

**LA GARANTÍA DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA
IDENTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN QUE REGULA LA CARRERA ESPECIAL
REGISTRAL EN COLOMBIA**

OSMIN ALEXANDER SAAVEDRA LAGOS

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2016

**LA GARANTÍA DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA
IDENTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN QUE REGULA LA CARRERA ESPECIAL
REGISTRAL EN COLOMBIA**

OSMIN ALEXANDER SAAVEDRA LAGOS

**TESIS DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN
HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO**

Director

ARMANDO CASTRO PÉREZ

Mg. en Hermenéutica Jurídica y Derecho

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA**

2016

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
-------------------	---

CAPÍTULO 1

LA PLENITUD COMO CARACTERÍSTICA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

1.1 LA PLENITUD DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	12
1.2 LA COHERENCIA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	17
1.3 LA UNIDAD DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	19
1.4 LAS FUENTES DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	21
1.5 LAS ANTINOMIAS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	25
1.6 LAS LAGUNAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	27
1.7 VERIFICACIÓN DE LAS LAGUNAS Y LOS MÉTODOS PARA SU ELIMINACIÓN.....	37

CAPÍTULO 2

EL EMPLEO PÚBLICO EN COLOMBIA Y LOS REGÍMENES GENERAL, ESPECÍFICOS Y ESPECIALES DE CARRERA

2.1 HISTORIA.....	45
2.2 RÉGIMEN GENERAL.....	54
2.3 REGÍMENES ESPECÍFICOS.....	60
2.4 REGÍMENES ESPECIALES.....	62

CAPÍTULO 3
RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CARRERA ESPECIAL REGISTRAL

3.1 HISTORIA.....	64
3.2 RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR DEL REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS.....	66
3.3 REGULACIÓN ACTUAL PARA LA CARRERA ESPECIAL REGISTRAL.....	69
4. CONCLUSIÓN.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	87

RESUMEN

TITULO: LA GARANTÍA DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA IDENTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN QUE REGULA LA CARRERA ESPECIAL REGISTRAL EN COLOMBIA*

AUTOR: OSMIN ALEXANDER SAAVEDRA LAGOS**

PALABRAS CLAVE: PLENITUD, LAGUNAS, CARRERA, REGISTRAL.

DESCRIPCIÓN:

Este trabajo de grado tiene un enfoque y desarrollo con el que además de recapitular sobre la teoría que nos sirve de base, aborda un problema local en particular: ¿Cuál es el régimen legal o reglamentario que regula en Colombia la Carrera Especial Registral para la garantía de la plenitud del ordenamiento jurídico?

Dicho problema permite abordar la materia de las lagunas normativas, comprender el dogma de la plenitud como característica inherente a los ordenamientos jurídicos e identificar el régimen que regula la Carrera Especial Registral en Colombia.

En Colombia existe un régimen general de carrera, unos regímenes específicos de carrera en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, y unos regímenes especiales de carrera, para los que se tiene una determinada regulación y reglamentación.

Sin embargo, respecto de la Carrera Especial Registral, entendida también como un régimen especial de carrera, recientemente creada por el legislador mediante la Ley 1579 de 2012, no se tiene certeza sobre su regulación jurídica, lo cual genera lagunas normativas que hacen que el ordenamiento no sea pleno o íntegro, se desatiendan los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad en que se desarrolla la función pública, e impide el logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio.

De acuerdo con todo lo anterior, con el presente trabajo se pretende establecer de qué manera operan los mecanismos hermenéuticos para la garantía de la plenitud del ordenamiento jurídico que permitan la identificación del régimen que regula la Carrera Especial Registral en Colombia.

* Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Armando Castro Pérez, Mg. en Hermenéutica Jurídica y Derecho.

ABSTRACT

TITLE: THE GUARANTEE OF THE FULLNESS OF THE LEGAL ORDER AND THE IDENTIFICATION OF REGIME REGULATORY OF THE CAREER SPECIAL OF REGISTRATION OF PUBLIC INSTRUMENTS IN COLOMBIA*

AUTHOR: OSMIN ALEXANDER SAAVEDRA LAGOS**

KEYWORDS: FULLNESS, LAGOONS, CAREER, REGISTRY.

DESCRIPTION:

This degree work has a focus and development with which in addition to recap on the theory that served as base, addresses a local problem in particular: What is the legal or regulatory regime governing in Colombia the Profession Special of Registration of Public Instruments for warranty the fullness of legal order?

This problem allows address the subject of regulatory gaps, understanding the dogma of fullness as characteristic inherent to legal order and identify the regime governing the Profession Special of Registration of Public Instruments in Colombia.

In Colombia there is a general career system, and systems specifics of career due to the singularity and specialty of the functions performed by the entities to which they apply, and some special careers; all has a specific regulation and regulation.

However, for the Profession Special of Registration of Public Instruments, also understood as a special career system, recently created by the legislature by Law 1579 of 2012, there is no certainty about their legal regulation, that which generates regulatory gaps that make system a incomplete legal order, are not applied the constitutional principles of equality, merit, morality, efficiency, economy, impartiality, transparency, promptness and advertising in the civil service, and prevents achieving the satisfaction of the general interest and effective service delivery.

According to the above, the present work aims to establish how operate the hermeneutical mechanisms to guarantee the fulfillment of the legal order permitting the identification of the regime governing the Profession Special of Registration of Public Instruments in Colombia.

* Bachelor Thesis

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Director: Armando Castro Pérez, Mg. en Hermenéutica Jurídica y Derecho.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de grado tiene un enfoque y desarrollo con el que además de recapitular sobre la teoría que nos sirve de base, aborda un problema local en particular, del que no se ha percatado, o teniéndolo presente no dimensionamos su importancia o trascendencia jurídica.

Así, como problema del trabajo de grado se ha planteado el siguiente: ¿Cuál es el régimen legal o reglamentario que regula en Colombia la Carrera Especial Registral para la garantía de la plenitud del ordenamiento jurídico?

Dicho problema permite primero abordar la materia de las lagunas normativas, que en sí consisten en insuficiencias del derecho formalmente válido; en otras palabras, son una ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta, es decir, son una situación de vacío en la ley que ha sufrido una patología jurídica de omitir en su texto la regulación concreta de una determinada situación que no encuentra respuesta legal específica.

Por otro lado, el mencionado problema permite también comprender el dogma de la plenitud como característica inherente a los ordenamientos jurídicos, que consiste (dicho dogma) básicamente en que estos (los ordenamientos jurídicos) deben contener soluciones para todos los conflictos legales que puedan originarse, a la que se llega (plenitud) por medio de la aplicación de criterios hermenéuticos y argumentativos, que impiden la denegación de justicia que pudiera presentarse cuando el operador jurídico, quien debe de todas maneras administrarla (la justicia) pues a ello está obligado ya que es quien aplica la ley, no posee las herramientas para identificar las normas aplicables al momento de decidir en

derecho un determinado asunto puesto a su conocimiento, consideración y decisión.

Por lo tanto, las lagunas normativas o vacíos legales adquieren relevancia doctrinal, jurídica y académica, en la medida que lo que se pretende con el trabajo de grado es identificar el régimen que regula la Carrera Especial Registral en Colombia, es decir, el ingreso, capacitación, permanencia, ascenso, retiro, situaciones administrativas y responsabilidades, entre otros, de los servidores públicos que pertenecen a ella.

En Colombia existe un régimen general de carrera, unos regímenes específicos de carrera en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, y unos regímenes especiales de carrera, administrados y vigilados el primero que en principio comprende la rama ejecutiva del poder público del orden nacional y sus entes descentralizados, y los segundos como las carreras administrativas del personal al servicio de la DIAN, el INPEC y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, entre otros, por la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, para los que se tiene una determinada regulación y reglamentación.

Los terceros, como son los regímenes de las carreras especiales de la Rama Judicial del Poder Público, la Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales, y la Fiscalía General de la Nación, entre otros, son administrados y vigilados por sus respectivos órganos o servidores públicos rectores, es decir, consejos, juntas, comisiones, jefes de organismos, etc., que también tienen su propia regulación y reglamentación.

Sin embargo, respecto de la Carrera Especial Registral, entendida también como un régimen especial de carrera, recientemente creada por el legislador mediante la Ley 1579 de 2012, no se tiene certeza sobre su regulación jurídica, lo cual genera lagunas normativas que hacen que el ordenamiento no sea pleno o íntegro, se desatiendan los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad en que se desarrolla la función pública, e impide el logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, que se derivan de criterios básicos como la profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos; la flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad; la responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado; y la capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

De acuerdo con todo lo anterior, con el presente trabajo se pretende establecer de qué manera operan los mecanismos hermenéuticos para la garantía de la plenitud del ordenamiento jurídico que permitan la identificación del régimen que regula la Carrera Especial Registral en Colombia, por lo que en principio describiremos la plenitud o integridad como característica de los ordenamientos jurídicos y los mecanismos para su garantía, pasando en seguida a la exposición de la normatividad que regula el empleo público en Colombia referente a los regímenes general y específicos de carrera, para por último determinar el régimen jurídico normativo aplicable a la Carrera Especial Registral en Colombia mediante los mecanismos hermenéuticos para la garantía de la plenitud del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO 1

LA PLENITUD COMO CARACTERÍSTICA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

En este primer capítulo del trabajo se exponen de manera concisa algunos de los conceptos desarrollados por teóricos y filósofos del Derecho respecto de los fenómenos de la plenitud, coherencia, unidad, fuentes, antinomias y lagunas de los ordenamientos jurídicos.

Es necesario tener claridad sobre los fenómenos a exponer, pues constituyen la base del desarrollo de los capítulos siguientes, en los que nos ubicaremos en la materia objeto de estudio, análisis y producción, teniendo en cuenta que lo que se busca es establecer la manera como operan los mecanismos hermenéuticos para garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico que permitan la identificación del régimen que regula la Carrera Especial Registral en Colombia.

Así, en un segundo capítulo nos ubicaremos en lo concerniente al régimen general de Carrera Administrativa, a los regímenes específicos de carrera en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, y a los regímenes especiales de carrera, para en un tercer capítulo apreciar, penetrar, comprender y desentrañar lo que a la Carrera Especial Registral, corresponde.

1.1 LA PLENITUD DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Así, comencemos por decir que el dogma de la plenitud como característica inherente a los ordenamientos jurídicos, consiste básicamente en que estos deben

contener soluciones para todos los conflictos legales que puedan originarse; luego a la plenitud se llega por medio de la aplicación de criterios hermenéuticos y argumentativos, que impiden la denegación de justicia que pudiera presentarse cuando el operador jurídico, quien debe de todas maneras administrarla pues a ello está obligado ya que es quien aplica la ley, no posee las herramientas para identificar las normas aplicables al momento de decidir en derecho un determinado asunto puesto a su conocimiento, consideración y decisión.

Luís Prieto Sanchís nos indica que por plenitud o integridad del Derecho se entiende aquella propiedad en cuya virtud el sistema dispone siempre de una cualificación normativa para cualquier caso o supuesto de hecho. Dicho de otro modo, un sistema es pleno si cualquier caso puede ser calificado como prohibido, obligatorio o permitido, según alguna norma del sistema¹.

La plenitud del Derecho también es considerada como aquella propiedad del ordenamiento jurídico, en virtud de la cual éste tiene una norma para regular cada caso. Con ello, se pretende reforzar la seguridad jurídica, evitando posibles vacíos, lagunas y supuestos de incertidumbre o de arbitrariedad. La plenitud del ordenamiento jurídico quedó especialmente subrayada con el movimiento positivista de la codificación normativa, que además de proponer la solución al problema de la legislación, subrayó el papel de la ley escrita, y la función del Estado, cuyo derecho era completo.²

¹ SANCHÍS PRIETO, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. España: Editorial Trotta, Primera Edición, 2005. p. 123.

² DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. Notas de Teoría del Derecho. España: Publicaciones de la Universitat Jaume I, D.L., Segunda Edición, 1997. p. 241.

Algunos autores sobre el origen del dogma de la plenitud, consideran:

Según María Ángeles Barrére Unzueta³, el dogma de la plenitud se remonta a la tradición romanista medieval, para la que el *Corpus Juris Civile* de Justiniano, recopilaba y contenía todas las normas con las que un buen intérprete podía resolver todos los problemas jurídicos que se le presentaran; en cambio, en su formulación moderna, el dogma de la plenitud se encuentra estrechamente conectado con la concepción que reduce el Derecho al Derecho Positivo del Estado y que afirma la preeminencia de la Ley Estatal como fuente del derecho, al estimar que si se admitiera que la plenitud del sistema jurídico estatal no es completo, esto es, que existen lagunas, el juez no tendría más remedio que recurrir a fuentes extra estatales como la costumbre o la equidad y la jurisprudencia, lo cual supondría romper el monopolio estatal de la producción jurídica. Por ello, concluye la autora, las grandes codificaciones del siglo XIX, son expresión de esta voluntad de plenitud necesaria para mantener la certeza jurídica. Esta idea va unida a la afirmación de la supremacía del Poder Legislativo, como expresión de la voluntad popular, sobre el Poder Judicial y al principio de separación de poderes. Desde esa óptica, la trascendencia práctica del dogma de la plenitud del sistema jurídico estatal, reside en imponer al juez la obligación de extraer siempre del mismo la solución para cualquier caso que se le someta y la prohibición de crear normas jurídicas sustituyendo con su voluntad la del órgano político representativo.

Para Antonio Enrique Pérez Luño⁴, históricamente, el dogma de la plenitud emerge con el iusnaturalismo racionalista de la Edad Media, para el cual la razón humana bastaba para extraer normas que cubrieran todas las ramas del ordenamiento jurídico. El fenómeno de la codificación, nos dice este autor, supone una aplicación concreta de dicho dogma y una confianza mayor en la posibilidad de abarcar en los códigos todas las situaciones sociales con relevancia

³http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/27/3%20Lagunas%20del%20derecho_Revista%20Judicatura.pdf, consultada y recuperada 20 de septiembre de 2015.

⁴Ibidem.

jurídica; sin embargo, la rápida evolución de la realidad social durante el siglo XIX hizo ineficaces las normas del primer liberalismo, incapaces de regular sobre todo las nuevas situaciones laborales, y sirvió para demostrar la imposibilidad de lograr la plenitud jurídica del sistema positivista.

Norberto Bobbio a través de su obra expuso que el dogma de la plenitud, es decir, el principio que afirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que en todo caso pueda ofrecer al juez una solución sin tener que recurrir a la equidad, ha sido dominante, y lo es todavía hoy en parte en la teoría jurídica continental de origen romanista. Algunos lo consideran como uno de los aspectos sobresalientes de la escuela del positivismo jurídico⁵.

Considera Bobbio que probablemente el dogma de la plenitud nació en la tradición romanista medieval, cuando poco a poco el derecho romano comenzó a ser considerado como el derecho por excelencia, enunciado en el *Corpus Iuris Civile* de una vez por todas y de una vez para siempre, al cual no había nada que agregarle ni nada que le sobre, porque contiene las reglas con las cuales cualquier intérprete está en capacidad de resolver todos los problemas jurídicos que se le presenten o que puedan presentársele⁶. Afirma Bobbio que la completa y sutil técnica hermenéutica que desarrollaron los comentaristas del derecho romano, lo mismo que los tratadistas, es especialmente una técnica para el conocimiento y el desarrollo interno del derecho romano, sobre el presupuesto de que este constituye un sistema potencialmente completo, o complementario dijéramos, algo así como una especie de fuente o mina inagotable si se quiere de la sabiduría jurídica o argumentos legales, que el intérprete debe limitarse, o mejor proponerse excavar y

⁵ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. p. 211.

