
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 31	p. 1-272	jan./mar. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cyma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(in memoriam)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisoras: Carolina Rocha
Lourdes Nascimento

Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecárias: Fernanda de Paula Moreira
Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Fundamentos Constitucionales del Derecho Administrativo colombiano

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

Palabras clave: Derecho Administrativo colombiano. Fundamento constitucional. Estado de Derecho. Estado social de derecho.

Índice: **1** El derecho administrativo en el Estado Constitucional clásico - **2** El carácter finalista y social del Estado, en consecuencia, del derecho de la administración pública conforme a los postulados del estado constitucional actual - **3** Una aproximación al concepto del derecho administrativo frente a la Constitución Política - **4** La Constitución Política como fundamento del derecho administrativo - **4.1** Fundamento constitucional del Estado de Derecho - **4.2** Fundamento constitucional del estado democrático - **4.3** Fundamento constitucional del estado social de derecho - **4.4** Fundamento constitucional del estado unitario - **4.5** Fundamento constitucional de la integración

1 El derecho administrativo en el Estado Constitucional clásico

El Estado constitucional surgido de la institucionalización del poder y de la ruptura absolutista se desarrolló en Europa no de manera lineal, ni con la misma intensidad en cada una de sus naciones. Constituyó un proceso salteado que sólo se puede generalizar y caracterizar prácticamente ya entrado el siglo XIX, cuando la mayoría de los países habían pasado por la experiencia de encauzar el poder y la soberanía según los dictados de la Constitución y la ley. En su versión original el Estado constitucional adoptó una modalidad de Estado liberal de derecho en el que su intervención no era notable, situación que se modificó históricamente ante el creciente surgimiento de dificultades sociales, que obligaron al Estado a convertirse en interventor y director de procesos, regulador de la vida pública y privada (Estado de bienestar), y más recientemente, actor decidido en la gestión social del hombre y la comunidad (Estado social de derecho).

En cada una de estas instancias evolutivas del Estado constitucional, el papel de la administración pública ha constituido su arma más importante; instrumento adecuado para la actuación rápida y eficaz, algo que ya habían advertido los franceses en su histórica disidencia a las teorías ortodoxas de la revolución respecto de la división de poderes. En la medida que el Estado constitucional moldea su administración, la fortalece y tecnifica, es decir, crece conforme a los dictados constitucionales y legales, sujeta al imperio de la ley. Este proceso, que encuentra su motor principal en la experiencia revolucionaria francesa, implicó una transformación

del viejo derecho de policía, típico del absolutismo, en un derecho mucho más concreto y específico encargado de regir exclusivamente la función y actividad de la que comenzó por entonces a denominarse administración pública.

En la práctica, los primeros contenidos del derecho administrativo vienen dados por todas aquellas reglas de sujeción a la realidad que hacían a la administración pública objeto del reino de la ley, esto es, sujeta a reglas de competencia y a procedimientos que la voluntad general del legislador había determinado de manera previa como garantía ciudadana y reflejo del principio de la institucionalización del poder. A este proceso de legalización debemos añadir, para un mejor entendimiento de la formación del derecho administrativo, el aporte francés, luego generalizado, de la separación entre justicia y administración que llevó a Napoleón a la creación del Consejo de Estado en 1800 y al establecimiento posteriormente (1806) de una sala de lo contencioso administrativo encargada de proyectarle las decisiones que resolvían los conflictos suscitados entre la administración y los asociados.

Esta circunstancia que generó el nacimiento de las acciones subjetivas administrativas y con posterioridad de las objetivas de legalidad: las primeras destinadas a proteger los intereses individuales o subjetivos violentados por la administración, y las segundas dirigidas a la protección impersonal de la legalidad y el orden jurídico. Las razones que también motivaron este proceso de integración del derecho administrativo se traducían en vicios de incompetencia o exceso de poder. Como se observa, son dos, pues, los elementos que deben quedar en claro y que coadyuvan a la formación del derecho administrativo dentro del Estado constitucional: por una parte, el proceso de decantación de la administración pública como órgano predominante y decisivo en la acción estatal, con un proceso de fortalecimiento creciente, actualmente en incremento y con poderes especiales, generados a partir de normas particulares diferentes al derecho privado; y por otra parte, el surgimiento de un sistema también especial y novedoso de control frente a la ausencia de control judicial, que en Francia se desarrolla a partir de la justicia impartida por el emperador a través de los proyectos elaborados por la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado. Es decir, todo un apoyo sustancial fundado en leyes especiales, algo así como una legalidad concreta de la administración y una justicia también especial.

