jerarquías lógicas o lingüísticas, y una categoría adicional que llama “jerarquías axiológicas” que a diferencia de las primeras no dependen del contenido normativo, sino

“de la construcción judicial” es decir, de su interpretación jurisprudencial. Este aspecto es caro de la teoría general de los valores jurídicos, desarrollada en Alemania e Italia, la cual viene cimentada históricamente en el finalismo de Ihering, la tendencia individualista anterior a él y posterior que es sustituida por el colectivismo de una tendencia totalitaria, equilibrada por la fuerza de la paz lograda luego de la Segunda Guerra que conllevó la necesaria síntesis axiológica en torno al diálogo entre seguridad, justicia y bien común individual y colectivo (Cárdenas Sierra, 2016b).

i) Las jerarquías estructurales o formales están referidas no al contenido de la norma sino a su producción. Pueden ser de dos tipos, una que indica como debe ser hecha las demás normas y otra que, trata de un tema específico; por ejemplo, la ley del gasto. Se dice que en las jerarquías estructurales una norma supedita a la otra, en este caso la Constitución Política que, es donde se dice como se hacen las leyes y específicamente la ley que ordena el gasto de la nación. Ya que, para que el aspecto regulado por la segunda, ---en el caso del ejemplo, para que el gasto de la vigencia siguiente tenga validez, la ley debió haber sido hecha conforme a lo indicado por la primera (la Constitución Política) ---, o modo de hacer la ley del gasto, de lo contrario no sería una norma válida.

ii) Las jerarquías materiales o sustantivas se refieren a los contenidos de las normas, y se da para el caso de las normas que determinan la validez o invalidez de otra norma. La supeditan y, por lo tanto, se dice que una es de mayor jerarquía que la otra. Es el caso de una ley que, no podría ser expedida o modificada sino por una mayoría cualificada (digamos, de dos terceras partes) del órgano legislativo. O, en el caso de la norma constitucional que es materialmente - (de contenido, - aclara Guastini) superior, a las leyes ordinarias que expide el Congreso en sus legislaturas ordinarias.

iii) Las jerarquías lógicas, están referidas al lenguaje. En este caso, una norma puede estar metalingüísticamente haciendo referencia a otras. La una *menciona* a la otra, --la refiere. La una, sería por tanto superior a la otra. Caso de las leyes de derogatoria (“... *queda derogado el artículo xy de la ley yz*”). También es el caso de las normas de interpretación o de reenvío, o los estatutos disciplinarios que lógicamente son superiores al que refiere la norma de la conducta sancionada.

iv) Ya, en lo que hace a las jerarquías axiológicas, “... que son fruto de construcción jurídica. (...) se da(n) cuando el *interprete* a través de un juicio de valor comparativo suyo, adscribe a una norma un valor superior respecto del valor que le da a otra norma”. “El juicio de valor del interprete, claro está, puede ser tácito (implícito) y, cuando es expreso, puede asumir las formas más diversas.

Sin embargo, un modo típico de establecer una jerarquía axiológica entre dos normas consiste en atribuir a una de ellas (y negar a la otra) el valor de “principio” (Guastini, 2017, p. 179), como sucedería con los principios que rigen todas y cada una de las materias jurídicas (p.ej. los principios de derecho constitucional, o del derecho administrativo, o civil o comercial, penal o laboral, etc.). Son *axiológicamente superiores* a las normas específicas de las actividades que regulan, por ejemplo, el principio de propiedad o los que rigen al contrato de compraventa, o la indemnización por despido sin justa causa del derecho Laboral que si bien, no se encuentran especificados para un caso en particular pueden servir para su resolución cuando no haya norma específica al respecto, dado el relativo consenso que existe entre los juristas de que esos principios son aplicables

para la resolución del caso en cuestión y, por lo tanto, valen como solución para el caso.