⁶ *Ibidem*. p. 212.

explotar para encontrar la veta escondida. Indica también Bobbio que si se nos permitiera resumir con una frase el carácter de la jurisprudencia que se ha desarrollado bajo el imperio y la sombra del derecho romano, diríamos que ella ha desarrollado el método de la *extensión* a costa del método de la *equidad* inspirándose más en el principio de autoridad que en el de la naturaleza de las cosas⁷.

La Integridad, completitud o plenitud hermética del ordenamiento jurídico, en la escuela positiva y dogmática del Derecho desde en el plano teórico, ha significado que el orden jurídico es pleno, en el sentido de que no posee “lagunas” o “vacíos”.

La ley, por ejemplo, puede tener lagunas, pero no el derecho (usando esa expresión como sinónimo de “derecho objetivo”, esto es, como sinónimo de “ordenamiento jurídico”. Quienes han mantenido este punto de vista, han afirmado que, en el evento de que un cierto caso no esté contemplado en la ley, el juez siempre podrá recurrir a fuentes supletorias, tales como los principios generales del derecho o la equidad natural.⁸

Ahora, con todo y lo hasta aquí acotado, hay que tener en cuenta o más bien recordar o no perder de vista, que el dogma o teoría de la plenitud surge del positivismo jurídico; según el o la cual, con las normas explícita o implícitamente contenidas en un ordenamiento, el juez puede siempre recabar una *regula decidendi* para resolver cualquier caso que se plantee.⁹

⁷ Ídem.

⁸ Extracto seleccionado del curso "Teoría de las normas" del profesor Rodrigo Soto Silva. p. 26.

⁹ ¿UNIDAD LÓGICA O DINÁMICA? COHERENCIA Y SISTEMA JURÍDICO EN KELSEN* Miguel Ángel Rodilla, Universidad de Salamanca, DOXA 32 (2009).

Definida, expuesta y entendida como lo fue la teoría de la plenitud de los ordenamientos jurídicos, existen otras materias o asuntos con los que aquella tiene íntima relación, que necesariamente también deben tenerse en cuenta para el desarrollo del tema de trabajo de grado.

Así, es obligado igualmente puntualizar sobre la coherencia, unidad, fuentes, antinomias y lagunas de los ordenamientos jurídicos.

1.2 LA COHERENCIA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

La coherencia Prieto Sanchís la define como aquella cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo dentro del sistema en cuestión¹⁰. Esa cualidad, indica este teórico, desaparece cuando nos encontramos con una antinomia o contradicción normativa, es decir, cuando el sistema imputa consecuencias jurídicas incompatibles a las mismas condiciones fácticas. Por tanto, cabe decir que existe antinomia y desaparece la coherencia siempre que un mismo comportamiento es cualificado deónticamente de modo incompatible por dos normas del sistema o, lo que viene a ser lo mismo, siempre que para un mismo supuesto se imputan dos o más consecuencias incompatibles.¹¹

Al igual que la plenitud, la coherencia es un postulado del Derecho ilustrado que concibió la existencia de un legislador racional omnisciente, capaz de prever y de ofrecer solución jurídica a todos los casos y capaz también de ofrecer una y sólo una solución. Pero asimismo, al igual que la plenitud, la coherencia se muestra como un ideal imposible de alcanzar, y no sólo en el plano de la producción jurídica: resulta perfectamente verosímil que un mismo sistema albergue normas

¹⁰ SANCHÍS PRIETO, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. España: Editorial Trotta, Primera Edición, 2005. p. 131.

¹¹ *Ibíd*em

contradictorias para la regulación de un mismo caso, como lo es también que se produzcan contradicciones entre las resoluciones judiciales. Otra cosa es que normativamente y en el plano de la aplicación del Derecho las contradicciones hayan de solucionarse, como han de colmarse las lagunas; el juez viene obligado a fallar y viene obligado lógicamente a fallar una sola cosa a propósito del conflicto a él sometido.

Sobre la coherencia, Norberto Bobbio plantea un “problema ulterior” que se presenta, y es lo relacionado con que si un ordenamiento jurídico, además de ser una unidad, constituye también un *sistema*, en una palabra, si es una *unidad sistemática*. Bobbio entiende por “sistema” una *totalidad ordenada*, es decir, un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden. Dice Bobbio que para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí.

Así, al preguntarnos si un ordenamiento jurídico constituye un sistema, igualmente tenemos que preguntarnos si las normas que lo componen están en relación de coherencia entre sí, y en qué condiciones es posible esta relación. En el análisis del concepto de sistema hecho por Kelsen, él distingue en los ordenamientos normativos dos tipos: uno que denomina *estático*, y otro *dinámico*. Por sistema *estático* Kelsen entiende aquel en que las normas están relacionadas entre sí con las proposiciones en un sistema deductivo, es decir, por el hecho de que unas se deducen de las otras, partiendo de una o más normas originarias de carácter general, que tienen la misma función que los postulados y axiomas en un sistema científico¹².

¹² HANS KELSEN citado por BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. p. 177

Por *sistema dinámico*, Kelsen en cambio indica que es aquel en el que las normas que lo componen se derivan unas de otras a través de una delegación sucesiva de poder, es decir, no por medio de su contenido sino de la autoridad que las ha creado: una autoridad inferior se deriva de una autoridad superior hasta llegar a la autoridad suprema que no tiene alguna otra autoridad sobre sí. En otras palabras, se puede decir que en este tipo de ordenamiento normativo la vinculación entre las diferentes normas no es material, sino *formal*.

Hecha esta distinción, Kelsen sostiene que los ordenamientos jurídicos son sistemas del segundo tipo, esto es, son sistemas dinámicos. Sistemas estáticos serían, en cambio, los ordenamientos morales. Aparece así otro criterio para distinguir entre derecho y moral. El ordenamiento jurídico es un ordenamiento en el cual la pertenencia de las normas está determinada con base en un criterio meramente formal, es decir, independiente del contenido; en el ordenamiento moral el criterio de pertenencia de las normas al sistema se funda en lo que las normas prescriben (y no en la autoridad de la cual se derivan). Pero si esto es así, es difícil hablar de ordenamiento jurídico como un *sistema*, es decir, denominar "sistema" al sistema de tipo dinámico con la misma propiedad con la que se habla en general del sistema como totalidad ordenada y, en particular, de sistema estático¹³.

1.3 LA UNIDAD DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

La cuestión de la Unidad del Sistema Jurídico, según Prieto Sanchís¹⁴, puede ser enfocada desde tres perspectivas diferentes.

¹³ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. p. 179

¹⁴ SANCHÍS PRIETO, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. España: Editorial Trotta, Primera Edición, 2005. p. 113.

- a) Desde el punto de vista de las *normas*, cabe decir que la Unidad es aquella cualidad que permite a un cierto número de normas reconocerse como pertenecientes a un mismo sistema, y no a otro.
- b) Desde el punto de vista de los *sistemas jurídicos*, la Unidad es el rasgo que identifica a un sistema y permite diferenciarlo del resto.
- c) Desde el punto de vista *temporal*, la Unidad sería aquella cualidad que nos permite identificar la existencia de sistemas sucesivos en el tiempo.

De acuerdo con Norberto Bobbio, la complejidad del ordenamiento jurídico no excluye su *unidad*. No podríamos hablar de ordenamiento jurídico si no lo consideramos como algo unitario. Es fácilmente comprensible que un ordenamiento simple sea unitario, es decir, que sus normas provengan de una sola fuente. Pero que un ordenamiento complejo sea unitario, es algo que se debe explicar¹⁵.

Al respecto, Bobbio acoge la teoría de la elaboración gradual del ordenamiento jurídico de Kelsen, como quiera que esta teoría sirve para explicar la unidad de un ordenamiento jurídico complejo. La esencia de esta teoría está en que las normas de un ordenamiento no se encuentran todas en el mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores. Las normas inferiores dependen de las superiores. Partiendo de las normas inferiores y pasando por las que se encuentran en un plano más alto, llegamos por último a una norma suprema que no depende de alguna otra norma superior, la *norma fundamental* en la cual reposa la unidad del ordenamiento.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. p. 161

Todo ordenamiento tiene una norma fundamental, y es esta norma la que le da unidad a todas las otras normas; esto es, hace de las normas dispersas y de distinta procedencia un conjunto unitario, que se puede denominar justamente “ordenamiento”¹⁶.

Para Bobbio la norma fundamental es el término unificador de las normas que componen un ordenamiento jurídico. Sin ella, las demás normas constituirían un conjunto informe, más no un ordenamiento. En otras palabras, por numerosas que sean las fuentes del derecho en un ordenamiento complejo, este ordenamiento constituye una unidad por el hecho de que directa o indirectamente, con vueltas más o menos tortuosas, todas las fuentes del derecho convergerían en una única norma.

1.4 LAS FUENTES DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Las Fuentes del Derecho es una expresión usada por los juristas, servidores públicos, operadores judiciales, congresistas, etc. Particularmente la primera parte de nuestro código civil se dedica a explicar cuáles son las fuentes del Derecho o del ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, hay pocas nociones más confusas; confusión que nace no porque la locución se aplique para designar cosas muy diferentes, sino precisamente al contrario, porque con ese nombre se designan aspectos o fenómenos estrechamente vinculados en la vida del Derecho, más concretamente en su proceso de producción y cambio¹⁷.

¹⁶ *Ibidem*. p.162

¹⁷ SANCHÍS PRIETO, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. España: Editorial Trotta, Primera Edición, 2005. p. 151.

Luis Prieto Sanchís en su obra *Apuntes de Teoría del Derecho*¹⁸, considera que “tal vez aquí proceda comenzar con una aproximación negativa, indicando lo que no son las fuentes del derecho. Señala Prieto Sanchís que en primer lugar, y pese a lo que sugiere la expresión, el Derecho no es un fenómeno natural que, como el agua, emane espontáneamente de alguna misteriosa fuente.

Comenta igualmente Prieto Sanchís que esta “apelación hidráulica” (haciendo alusión a su expositor Pérez Luño) es tan sólo una metáfora, pues el Derecho es un artificio, un producto que tiene su origen en la voluntad de los hombres y, por tanto, sólo éstos son “fuente” del Derecho. Ésta es tal vez una de las tesis positivistas (del positivismo metodológico o conceptual) menos controvertidas: el Derecho es un producto social cuyo origen (cuya fuente) no está fuera de la sociedad, sino dentro de ella, en la práctica real de sus componentes.

Hay diferentes focos¹⁹ del significado “fuente del Derecho”; entre otros:

1) Fuente como origen o causa última del Derecho: así, para el iusnaturalismo teológico el Derecho derivaría directa o indirectamente del mismo Dios; para el iusnaturalismo racionalista de un orden inmutable y racionalmente accesible; para el historicismo, de un misterioso espíritu del pueblo, etc.

2) En un sentido algo más preciso se habla también de fuente para referirse al grupo social del que procede el Derecho: así, cabe decir que la comunidad internacional es la fuente del Derecho Internacional Público, que la iglesia católica lo es del Derecho católico, o que los trabajadores y empresarios lo son del Derecho laboral convencional.

¹⁸ *Ibidem.* p. 151.

¹⁹ *Ibidem.* pp. 152-153.

3) Fuente como *órgano jurídico* al que se atribuye competencia para la creación de normas como los parlamentos o congresos de la ley y de esta misma los gobiernos excepcionalmente y este de los reglamentos; y los jueces y tribunales de la jurisprudencia.

4) Fuente como conjunto de *hechos o actos humanos* específicamente establecidos para la creación de disposiciones: la legislación o proceso de elaboración de las leyes, la potestad reglamentaria, la jurisdicción, la costumbre, etc.

5) Fuente como *producto* que resulta de la ejecución de tales actos y que da lugar a disposiciones o documentos normativos como la ley, la sentencia, el reglamento.

6) Fuente como *norma sobre la producción jurídica*. A veces, por ejemplo en Kelsen, por fuente se entiende también aquella norma que regula la creación de otra norma, estableciendo el órgano competente, el procedimiento, etc. Por ejemplo, en este sentido la Constitución es fuente de la ley, o la ley lo es de la sentencia.

7) Fuente entendida como fuente de conocimiento. Son los documentos oficiales o también las recopilaciones públicas o privadas que nos permiten conocer el Derecho.

Según Bobbio una definición aceptable de “fuentes del derecho”, es que estas son aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.²⁰

²⁰ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. p. 158

Ahora, el conocimiento de un ordenamiento jurídico parte siempre de la enumeración de sus fuentes²¹. En una teoría general del ordenamiento jurídico, interesa notar cuáles son las fuentes del derecho y no sólo cuántas, pues hay que reconocer también que un ordenamiento jurídico además de regular el comportamiento de las personas, *regula también el modo como se deben producir las reglas*. Así, suele decirse que el ordenamiento jurídico regula su propia producción normativa; tanto las normas de comportamiento, como las de su estructura. Estas normas de estructura se pueden considerar también como las normas para la producción jurídica.

En un ordenamiento estatal moderno, en todos los grados normativos, encontramos normas de conducta y normas de estructura. Podemos comenzar con la Constitución y seguir con las leyes ordinarias, las leyes de procedimiento, etc.

Estas normas constituyen la complejidad del ordenamiento jurídico; y sólo el estudio de este nos permite entender la naturaleza y la importancia de estas normas²². Desde el punto de vista formal, la teoría de la norma jurídica se había detenido en la consideración de las normas como imperativos, entendiendo el imperativo el mandato de hacer o no hacer. Si también tomamos en consideración las normas para la producción de otras normas, debemos colocar al lado de los imperativos, entendidos como mandatos de hacer o de no hacer, que podemos denominar *imperativos de primera instancia*, los *imperativos de segunda instancia*, entendidos como mandatos para ordenar, etc. Solo la consideración del ordenamiento en su conjunto permite descubrir la presencia de estas normas de segunda instancia. La clasificación de este tipo de normas es más compleja que la

²¹ *Ibidem*. p. 158

²² BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. p. 160

de las normas de primera instancia, siguiendo la tripartición clásica, en normas imperativas, prohibitivas y permisivas.²³

1.5 LAS ANTINOMIAS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

La cuestión de las antinomias nos remite a un segundo problema: si existen, y con qué alcance, normas de segundo grado que le orienten al juez a la hora de elegir una de las soluciones en principio posibles.

La existencia de antinomias se explica por el carácter dinámico del Derecho. Si el Derecho fuera un sistema estático, como las matemáticas o como pretende serlo la moral, donde el contenido de cada norma se deduce del contenido de otra, de manera que su validez puede considerarse una consecuencia lógica de la validez de otra norma del sistema, no cabría pensar en contradicciones normativas; o más bien estas serían siempre aparentes porque la existencia de tales contradicciones revelaría que, en realidad, una de las normas no es válida al hallarse en contradicción de la norma de la que debería deducirse lógicamente. Pero como sabemos el derecho es un sistema dinámico o de sucesivas habilitaciones de poder: la validez de una norma reposa, al menos en parte, en la *autoridad* del sujeto que la dicta y no, o no sólo, en su *contenido*; y es evidente que distintas autoridades pueden producir normas incompatibles a propósito de los mismos problemas prácticos. Nos hallamos así en la siguiente contradicción: porque el Derecho es un sistema dinámico resulta perfectamente posible que existan contradicciones normativas; pero como, al mismo tiempo, el Derecho es también un sistema estático, de modo que el contenido de sus normas no puede entrar en contradicción con otras superiores, y singularmente con las Constitución, resulta

²³ *Ibidem.* pp. 160-161

que la coherencia se convierte en un postulado esencial del sistema²⁴.

Así, la antinomia supone la existencia de una contradicción entre los enunciados deónticos o calificaciones normativas establecidas por dos normas pertenecientes al mismo sistema.²⁵

La situación de las normas incompatibles entre sí es una dificultad tradicional, a la cual se han enfrentado los juristas de todos los tiempos, y tiene una denominación propia característica: *antinomia*. La tesis según la cual el ordenamiento jurídico constituye un sistema, no admite en el derecho la presencia de antinomias. En nuestra tradición romanista el problema de la antinomia fue planteado con gran claridad en las dos célebres constituciones de Justiniano, con las cuales se abre el *Digesto*; allí Justiniano afirma imperiosamente que en el *Digesto* no existen normas incompatibles y usa la palabra *antinomia*.²⁶ Que en el derecho romano, considerado durante muchos siglos el derecho por excelencia, no había antinomias fue principio constante para los intérpretes, al menos mientras este estuvo vigente.