Estos dos elementos conjugados de diversas formas, según el país en que se adoptaran, vinieron a servir de fuente al crecimiento del derecho administrativo contemporáneo. El derecho administrativo no es el único modelo de régimen jurídico y de justicia reinante en las socieda-

des políticas contemporáneas. Diversos desarrollos políticos del mundo moderno han propiciado la generación de otros sistemas donde también está garantizada la legalidad y el control de la administración pública sin necesidad de acudir a regímenes especiales y autónomos; es el caso de los modelos de sometimiento, que históricamente se formaron para los países de influencia anglosajona.

No obstante lo anterior debo advertir que el proceso de formación de la administración pública iberoamericana y de su derecho administrativo, por obvias razones, no puede considerarse paralelo o simultáneo con los procesos históricos europeos. Nuestros países formaron sus instituciones a partir de la experiencia heredada de las potencias coloniales que dominaron nuestros territorios y del influjo principalmente de las revoluciones norteamericana y francesa. De esta forma cualquier aproximación al estudio de la administración y del derecho administrativo colombiano debe iniciarse en los aportes primarios a nuestras instituciones provenientes del régimen público español en América. Solamente a partir del entendimiento de esta fuente es factible llegar a entender las características que en muchos casos hacen particulares las instituciones iberoamericanas frente a las de otras latitudes

2 El carácter finalista y social del Estado, en consecuencia, del derecho de la administración público conforme a los postulados del estado constitucional actual

Conforme a las recientes evoluciones del constitucionalismo, se puede sostener que el concepto y la dinámica del derecho administrativo moderno implica ante todo abordar, como premisa básica, su ubicación en la teoría del Estado de derecho, por lo tanto su directa e irrefutable consonancia con las normas y principios fundadores del Estado derivados de la constitución política. Es decir, que cualquier aproximación a los elementos definidores de la materia debe estar, de manera irremediable, referida al reconocimiento del poder instituido, y en consecuencia a la aceptación de la distribución más o menos homogénea de las funciones propias de los asuntos públicos en autoridades diferentes (división del poder); al respeto connatural al hombre y sus derechos; a la sumisión del poder en todos sus aspectos a los preceptos superiores (principio de legalidad),¹ y al compromiso, por regla general, en cada una de sus manifestaciones a la satisfacción de los fines propios del Estado para con la sociedad (el bien común y el interés general y colectivo — carácter teleo-

¹ El sometimiento del poder al derecho es la característica singular del Estado instituido, esto es, del organizado conforme y dentro de la juridicidad. Lo contrario es la arbitrariedad. El poder instituido genera por medio de sus órganos y sistemas de control los mecanismos necesarios para evitar la ruptura de sus cauces en el ejercicio

A & C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 208-253, jan./mar. 2008

lógico social). En este sentido, el derecho administrativo se torna genéricamente en un complejo conceptual dinámico y sustancial, nutrido tanto de legalidad formal como finalista, siguiendo los parámetros constitucionales.

No estamos más frente a un derecho administrativo de corte estrictamente liberal, simple defensor de intereses subjetivos e individuales con escaso contenido sustancial, esto en la medida en que la constitución política define un marco finalístico, social y de instrumentos participativos y de defensa de la comunidad y lo público, que complementa de manera magnífica el contenido material tradicional y clásico de nuestra disciplina. Como consecuencia, el moderno derecho administrativo se fundamenta en una clara concepción, defensora de los principios del Estado de derecho y la democracia, en un contexto social en el cual la comunidad y el colectivo, con sus intereses, también son objeto de su observancia y regulación, viabilizando sus aspiraciones y necesidades; aun dentro de una economía de mercado, sujeta a la libre competencia; sin desconocer, como es obvio, la defensa y cristalización de los intereses individuales en que históricamente se ha sustentado.²