La jerarquía axiológica entre dos normas de similares características puede darse en dos casos específicos dependiendo de si las normas en cuestión son o no son compatibles entre si. Si las normas son compatibles entre si, se determinará cual es más importante y esta será considerada la *ratio* de la segunda. En tanto que, la segunda, - menos importante, será considerada *concreción* de la primera. Pero, si las normas no son compatibles entre si se aplica la más importante sin consideración a la segunda, la cual no se considera derogada necesariamente. En otros casos, se procederá a derogar a la segunda que, se considera menos importante y que, está en contradicción a la primera que se considera que, es la válida. Es así como, el principio de confianza legítima se encuentra en este tipo de jerarquía guastiniea. Lo cual es confirmado por la Sentencia C-1287/2001, *ut supra*.

El bloque de constitucionalidad y los principios jurídicos.

En Colombia - según el profesor Diego López Medina, se suelen incorporar los avances doctrinales foráneos haciendo adaptaciones *criollas*, que no por ello son menos funcionales o ricas en contenidos jurídicos (López Medina, 2008). Así se puede decir al estudiar la doctrina nacional que ha tenido lugar luego de la expedición de la Constitución de 1991, y como es el caso del denominado “*bloque de constitucionalidad*”, figura jurídica del Derecho francés incorporada con interpretación propia hacia 1995 por la Corte Constitucional (Sentencia C-225/95). Se está ante un ejemplo del “impurismo” latinoamericano (Cárdenas Patiño, 2016b). La jurista Carolina Blanco insiste en cómo hay un tipo de relación entre ordenamientos jurídicos territoriales y los que son producto de pactos como la CAN, aspecto que va por camino distinto a las adaptaciones normativas (Blanco Alvarado, 2016).

A diferencia del Derecho francés, sobre la integración normativa de normas históricas que conservan su vigencia y contribuyen en ampliar la normativa constitucional. En nuestro medio, el “bloque de constitucionalidad”, implica tomar principios normativos que no aparecen en el texto constitucional como criterios para estimar la constitucionalidad de las leyes. Con la interpretación, por parte de la Corte Constitucional, de los artículos: 9, 53, 93, 94, 96, 214 (n. 2) y 102 de la Constitución Política, se fue desarrollando esta figura jurídica del “bloque de constitucionalidad”. Se trata de la llamada tendencia “iusnaturalista” de la Corte que ha definido gran parte de su producción en esa línea.

La Corte adoptó considera que existen reglas y principios que, aunque no se encuentren expresamente escritos en la Constitución Política de un país, no por ello dejan de ser fuentes de derecho dado que, es posible apelar a estos *principios no escritos* por virtud de la figura jurídica de la llamada *remisión constitucional* que hace la propia Constitución Política a esas reglas no escritas del derecho. Son los llamados *derechos innominados* . *fuentes de derecho no escritas* que, a pesar de no estar enlistados conjuntamente con los otros derechos suscritos en la Constitución, no por ello dejan de ser de *obligatorio cumplimiento* en un país que como Colombia ha logrado y luego de la Constitución de 1991, una tradición político-jurídica moderna, con enfoque en los derechos humanos (Cárdenas Sierra, 2016).

En Colombia el denominado *bloque de constitucionalidad* permite compartir principios que son considerados como universales y por lo tanto dignos de ser aplicados, superando los límites de la respectiva jurisdicción, ya que la Constitución Política de Colombia, en el artículo 94 establece en forma precisa que: “... la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”, bloque que incluso debe ser respetado en los casos de *estados de excepción*, según lo establece más adelante el artículo 214 que dice, aun en los *estados de excepción* no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” tal y como lo aceptó la Corte Constitucional colombiana en sus primeras decisiones, donde utilizó *vigorosamente* los tratados de derechos humanos - en claro contraste con la jurisprudencia pre- constituyente, para fundamentar sus decisiones y conforme a la tesis contenida en el artículo 93 de la Constitución que dice, los “tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (Uprimny, 2017, p.7)