Uno de los fines de la interpretación jurídica era también el de eliminar las antinomias, si llegaban a presentarse, recurriendo a los más diversos medios hermenéuticos²⁷.

Así, podemos definir la antinomia como aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando la una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Ahora, para que se pueda dar una antinomia se requieren dos

²⁴ SANCHÍS PRIETO, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. España: Editorial Trotta, Primera Edición, 2005. p. 132.

²⁵ *Ibidem*. p. 132.

²⁶ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. p. 184

²⁷ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. p. 184

condiciones: Las dos normas deben pertenecer a un mismo ordenamiento; y las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez²⁸.

Al lado del significado aquí explicado, de antinomia como una situación producida por el encuentro de dos normas incompatibles, se habla, en el lenguaje jurídico, de antinomia con referencia a otras situaciones. Así, en derecho se habla también de antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico puede estar inspirado en valores contrapuestos (o en ideologías opuestas). Otra acepción de antinomia es la denominada *antinomia de valoración*, que se presenta cuando una norma castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor; en este caso debería hablarse no propiamente de antinomia sino de injusticia. Una tercera acepción de antinomia se refiere a las denominadas *antinomias teleológicas*, que se presentan cuando existe contradicción entre la norma que prescribe el medio para alcanzar el fin y la que prescribe el fin, de manera que si aplico la norma que prevé el medio no puedo lograr el fin, y viceversa. Aquí la contradicción se deriva más frecuentemente de la insuficiencia del medio; pero, entonces, se trata, más que de antinomia, de *laguna*²⁹.

1.6 LAS LAGUNAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Como anteriormente se anotó, un sistema jurídico es pleno si cualquier caso puede ser calificado como prohibido, obligatorio o permitido según alguna de sus normas. Decíamos que cuando falta esa norma estamos en presencia de una laguna, condición que no permite que un sistema jurídico sea pleno.

Recordemos que por *Plenitud* se entiende la propiedad por la cual un

²⁸ *Ibidem.* p. 188

²⁹ *Ibidem.* p. 190

ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se le denomina generalmente “laguna” (en uno de los sentidos del término laguna), plenitud significa “ausencia de lagunas”. En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema. Si queremos dar una definición más técnica de plenitud, podemos decir que un ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria.³⁰

Queriendo especificar, la falta de plenitud consiste en el hecho de que el sistema no tiene una norma que prohíba determinado comportamiento ni una norma que lo permita. En efecto, si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna.³¹

Para Bobbio³², con esta definición más técnica de plenitud se comprende mejor cuál es el nexo entre el problema de la plenitud y el de la coherencia. Podemos, en efecto, definir la coherencia como aquella propiedad en virtud de la cual no es posible demostrar, en ningún caso, la pertenencia al sistema de una determinada norma y de su contradictoria. Como vemos, nos encontramos frente a una antinomia cuando nos damos cuenta de que al sistema pertenecen simultáneamente tanto la norma que prohíbe determinado comportamiento como la que lo permite. Por lo tanto, el nexo entre coherencia y plenitud radica en lo siguiente: la coherencia significa exclusión de toda situación en que dos normas

³⁰ *Ibidem.* p. 208

³¹ ALEXI, Robert. *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005. p. 213

³² BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. p. 208

que se contradicen pertenezcan al sistema; la plenitud significa exclusión de toda situación en la cual no pertenezca al sistema ninguna de las dos normas que se contradicen. Entonces llamaremos “incoherente” a un sistema en el que existan *tanto* normas que no permitan un cierto comportamiento *como* aquellas que lo permiten; e “incompleto” al sistema en el que no exista *ni* la norma que prohíbe determinado comportamiento *ni* la norma que lo permite. Se entiende por “laguna” también la ausencia no ya de una solución cualquiera que esta sea, sino de una *solución satisfactoria* o, en otras palabras, no ya la ausencia de una norma, sino la falta de una *norma justa*, o sea de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe. Dado que estas lagunas derivan no ya de la consideración del ordenamiento jurídico tal cual es, sino de confrontar el ordenamiento jurídico existente con lo que debería ser, se las ha denominado “ideológicas”, para distinguirlas de las que eventualmente se encontrarían en el ordenamiento jurídico, y que se pueden llamar “reales”.

En este trabajo nos interesan las lagunas reales, las cuales tienen sentido al comparar el ordenamiento jurídico real con un ordenamiento jurídico ideal, y así hablar lícitamente de plenitud o de falta de plenitud del ordenamiento jurídico y preguntarnos si las leyes disponen de todo aquello que deben contener para considerarlas como la manifestación perfecta del querer de la sociedad y por ende de las necesidades del Estado; en este evento el problema de la plenitud o falta de plenitud se refieren exclusivamente a la regulación como parte del ordenamiento que expide el legislativo, y no al ordenamiento jurídico en su totalidad.

La distinción hecha entre lagunas reales y lagunas ideológicas corresponde poco más o menos a la distinción entre lagunas *propias e impropias*. La laguna propia es una laguna del sistema o dentro del sistema; la laguna impropia se deriva de comparar el sistema real con un sistema ideal. Estos dos tipos de lagunas se

asemejan en cuanto que designan un caso no regulado por las leyes vigentes en un determinado ordenamiento jurídico, y se distinguen en el modo como pueden ser eliminadas, esto es, la laguna impropia solo puede ser superada por medio de la expedición de nuevas normas, en tanto que la propia solo mediante las leyes vigentes. Las lagunas impropias solo pueden ser completadas por el legislador, y las propias por obra del intérprete. Pero cuando se dice que un sistema es incompleto, se hace referencia a las lagunas propias y no a las impropias. El problema de la plenitud del ordenamiento es el problema de si hay y cómo deben eliminarse las lagunas propias³³.

Respecto a los motivos que las originan, las lagunas se distinguen en *subjetivas y objetivas*. Son subjetivas las que dependen de cualquier motivo imputable al legislador; objetivas las que dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de las nuevas invenciones, de todas aquellas causas que provocan el envejecimiento de los textos legislativos, y que, por consiguiente, independientes de la voluntad del legislador³⁴.

Puede hacerse otra distinción entre lagunas *praeter legem* y las lagunas *intra legem*. Las primeras se presentan cuando las reglas expresas, por ser demasiado particulares, no comprenden todos los casos que pueden presentarse dentro de esa particularidad; las segundas tienen lugar al contrario, cuando las normas son demasiado generales y revelan, en el interior de las disposiciones dadas, vacíos o huecos, que luego deben ser colmados por el intérprete³⁵.

³³ *Ibidem*. p. 228

³⁴ *Ibidem*. p. 229

³⁵ *Ibidem*. p. 230

Ahora, todos los comportamientos no comprendidos en la norma particular están regulados por una *norma general exclusiva*, o sea por la regla que excluye (por esto es exclusiva) todos los comportamientos (por esto es general) que no entran en lo previsto por las normas particulares. Se podría decir entonces que las normas no nacen solas sino en pareja: toda norma particular que podemos llamar inclusiva, está acompañada por una norma general exclusiva. De acuerdo con esta teoría, al lado de las normas particulares no habría nunca un espacio jurídico vacío, sino que más bien al lado de las normas hay toda una esfera de acciones reguladas por normas generales exclusivas. Así, toda la actividad humana está regulada por normas jurídicas, porque la que no queda regulada por las normas particulares, queda regulada por las normas generales exclusivas³⁶.

La posibilidad de completar un ordenamiento no está únicamente confiada a la norma general exclusiva, o sea, a la regla que prevé que todo caso no regulado lo está por la norma que lo excluye de la reglamentación del caso regulado. Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos diferentes, llamados *heterointegración* y de *autointegración*. El primero consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante. El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos, o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante³⁷.

El método tradicional de la heterointegración que recurre a otros ordenamientos, consiste en el deber que tiene el juez de apoyarse, cuando hay lagunas en el derecho positivo, en el derecho natural. Una de las funciones constantes del

³⁶ *Ibidem.* p. 221

³⁷ *Ibidem.* p. 231

derecho natural, durante el predominio de las corrientes iusnaturalistas, fue la de colmar las lagunas del derecho positivo. También, la heterointegración adapta formas como: (i) El recurso a la costumbre considerada como fuente subsidiaria de la ley. Se trata de la llamada costumbre *praeter legem* que es la costumbre que se aplica cuando no hay ley exactamente aplicable al caso; o sea que es la norma jurídica en virtud de la cual se soluciona el conflicto no reglado legalmente; (ii) El poder creativo del juez, esto es, el denominado derecho judicial. Como es sabido, los sistemas jurídicos anglosajones recurren a esta forma de integración más ampliamente que los sistemas jurídicos continentales.

El método de la autointegración se vale principalmente de dos procedimientos: 1º) la analogía, y 2º) los principio generales del derecho. Por “analogía” se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo régimen dado a un caso regulado similarmente. La analogía es considerada, en algunos ordenamientos jurídicos, como la norma general inclusiva. La analogía es ciertamente el más típico e importante de los procedimientos interpretativos de un determinado sistema normativo; es el procedimiento mediante el cual se explica la denominada tendencia de todo sistema jurídico a *expandirse* más allá de los casos expresamente regulados. El razonamiento por analogía usado por los juristas consiste en que para sacar una conclusión en el caso no regulado, se requiere atribuir a este las mismas consecuencias jurídicas atribuidas al caso regulado similarmente, siendo necesario que entre los dos casos exista, no una semejanza cualquiera, sino una semejanza *relevante*, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra³⁸.

³⁸ *Ibidem*. pp. 234-235

Otro procedimiento de autointegración, consiste en recurrir a los principios generales del derecho, denominados también “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. Para Bobbio³⁹ los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema como todas las otras. Dos argumentos válidos para sostener que los principios generales son normas, son: si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, estos necesariamente deben ser normas también; En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso. Hay principios generales expresos y no expresos. Los expresos pueden estar contenidos en las Constituciones y los códigos; los no expresos, son aquellos que se obtienen por deducciones formuladas por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que común mente se llama el espíritu del sistema. Así, podemos afirmar que los principios generales no expresos son uno de los medios para completar las lagunas.

En lo que sigue, presentados los conceptos de coherencia, unidad, fuentes, antinomias y lagunas de los ordenamientos jurídicos, y teniendo en cuenta el enfoque que se le ha querido dar al presente trabajo, dejaremos precisada la solución que igualmente desde el punto de vista teórico ha sido expuesta para sortear o solucionar el problema de las lagunas en los ordenamientos jurídicos.

Eugenio Bulygin afirma que el problema de las lagunas⁴⁰ en sentido fuerte es el que examina Kelsen bajo el rótulo de “Conflictos entre normas de diferente

³⁹ *Ibidem.* p. 239

⁴⁰ BULYGIN, Eugenio. Algunas Reflexiones sobre Lagunas y Antinomias en Principia Iuris. Universidad de Buenos Aires. DOXA 31 (2008). pp. 229-230

grado”⁴¹. La solución de Kelsen para este problema es su famosa *cláusula alternativatácita*, que difícilmente puede considerarse satisfactoria⁴².

Las características distintivas del sentido fuerte de ese defecto, son dos: primero, suponen la existencia de varios niveles normativos y segundo, no puede ser eliminado o solucionado sin intervención de una autoridad jurídica porque requiere una modificación del orden jurídico; ahora, las lagunas en sentido débil pueden ser eliminadas por el intérprete sin necesidad de la intervención de una autoridad.

Para Bulygin el argumento que da Ferrajoli para sostener esto último fue criticado por Moreso⁴³. Sucede que Ferrajoli parece creer que las lagunas en un sistema de un solo nivel pueden ser colmadas mediante la aplicación analógica de las normas. A esto replica Moreso que el argumento de la aplicación analógica para sostener la inexistencia de lagunas se parece al conocido argumento de Carrió⁴⁴, quien compara esta tesis con la afirmación de que un traje no tiene agujeros, porque un sastre puede remendarlos. A Bulygin le parece, sin embargo, que el argumento central de Ferrajoli no se apoya en la mera posibilidad de eliminar las lagunas mediante la aplicación analógica de otras normas, sino en *que esta eliminación puede ser practicada por el intérprete y no requiere la intervención de una autoridad normativa*. Moreso parece haber pasado por alto que Ferrajoli, cuando habla de la eliminación de lagunas en un sistema, se refiere al sentido débil en que cabe hablar de estos defectos y no al sentido fuerte definido por él.

⁴¹ H. KELSEN, 1960: *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien: Franz Deuticke, pp. 271-282. Citado por BULYGIN, Eugenio. Algunas Reflexiones sobre Lagunas y Antinomias en *Principia Iuris*. Universidad de Buenos Aires. DOXA 31 (2008). p. 229

⁴² Para la crítica de esa idea de KELSEN, *cfr.* E. BULYGIN, 1995: «Cognition and Interpretation of Law», en L. GIANFORMAGGIO y S. PAULSON (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino: G. Giappichelli Editore, pp. 11-35, y la discusión pp. 219-273 y 309-313

⁴³ BULYGIN, Eugenio. Algunas Reflexiones sobre Lagunas y Antinomias en *Principia Iuris*. Universidad de Buenos Aires. DOXA 31 (2008). pp. 229-230

⁴⁴ G. R. CARRIÓ, 1965: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Quedan, sin embargo, abiertas dos cuestiones: la primera consiste en saber si las lagunas en el sentido fuerte no pueden aparecer en un Estado legislativo de Derecho. Un posible ejemplo de laguna en sentido fuerte sería la falta de la reglamentación de una ley que expresamente exige que el poder ejecutivo la reglamente. Esto sería el caso de una laguna que sólo puede ser eliminada mediante un acto jurídico creador del Derecho y, por consiguiente, sería una laguna en el sentido fuerte o estructural. Pero aceptar esto implicaría rechazar la tesis de que tal sistema tiene un solo nivel normativo.⁴⁵

La segunda cuestión problemática es si la introducción de nuevas normas mediante razonamiento analógico no implica una modificación del orden jurídico. Alchourrón y Makinson han argumentado en forma convincente que en los casos en que los jueces colman una laguna mediante la aplicación analógica no resuelven el problema de la laguna⁴⁶, pues los jueces suelen introducir una nueva norma al ordenamiento jurídico, tarea que rebasa los límites clásicos de la actividad judicial e invade la esfera de la competencia legislativa, lo que implica modificar el orden jurídico⁴⁷.

Según Manuel Segura Ortega, no es extraño que la mayoría de los juristas del siglo pasado prescindieran del problema de las lagunas porque se consideraba que los ordenamientos jurídicos fruto de la codificación eran perfectos⁴⁸. Pero cuando estas ideas comienzan a desvanecerse o, por lo menos, a ponerse en tela de juicio -y esto sucede en las últimas décadas del siglo XIX- surgen una serie de corrientes que,

⁴⁵ BULYGIN, Eugenio. Algunas Reflexiones sobre Lagunas y Antinomias en Principia Iuris. Universidad de Buenos Aires. DOXA 31 (2008). pp. 229-230

⁴⁶ C. E. ALCHOURRÓN y D. MAKINSON, 1981: «Hierarchies of Regulations and Their Logic», en R. HILPINEN (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht: Reidel, pp. 125-148.

⁴⁷ Cfr. E. BULYGIN, 2005: «Creación y aplicación del derecho», en F. ATRIA *et al.*, *Lagunas en el derecho*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 29-44, especialmente 43-44.