Entender el derecho administrativo en estricto sentido formal, esto es, meramente normativo y tan solo estructural, sería negarles a quienes

de sus atribuciones. Tratándose del derecho administrativo, el punto central de su sistema es precisamente este del acatamiento del derecho por quienes ejercen el poder. Resulta esencial al derecho administrativo que la administración se sujete permanentemente al ordenamiento; de aquí que se hable de un derecho de la administración. No obstante, esta característica no ha sido permanente; su consolidación resulta relativamente reciente y, en opinión de algunos doctrinantes, en permanente peligro. Para Prosper Weil (*Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1989, p. 35 y 36), es un verdadero milagro la existencia de un derecho administrativo con una administración tan propensa al desconocimiento del derecho: "resulta extraño que el Estado acepte voluntariamente considerarse obligado por la ley. Está en la naturaleza de las cosas el que un Estado crea, de buena fe, estar investido de poder para decidir discrecionalmente sobre el contenido y las exigencias del interés general. Es necesario que se violente a sí mismo para considerarse obligado a permanecer en los cauces de un derecho que le dicta determinadas formas de conducta y le prohíbe otras".

² LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública: Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983; *El Concepto*, cit., p. 257 a 279; *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993. JOSÉ EUGENIO SORIANO. "El concepto de derecho administrativo y la administración pública en el Estado social y democrático de derecho", en *RAP*, n. 121, enero-abril de 1990; ALEJANDRO NIETO. "La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo", en *RAP*, n. 76, enero-abril de 1975, p. 9-35. En este excelente estudio, NIETO diseña lo que debe ser la nueva concepción del derecho administrativo dentro de una sociedad tan dinámica como la moderna, en la que no son los intereses exclusivamente del individuo los dominantes. El colectivo genera inmensidad de necesidades frente a las cuales el derecho y la administración pública deben acudir permanentemente. Citando a ALBRECHT (en su breve referencia a MAUREMBRECHER), encuentra que el moderno derecho administrativo es una respuesta de técnica jurídica — y de técnica sustancial, no meramente formal — a una nueva situación: el reconocimiento de la existencia de unos intereses colectivos que no son la suma de los intereses individuales. Invocando a FORSTHOFF, concluye que esto debe ser así, si se entiende que el hombre moderno ha perdido su autonomía económica. Ya no puede vivir en el ámbito por él dominado (a la manera del campesino tradicional en su cortijo), sino que se encuentra inmerso en un mundo que escapa a su influencia. Si esto es así, si el individuo no puede subsistir por sí mismo, ni dominar el medio del que depende, la colectividad y el Estado son los que deben asumir la responsabilidad de que ese ambiente ajeno permita la vida humana. Se trata de un planteamiento incurso en la teoría del Estado social de derecho, por lo tanto no estrictamente legalista en el sentido liberal clásico, ni mucho menos tecnocrático; pretende ante todo compensar el concepto clásico de Estado de derecho, la protección a los derechos fundamentales, con las responsabilidades sociales del hombre

ejercen las funciones administrativas del Estado el papel estelar que según la Constitución deben protagonizar en la permanente búsqueda de la satisfacción de los intereses generales y colectivos. Sería tanto como pretender una Administración estática, poseedora tan solo de la virtud del cumplimiento exegético de la legalidad con escasos criterios interpretativos y definidores de una acción decisiva en los destinos estatales. Se trataría, pues, de una visión restringida y superficial del carácter y tratamiento constitucional de la función administrativa. La función administrativa moderna se nutre de conceptos mucho más ágiles y dinámicos que le permiten, dentro de los marcos de normas superiores, actuar bajo criterios de discrecionalidad y oportunidad necesarios para impulsar su acción en la permanente búsqueda de la realización de las finalidades del Estado.