El *bloque de constitucionalidad* es entonces un intento desarrollado en nuestro medio por incorporar principios de orden internacional y determinar sus alcances en función de los derechos humanos. Se puede definir, de manera general, como el reconocimiento que se hace de la existencia junto con la *norma formal*, esto es, escrita, de la existencia en el contenido integral de la Constitución de *norma(s) en sentido material* que irradian sobre aquellas. Por lo tanto, el *bloque de constitucionalidad* permite aceptar, que hay normas de obligatorio cumplimiento que si bien, no hacen parte de su articulado interno, pero que por compartir una misma fuerza jurídica que las que adoptada expresamente la constitución, pueden ser tenidas en cuenta por los jueces en sus fallos puesto que, la propia Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico, así lo permite (Uprimny, 2017, p.3)

Es de aclarar a este respecto que, no todo tratado internacional es de obligatorio acatamiento por el juez en Colombia ya que, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha sido clara en especificar que, el tratado en cuestión debe estar referido al tema de derechos fundamentales y garantías humanas. También precisó la Corte en su jurisprudencia que, “la incorporación de un derecho o principio en el denominado bloque de constitucionalidad no puede depender del capricho del intérprete sino que tiene que tener un fundamento normativo muy claro en el texto constitucional”, tal y como ya se había mencionado en la sentencia C-578 de 1995 que indicó: “... siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior.” (Uprimny, 2017, p.11).

El principio de la confianza legítima en Colombia

El principio de la confianza legítima en Colombia es producto del desarrollo jurisprudencial de nuestras Cortes al interpretar el art. 83 de la Carta Política

el cual, está referido al principio de la *buena fe*, que deben observar tanto las autoridades como los particulares en sus actuaciones con las autoridades.

Para algunos tratadistas el principio de la confianza legítima deviene del de la buena fe, en tanto que para otros, es un desarrollo directo del principio de la seguridad jurídica. Como lo plantean los juristas Güechá, Ciro y Güechá Jessica al precisar sobre la reparación cuando se violan la esperanza y confianza legítimas (Güechá Medina y Güechá Torres, 2021).

Para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Concepto 2291 del 14 de noviembre de 2016, C.P. E. González López.), el principio de la confianza legítima es unas veces desarrollo del principio de la buena fe “...No puede olvidarse que el principio de confianza legítima es una manifestación del principio de la buena fe...”; en tanto que, en otras sentencias, también de la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado (No. 2010-00251 del 14 de julio de 2016, C.P. Guillermo Vargas Ayala) se precisa que “... el principio de la confianza legítima se deriva de los postulados de la seguridad jurídica”.

El principio de la confianza legítima puede encontrarse unas veces solo, pero también puede encontrarse de manera indistinta, como principio de la buena fe y la confianza legítima, o como principio de la seguridad jurídica, buena fe y de la confianza legítima como si fuera uno solo principio.

El principio de la buena fe - del art. 83 de nuestra Constitución Política, se ha entendido de manera objetiva como la obligación que tiene el Estado, de “... *respetar las normas y los reglamentos previamente establecidos* de modo que, los particulares tengan certeza frente a los trámites o procedimientos que deben agotar cuando acuden a la administración. [En consecuencia], el principio de la confianza legítima exige cierta estabilidad o convicción frente a las decisiones de la administración, por cuanto el ciudadano tiene derecho a actuar en el marco de reglas estables y previsibles” (Sentencia No. 11001-03-15-000-2016-00038-01 (AC), 2016).

Esta caracterización del principio tiene sin embargo algunas limitaciones, ya que solo opera para las expectativas ciertas y fundadas producto del actuar o incluso de la omisión de las autoridades. Así lo determina la jurisprudencia cuando acota: “De acuerdo con él, *las autoridades públicas* tienen la obligación de respetar las expectativas legítimas, sembradas en los particulares con sus actuaciones u omisiones reiteradas en el tiempo. Solo las *expectativas ciertas, fundadas, razonables y acordes a la ley* deben ser protegidas.” (Sentencia No. 25000-23-24-000-2010- 00251-01, 2016) Ante su existencia no pueden las autoridades sorprender a sus titulares con una alteración o cambio súbito de las reglas

Vemos como el principio de la confianza legítima siempre que, esta sea creada por la práctica administrativa es susceptible de protección en Colombia, según las citas que a la jurisprudencia se han hecho y por lo tanto, se erige como una fórmula de contención al actuar de la administración sobre todo cuando esta va en contra de sus propias actuaciones y había generado en el particular, una expectativa cierta sobre la legalidad o no sanción, de un acto o proceder suyo.