⁴⁸ SEGURA ORTEGA, Manuel. Anuario de Filosofía del Derecho VI. El Problema de las Lagunas en el Derecho. 1989. p. 286.

admitiendo la existencia de las lagunas como algo inevitable, tratan de ofrecer medios adecuados para colmarlas. Esto ocurre -por citar sólo un par de ejemplos- con la jurisprudencia de intereses y con el movimiento del Derecho libre.

Esta última doctrina considera que el Derecho está repleto de lagunas y critica abiertamente el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. Kantorowicz afirmaba en este sentido que “en ninguna ciencia teórica o práctica subsiste la opinión de que todos los problemas puedan solucionarse... El biólogo, el filólogo, el historiador, el astrónomo, etc., niegan poder responder a todas las preguntas...; sólo la ciencia jurídica pretende, en base a su supuesta y sistemática plenitud, dar solución a todos los problemas imaginables”⁴⁹. Por consiguiente, a partir de este momento la cuestión de las lagunas del Derecho comienza a ser ampliamente debatida y, de un modo particular, por el positivismo jurídico para el que -en palabras de Sauer- “el problema de las lagunas se convierte en un tema propio y querido”⁵⁰, aun cuando su finalidad sea demostrar la inexistencia de las mismas.

Recasens ha dicho que “si bien el sistema del orden jurídico vigente ha de considerarse necesariamente como completo, como plenario, como hermético, sin poros, es decir, sin lagunas, en cambio, es evidente que de hecho éstas existen en el conjunto de materiales del Derecho positivo. Es un hecho que en el conjunto de leyes, reglamentos, costumbres, precedentes jurisprudenciales, etc., que integran el Derecho formulado de un orden jurídico, hay vacíos. Pero esos vacíos efectivos deben ser efectivamente rellenados por quien ejerce la función jurisdiccional (juez o funcionario administrativo). De suerte que se puede decir que el Derecho formulado, el explicitado en leyes y costumbres, presenta muchos vacíos o

⁴⁹ KANTOROWICZ, H.: «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», en *Rechtswissenschaft and Soziologie*, Karlsruhe, 1962, C. F. Müller, p. 20.

⁵⁰ SAUER, W.: *Juristische Methodenlehre*, Aalen, 1970, Scientia (reimp.), p. 281.

lagunas; pero que el orden jurídico vigente, que por esencia debe ser total - herméticamente pleno- contiene en principio respuesta a toda controversia práctica; porque si hay alguna laguna, ésta deberá ser necesariamente llenada por el juez”⁵¹.

1.7 VERIFICACIÓN DE LAS LAGUNAS Y LOS MÉTODOS PARA SU ELIMINACIÓN

Hemos visto y comprendido en qué consisten las lagunas y cuáles son las distintas modalidades en que se pueden presentar. A continuación, vamos a analizar el camino que se sigue para descubrir una laguna y, en caso de que ésta aparezca, a través de qué medios es posible su eliminación. Hay que tener en cuenta que en el presente trabajo lo que nos interesa es el proceso de aplicación del Derecho donde la presencia de las lagunas adquiere una singular relevancia porque su eliminación es competencia exclusiva de los órganos encargados de tomar la decisión jurídica. Por esta razón, todo lo que se expone se hará pensando en la actividad que desarrollan los sujetos que aplican el Derecho. Así, ¿cómo se constata una laguna? Elementalmente la laguna suele aparecer como un defecto o un fallo del legislador y, por eso, debe considerarse una situación excepcional o, cuando menos, poco frecuente. Lo normal es que las situaciones que se plantean en la práctica puedan ser resueltas acudiendo a las reglas expresas que forman parte del sistema. Tales reglas, a pesar de su generalidad, suelen reproducir un elenco variado de hipótesis que se corresponden más o menos con los casos reales y aunque siempre es necesaria la actividad interpretativa por parte del juez, éste puede llegar a la decisión sin que se presenten dificultades especiales. No sucede lo mismo cuando aparece una laguna porque en este caso las operaciones que debe realizar el sujeto

⁵¹ RECASENS, L.: Tratado general de filosofía del Derecho, México, 1975, Porrúa (5. ed.), p. 325.

que busca la decisión jurídica son más complejas. Y lo son porque es necesario un examen más profundo del propio sistema jurídico en el que se insertará la decisión. Más o menos los pasos que debe dar el juez para verificar la existencia de una laguna serían: Sin embargo, antes hay que señalar que esto no tiene la pretensión de indicar con precisión cómo se desarrolla el proceso mental que debe realizar el juez para eliminar una laguna, porque con seguridad no se abarcarían todos los casos. Ante un caso concreto lo primero que debe hacer el juez es comprobar si dentro del ordenamiento jurídico hay una norma que se refiera al caso en cuestión. Si llega a la conclusión de que no hay ninguna norma es indiscutible que tiene que realizar un juicio de valor que se proyecta tanto sobre las normas como sobre los hechos, pues la situación planteada que no reproduce ninguna de las hipótesis previstas en las normas requiere inevitablemente la formulación de un juicio de valor. La apreciación que realiza el juez se refiere tanto a las normas como a las circunstancias de hecho. Luego, en primer lugar debe demostrar que ninguna de las normas del sistema jurídico proporciona una respuesta; naturalmente, no se quiere decir que el juez deba examinar una a una todas las reglas del ordenamiento, sino que su visión debe proyectarse sobre el orden jurídico considerado como un todo. En segundo lugar, también debe demostrar o, mejor dicho, debe estar convencido de que los hechos que se le presentan no pueden encajar en ninguna hipótesis normativa debido a su singularidad, o bien por tratarse de un supuesto fáctico completamente nuevo. Para realizar estas operaciones el juez tiene que efectuar valoraciones; sin embargo, tales valoraciones no se refieren nunca al contenido de la norma en el sentido de calificarla como justa o injusta. La constatación de una laguna no implica la crítica negativa respecto de una norma o un conjunto de normas; solamente pone de manifiesto una carencia o un defecto del ordenamiento jurídico⁵². Para constatar una laguna

⁵² SEGURA ORTEGA, Manuel. Anuario de Filosofía del Derecho VI. El Problema de las Lagunas en el Derecho. 1989. p. 309.

en un caso concreto el juez puede disponer de una serie de criterios que le orienten en su actividad. Es cierto que, en algunas ocasiones, su tarea no es especialmente complicada; esto sucede, por ejemplo, en el caso de las lagunas secundarias o sobrevenidas. Aquí la constatación de la laguna no es muy difícil porque su origen se debe al nacimiento de nuevos hechos que no pueden estar contemplados en el sistema normativo. Pero en la mayoría de los casos es necesario un examen detallado de todas las circunstancias y reglas jurídicas para determinar la existencia de la laguna. Por otra parte, no se puede olvidar que los límites entre la actividad interpretativa y la actividad integradora son muy imprecisos en algunos momentos. Sobre este punto no puede decirse que exista acuerdo en la doctrina y de hecho hay casos en los que unos consideran que únicamente se interpretan normas mientras otros afirman que se colman lagunas. Por tanto, es necesario analizar caso por caso para manifestarse en uno u otro sentido y aun así es difícil – casi imposible- realizar afirmaciones absolutas. Por otra parte, recordemos que son los propios tribunales y jueces los que determinan con exactitud si están colmando una laguna o si, por el contrario, realizan una labor o ejercicio netamente interpretativo⁵³.

He hablado hasta ahora de la constatación y eliminación de las lagunas como si se tratase de dos momentos sucesivos que están distanciados en el tiempo de manera que la primera operación que debe realizarse es constatar la laguna y luego eliminarla a través de un determinado procedimiento. Teóricamente esta división temporal no plantea mayores problemas pero en la práctica no sucede lo mismo ya que, en ocasiones, la constatación y eliminación de una laguna se produce al mismo tiempo. Algunos teóricos se han referido a esta posibilidad ofreciendo una

⁵³ Sobre la Constatación de Lagunas y su Eliminación en el caso del Tribunal Constitucional Español, vid. EZQUIAGA GAMUZAS, F. J.: La Argumentación en la Justicia Constitucional Española, Bilbao, 1987, Instituto Vasco de Administración Pública, pp. 35-90.

serie de ejemplos en los que puede suceder que una laguna sea constatada y al mismo tiempo colmada⁵⁴. Por ejemplo, en determinados casos la analogía no sólo es un medio para colmar lagunas sino que también sirve para su constatación. Si tal coincidencia se produce no es posible hablar de dos momentos diferentes. Luego, lo decisivo es, que la laguna desaparezca cuanto antes del orden jurídico.

Así, entonces ¿cómo se puede eliminar una laguna? ¿Cuáles son las alternativas que existen y qué métodos se pueden utilizar?

Pues bien, hoy no se discute que la aplicación del Derecho implica siempre y en todo caso una actividad creadora. Si esto sucede normalmente cuando se interpretan las normas con mucha más razón se producirá en el caso de las lagunas ya que aquí es necesaria la creación de una norma jurídica nueva e individual que desde ese momento pasa a formar parte del sistema. ¿Cómo se produce o cómo debe producirse el nacimiento de esta nueva norma? Heck hablaba de tres posibles alternativas: Primera: Es perfectamente imaginable la complementación de las lagunas de la ley mediante la libre estimación del juez, quien además crea libremente la norma jurídica... La segunda alternativa consistiría en que el juez negara toda pretensión no soportada por un precepto legal determinado. En esta solución se ignora el problema de las lagunas de la ley. La tercera forma, la de la complementación coherente de la norma, no limita al juez a la realización de la norma reconocida, sino que le permite complementar o suplir las normas insuficientes y dar a las imprecisas la determinación de que carecen. No obstante, al hacerlo no debe proceder según sus propias valoraciones, sino que tiene que estar vinculado por las intenciones del legislador, por la valoración de los ideales e

⁵⁴ CANARIS, C.W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, cit., pp. 148 y ss.

intereses vitales que están en el fondo de la norma legal. Por este camino puede posibilitarse un tratamiento adecuado de los casos de lagunas sin poner en peligro la seguridad jurídica. El efecto de las valoraciones legales en la complementación de lagunas asegura hasta cierto punto la uniformidad del tratamiento. Por lo demás, es imposible conseguir una eliminación plena del factor individual de la valoración personal del juez⁵⁵. Como se ve este autor opta por la tercera alternativa, esto es, la de la complementación coherente de la norma que soluciona el problema de las lagunas y evita los peligros de la libre estimación del juez⁵⁶.

Es difícil realizar una elección pero cuando el juez colma una laguna goza de un amplísimo margen de libertad. Es verdad que los ordenamientos jurídicos suelen establecer directrices para llevar a cabo las tareas de interpretación e integración pero, en última instancia, es al juez al que le corresponde la creación de una norma nueva que solucione el problema y no cabe duda que las orientaciones que le proporciona el legislador son totalmente insuficientes como consecuencia de la indeterminación del lenguaje jurídico⁵⁷.

Esto es algo que se puede comprobar analizando las fórmulas de integración que utilizan los distintos sistemas jurídicos. En todos ellos está presente la idea de que todas las previsiones genéricas que se contienen en los mismos no pueden abarcar la rica y compleja realidad y, por esta razón, habilitan al juez para que éste complete allí donde sea necesario.

⁵⁵ HECK, PH.: El problema de la creación del Derecho, Barcelona, 1961, Ariel, trad. de M. Entenza, pp. 40-42.

⁵⁶ Heck critica abiertamente la doctrina de Ehrlich por considerarla peligrosa y de imposible realización práctica, *ibídem*, pp. 64 y ss.

⁵⁷ Sobre la noción de las nociones confusas vid. PERELMAN, CH. : «L'usage et l'abus des notions confuses», en *Logique et Analyse*, miro. 81, publicación del Centre National des Recherches de Logique.

Ahora examinaremos los distintos métodos que existen para colmar las lagunas. Siguiendo la clásica distinción de Carnelutti⁵⁸, se puede hablar de dos modos de solucionar las lagunas: la autointegración y la heterointegración. La diferencia entre ambos radica en que en el primer caso se suple la laguna permaneciendo siempre dentro del propio ordenamiento jurídico mientras que en el segundo se recurre a otros ordenamientos o a otros criterios que son extraños al mismo⁵⁹.

Por consiguiente, la diferencia fundamental entre ambos métodos está en el origen de la solución: en la autointegración la solución viene de dentro del sistema mientras que en la heterointegración su procedencia es externa. Las consecuencias de la utilización de uno u otros métodos son aparentemente contradictorias pero en la práctica no hay tantas diferencias. Al respecto Carnelutti señalaba: "Así colocados sobre el terreno de la lógica, la autointegración y la heterointegración son los dos extremos de una antítesis: la primera es una solución rígida; la segunda una solución flexible; la primera favorece la conservación, la segunda la evolución del Derecho; la primera coloca a las partes frente al legislador, la segunda frente al juez; la primera somete la justicia a la certeza, la segunda hace prevalecer la justicia sobre la certeza; la primera se resuelve mediante la formación de preceptos abstractos, la segunda mediante la formación de preceptos concretos."⁶⁰.

Recurrir a uno u otro método es algo que no se puede determinar a priori siendo necesario hallarse frente al caso concreto para decidir qué camino se elige. Dentro del método de la autointegración se suele hacer referencia a la analogía y a los principios generales del Derecho. Por otra parte, los medios típicos de la heterointegración son el recurso al Derecho natural y a la equidad. Puede decirse

⁵⁸ CARNELUTTI, F.: Teoría generale del diritto, cit., pp. 86 y ss. 91. BOBBIO, N.: Teoria dell'ordinamento giuridico, cit., p. 166.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto: Teoría dell'ordinamento giuridico, cit., p. 166.

⁶⁰ CARNELUTTI, F.: Teoria generale del diritto, cit., p. 91.

que la autointegración, esto es, el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho es mucho más frecuente que la heterointegración, entre otras razones, porque en todos los ordenamientos subsiste la pretensión de dar respuesta a todos los problemas jurídicos sin necesidad de acudir a instancias que se encuentren fuera del mismo. La idea de seguridad y el control de aquellos sujetos que aplican el Derecho sigue teniendo una fuerza de atracción considerable, lo cual no es extraño si se piensa en cuáles son los ideales que presiden toda regulación normativa.⁶¹

Aunque la autointegración suponga el reconocimiento de que hay situaciones que escapan a la previsión del legislador (esto es, que hay lagunas), queda establecido y puede comprobarse que la solución del caso viene proporcionada, en última instancia, por una norma del sistema. Por ejemplo en cuanto la analogía, es cierto que el juez debe valorar y tiene que apreciar la “identidad de razón” existente entre el supuesto regulado por la norma y el supuesto que la norma no contempla pero, una vez establecida tal identidad, se aplica una norma que forma parte del ordenamiento jurídico. Lo mismo podría decirse respecto de los principios generales del Derecho. Por el contrario, si se recurre a la heterointegración la respuesta ya no viene dada por el ordenamiento con lo cual el control de la decisión se hace mucho más difícil. Uno de los procedimientos característicos de la heterointegración ha sido el recurso al Derecho natural. Dice Bobbio que “el tradicional método de heterointegración mediante el recurso a otros ordenamientos consistía en la obligación hecha al juez, de recurrir en caso de laguna del Derecho positivo, al Derecho natural. Una de las funciones constantes del Derecho natural fue la de colmar las lagunas del Derecho positivo. El Derecho natural aparecía como un sistema jurídico perfecto, sobre el cual reposaba el

⁶¹ SEGURA ORTEGA, Manuel. El Problema de las Lagunas en el Derecho. España. 1989. p. 311

ordenamiento positivo que era por su naturaleza imperfecto”⁶². En la actualidad, al parecer ningún ordenamiento reconoce esta posibilidad de acudir al Derecho natural y hay muchas razones para ello. De cualquier modo, aunque no se apele al Derecho natural -por lo impreciso y equívoco del término- sí se recurre en ocasiones a otro tipo de expresiones igualmente vagas como “naturaleza de las cosas” o “lo razonable”.