De no aceptarse en este contexto el derecho administrativo continuaría inmerso en los contenidos de la clásica concepción que asimilaba la función administrativa al simple cumplimiento o ejecución de la ley.³ Teoría que, si bien no desconocemos, tampoco resulta ser, dentro del amplio esquema de atribuciones de la función administrativa del Estado, la

y del Estado. De aquí que sostenga que "La vocación del derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales". La Constitución Política de 1991 introduce en el derecho administrativo colombiano por los senderos de estos postulados. Situación que la Corte Constitucional acoge en los siguientes términos: "La pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y la mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los derechos" (sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN). El Estado colombiano, edificado en la Constitución Política de 1991, no sólo se define como social sino que en su preámbulo postula claros principios de compromiso para con la comunidad, haciendo énfasis en los derechos de la segunda y tercera generación (sentencia T-005 del 16 de enero de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

³ MONTESQUIEU, ideador del concepto clásico, limita el contexto de lo administrativo a la simple ejecución de la ley con el convencimiento de establecerle a este poder un marco preciso, un límite claro para evitar su desmedido y arbitrario crecimiento en detrimento de la libertad. El poder ejecutivo "dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones [...] ejecuta las resoluciones públicas" (*Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 105). Para ROUSSEAU (*El contrato social*, cit.) resultaba imposible otro papel distinto de la función administrativa, en razón a que su acción debía reducirse a un cuerpo intermedio entre el pueblo y el soberano, encargado fundamentalmente de la ejecución de las leyes y el mantenimiento de la libertad. El órgano principal de esta concepción es el legislativo, que por su carácter popular resulta ser el depositario real del poder, encargado del diseño general de mandatos impersonales, mientras que el ejecutivo "no puede corresponder a la generalidad, en tanto que legisladora o soberana, ya que este poder ejecutivo consiste sólo en actos particulares que no incumben a la ley". La concepción revolucionaria de Montesquieu, fundada en su miedo de permitir un gobierno fuerte al estilo del *ancien régime* y que dio lugar a instaurar la teoría de la administración simplemente ejecutora, ha desaparecido en el derecho moderno, reemplazada por un ejecutivo actuante y decisivo, a la vez que controlado institucionalmente. "¿Cómo se puede explicar, entonces, la fortuna de dicha fórmula? Es posible que la explicación haya que buscarla en un hecho ideológico posteriormente teorizado. Se trata de la influencia del liberalismo y del positivismo, los cuales, para encontrar un amparo al ciudadano y un fundamento de análisis seguro a la ciencia, basaron todo en la ley, reduciendo el derecho a la ley. Para estos, el derecho es el producto de voluntades constitucionalmente habilitadas (Parlamento), y la administración un simple instrumento de la ley. Al actuar de esta manera las escuelas positivistas se lanzaron a un laberinto inexplicable. Debieron, así, explicar por qué, si la administración era simplemente ejecución de la ley, gozaba de tanta libertad de elección". De este contexto surge la teoría de la discrecionalidad (p. 23).

única. En la práctica, esta concepción, a la luz de las nuevas tendencias, se consolida como un simple postulado confirmatorio de la legalidad de la actividad administrativa. El moderno derecho administrativo incorpora a la administración en un contexto diferente: la dota de la posibilidad de decisión. Esto es, de la capacidad suficiente para adoptar las disposiciones que considere oportunas para el cumplimiento de los superiores cometidos y finalidades estatales. Desde este punto de vista, podemos afirmar que estamos frente a administraciones públicas altamente activas, impregnadas indiscutiblemente de alto grado de decisión política; de amplias competencias para el impulso de la actividad pública en procura de colmar las finalidades estatales, como consecuencia depositaria de controles y sistemas de participación adecuados para evitar su desbordamiento.

Lo anterior no significa negación o desconocimiento de la trascendencia de lo legislativo, e incluso de lo judicial, en la división funcional de poderes del Estado. Todo lo contrario, se pretende destacar el carácter complementario y activo que adquiere en la dialéctica cotidiana la función administrativa al desarrollar los preceptos legislativos o 2 ejecutar los mandatos judiciales. La administración se ubica en el mundo de las operaciones subsiguientes a las decisiones legislativas o judiciales, todo un espectro de compromisos del Ejecutivo con las finalidades propias del Estado.