En efecto, y como claramente lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, “la confianza legítima, se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas – trátase de órgano

legislativo, administración pública o autoridades judiciales” (Sentencia No. 11001-03-15-000-2016-00038-01 (AC), 2016).

Sobre este particular dice la sentencia en cita:

“Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícita la posibilidad de hallar diferencias significativas a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida. (Sentencia No. 11001-03-15-000-2016-00038-01 (AC), 2016)

Sin embargo, debe precisarse que, *si bien el juez puede innovar las interpretaciones del derecho*, lo cierto es que debe hacerlo con *sindéresis* y con cuidado de no afectar derechos fundamentales. En efecto, *puede ocurrir que la nueva regla no pueda ser aplicada de manera inmediata, porque, de hacerlo, se afectarían las expectativas legítimas de los asociados. En ese caso, es conveniente adoptar medidas para proteger esas expectativas.* (Sentencia No. 11001-03-15-000-2016-00038-01 (AC), 2016).

En materia administrativa esta última regla - la de la adopción de medidas para proteger las expectativas de los particulares, es la fórmula más idónea para preservar la confianza legítima cuando la autoridad debe modificar su posición o práctica administrativa. Se estima entonces conveniente dar un tiempo prudencial para que, los posibles afectados con un cambio en la posición administrativa actúen en consecuencia y aminorar así el impacto que pueda tener un cambio en la posición de la administración, como modo de garantizar las expectativas legítimas que, se hubiesen podido haber creado en el particular con motivo de la aplicación de la ahora antigua normativa y su interpretación.

Puesto que el principio de confianza legítima implica que el Estado debe garantizar la expectativa del ciudadano que, de buena fe, espera que en caso del normal cambio normativo se garantice un período de transición que le permita sujetarse al nuevo régimen jurídico sin traumatismos producto de una decisión administrativa que puede vulnerar tal expectativa. Tal principio pretende preservar la seguridad jurídica al darle al ciudadano la posibilidad de demandar a la administración acciones que le permitan adaptarse a la nueva normatividad.

De esa manera, se puede eliminar la tensión entre el bien común y la mera expectativa del ciudadano que resulta afectada en función de algún derecho fundamental: el debido proceso, al trabajo, la salud, etc. Doctrinalmente se han considerado los siguientes presupuestos: a) la preservación del bien común en cuanto interés general. Lo que implica reconocer que la nueva normatividad es derecho obligante para el ciudadano y que debe estar sujeto a la misma de manera indiscutible; b) sin embargo, es posible demostrar que las nuevas condiciones normativas afectan la expectativa del ciudadano de conservar algo favorable de la situación que tenía anteriormente a la nueva normatividad y, para lo cual solicita un plazo razonable que le permita la adaptación a la nueva normatividad; c) lo anterior le impone a la administración, en caso de ser resuelta la situación en su contra, de asumir las medidas provisionales, urgentes y necesarias que le permitan al ciudadano adaptarse.

Es de aclarar, que el “derecho” afectado no es el resorte de la reclamación por la confianza legítima en que el Estado va a preservar, por seguridad jurídica, la

irretroactividad de la ley u otros principios involucrados en los casos relacionados con el principio constitucional de la buena fe. Es la confianza en la expectativa en que tales derechos no se verán vulnerados por la aparición intempestiva que cambia de manera abrupta la situación jurídica del ciudadano al aparecer la nueva normatividad.