El otro medio típico de heterointegración es el recurso a la equidad. En los sistemas anglosajones se reconoce abiertamente el poder creador del juez; sin embargo en los sistemas de Derecho continental tal posibilidad no está reconocida con la única excepción de los llamados juicios de equidad que tienen un carácter excepcional⁶³ y, que, por tanto, es un recurso extraordinario que sólo puede utilizarse en contadas ocasiones.

⁶² BOBBIO, Norberto: Teoria dell' ordinamento giuridico, cit., p. 167.

⁶³ SEGURA ORTEGA, Manuel. El Problema de las Lagunas en el Derecho. España. 1989. p. 312

CAPÍTULO 2

EL EMPLEO PÚBLICO EN COLOMBIA Y LOS REGÍMENES GENERAL, ESPECÍFICOS Y ESPECIALES DE CARRERA

Expuestos como se hizo en el capítulo anterior lo referente a los fenómenos de la plenitud, coherencia, unidad, fuentes, antinomias y lagunas de los ordenamientos jurídicos, en el presente capítulo distinguiremos desde el punto de vista teórico y jurídico, la naturaleza, estructura y régimen que concierne al sistema general de Carrera Administrativa, a los regímenes específicos de carrera y a los regímenes especiales de carrera.

2.1 HISTORIA

En primer lugar, considero necesario mencionar algunos de los apartes más importantes sobre los antecedentes y evolución histórica de la carrera en Colombia.

La Revolución Francesa de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre, superó el absolutismo monárquico en la propiedad de los empleos y en su lugar, proclamó el derecho de igualdad para el acceso a los empleos públicos con base en la capacidad y el mérito:

“VI. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.”⁶⁴

⁶⁴<http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>

Desde mediados del siglo pasado y en los albores del presente, el tema de la Carrera Administrativa y su contrario, el clientelismo corruptor, fue objeto de reflexión en la vida nacional.

Don Ezequiel Rojas en el documento programático liberal, señaló⁶⁵:

“(...) Quiere muy especialmente el partido liberal que al conferir los destinos públicos sólo se tenga en mira el buen servicio de la sociedad, que se atienda especialmente a las aptitudes, capacidades y probidad que se tengan para desempeñarlos.

Conferir destinos en recompensa de servicios personales, para premiar un voto en favor de alguna persona, es desmoralizar la sociedad, es un crimen. Conferirlos por dar renta a las personas, cuando no hay aptitudes y tal vez falta de probidad, es prevaricar... debe pues emplearse a los hombres que prestan buenos servicios, sea cual fuere el partido a que hayan pertenecido o pertenezcan (...)”

Rafael Uribe Uribe decía⁶⁶:

“¿De qué sirve que un funcionario sea competente si no tiene la seguridad de permanecer en su empleo, de suerte que cuando haya puesto en vía de ejecución medidas que cree útiles, viene el sucesor y las interrumpe o las cambia?

Ni, ¿Cómo puede ser competente si no se le escoge por su propio valor, sino por razones de parentesco o de favoritismo?

⁶⁵ LOPERA, Jaime. El libro Blanco de la Carrera. Tierra Firme, Bogotá, 1979. Citado por YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Temis, Bogotá, 1993, p. 161. Citado por VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Principios, Estructura y Relaciones Individuales. Legis, Séptima Edición 1. Bogotá, 2005, p. 300.

⁶⁶ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Principios, Estructura y Relaciones Individuales. Legis, Séptima Edición 1. Bogotá, 2005, p. 300.

La política de clientela es el resultado inevitable de una organización administrativa que para nada o para muy poco tiene en cuenta la formación de especialistas.⁶⁷”

La Ley 165 de 1938 fue el primer Estatuto sobre Carrera Administrativa, adoptado con base en el régimen francés.

Desde el punto de vista sustantivo y en su funcionalidad estructural, constituía un buen logro normativo. Sin embargo, por lo incipiente de una cultura social y administrativa de la capacidad y el mérito y la preeminencia de la arraigada costumbre de la política de clientela, no tuvo trascendencia alguna.

La alteración del orden constitucional vivida bajo las ráfagas de la aciaga etapa de la violencia, puso de presente, con urgencia, la necesidad de la Carrera Administrativa como factor de reconstrucción en la vida política y administrativa del país. Así, en los acuerdos de Benidorm y Sitges, suscritos en 1957 por ALBERTO LLERAS y LAUREANO GÓMEZ, que dieron origen al acto plebiscitario de 1957, se consignó⁶⁸:

“Son empleados o aspirantes quienes promueven la violencia para defender sus cargos o la desatan para adquirirlos. A esa minoría insignificante y sólo con ciertas excepciones ineptas, le debe el país muchos de sus dolores y puede anticipar que allí están los nuevos riesgos de otra ráfaga de violencia (...). Hacer de esos ciudadanos neutrales en la lucha política y crear, por fin, una carrera respetable y seria de especialistas en el manejo de los negocios públicos (...) una rama ejecutiva de

⁶⁷ URIBE, Rafael. El Pensamiento Social de Uribe Uribe. Mintrabajo, Bogotá, 1966, p. 58. Citado por YOUNES MORENO, Diego. *Ibíd.*, p. 163. Citado por VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Ibíd.*, p. 301.

⁶⁸ GUTIÉRREZ, Francisco. ¿Lo que el viento se llevó? Los partidos políticos y la democracia en Colombia 1958-2002. Grupo Editorial Norma. Primera Edición. Colombia. 2007. p. 80.

coalición y cooperación de los partidos en la que se halle limitada la facultad hoy omnímoda del Presidente, en la elección y despido de los funcionarios del Gobierno (...)"

Fue dentro de ese marco conceptual y político que, a renglón seguido, la Junta Militar de Gobierno, interpretando la opinión nacional expresada en los acuerdos suscritos por los partidos políticos, convocó para el primer domingo del mes de diciembre de 1957 un plebiscito que en sus arts. 6 y 7 se refiere a la Carrera Administrativa, así⁶⁹:

El Presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por méritos y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido (art. 5).

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la Carrera Administrativa o su destitución o promoción (art. 7).

Fue así como se constitucionalizó la Carrera Administrativa.

Posteriormente, y para desarrollar el precepto constitucional de carrera, se expidió la Ley 19 de 1958, que en lo fundamental fue una reproducción de la Ley 165 de 1938, dado que la frustración en su aplicación no se debió a razones jurídicas sino al clientelismo. Complementariamente, la Ley 19 de 1958 consagró un trípode estructural de apoyo a la carrera, mediante la creación del Departamento

⁶⁹ YOUNES MORENO, Diego. Panorama de las reformas del estado y de la administración pública. Centro Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición. Bogotá, 2004, p. 71.

Administrativo del Servicio Civil para su manejo, de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, para la formación y capacitación de los empleados, y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para asesoría.

La norma reglamentaria de la Ley 19 de 1958 fue el Decreto 1732 de 1960, que constituyó un completo estatuto de la Carrera Administrativa para su aplicación tanto en lo correspondiente a empleos públicos del nivel nacional como territorial. Pero, nuevamente fue malogrado el cumplimiento de las normas constitucionales y legales sobre Carrera Administrativa. Continuó el predominio de la subversión del orden jurídico por la politiquería de utilizar los empleos públicos y la administración como un botín de asalto y de utilidad para formación y reproducción de clientes electorales.

Con ocasión de la reforma administrativa de 1968, en forma correlativa se expidió del Decreto 2400 de 1968. Desde el punto de vista normativo, y en lo esencial, corresponde a la Ley 165 de 1938, a la Ley 19 de 1958 y al Decreto 1732 de 1960. Para los empleados territoriales continuó vigente el Decreto 1732, ya que así lo dispuso expresamente el Decreto 3074 de 1968 (art. 1) y lo apreció el Consejo de Estado⁷⁰.

Así, continuó la postración real por las mismas causas clientelistas, sumada a la dilación de varios años en la expedición del correspondiente decreto reglamentario para la cumplida ejecución del Decreto 2400 de 1968.

⁷⁰ C.E., Sec. II, ago. 31/83, sep. 6/83, sep. 12/85 y sep. 23/86, entre otras. Citado por VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Ibíd.*, p. 304.

Al cabo de cinco años de mora, finalmente se expidió el Decreto 1950 de 1973 por el cual se reglamentó el Decreto-Ley 2400 de 1968. Este es un cuerpo estatutario completo y suficiente desde el punto de vista normativo, que en lo fundamental quedó igualmente escrito, sin cumplimiento dada la subversión clientelista prevalente.

Después vinieron los Decretos 527 y 528 de 1976 y 2131 y 2132 del mismo año, que declararon el Estado de Sitio en Colombia; los primeros suspendieron todas las garantías de las carreras, y los segundos suspendieron las carreras como tales.

El 20 de Junio de 1982, mediante el decreto 674, se levantó el Estado de Sitio y, en consecuencia, perdió vigencia el Decreto 2132 de 1976.

Posteriormente, en octubre de 1982, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, previa aprobación del Consejo Superior del Servicio Civil y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, envió al Presidente de la República el proyecto de Decreto Reglamentario 1083 de Octubre de 1982, mediante el cual se disponía el proceso de inscripción extraordinaria en la carrera de los actuales empleados públicos, en un periodo de un (1) año.

El Gobierno no expidió el decreto y, entre tanto, continuó el clientelismo hasta comienzos de 1984. Sólo hasta el 9 de marzo de 1984, después de un paro nacional adelantado por Fenaltrase, se expidió el Decreto 583 de 1984, que, aunque limitado al orden nacional, amplió el plazo de inscripción a tres (3) años sin garantía de estabilidad expresa mientras se regulaba la inscripción.

Finalmente, antes de la expedición de la Carta Política actual, mediante la Ley 61 de 1987 se restringieron los empleos de carrera, se ampliaron los de libre

nombramiento y remoción, y se señaló la pérdida de derechos de carrera por la conversión a un empleo de libre nombramiento y remoción. Además, preceptuó que la responsabilidad de la administración por omisión, se trasladaba al empleado, quien perdería sus derechos de carrera, cuando este tomara posesión de un empleo distinto del que era titular, sin haber cumplido el proceso de selección o de un cargo de libre nombramiento y remoción para el cual no había sido comisionado.

Hoy, el art. 125 de la C.P. de 1991 previó que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; y que se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

También esta disposición dispuso que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

Así mismo, preceptuó el art. 125 *ibídem* que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y que el retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la Ley.

Por último, esta norma determinó que en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

De otra parte, el art. 130 de la señalada Carta Política indicó que habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Para desarrollar estos preceptos constitucionales en el año 1992 se expidió la Ley 27 cuyos aspectos básicos consistieron en la extensión de la carrera a nivel territorial; la aplicación de sus normas en los sistemas especiales de carrera, mientras se expedían las normas respectivas; la continuidad de las normas actuales que se aplican en las entidades y sectores con carreras especiales o sistemas específicos; la continuidad del Acuerdo 12 de 1987 y normas reglamentarias sobre Carrera Administrativa distrital de Bogotá (art. 2°), y la ampliación de los empleos de libre nombramiento y remoción, lo que reproduce el art. 1° de la Ley 61 de 1987 (art. 4).

La Corte Constitucional declaró inexecutable, en forma parcial, lo relacionado con empleos de libre nombramiento y remoción, de la Ley 61 de 1987.⁷¹

Sobre supresión de empleos la Ley 27 de 1992 estableció aparentemente la opción para el empleado de carrera afectado entre vinculación en seis (6) meses o indemnización (art. 8°). Respecto de la calificación de servicios, conforme esta norma, procedería la declaratoria motivada de insubsistencia, no ya por dos (2) sino por una (1) calificación insatisfactoria (art. 9°).

También la Ley 27 de 1992 reguló la integración y funciones de la nueva Comisión Nacional del Servicio Civil y la supresión del Consejo Superior del Servicio Civil

⁷¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-195/94 y C-306/95; Ley 27/92.

(arts. 12, 14 y 25); dispuso un término de seis (6) meses para que las autoridades territoriales adoptaran manuales de requisitos y funciones y aplicaran las normas sobre carrera; y señaló la responsabilidad disciplinaria y patrimonial para los nominadores y para los miembros de las comisiones seccionales del servicio civil.

Para sortear las dificultades evidenciadas en la aplicación de la carrera, sobre todo en el nivel territorial, llevaron al Gobierno Nacional a plantear una reforma a la Ley 27 de 1992, reforma que se concretó en la Ley 443 de 1998.

En cuanto a los aspectos más importantes de la carrera, su administración, procesos de selección o concurso y vigilancia del cumplimiento de la misma, que por mandato constitucional corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano autónomo e independiente, la Ley 43 reprodujo la Ley 27 de 1992.

La Ley 43 de 1998 buscó hacer más operativa la acción de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para lo cual modificó su composición y creó las Comisiones Departamentales y Distrital del Servicio Civil y ajustó la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción a los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por esta Ley, se expidió el Decreto-Ley 1569 de 1998, que creó una nomenclatura única de empleos para el nivel territorial y fijó los requisitos para su desempeño. Con la expedición de este Decreto se logró un avance significativo en el manejo técnico del recurso humano en ese nivel, ya que, de una parte, se terminó con la dispersión que generaba el hecho de que cada ente territorial estableciera su propio sistema de nomenclatura, denominación y requisitos, en muchos casos sin

criterios técnicos y, de otra parte, se posibilitó la aplicación de la carrera y la movilidad de empleados de un ente territorial a otro.

2.2 RÉGIMEN GENERAL

La Constitución de 1991 en varios artículos se dedicó a la regulación del empleo público y específicamente a la Carrera Administrativa, consagrando en el artículo 125 que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, con las excepciones que señala la misma Constitución y las que prevea la Ley, y que el ingreso el ascenso y la permanencia se harán de manera exclusiva con base en el mérito, y el retiro se efectuará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo o por las demás causales que determine la Ley.

En desarrollo de estas normas constitucionales el legislador expidió La ley 27 de 1992, con la cual se reactivó en las entidades del nivel nacional la Carrera Administrativa y la selección de los empleados a través del sistema del mérito; el nivel territorial contaba por primera vez con un sistema técnico de administración de personal que le permitía iniciar la organización del empleo público y la administración de su talento humano; así mismo posibilitó las inscripciones extraordinarias en la Carrera Administrativa.

La inscripción extraordinaria permitía el ingreso automático a la Carrera Administrativa de los funcionarios que reunieran dos condiciones: la primera, estar ocupando un cargo que la ley hubiera definido como de carrera y la segunda, acreditar los requisitos contemplados en la ley y en los respectivos decretos reglamentarios.

La aplicación de esta norma exigía de las entidades conformar sus estructuras organizacionales y elaborar las plantas de personal con criterios técnicos y determinar funciones y requisitos a los diferentes empleos; no obstante, la falta de competencia técnica de las entidades y la inexistencia de un sistema único de nomenclatura, sumado al predominio de una cultura que privilegiaba los intereses particulares sobre el mérito, dificultó la actualización de las entidades en estas herramientas de gestión organizacional y del recurso humano y la puesta en marcha de la carrera⁷².

Las dificultades evidenciadas en la aplicación de la carrera, sobre todo en el nivel territorial, llevaron al Gobierno Nacional a plantear una reforma a la Ley 27 de 1992, reforma que se concretó en la Ley 443 de 1998.

Esta ley buscó hacer más operativa la acción de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para lo cual modificó su composición y creó las Comisiones Departamentales y Distrital del Servicio Civil y ajustó la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción a los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por esta Ley, se expidió el Decreto-Ley 1569 de 1998, que creó una nomenclatura única de empleos para el nivel territorial y fijó los requisitos para su desempeño. Con la expedición de este Decreto se logró un avance significativo en el manejo técnico del recurso humano en ese nivel, ya que, de una parte, se terminó con la dispersión que generaba el hecho de que cada ente territorial estableciera su propio sistema de nomenclatura, denominación y requisitos, en muchos casos sin

⁷² Revista Institucional del Sector Función Pública: Departamento Administrativo de la Función Pública - Escuela Superior de Administración Pública No. 5 - Bogotá, D.C., Mayo de 2005, p.3.

criterios técnicos y, de otra parte, se posibilitó la aplicación de la carrera y la movilidad de empleados de un ente territorial a otro.