En síntesis, podemos afirmar que el derecho administrativo moderno se edifica a partir del respeto al orden jurídico y en la acción efectiva en procura del bienestar y el bien común. Esta conclusión no es el producto de la simple especulación doctrinal; tiene su sustento en el mismo sistema normativo que le asigna al Ejecutivo (a través de sus órganos superiores, intermedios o inferiores) el cumplimiento de las finalidades propias del Estado. De aquí que autores como Cassese encuentren la fuente de nuestras afirmaciones en la llamada teoría de las funciones, que no es más que el estudio en concreto de la norma legal para de ella desprender el alcance del marco de acción de la administración. Aspecto que complementa magníficamente Parejo, al destacar el papel activo y eficaz que deben asumir las modernas administraciones frente a normas legales genéricas, descriptivas o indeterminadas, que en la práctica colocan a la función administrativa en un ámbito de competencia indiscutible para el cumplimiento de las finalidades estatales.⁴

Este fenómeno atributivo de mayores y efectivas responsabilidades

a la función administrativa del Estado no es más que el resultado de la evolución de las instituciones políticas y el acrecentamiento de las causas económicas y sociales en las diferentes sociedades políticas. Giannini destaca esta circunstancia y concibe un nuevo tipo de función administrativa para un nuevo tipo de Estado. El desarrollo de nuestras sociedades encamina a las administraciones públicas por senderos de extrema complejidad, llegando incluso con su presencia a constituirse en “el factor más importante de la vida en sociedad”, de modo que sería prácticamente imposible sobrevivir en un mundo en donde la administración no funcionara. Cualquier acto de nuestras vidas está signado por la presencia de la función administrativa. Puede que un hombre nunca se relacione con la jurisdicción, o que de manera general lo haga con lo legislativo, pero lo cierto es que de la función administrativa no puede evadirse, y su relación con ella será casi que permanente. De aquí su carácter de activa y decisoria de la administración, en el contexto del actual derecho administrativo, y la dirección que este le imprime a cualquier aproximación a la materia.⁵

De los anteriores planteamientos doctrinales y en una perspectiva de estricto carácter jurídico se puede observar la existencia de una moderna administración pública con funciones y finalidades concretas en la diná-

⁴ La ley, las normas administrativas y principios generales, en todos los casos, buscan primordialmente el cumplimiento de los intereses generales. En consecuencia, no dudamos de que los pronunciamientos de la administración deban buscar el bienestar del interés público, y el bien general de los asociados. Este interés puede configurarse de manera amplia o abstracta, respecto de los cometidos generales en favor de los asociados, lo mismo que en preceptos de carácter particular, tratándose de las específicas atribuciones que un ordenamiento hace a un órgano de la administración. En tratándose del derecho positivo nacional, el elemento teleológico de la legalidad obtiene sus bases normativas a partir del preámbulo de la Constitución y de los artículos 123, inciso 2º, y 2º constitucionales: “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”, “la función administrativa está al servicio de los intereses generales”; el artículo 2º señala múltiples finalidades estatales. GUIDO ZANOBINI. “Amministrazione pubblica: nozione e caratteri generali”, en *E. D.*, t. II, 1958, p. 233-240; resulta indudable que en su dinámica la administración pública, para el cumplimiento de los fines estatales, posee un alto contenido de decisión política, que la diferencia de su concepción clásica: “el concepto de la actividad política se mantendría por contraposición al de la actividad administrativa. Viceversa, la actividad política no se sitúa por fuera de la actividad administrativa, sino que constituye la parte más elevada de ella, así como representa la parte más elevada de la función legislativa”.