Un ejemplo claro de vulneración del principio de la confianza legítima se dio cuando el Ministerio de Ciencia y Tecnología de Colombia reclasificó, en la última convocatoria de 2021, a los investigadores de acuerdo con nuevos parámetros técnico-normativos calificando muy por debajo, sin régimen de transición, la producción que ya tenían tales investigadores como consolidada en categoría alta o “top” por varios años.

Es claro, en este caso, que la aplicación inmediata, con efectos retroactivos de la normativa técnica desconoció la expectativa de conservar estándares de alta calidad que el mismo Estado había reconocido como tales sin un período prudencial de adaptación a los nuevos parámetros estimativos. Con la violación del principio de la irretroactividad de la ley (y de los actos administrativos) se afecta también el principio de la “primacía de la realidad sobre las formalidades”, cuando la producción ya calificada como de alta calidad, dentro de los últimos 10 años, hoy se ha devaluado de un tajo con arreglo a simples formalidades técnicas sin tener en cuenta tal principio mencionado. También, de paso, imponiendo la “tecnologización de la evaluación” de los resultados de investigación (que consiste en considerar la obra sin la dignidad del autor), por parte de MinCiencias, los resultados de investigación tienen primacía sobre sus autores cobrando cierta autonomía, de tal manera, que el ente estatal se apodera de los mismos y, a la vez, descalifica a los investigadores obligándolos a devolverse en el tiempo con nuevos parámetros de medición afectando, de esa manera, la dignidad de los investigadores al devaluar lo que hicieron en los últimos 10 años. En vez de reglamentar, con un plazo de transición prudencial, la nueva producción de los siguientes 10 años, la cual debe evaluarse con los estándares vigentes al momento de su existencia. Esto mantendría la unidad indisoluble entre el autor y el valor de su obra, que a la vez lo cualifica. Incluso, hay que tener en cuenta que se trata de una etapa de adaptación post-covid 19 (Duque et al., 2022).

El análisis del caso precedente cumple con las tres condiciones anotadas atrás para la configuración de la vulneración de la confianza legítima: a) la preservación del bien común en cuanto interés general. Lo que implica reconocer que el nuevo parámetro para medir los resultados de investigación son derecho obligante para el investigador y que, por lo mismo, debe estar sujeto, de manera indiscutible, a esa normativa nueva; b) sin embargo, es posible demostrar que las nuevas condiciones de evaluación de la producción investigativa afectan la expectativa del investigador de conservar su clasificación a partir del reconocimiento de los estándares aplicados por el mismo Estado para la producción dentro de los últimos 10 años. Lo que le da a los investigadores la posibilidad de solicitar un plazo razonable que les permita la adaptación a la nueva normatividad, por ejemplo, aplicación de los nuevos criterios de medición a partir de una determinada fecha que no afecte su clasificación como investigador anterior a la convocatoria; c) lo anterior le impone a MinCiencias, en caso de ser resuelta la situación en su contra, la de asumir las medidas provisionales, urgentes y necesarias que le permitan a los investigadores adaptarse.

Importante jurisprudencia se ha desarrollado a partir del momento en que la Corte Constitucional desarrolla el artículo 83 de la Constitución Política. El tema del “reten social”, en relación con la ley 790 de 2002 y la declaratoria condicional de exequibilidad del artículo 12 aseguró preservar los derechos de los niños en relación con el principio de estabilidad laboral (Duque Ayala, 2016). La confianza legítima esta detrás de tal decisión.

Conclusiones

Tanto la doctrina alemana como la jurisprudencia colombiana concuerdan en que, un acto tanto de la administración pública como eventualmente del juez, que altere una expectativa fundada y de buena fe de un particular, puede ser modificado o incluso derogado siempre que no contrarié el “bien común”. El acto a modificar, bien porque haya sido producido de manera irregular o por cualquiera otra razón, debe ser previamente comunicado al beneficiario, quien deberá dar su aprobación para su modificación. En los casos en que, se trate de prestaciones de beneficio esto es que, asignen al beneficiario reconocimientos de tipo pecuniario o similares, se aclara que estos no deben ser devueltos por el beneficiario si fueron concedidos con error de la administración pública, o si las prestaciones ya fueron consumidas, caso de las asignaciones pecuniarias periódicas como pueden ser las pensiones, siempre que el particular pruebe que actuó de buena fe y, existió una creencia plausible de que su derecho existía efectivamente, es decir que la administración con su proceder creo una expectativa de que el derecho concedido era legítimo.