Al suprimirse la posibilidad de inscripciones extraordinarias y al condicionar, a través de la Ley 443 de 1998, los nombramientos provisionales a la previa convocatoria del concurso, se inició una aplicación más decidida de las normas sobre proceso de selección para provisión de empleos; sin embargo, con la declaratoria de inexecutable de varios de los artículos de dicha ley, principalmente los que se referían a la conformación de la Comisión Nacional del Servicio Civil y a sus funciones, a la existencia de las Comisiones Departamentales y Distrital y a la competencia de las entidades para realizar los concursos con el fin de proveer sus empleos, se creó una situación de interinidad del sistema que condujo a que la provisión de los mismos se realizara solamente mediante encargos o nombramientos provisionales.

La necesidad de superar la situación de interinidad en que se encontraba la Carrera Administrativa, conllevó a la elaboración de un proyecto de ley que la regulara; sin embargo, la propuesta del Gobierno Nacional no se limitó a subsanar los vacíos que se produjeron con la declaratoria de inexecutable de los artículos objeto del análisis de la Corte, sino que buscó diseñar un sistema de empleo en el cual la Carrera Administrativa se desarrolle a través de una estructura de cargos adecuadamente diseñados, cuya creación y provisión se enmarque en planes anuales de necesidades y donde los criterios de mérito se extiendan a los empleos de naturaleza gerencial, incorporando así los principios de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, suscrita por el Gobierno Colombiano, que busca la

consolidación de una administración pública moderna y eficiente en los países Iberoamericanos⁷³.

El proyecto propuesto por el Gobierno Nacional se convirtió en la Ley número 909 del 23 de septiembre de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la Carrera Administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, iniciando así una nueva etapa del ya largo camino de la Carrera Administrativa en Colombia.

Con la expedición de la Ley 909 y sus decretos reglamentarios se cierra el ciclo del proceso de modernización de las normas que rigen la prestación de la función pública.

El objetivo de la reforma se cumplió al dotar a la administración pública con un conjunto de normas que le entregan a la Comisión Nacional del Servicio Civil facultades y competencias necesarias para el manejo y vigilancia de la Carrera Administrativa.

El alcance de la Ley 909 y sus Decretos reglamentarios que rigen el empleo público, la Carrera Administrativa, el sistema de mérito y la gerencia pública, brinda el anhelado desarrollo del servicio civil y propende por la seguridad jurídica en esas materias en el país.

Uno de los factores que garantiza la seguridad jurídica lo constituye la independencia en la integración y funcionamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Ley 909 como conjunto de normas que regula la Carrera

⁷³ Revista Institucional del Sector Función Pública: Departamento Administrativo de la Función Pública - Escuela Superior de Administración Pública No. 5 - Bogotá, D.C., Mayo de 2005, p.4.

Administrativa separa a la burocracia de los efectos de los comicios electorales promoviendo transparencia y eficacia en la prestación de la función pública.

Volviendo a nuestra Constitución Política, de manera general esta proyectó la regulación de la Carrera Administrativa establecida en el artículo 125 y del resto de disposiciones superiores referentes a los regímenes especiales de carrera, como los casos a que se refiere el artículo 131 *ibídem*, es decir, las carreras especiales de los notarios y registradores de instrumentos públicos, a los que su ingreso obedece al principio del mérito y del mecanismo del concurso público, como realización de los fines del Estado y de la función pública en particular.

Las carreras en cuanto instrumentos más adecuados ideados por la ciencia de la administración para el manejo del elemento humano en la función pública son la regla general y su aplicación como mecanismos para el acceso al empleo público, tiene plena justificación. Asimismo, dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, las carreras son, un principio constitucional, y como tal normas jurídicas superiores de aplicación inmediata, que contienen una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuya inobservancia podría acarrear el desconocimiento de la Constitución, junto con otras garantías constitucionales y sus relaciones con distintos contenidos de ese orden, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio democrático de igualdad, todo lo cual demuestra que las carreras constituyen un eje definitorio de la identidad de la Constitución y que su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991.

Así, las carreras se fundamentan única y exclusivamente en el mérito y la capacidad de los funcionarios públicos, mérito que, en tanto elemento destacado de aquellas, comparte el carácter de regla general que les corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el Constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en las diferentes carreras, constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables.

Las carreras de administración de personal y su regulación disponen sobre asuntos como el ingreso, capacitación, permanencia, ascenso, retiro, permisos, vacaciones, comisiones, suspensiones y responsabilidades, entre otros, de los servidores públicos que pertenecen a ellas, conocidos como situaciones administrativas, que pueden definirse como el estado en que se encuentran los servidores públicos ante la administración en un determinado momento.

En Colombia tanto la Carrera Administrativa General, las carrera administrativas específicas y las carreras especiales, expresamente tienen regulado lo concerniente a las diferentes situaciones administrativas que recaen sobre su personal, sin embargo, ello no parece ser así respecto de la Carrera Especial Registral.

2.3 REGÍMENES ESPECÍFICOS

No hay que confundir los términos carrera especial y sistema específico o especial de Carrera Administrativa entendido este como aquel que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la Carrera Administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública. La Ley 909 de 2004 considera sistemas específicos de Carrera Administrativa los siguientes:

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).
- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.
- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.
- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.
- El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos. Adicionado por el art. 51, Ley 1575 de 2012.

El criterio para determinar la procedencia de un sistema específico, no es exclusivamente el orgánico-general derivado de la naturaleza de las funciones de la Entidad, sino también el específico-funcional de los empleos. Así por ejemplo, en la Aeronáutica Civil, los empleos de sistema específico de carrera, son los que específicamente tienen funciones misionales-específicas, como los de Controladores Aéreos, y no lo son, los comunes, de administración o de apoyo⁷⁴.

La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil y mientras se expiden las normas de los sistemas específicos de Carrera Administrativa para los empleados de las Superintendencias de la Administración Pública Nacional, para el personal científico y tecnológico del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, para el personal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y para el personal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, les son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004.

Debo advertir que el art. 1° del Decreto 775 de 2005 en lo que corresponde a su ámbito de aplicación, dispuso que sus disposiciones son aplicables a los servidores públicos de las superintendencias de la administración pública nacional, **distintos**

⁷⁴ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Principios, Estructura y Relaciones Individuales. Legis, Séptima Edición 1. Bogotá, 2005, p. 342.

a los Registradores de Instrumentos Públicos a quienes se les aplicará su Régimen Especial.

Este énfasis es necesario por cuanto precisamente el presente trabajo de grado apunta a dilucidar cuál es el régimen legal o reglamentario que regula en Colombia la Carrera Especial Registral.

2.4 REGÍMENES ESPECIALES

El criterio que debe utilizarse para ubicar el carácter especial de una carrera es el de su previsión constitucional como tal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Constitución Política en ello no fue muy explícita.

Fue la Ley 909 de 2004 la que expresamente calificó como carreras especiales las del personal vinculado a:

- La Rama Judicial del Poder Público.
- La Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.
- La Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
- La Fiscalía General de la Nación.
- Los Entes Universitarios autónomos.
- El Personal regido por la carrera diplomática y consular.
- El que regula el personal docente.
- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República.

Este listado no es definitivo, sino enunciativo, pues existen otras carreras especiales en él no contempladas, y puede que la Ley a futuro, conforme los cambios institucionales, cree otras más.

Las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004 se aplican con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales. Así, por ejemplo esta misma norma dispuso que mientras se regulan las carreras del personal de las Contralorías Territoriales y de los empleados del Congreso de la República, les serán aplicables las disposiciones contenidas en ella.

Es importante determinar cuándo una carrera es o no especial, dada la incidencia que ello tiene en el aspecto sustantivo de la normatividad a ella aplicable, así como en el de su administración y vigilancia, ya que según sea especial o no, depende la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil⁷⁵.

Ahora, el carácter especial de una carrera, en principio, está contenido en la Constitución, sin embargo, existen casos en los que la carta dejó dicha potestad en el legislador y el gobierno; así, por ejemplo para los servicios públicos que prestan los notarios y registradores, compete a la Ley su reglamentación y la definición del régimen laboral para sus empleados; y corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

⁷⁵ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Principios, Estructura y Relaciones Individuales. Legis, Séptima Edición 1. Bogotá, 2005, p. 341.

CAPÍTULO 3

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CARRERA ESPECIAL REGISTRAL

En este capítulo y con apoyo en lo desarrollado hasta aquí, verificaremos si los mecanismos hermenéuticos son o no suficientes para identificar plenamente el régimen que regula la Carrera Especial Registral en Colombia. Igualmente, estableceremos si el sistema jurídico carece o no en esta materia de una regla de clausura que lo haga completo. También, veremos si por medio de los mecanismos hermenéuticos se puede intentar la eliminación de posibles lagunas normativas en caso que se constate su presencia, por ejemplo, extendiendo a la Carrera Especial Registral los regímenes aplicables a la carrera general, a las carreras específicas u a otras carreras especiales, con la pretensión de hacer el sistema completo.

3.1 HISTORIA

El Registro de Instrumentos Públicos es un servicio público que consiste en anotar, en un folio de matrícula, los datos más importantes de los actos, contratos o providencias sujetos a registro y de los que dispongan su cancelación, con el fin de que cualquier persona interesada conozca en todo momento el estado jurídico de los bienes inmuebles matriculados. El registro en Colombia data del año 1790 y sus objetivos básicos son servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces, dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos, dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los títulos, actos o documentos que deban registrarse; y revestir de mérito probatorio a los títulos o instrumentos sujetos a inscripción.

En la antigüedad los ordenamientos jurídicos de los pueblos civilizados sometieron la constitución y transmisión de la propiedad inmueble y sus gravámenes a un régimen especial de solemnidad y publicidad para que los demás tuvieran conocimiento de quien era el propietario, se tuviera confianza y seguridad en las transacciones y se protegiera el crédito hipotecario. Así, una organización sistemática de publicidad de la propiedad inmueble y que ha servido de guía y orientación a los actuales sistemas de registro inmobiliario, se debe a Alemania⁷⁶.

En Colombia, nuestro ordenamiento jurídico, primeramente la Constitución Política, dispone que compete a la Ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores y la definición del régimen laboral para sus empleados, y que corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro, y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.⁷⁷

Desde la promulgación del Decreto-Ley 1250 de 1970, el Registro de Instrumentos Públicos pasó a ser un servicio a cargo del Estado prestado por funcionarios públicos, en la forma establecida en dicho estatuto, para los fines y con los efectos consagrados en las Leyes. Así, en esa reglamentación se dispuso que el registro de la propiedad inmueble era un servicio público prestado por el Estado por funcionarios denominados Registradores de Instrumentos Públicos, en la forma allí establecida y para los fines y con los efectos consagrados en las leyes, que tenía como objetivos básicos los siguientes: 1.- Servir de medio de tradición del dominio de bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos. 2.- Dar publicidad a los actos y contratos que trasladaban o mudaban el dominio de los

⁷⁶ SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. El Registrador de Instrumentos Públicos Naturaleza y Régimen. Colombia: Imprenta Nacional, 2005. 182p.

⁷⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Colombia, art. 131.

mismos bienes raíces o le imponían gravámenes o limitaciones al dominio de estos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble; y 3.- Daba mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que debían registrarse, haciendo intervenir en su guarda y confección un número mayor de funcionarios y precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si las circunstancias de tales actos, títulos y documentos existieran en sólo una oficina.

Ahora, a pesar de contarse con un nuevo estatuto de Registro de Instrumentos Públicos contenido en la Ley 1579 de 2012, esta es una materia que se caracteriza por no ser tan prolija en su legislación, presentándose vacíos legales y reglamentarios por llenar, entre otros, por ejemplo, el verdadero régimen legal que aplica para las personas que pertenecen a la Carrera Especial Registral en Colombia.

3.2 RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR DEL REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

La normatividad anterior, Decreto 1250 de 1970, en su art. 59 disponía que cada Oficina de Registro sería administrada y dirigida por un Registrador, designado, el de Bogotá, por el Presidente de la República, y los demás por el respectivo Gobernador, Intendente o Comisario, para períodos de cinco años. Esta norma fue modificada por el art. 7°. del Decreto 2156 de 1970 en el sentido de señalar que cada Oficina de Registro sería administrada y dirigida por un Registrador designado por el Gobierno Nacional para un período de cinco años. Esta norma vino acompañada de un Parágrafo que indicaba que el Gobierno, a solicitud de la Superintendencia de Notariado y Registro, y teniendo en cuenta las necesidades del servicio, podía crear registradores delegados en las oficinas de registro o

establecer oficinas seccionales de registro dentro de los círculos, señalando a éstas la respectiva circunscripción territorial y la cabecera; pero que tanto los registradores delegados, como los de las oficinas seccionales, serían nombrados por el respectivo Registrador principal, con aprobación del Ministerio de Justicia.

Por último, el Parágrafo del art. 7°. del Decreto 2156 de 1970 señalaba que las oficinas seccionales que se establecieran conservarían la unidad del archivo de la oficina principal de Registro, y que la asignación de los Registradores delegados, así como las de los registradores de las oficinas seccionales y de su personal subalterno, serían señaladas por la Superintendencia de Notariado y Registro, con aprobación del Gobierno Nacional.

Ahora, el art. 60 del Decreto 1250 de 1970 disponía que para ser Registrador en la capital de la República, y en las capitales de los Departamentos se exigían las mismas calidades que para ser Notario en los Círculos de primera categoría, conforme a los artículos 132 y 153 del Decreto - ley 960 de 1970; y que para ser Registrador en capital de Intendencia o Comisaría o Registrador Delegado, se requerían los mismos requisitos señalados en los artículos 132 y 154 del Decreto - ley 960 de 1970 para los Notarios de círculos de segunda categoría

En el mismo sentido el art. 61 *ibídem* disponía que los Registradores se encontraban sometidos al régimen de concursos, permanencia, ascenso, impedimentos, incompatibilidades, deberes, prohibiciones, carrera, retiro forzoso, permisos y licencias, responsabilidades, vigilancia, faltas, sanciones y régimen disciplinario, establecido para los Notarios en los artículos 10 y 11, en los Capítulos 2°. a 4°. del Título V y en el Título VI del Decreto - ley 960 de 1970.

Finalmente, el art. 62 *ibídem* disponía que el número de funcionarios y empleados de cada Oficina de Registro, sus funciones, dependencia jerárquica, categoría y asignación, así como la remuneración de los Registradores, serían determinados en cada caso por la Superintendencia de Notariado y Registro, con la aprobación del Gobierno Nacional.

Nótese cómo el régimen anterior de los Registradores de Instrumentos Públicos no era específico en cuanto al ingreso, capacitación, permanencia, ascenso, retiro, situaciones administrativas y responsabilidades, entre otros, y su remuneración no era fijada por el gobierno nacional, sino por la Superintendencia de Notariado y registro. Además, en vigencia del Decreto 1250 de 1970 los Registradores de Instrumentos Públicos no pertenecían a una carrera especial, laboralmente hablando, como si ocurre hoy, y su designación recaía en cabeza del gobierno nacional o de los registradores de instrumentos públicos principales, según el caso.

Llama también la atención que las calidades, el régimen de concursos, la permanencia, ascenso, impedimentos, incompatibilidades, deberes, prohibiciones, carrera, retiro forzoso, permisos y licencias, responsabilidades, vigilancia, faltas, sanciones y régimen disciplinario, no eran propios(as), sino que se les aplicaba lo que en estas materias correspondía a los Notarios.