⁵ GIANNINI. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*. INAP, 1987. p. 84 y 85: “comenzando por nuestro nacimiento y nuestro nombre, en todo momento, a lo largo de nuestra vida cotidiana hay una administración pública que nos asiste de forma silenciosa”. No obstante estas afirmaciones, el autor se queja de la ineficiencia que caracteriza igualmente a las administraciones modernas: “son una de las cosas más imperfectas que existen por su esencial contradicción. Son, al tiempo, extraordinariamente poderosas e inertes, oprimen y se dejan engañar puerilmente, poseen riquezas inmensas y viven escatimando; se han concebido para que funcionen bajo un orden y viven en desorden. Este es el drama del Estado contemporáneo”. Del mismo autor puede consultarse *Derecho administrativo*. MAP. Madrid. 1991. p. 77 y 87; ID., *Amministrazione pubblica*. En *E.D.* 1964, p. 231: “en todos los Estados, en el siglo pasado, los juristas asistieron a un desarrollo inopinado de las administraciones públicas, y al intentar proporcionar una explicación plausible del hecho creyeron notar que las administraciones públicas de la dimensión mínima que habrían tenido en los ordenamientos jurídicos generales de la antigüedad, en el curso del tiempo, con un movimiento continuo, habrían incrementado sus dimensiones, hasta dar vida a los complicados engranajes de su tiempo”.

mica estatal, objeto de un régimen positivo que la articula con la legalidad, conocido como derecho administrativo. En este sentido podemos afirmar que el derecho administrativo es hoy, en su más elemental definición, el derecho de una activa función administrativa pública y de sus asuntos aledaños. De aquí que el estudio del derecho administrativo deba estar irremediablemente precedido del conocimiento de la administración pública, sus conceptos, funciones, finalidades y, en general, de la problemática que nos ofrece dentro del Estado moderno.

No obstante lo anterior, el crecimiento de la ideología neoliberal, y sobre todo, la consolidación de su modelo económico de libre competencia y de mercado, ha tenido profundas repercusiones en el papel de la administración pública respecto de sus responsabilidades y funciones de presencia ante la comunidad, llegándose a sostener prácticamente la desaparición de la administración activa bajo el concepto de un Estado mínimo. En nuestra opinión, los efectos de la economía de mercado en los destinos de la administración pública han significado sencillamente una mudanza de papeles, mas no un abandono del carácter estelar de la administración frente a las responsabilidades sociales; en este sentido el derecho administrativo se ha caracterizado por su dinámica y adaptabilidad a las nuevas circunstancias.⁶

Un importante sector de la doctrina sostiene la tesis de la crisis de este derecho administrativo asistencialista, en lo que denomina la huida del derecho administrativo, fundado en la realidad de varios fenómenos

⁶ LUCIANO PAREJO ALFONSO. "El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos", en *RAP*, n. 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 249. El papel del Estado y la administración en un régimen de mercado implica simples cambios cuantitativos en el papel de estos y su desaparición. En cuanto a la administración se refiere, el fenómeno incide sobre la operatividad de las políticas públicas, en especial sobre los servicios públicos, sin embargo, la decisión, regulación e inspección de los mismos pasan a ser las prioridades de la organización administrativa. Sobre este mismo tema puede consultarse el interesante análisis de SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Servicio público y mercado*, t. I, "Fundamentos", Madrid, Civitas, 1998, quien presenta el esquema doctrinal del pensamiento neoliberal en su tentativa de presentar un Estado mínimo, y por lo tanto alejado de sus responsabilidades frente a la sociedad. Estos pensadores, sostiene MUÑOZ, imaginan un Estado en progresiva retirada de su acción frente a la sociedad y el fortalecimiento de la empresa privada en la iniciativa y el control de sectores económicos fundamentales, lo que implica inevitablemente la desaparición del papel protagónico de la administración, su reducción como actor social y comunitario. La función pública se ve desplazada por la competencia y el mercado, que serán los nuevos abastecedores de las necesidades de la sociedad. En opinión de MUÑOZ, esta tendencia ideológica-económica se funda básicamente en los trabajos de FRIEDRICH HAYEK, M. FRIEDMAN, A. O. HIRSCHMAN y J. E. STIGLITZ, entre otros. Sobre el tema puede igualmente consultarse GASPARE ARIÑO ORTIZ. *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada, Fundación de Estudios de Regulación y Comares, 1999; al respecto sostiene que el principal efecto de la aplicación del mercado a la administración sería el de desburocratizar muchas actividades, reducir el gasto público, bajar los impuestos sin atentar contra el nivel de servicios; en otras palabras, reducir la función pública en beneficio de la dinámica de la economía, la cual debe brindarle soluciones a los problemas de la comunidad a través de la oferta privada de bienes y servicios en una economía de mercado.