Si bien en estos casos se trata de la confianza creada por la administración pública en los particulares, la jurisprudencia colombiana reconoce que, también se puede dar en los fallos de los tribunales, los cuales pueden ser sometidos a este principio, sobre todos cuando los precedentes existentes, crean una expectativa fundada de un posible resultado del trámite judicial el cual termina por no darse, al cambiar el juez o tribunal una posición más o menos reiterada y esperada en su jurisprudencia.

Para evitar que el particular se vea sorprendido por un cambio en la posición de la autoridad se recomienda que, esta otorgue al particular o grupo de personas que se puedan ver afectados con el cambio de una posición de un tiempo prudencial o periodo de transición, o se cree algún tipo de esquemas para el manejo que permita que los cambios requeridos se den sin afectar las expectativas de las personas que se pudieran verse afectadas con el cambio de la posición observada por las autoridades.

Doctrinalmente se han considerado los siguientes presupuestos: a) la preservación del bien común en cuanto interés general. Lo que implica reconocer que la nueva normatividad es derecho obligante para el ciudadano y que debe estar sujeto a la misma de manera indiscutible; b) sin embargo, es posible demostrar que las nuevas condiciones normativas afectan la expectativa del ciudadano de conservar algo favorable de la situación que tenía anteriormente a la nueva normatividad y, para lo cual solicita un plazo razonable que le permita la adaptación a la nueva normatividad; c) lo anterior le impone a la administración, en caso de ser resuelta la situación en su contra, de asumir

las medidas provisionales, urgentes y necesarias que le permitan al ciudadano adaptarse.

El principio de confianza legítima se ha ido consolidando con creatividad en Colombia a partir de la jurisprudencia constitucional y la contencioso-administrativa y, en alguna medida por la jurisdicción ordinaria, siguiendo algunos de los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales del derecho alemán y español.

Algunas reglas jurisprudenciales en torno al principio de confianza legítima son: a) no se opone a la modificación de las leyes. b) Irradia también la actividad judicial, por lo que el cambio de postura jurisprudencial no debe afectar expectativas legítimas ni vulnerar derechos fundamentales. c) No se amparan derechos adquiridos. d) Se otorga un período de transición proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación. e) Es un principio democrático. f) No petrifica el sistema jurídico. g) Presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración. j) El ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. k) El principio de confianza legítima exige cierta estabilidad o convicción frente a las decisiones de la administración.

Referencias

- Blanco Alvarado, R. C. (2016). Ordenamiento Jurídico Territorial Colombiano Vs Ordenamiento Jurídico Andino. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 6(2), 191-213. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2011.0002.09>
- Blanco Alvarado, R. C. (2019). La legitimidad desde el Parlamento Andino como Órgano Deliberante de la CAN. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 14(2), 191-205. <https://doi.org/10.15332/19090528/5047>
- Carbonell, M. (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta.
- Cárdenas Patiño, A. (2016a). Política y educación en Tomás de Aquino. *IUSTA*, 1(34). <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2011.0034.01>
- Cárdenas Patiño, A. (2016b). Filosofía “impura” latinoamericana y Teoría impura del derecho, de Diego Eduardo López. *IUSTA*, 1(22). <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2005.0022.10>
- Cárdenas Sierra, C. (2016a). Hacia una teoría general del discurso práctico racional: en Robert Alexy y Tomás de Aquino. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 6(1), 243-264. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2011.0001.12>
- Cárdenas Sierra, C. A. (2016b). El instrumental teórico de Pierre Bourdieu y la influencia tomista en su concepto de habitus. *IUSTA*, 2(35). <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2011.0035.01>
- Duque Ayala, C. y Ortega Ruiz, L. (2016). La constitutionnalite des politiques du gouvernement relatif au renouvellement de l'administration publique et le « social maintien. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 5(2), 1-30. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2010.0002.01>
- Duque Ayala, C., Sánchez Hernández, H. A., Pinedo, M. F., Carreño, D. y Cárdenas, C. (2022). Avances en la constitucionalización del procedimiento contencioso administrativo colombiano en tiempos del covid-19. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 17(1), 58-81. <https://doi.org/10.15332/19090528.7741>