Hay que advertir que a pesar de la norma contemplar lo referente a los concursos, esto vino a hacerse realidad sólo con la expedición del nuevo estatuto registral, es decir, la Ley 1579 de 2012.

3.3 REGULACIÓN ACTUAL PARA LA CARRERA ESPECIAL REGISTRAL

En los arts. 75 y sgtes de la Ley 1579 de 2012 por la cual se expide el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos y se dictan otras disposiciones, se trató de regular algunos asuntos inherentes a los Registradores de Instrumentos Públicos y por ende a la Carrera Especial Registral. Esta norma da una mayor claridad al régimen que regulará la Carrera Especial Registral. Así, allí se dispuso que el nombramiento de los Registradores de Instrumentos Públicos en propiedad se hará mediante concurso de méritos; y que en caso de vacancia, si no hay lista de elegibles vigente, podrá el nominador designar Registradores en encargo o en provisionalidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso, es decir, el Consejo Superior de la Carrera Registral. De igual modo se procederá cuando el concurso sea declarado desierto.

Sobre la función nominadora de los Registradores de Instrumentos Públicos principales y seccionales, el nuevo estatuto dispone que será ejercida por el Gobierno Nacional y por el Superintendente de Notariado y Registro, respectivamente.

Ahora, el párrafo 2° del mencionado art. 75 de la Ley 1579 de 2012 señala que corresponderá al Superintendente de Notariado y Registro la facultad de proveer temporalmente las vacancias del cargo de Registrador Principal de Instrumentos Públicos, mediante la figura de encargo, generadas por muerte, renuncia, permiso, vacaciones, licencias, incapacidades, comisiones de servicio, suspensión en el ejercicio del cargo, mientras el Gobierno provea dicho cargo.

En lo que corresponde a los requisitos generales para ser Registrador de Instrumentos Públicos, el nuevo estatuto exige ser nacional colombiano, ciudadano

en ejercicio, abogado titulado y tener más de treinta (30) años de edad. Empero, para ser registrador principal se exigen, además de los requisitos generales, en forma alternativa: Haber ejercido cargo público de dirección, manejo y control, por un término no menor de seis (6) años, o la judicatura o el profesorado universitario en derecho al menos por ocho (8) años, o la profesión con buen crédito por un término no menor de diez (10) años. Y para ser Registrador Seccional de Instrumentos Públicos se exigen, además de los requisitos generales, los siguientes: Haber ejercido cargo público de dirección, manejo y control por un término tres (3) años, o la judicatura o el profesorado universitario en derecho al menos por cuatro (4) años, o la profesión con buen crédito por un término no menor de cinco (5) años.

En cuanto a los impedimentos, no podrán ser Registradores de Instrumentos Públicos, quienes se encuentren en las siguientes circunstancias:

- a) Quienes se hallen en interdicción judicial;
- b) Los ciegos y quienes padezcan cualquier afección física o mental que comprometa la capacidad necesaria para el debido desempeño del cargo;
- c) Quienes se encuentren bajo medida de aseguramiento, aunque no sea privativa de la libertad, o quienes hayan sido llamados a juicio por infracción penal, mientras se define su responsabilidad por providencia en firme;
- d) Quienes hayan sido condenados a pena de prisión, aunque esta sea domiciliaria;
- e) Quienes se encuentren o hayan sido suspendidos en el ejercicio de la profesión de abogado o excluidos del ejercicio de la misma o sancionados disciplinariamente;

- f) Quienes como funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, y por falta disciplinaria, hayan sido destituidos o suspendidos por falta grave o gravísima, cualesquiera que hayan sido las faltas o las sanciones;
- g) Quienes hayan sido destituidos de cualquier cargo público por faltas gravísimas, dolosas o realizadas con culpa gravísima o suspendidos en el ejercicio del cargo por falta grave, dolosa o gravísima culposa;
- h) Las demás previstas en la ley.

Otro impedimento que agrega el nuevo estatuto registral en su art. 95 tiene que ver con lo atinente a que los Registradores de Instrumentos Públicos no podrán autorizar sus propios actos o contratos ni aquellos en que tengan interés directo o figuren como otorgantes su cónyuge, compañero(a) permanente, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Respecto de las inhabilidades, la Ley 1579 de 2012 prevé que no podrá postularse o designarse Registrador de Instrumentos Públicos a persona que sea cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de alguno de los funcionarios que intervienen en la postulación o nombramiento, o de los que hayan participado en la elección o nombramiento de ellos, exceptuándose los nombramientos efectuados en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso por méritos.

Sobre las incompatibilidades, indica la norma que no podrán ser designados en propiedad, provisionalidad o en encargo para una misma circunscripción territorial personas que sean entre sí cónyuges, compañeros permanentes o

parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Ahora, el nombramiento de Registradores de Instrumentos Públicos en propiedad, provisionalidad o en encargo, quedó expresamente prohibido para quienes se hallen en condiciones de retiro forzoso, y para quienes estén devengando pensión de jubilación. La edad de retiro forzoso de los Registradores de Instrumentos Públicos, fue fijada por el nuevo estatuto en sesenta y cinco (65) años.

En lo que tiene que ver con el régimen disciplinario, impedimentos, incompatibilidades, deberes, prohibiciones y responsabilidad aplicable a los Registradores de Instrumentos Públicos, el nuevo estatuto registral dispone que será el previsto en la Ley 734 de 2002, la que la modifique, derogue o adicione y demás normas concordantes.

Sobre la Responsabilidad de los Registradores de Instrumentos Públicos, la Ley 1579 de 2012 indica que estos son los responsables del funcionamiento técnico y administrativo de las respectivas Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, y que igualmente serán responsables del proceso de registro y de la no inscripción, sin justa causa, de los instrumentos públicos sujetos a registro, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda atribuirse a los funcionarios que intervienen en el proceso registral. Además, los Registradores de Instrumentos Públicos responderán, en ejercicio de sus funciones, en materia patrimonial por los hechos, acciones y omisiones demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa cuando esta profiera condena en contra de la Entidad, mediante sentencia debidamente ejecutoriada y haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del referido Registrador.

Por último y en lo que atañe al presente trabajo, el estatuto registral prevé que la prestación del servicio público registral, así como las demás funciones que en cumplimiento de la ley, decretos y reglamentos, deban prestar y desarrollar las oficinas de registro de instrumentos públicos estarán sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Notariado y Registro.

En lo que sigue trataremos de verificar si con lo dispuesto por el nuevo estatuto registral para los Registradores de Instrumentos Públicos, es suficiente para atender o sortear las diferentes situaciones administrativas a las que como servidores públicos pueden verse expuestos.

Para empezar, tengamos en cuenta que el numeral 2 del art. 3 de la Ley 909 de 2004 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la Carrera Administrativa y la gerencia pública, señala que las disposiciones contenidas en ella se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.
- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
- Fiscalía General de la Nación.
- Entes Universitarios autónomos.
- Personal regido por la carrera diplomática y consular.
- El que regula el personal docente.
- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República.

El anterior listado debe entenderse enunciativo, cobijando igualmente a la Carrera Especial Registral; sin embargo, la observación que hay que hacer al respecto consiste en que la Ley 909 de 2012 no prevé asunto específico alguno en materia laboral que tenga que ver con los servidores públicos a los que se les aplica; luego, a pesar de comprender también como norma supletoria a los Registradores de Instrumentos Públicos, nada dijo sobre lo que a ellos correspondería en presencia de una de las diferentes situaciones administrativas.

Ahora, la Ley 909 de 2004 nada previó, laboralmente hablando, para ningún servidor público bajo su régimen, pues ello corresponderá a otras regulaciones según lo indicado en el literal g) de su art. 14; allí se dispone que al Departamento Administrativo de la Función Pública le corresponde adelantar la función de fijar, de acuerdo con el Presidente de la República, las políticas de gestión del recurso humano al servicio del Estado en la Rama Ejecutiva del Poder Público dentro del marco de la Constitución y la ley, en lo referente a las siguientes materias: planeación del recurso humano, vinculación y retiro, bienestar social e incentivos al personal, sistema salarial y prestacional, nomenclatura y clasificación de empleos, manuales de funciones y requisitos, plantas de personal y relaciones laborales.

Sin embargo, hay que tener en cuenta como asunto importante para ir dilucidando nuestras inquietudes, que la Ley 909 de 2004 en su art. 7º dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, es responsable de la administración y vigilancia de las carreras, **excepto de las carreras especiales**; y que es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en dicha ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder

público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Así, obsérvese que respecto de la Carrera Especial Registral, al igual que las otras carreras especiales en Colombia, le corresponde una reglamentación específica, sin que podamos en principio acudir a una regulación ajena para sortear las situaciones que administrativamente atañen a los Registradores de Instrumentos Públicos.

Es necesario hacer claridad en lo siguiente: Los Registradores de Instrumentos Públicos son servidores públicos de carrera especial vinculados a la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad que además contempla otras formas de vinculación de personal como son las de libre nombramiento y remoción y las que pertenecen al sistema específico de Carrera Administrativa.

Así, el art. 4° de la Ley 909 de 2012 dispone que se entiende por sistema específico de Carrera Administrativa aquel que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la Carrera Administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

Esta norma a manera enunciativa señala que se consideran sistemas específicos de Carrera Administrativa, también llamados por la doctrina carreras administrativas especiales, los siguientes:

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).
- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.
- **El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.**
- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.
- Y el que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos, adicionado por el art. 51, Ley 1575 de 2012.

El numeral 3 del art. 4 de la Ley 909 de 2004 prevé que la vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil; y su parágrafo señala que mientras se expiden las normas de los sistemas específicos de Carrera Administrativa **para los empleados de las superintendencias de la Administración Pública Nacional**, para el personal científico y tecnológico del

Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, para el personal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y para el personal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, les serán aplicables las disposiciones contenidas en esta Ley.

Pues bien, mediante el Decreto 775 de 2005 el Gobierno Nacional estableció el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional, pero esta norma en su art. 1º aclara que sus disposiciones son aplicables a los servidores públicos de las superintendencias de la administración pública nacional, **distintos a los registradores de instrumentos públicos a quienes se les aplicará su régimen especial.**

Por no ser objeto del presente trabajo, pero sin embargo dejando constancia de la intención, quisiéramos echar un vistazo o hacer un parangón entre algunas regulaciones de carreras especiales y lo que al respecto corresponde a la Carrera Especial Registral, para detallar con más precisión las falencias, coincidencias, aciertos, etc., que se presentarían; sin embargo, nos abstenemos por razones de amplitud del temario y porque seguramente terminaremos fuera del contexto o pretensión inicial. Empero, para los interesados queda la invitación a que por ejemplo revisemos, comparando el inventario normativo aquí descrito en lo que a la Carrera Especial Registral corresponde en materia laboral, con las amplias y específicas regulaciones que nuestro ordenamiento contempla para carreras especiales pertenecientes a: La Administración de Justicia, Ley 270 de 1996 y sus normas complementarias y afines; la Procuraduría General de la Nación, Decreto 262 de 2000 y sus normas complementarias y afines; La Defensoría del Pueblo, Ley 24 de 1992 y sus normas complementarias y afines; la Contraloría General de la República, Decreto 267 de 2000 y sus normas complementarias y afines; la Fiscalía General de la Nación, Decretos 016 a 022 de 2014 y sus normas complementarias y

afines; Personal Docente, Decreto 2277 de 1979 y sus normas complementarias y afines; El servicio público de la educación superior, Ley 30 de 1992 y sus normas complementarias y afines; La carrera diplomática y consular, Decreto 274 de 2000 1992 y sus normas complementarias y afines; Y El que regula el personal de carrera del Congreso de la República, Ley 5 de 1992 y sus normas complementarias y afines.

Entonces, el interrogante por resolver consiste en establecer la norma o normas jurídicas específicas que regularían en la actualidad las diferentes situaciones administrativas en que pueden verse involucrados los Registradores de Instrumentos Públicos, pues como se ha dejado claro, a diferencia de otras carreras especiales, que sí tienen una o varias normas que regulan de manera concreta lo que a su personal corresponde, para el caso de la Carrera Especial Registral, dicha normatividad no existe, es decir, estamos frente a la constatación de la existencia de una posible laguna en el ordenamiento jurídico Colombiano .

Para resolver el interrogante planteado, es decir, dilucidar la existencia de la posible laguna que impediría que el ordenamiento jurídico Colombiano sea pleno en cuanto al régimen laboral que regula la Carrera Especial Registral, proponemos acudir al método de la autointegración. Recordemos, según lo afirmado en el primer capítulo del presente trabajo, que aunque la autointegración suponga el reconocimiento de que hay situaciones que escapan a la previsión del legislador (esto es, que hay lagunas), quedó establecido y puede comprobarse que la solución del caso viene proporcionada, en última instancia, por una norma del sistema, es por esto precisamente que hemos escogido la autointegración como método de eliminación de la posible laguna detectada.

Veamos entonces si conforme el método de la autointegración normativa podemos aplicarle a la Carrera Especial Registral las normas de los regímenes general, específicos y demás especiales.

En principio consideramos no viable esta opción, pues en cada caso, cada norma en particular dispone su ámbito de aplicación exclusivo, esto es, por ejemplo, las normas que regulan lo correspondiente a las carreras especiales del Notariado, Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la Republica, Fiscalía General de la Nación, entre otras entidades, indican que su contenido aplica sólo para los servidores públicos destinatarios. Esto es así, y debe ser así, pues conforme las especiales obligaciones, funciones, competencias y responsabilidades en cada caso, no podría aplicarse a un servidor de la Carrera Especial Registral, una reglamentación que le es ajena.

Sin embargo, la autointegración normativa nos permite revisar algunas normas que aplican a la rama ejecutiva del nivel nacional del sector descentralizado por servicios, teniendo en cuenta que los registradores de instrumentos públicos pertenecen a la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad descentralizada, técnica con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Así, del Decreto 2400 de 1968 a los Registradores de Instrumentos Públicos les serían aplicables sus normas sobre ingreso al servicio; deberes, derechos y prohibiciones; situaciones administrativas tales como la licencia o el permiso, la comisión, el ejercicio de funciones de un empleo por encargo; el retiro y la capacitación, entre otros.

Del Decreto 1950 de 1973 a los Registradores de Instrumentos Públicos les serían aplicables sus normas sobre prima técnica, la vacancia de sus empleos, traslados, encargos, provisión de sus empleos; modificación, aclaración o revocatoria de sus designaciones, posesión, licencias, permisos, comisiones, encargos, retiro del servicio, declaratoria de insubsistencia, renuncia, abandono del cargo, entre otros.

Del Decreto 1042 de 1978 a los Registradores de Instrumentos Públicos les serían aplicables sus normas sobre la prohibición de percibir sueldo diferente de aquel que corresponde al cargo, la prohibición de recibir más de una asignación, la jornada de trabajo, la duración de las comisiones, entre otros. Igualmente, este Decreto reguló otros factores de salario como:

- a) Los incrementos por antigüedad.
- b) Los gastos de representación.
- c) La prima técnica.
- d) El auxilio de transporte.
- e) El auxilio de alimentación.
- f) La prima de servicio.
- g) La bonificación por servicios prestados.
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

Del Decreto 1045 de 1978 a los Registradores de Instrumentos Públicos les serían aplicables sus normas sobre vacaciones, los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones, la compensación de vacaciones en dinero, los eventos que no interrumpen el tiempo de servicio, la prescripción de las vacaciones, la prima de vacaciones, la prescripción de la prima vacacional y sobre la prima de Navidad, entre otros.