advertidos en los sistemas jurídicos de influencia continental o francesa: el surgimiento de empresas públicas que ocupan los espacios de los particulares, inclusive acudiendo a su mismo régimen jurídico; la aplicación creciente del derecho privado para la realización de actividades típicamente administrativas; la privatización de espacios históricamente ocupados por las administraciones públicas y la operación de servicios bajo el esquema de la economía de mercado, sujetos a las reglas y principios del derecho civil y comercial, lo que implica que el papel de la administración resulta relativamente débil, en opinión de estos sectores, para la satisfacción de las necesidades sociales.⁷

3 Una aproximación al concepto del derecho administrativo frente a la Constitución Política

El concepto y la definición del derecho administrativo ha sido uno de los más complejos problemas de la doctrina en todos los tiempos. Los grandes puntos de divergencia de teóricos en apariencia homogéneos en las concepciones *ius* administrativistas se centran precisamente en la definición que adoptan de la disciplina. Esta calamitosa situación, calificada como de *crux iuris* para los estudiosos del llamado derecho administrativo, obedece al carácter dialéctico y cambiante de los contenidos y las materias propios en cada momento de la historia de la administración y del derecho administrativo, asunto este que los hace heterogéneos y mutables, de imposible conceptualización única.

El derecho administrativo no ha sido el mismo en todos los tiempos y lugares. En cada país, y según los parámetros constitutivos del objeto que se hubiere utilizado, adquiere connotaciones diversas e incluso tendencias divergentes. De esta realidad se deduce la imposibilidad del monismo conceptual y la aceptación del pluralismo como criterio sincrético en donde se conjugan los criterios orgánicos, funcionales y teleológicos en procura de una noción universal de nuestra disciplina.

Tratándose del derecho colombiano, el juego simultáneo de los criterios tradicionales de conceptualización del derecho administrativo están irremediablemente inmediatezados por el carácter teleológico que le imprime la Constitución de 1991. En este sentido, el concepto de derecho administrativo debe comprender, como parte de su descripción, el cumplimiento de los cometidos propios del Estado social y democrático de derecho, el interés general y el bien común. De aquí que resulte imposible

⁷ *Ibíd.*, p. 42. Sobre este tema puede consultarse igualmente SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996, p. 199 y ss.

un concepto que no se nutra de esta constante ideológica, que busca la consolidación del Estado social de derecho. Es así como, operativamente y dentro de esta concepción, entendemos el derecho administrativo como el subsistema normativo o rama del derecho positivo que tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la administración pública y de sus relaciones con los asociados y la comunidad.

De la definición propuesta se deducen varios elementos que ameritan ser considerados individualmente en procura de mayor claridad. En este sentido se distinguen cuatro importantes aspectos de la definición: el ser un derecho de la administración pública; el constituir un subsistema normativo; el ser una rama del derecho positivo, lo que genera de inmediato inevitables discusiones sobre el derecho público y el derecho privado; y, por último, las características de las relaciones con los asociados, los ciudadanos y la comunidad en general.

El derecho administrativo no es el derecho exclusivo del poder ejecutivo, como algunos tratadistas pretenden entenderlo. No es tampoco un derecho formal dirigido exclusivamente al estudio de la administración pública, entendida como un simple fenómeno orgánico. El moderno derecho administrativo va mucho más allá de los clásicos criterios doctrinales y acepta, la conjugación de elementos funcionales y finalísticos que permiten amplificar en forma notoria el ámbito de acción de nuestra disciplina.

En esta perspectiva, no solo estudia los órganos típicamente administrativos, sino también las funciones administrativas ejercidas por cualquier otro órgano o poder del Estado, o por los particulares como forma de participación en la gestión administrativa. Como consecuencia, es inevitable que aborde las múltiples relaciones que se puedan suscitar con los asociados, los ciudadanos y la comunidad en general en el ejercicio de las funciones administrativas.