- Elizalde, R. (2021). El derecho procesal constitucional local en México y Latinoamérica durante el siglo xxi. Visión comparada. *Vis Iuris* 8(16).
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Editorial Trotta.
- Galgano, F. (2005). *La globalización en el espejo del Derecho*. Culzoni Editores.
- Gascón, A. (2016). Auto precedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo. *Teoría Jurídica Contemporánea* 1(2). 238-271.
- Guastini, R. (2017). *Interpretar y Argumentar*. Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Güechá Medina, C. N. y Güechá Torres, J. T. (2021). Reparación de daños por violación de la confianza y esperanzas legítimas: un análisis de los sistemas jurídicos Francés y Colombiano. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 16(2). <https://doi.org/10.15332/19090528.6782>
- Ley 1340/2009. (2009, 24 de julio). Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 47.420. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html
- Ley 1437, 2011. (2011, 18 de enero). Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 47.956. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Ley 169, 1896. (1896, 31 de diciembre). Congreso de Colombia. Diario Oficial No 10.235 https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0169_1896.htm
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis Editores.
- López Medina, D. (2008). *Teoría Impura del Derecho. Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis Editores.
- Manjarres, A. E. (2019). Estudio comparado sobre el medio de control de reparación directa. *Revista Vis Iuris*, 6(12): pp.137-162
- Maurer, H. (2008). *Introducción al Derecho Administrativo Alemán*. Universidad Santo Tomás.
- Maurer, H. (2012). *Derecho administrativo alemán*. UNAM.
- Montesquieu. (2007). *Del Espíritu de las leyes*. Losada.
- Palma, T. S. (2018) La actio de in rem verso en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana. *Revista Vis Iuris* 5(10): pp.41-62.
- Pastrana, V. (2018). Análisis del nexo causal en la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista Vis Iuris* 5(10). pp.63-86.
- Saucedo, R. (2021). Transgresión del principio de seguridad jurídica, una práctica recurrente en Colombia. *Vis Iuris*. 8(16).
- Schwabe, J. (2003). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Gustavo Ibáñez-Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Sentencia 14130/2005. (2005, 28 de abril). Consejo de Estado de Colombia. (María Inés Ortiz Barbosa MP.). <https://cijuf.org.co/jurisprudencia/CE/Sentencia%2014130-2005.doc>
- Sentencia C-1287/2001. (2001, 5 de diciembre). Corte Constitucional. (Marco Gerardo Monroy Cabra MP.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>
- Sentencia C-225/1995. (1995, 18 de mayo). Corte Constitucional. (Alejandro Martínez Caballero MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

- Sentencia C-578/95. (1995, 4 de noviembre). Corte Constitucional. (Eduardo Cifuentes Muñoz, MP). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>
- Sentencia C-836/2001. (2001, 9 de agosto). Corte Constitucional Constitucional. (Rodrigo Escobar Gil. MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>
- Sentencia No. 11001-03-15-000-2016-00038-01 (AC). (2016, 26 de septiembre). Consejo de Estado. (Hugo Fernando Bastidas Bárcenas CP). [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-15-000-2016-00038-01\(AC\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-15-000-2016-00038-01(AC).pdf)
- Sentencia No. 25000-23-24-000-2010-00251-01 (2016, 14 de julio). Consejo de Estado. (Guillermo Vargas Ayala CP). <https://vlex.com.co/vid/651734545>
- Taruffo, M. (2001). *Precedente y jurisprudencia*. Anuario jurídico. Pavia- Italia.