Ahora, por ejemplo las normas sobre el Sistema Nacional de Capacitación y Estímulos de que trata el Decreto 1227 de 2005 y sus normas complementarias o afines, aplican sólo a los servidores públicos de Carrera Administrativa. Los demás regímenes específicos, cada uno tiene sus propias reglas al respecto, así como las demás carreras especiales. No así ocurre con la Carrera Especial Registral o por lo menos ello no es claro. Y es que en el caso concreto, si revisamos al detalle, por ejemplo, la Resolución 3542 del 30 de Marzo de 2015 por la cual se adopta el Plan de Bienestar Social, Estímulos e Incentivos de la Superintendencia de Notariado y Registro para la vigencia 2015, a pesar de señalar como destinatarios a todos los empleados vinculados a esta entidad, sus beneficios sólo cobijan a los funcionarios de su régimen de carrera específico y a los de libre nombramiento y remoción.

Volviendo a los Decreto 2400, 1950, 1042 y 1045 reseñados, consideramos que si bien es cierto, muchas de sus normas puede que se encuentren vigentes y por ende apliquen a los registradores de instrumentos públicos por tratarse de servidores del nivel nacional, esto no es seguro pues en su mayoría han sido derogadas tacita o expresamente por normas posteriores que en la actualidad regulan estas materias de manera específica para ciertos regímenes en particular, dejando de lado la Carrera Especial Registral.

4. CONCLUSIÓN

Desarrollado como se aprecia el proyecto de grado, el problema advertido y su justificación, según los antecedentes planteados, y cumplidos, espero, los objetivos, podemos afirmar que aplicada la autointegración normativa no es posible extenderle a la Carrera Especial Registral los regímenes aplicables a la carrera general, a las carreras específicas u a otras carreras especiales, con la pretensión de hacer el sistema completo.

No considero viable esta opción, pues en cada caso, cada norma en particular dispone su ámbito de aplicación exclusivo, esto es, por ejemplo, las normas que regulan lo correspondiente a las carreras especiales del Notariado, Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la Republica, Fiscalía General de la Nación, entre otras entidades, indican que su contenido aplica sólo para los servidores públicos destinatarios. Esto es así, y debe ser así, pues conforme las especiales obligaciones, funciones, competencias y responsabilidades en cada caso, no podría aplicarse a un servidor de la Carrera Especial Registral, una reglamentación que le es ajena.

Aunque la autointegración normativa suponga el reconocimiento de que hay situaciones que escapan a la previsión del legislador (esto es, que hay lagunas), y que el mismo sistema jurídico puede que brinde su solución, quedó establecido y pudo comprobarse que para el caso planteado no la proporciona, es decir, no hace el sistema pleno o completo, en razón a que no fue posible la eliminación de la laguna detectada, pues como hemos visto, no podemos aplicarle a la Carrera Especial Registral las normas de los regímenes general, específicos y demás especiales, teniendo en cuenta que los registradores de instrumentos públicos como servidores de la administración pertenecen a la Superintendencia de

Notariado y Registro, entidad descentralizada, técnica con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Así, lo más indicado como garantía para la plenitud del ordenamiento jurídico, es que los servidores públicos pertenecientes a la Carrera Especial Registral, al igual que quienes pertenecen a otras carreras especiales y demás carreras para el manejo del personal al servicio del Estado, cuenten con su propia regulación en materia de situaciones administrativas, conforme las particulares condiciones del servicio público que prestan, así como también, atendiendo sus obligaciones y responsabilidades a cargo. No debe perderse de vista que el fin del servicio público que prestan los Registradores de Instrumentos Públicos es garantizar la guarda de la fe pública, la seguridad jurídica y el desarrollo del servicio público registral inmobiliario conforme a la ley y bajo los principios de eficiencia, eficacia y efectividad. En la práctica, ello conlleva la ejecución de una gran carga laboral, así como una dedicación importante de esfuerzos personales y profesionales, con los consecuentes resultados para su salud física y mental.

Y es que la importancia de la función y servicio que prestan los Registradores de Instrumentos Públicos ha sido resaltada por la misma Corte Constitucional, así⁷⁸:

Al respecto, es necesario precisar que la labor del registrador constituye un auténtico servicio público que demanda un comportamiento sigiloso. En esta medida, corresponde al funcionario realizar un examen del instrumento, tendiente a comprobar si reúne las exigencias formales de ley. Es por esta razón que uno de los principios fundamentales que sirve de base al sistema

⁷⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-488, Magistrado Ponente, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, julio 9 de 2014.

registrar es el de la legalidad, según el cual “[s]olo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción”

...

El propósito del legislador al consagrar con rango de servicio público la función registral, al establecer un concurso de méritos para el nombramiento de los Registradores de Instrumentos Públicos en propiedad, así como diseñar un régimen de responsabilidades ante el proceder sin justa causa, evidentemente no fue el de idear un simple refrendario sin juicio.

...

Todo lo contrario, como responsable de la salvaguarda de la fe ciudadana y de la publicidad de los actos jurídicos ante la comunidad, el registrador ejerce un papel activo, calificando los documentos sometidos a registro y determinando su inscripción de acuerdo a la ley, y en el marco de su autonomía.

...

En casos como el presente, incluso la decisión de un juez de la República, formalmente válida, puede ser desatendida por el funcionario responsable cuando este advierte que la providencia trasgrede abiertamente un mandato constitucional o legal inequívoco. En efecto, el principio de seguridad jurídica no se erige como una máxima absoluta, y debe ceder cuando la actuación cuestionada representa una vía de hecho; el error, la negligencia o la arbitrariedad no crea derecho. La obediencia que se espera y demanda en un Estado Social y Democrático de Derecho, no es una irreflexiva e indiferente al contenido y resultados de una orden.

...

La materialización de un orden justo, como el que propone la Constitución Política de 1991 en su preámbulo, requiere de ciudadanos pensantes y críticos capaces de entender sus derechos y

deberes en comunidad, así como de velar por el interés general; sobre todo, cuando se trata de servidores públicos.

También el Consejo de Estado ha indicado⁷⁹:

“Es por ello que para informar respecto de la situación jurídica de un bien inmueble, la autoridad encargada del registro de instrumentos públicos además tiene la función de expedir los certificados de registro de instrumentos públicos, la cual requiere de: “quien la ejerce, del funcionario que la ejecuta, un comportamiento sigiloso a más de cauto, pues ella tiene como objeto entre otros el bienestar de sus asociados; es la función administrativa LA DE EJECUCIÓN DE LA LEY, la que si cumple de acuerdo con su mandato fiel evitará juicios como estos y fomentará una FE ciega y una crítica positiva en su favor”

Quedan otras materias que nos gustaría desarrollar en otros trabajos, como por ejemplo, lo referente a la condición de particulares que prestan un servicio público por colaboración que la Ley reconoció a los notarios, trato que no se dispuso para los registrados de instrumentos públicos, a pesar que ambos servicios tienen como fundamento el art. 131 de la C.P.; también lo atinente en cuanto que la Superintendencia de Notariado y Registro, que ejerce la orientación, inspección, vigilancia y control de los servicios públicos que prestan los Notarios y los Registradores de Instrumentos Públicos, también atiende la organización, administración y sostenimiento de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, es decir, es juez y parte; igualmente lo que tiene que ver con el control de legalidad por parte de los registradores a los documentos ingresados para el registro público de instrumentos, su alcance y oportunidad, teniendo en cuenta que con cada día que pasa se hace más exigente, por las especiales condiciones

⁷⁹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 16054 del 3 Diciembre de 2008, Sección Tercera.

sociales del país, ejercer una rigurosa tutela administrativa y legal en la materia, actuación que muchos particulares, servidores públicos, particulares con funciones públicas y notarios, no comparten.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXI, Robert. El Concepto y la Naturaleza del Derecho. España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.

ATRIA, Fernando, BULYGIN, Eugenio, MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo E., RODRÍGUEZ, Jorge L. y RUIZ MANERO, Juan. Lagunas en el Derecho. Una Controversia sobre el Derecho y la Función Judicial. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid. 2005. Barcelona. 18p.

BAYÓN, Juan Carlos. Permisos, Lagunas y Discrecionalidad Judicial: Respuesta a BULYGIN. Universidad Autónoma de Madrid. Doxa 33 (2010). 11p.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Editorial Temis, Segunda Edición, 2005. 269p.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Editorial Temis, Tercera Edición, 2012. 268p.

BOBBIO, Norberto. La Plenitud del Orden Jurídico y la Interpretación. Publicado con el título original "Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione" en la Rivista internazionale di filosofia del diritto, fascículo IV-V, julio-octubre de 1939, pp. 266-270. Traducido del italiano al castellano por Pablo Eiroa, Università degli Studi di Camerino.

BULYGIN, Eugenio. Teoría General y Filosofía del Derecho. Las Lagunas del Derecho. Transcripción de Audio. FD Multimedia - Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. URL | www.derecho.uba.ar/multimedia/

BULYGIN, Eugenio. Algunas Reflexiones sobre Lagunas y Antinomias en Principia Iuris. Argentina. Universidad de Buenos Aires. Doxa 31 (2008). 6p.

CARTA ADMINISTRATIVA. Reglamentación Ley 909 de 2004. Empleo Público, Carrera Administrativa y Gerencia Pública. Revista No. 5 Institucional del Sector Función Pública: Departamento Administrativo de la Función Pública - Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá, D.C., Mayo de 2005. 101p

CARTILLA LABORAL Empleo, Situaciones Administrativas, Jornada Laboral y Retiro de Empleados del Sector Público, DAFP, 2009. 103p.

CASTILLO GARRIDO, Salvador. Magistrado adscrito al Segundo Tribunal Colegiado del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con residencia en Xalapa, Veracruz, México. Lagunas del Derecho y el Dogma de la Plenitud del Sistema Jurídico. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. 2009. 35-46p.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 16054 del 3 Diciembre de 2008, Sección Tercera.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sentencia rad. 118298-815-2000 del 31 de enero de 2002.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-883, Magistrado Ponente, VLADIMIRO NARANJO MESA, julio 13/2000.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-588, Magistrado Ponente, GABRIEL EDUARDO MENDOZA, agosto 27/2009.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-249, Magistrado Ponente, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, marzo 29/2012.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1230, Magistrado Ponente, RODRIGO ESCOBAR GIL, noviembre 29/2005.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-488, Magistrado Ponente, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, julio 9 de 2014.

COMPENDIO DE NORMATIVIDAD Y DOCTRINA EN EMPLEO PÚBLICO Y CARRERA ADMINISTRATIVA. Comisión Nacional del Servicio Civil. Bogotá, Octubre 2011. 548p

COSSIO, Carlos. La Plenitud del Orden Jurídico y la Interpretación Judicial de la Ley, Editorial Losada, Buenos Aires, 1939, pp. 220.

DORADO PORRAS, Javier. Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico: Una Revisión de los Argumentos en Defensa del Iuspositivismo. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid. España: Editorial DYKINSON, Madrid, 2004. 49p. (El libro se encuentra en <http://books.google.com.co/>)

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma. Notas de Teoría del Derecho. España: Publicaciones de la Universitat Jaume I, D.L., Segunda Edición, 1997. 241p.

EMILIANO SUÁREZ, Eloy. Introducción al Derecho. Argentina: Centro de Publicaciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2002, Primera Reimpresión, 2004. 337p.

FERRAJOLI, Luigi. Expectativas y Garantías. Primeras Tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho. Texto Destinado al Volumen Logos dell' essere, logos della norm. Editado por Luigi Lombardi Vallauri. Editorial Adriatica Editrice, Bari, 1998. Doxa 20 (1997). 44p.

FUNCIONES y Fines del Derecho: Estudios en Homenaje al Profesor Mariano Hurtado Bautista - Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, Tercera Edición, 1992. 553p.

GALIANO MARITAN, G. y GONZÁLEZ MILIÁN, D.: "Impacto de las lagunas jurídicas en la plenitud del ordenamiento jurídico", en Contribuciones a las Ciencias Sociales, Febrero 2012, www.eumed.net/rev/ccss/18/

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Efrén. Situación del Régimen de Carrera Administrativa en Colombia. Prolegómenos - Derechos y Valores. Colombia: 2010. 18p

GUTIÉRREZ, Francisco. ¿Lo que el viento se llevó? Los partidos políticos y la democracia en Colombia 1958-2002. Grupo Editorial Norma. Primera Edición. Colombia. 2007.

HERRERA ROBLES, Aleksey. Aspectos Generales del derecho Administrativo Colombiano. - 3 ed. Rev. aum. - Barranquilla: Editorial Universidad del Norte, 2012. 755p. (El libro se encuentra en <http://books.google.com.co/>)

HIERRO, Liborio L. Sobre el Positivismo Jurídico. Universidad Autónoma de Madrid. Doxa 25 (2002). 41p.

INFOLIOS. Revista de la Superintendencia de Notariado y Registro. Julio a diciembre de 1979. No. 27/28 Bogotá, Colombia. 177p.

ITURRALDE SESMA, Victoria. Análisis de Algunas Cuestiones Relativas al Problema de las Lagunas Jurídicas. Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm 5, 1988. págs. 349-382.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira. Iniciación al Derecho. España: Delta Publicaciones Universitarias, S.L. 2006. 371p.

MENDOZA VERGARA, Luis Eduardo. La Carrera Administrativa y los Regímenes Especiales y Específicos. Colombia: Editorial Leyer, Décima Tercera Edición, 2008. 652p. (El libro se encuentra en la biblioteca de la UIS B/manga Cod. 342.861068 C718c 13 ed.)

MENDOZA VERGARA, Luis Eduardo. La Carrera Administrativa y los Regímenes Especiales y Específicos Conforme la Ley 909 de 2004. Colombia: Editorial Leyer, Novena Edición, 2006. 515p. (El libro se encuentra en <http://books.google.com.co/>)

OCDE (2014), Colombia: La Implementación del Buen Gobierno, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202351-es>

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. Analítica del Derecho Justo. La Crisis del Positivismo Jurídico y la Crítica del Derecho Natural. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición: 2005. 215p

PUENTES GONZÁLEZ, Germán. La Carrera Administrativa en el Marco de la Función Pública. Facultades de Ciencia Política y Gobierno y Relaciones Internacionales, Centro de Estudios Políticos e Internacionales, CEPI. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009. 912p. (El libro se encuentra en <http://books.google.com.co/>)

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas.-3. ed. -Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009. 820p.- (Colección Textos de Jurisprudencia) (El libro se encuentra en <http://books.google.com.co/>)

SALAS SALAS, Nubia Cristina. El rol sistémico de los principios generales del derecho en el ordenamiento civil. Estudio de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá D.C., Colombia. 2013. 169p.

SANCHÍS PRIETO, Luis. Apuntes de Teoría del Derecho. España: Editorial Trotta, Segunda Edición, 2007. 331p.

SEGURA ORTEGA, Manuel. El Problema de las Lagunas en el Derecho. Anuario de Filosofía del Derecho VI. Santiago de Compostela. 1989. págs. 285-312.

SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. El Registrador de Instrumentos Públicos Naturaleza y Régimen. Colombia: Imprenta Nacional, 2005. 182p.

SOTO SILVA, Rodrigo. El Ordenamiento Jurídico. Extractos seleccionados de apuntes de su curso "Teoría de las normas". Chile. 26p.

VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral, Tomo I, Principios, Estructura y Relaciones Individuales. Colombia: Editorial Legis, Séptima Edición, 2005. 796p. (El libro se encuentra en la biblioteca de la UIS B/manga Cod. 342.861068 V732d T.I. Ej4)

VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral, Tomo I, Principios, Estructura y Relaciones Individuales. Colombia: Editorial Legis, Novena Edición, 2010. 833p. (El libro se encuentra en la biblioteca de la U. Santo Tomás B/manga Campus Florida cód. 344.86101 V732d)

YOUNES MORENO, Diego. Régimen de los Servidores Públicos en Colombia. Colombia: Editorial Temis, Doceava Edición, 2013. 782p. (El libro se encuentra en la biblioteca de la U. Santo Tomás B/manga Campus Florida cód. 344.86101 Y67d)