De esta forma, interrelacionando órganos, funciones y fines tenemos que, en derecho colombiano, el concepto de administración pública, como objeto del derecho administrativo, es amplio y recoge gran parte de los principales órganos y actividades estatales. Por simple lógica, donde mayor contenido orgánico, funcional y finalístico encuentra el derecho administrativo nacional es en el poder ejecutivo (aunque no es el único poder donde se desarrolla actividad administrativa). En este sentido, sería el derecho de los siguientes órganos y sus respectivas funciones, finalidades, servidores y relaciones propias de su tráfico jurídico: sector central nacional de la administración pública: presidencia, vicepresidencia, ministerios, superintendencias, departamentos administrativos y órganos asesores y consultores de los anteriores.

Sector descentralizado nacional de la administración pública: a. Descentralización por servicios: establecimientos públicos, superintendencias con personería jurídica, unidades administrativas especiales con personería jurídica, fondos rotatorios o con personería jurídica y cualquier otro órgano creado con personería jurídica que tenga funciones administrativas; empresas industriales y comerciales del Estado cuando tengan atribuidas funciones administrativas; sociedades de economía mixta cuando tengan atribuidas funciones administrativas; entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, cuando tengan la naturaleza de establecimientos públicos o no teniéndola compartan el ejercicio de funciones administrativas por disposición legal; b. Sector descentralizado territorial: en este aspecto, el derecho administrativo tiene por objeto las entidades territoriales, esto es, los departamentos, municipios, distritos, territorios indígenas, provincias y regiones. Otras formas de organización territorial: asociaciones de municipios, áreas metropolitanas, corporaciones autónomas. Administraciones independientes: es decir, todos aquellos órganos con naturaleza jurídica especial que cumplan funciones administrativas: Banco de la República (función de banca central), etc.

Por otra parte, el derecho administrativo también tiene por objeto el estudio y la regulación de las funciones, finalidades, servidores y relaciones propias del tráfico jurídico de los órganos de control del Estado: contralorías, Procuraduría, Defensoría del Pueblo, veedurías, etc. Así como de los órganos electorales: Consejo Nacional Electoral, Registraduría Nacional del Estado Civil.

En sentido similar, constituyen objeto del derecho administrativo las funciones administrativas ejercidas por órganos y sujetos de los poderes legislativo y judicial, tales como la Cámara de Representantes, el Senado de la República y el Consejo Superior de la Judicatura, y las demás funciones administrativas que cualquier órgano, corporación o sujeto público o privado (particular) tenga atribuidas o ejercite. Bajo este criterio funcional quedaría comprendida toda otra actividad administrativa que desarrolle cualquier órgano del Estado.

Es de advertir que lo referente a la administración pública descrita, en principio, es objeto del derecho administrativo (régimen de responsabilidad, personal, relaciones jurídicas, controles, contenido de sus funciones, etc.). Como se estudiará más adelante, este derecho se exceptiona en algunas materias que son reguladas por otros subsistemas jurídicos, aspecto que no desnaturaliza ni le quita importancia al derecho administrativo.

Como conclusión, se podría afirmar que en Colombia el derecho administrativo es un derecho que no coincide en su objeto con el poder

ejecutivo del Estado, sino con la misma división de poderes. Nuestro derecho administrativo es un derecho que tiene su objeto en todos los órganos del Estado (en algunos con mayor intensidad que en otros), precisamente porque no se limita a un criterio orgánico, sino que conjuga armónicamente los demás criterios doctrinales de manera significativa e importante a la luz de los postulados, principios y finalidades constitucionales.

4 La Constitución Política como fundamento del derecho administrativo

Como la mayoría de las instituciones políticas y jurídicas, la Constitución, tal y como la entendemos contemporáneamente, es el producto de largos procesos de evolución y decantación conceptual; la idea de Constitución emanada de los acontecimientos de finales del siglo XVIII y principio del XIX no es más que el resultado de su formación histórica que nos entrega un producto hecho, aunque no terminado, que aún en nuestros días se perfecciona y se mejora. El devenir de las instituciones políticas nos señala un claro derrotero a través del cual, en diversos estadios de la humanidad, precarios antecedentes de Constitución se dieron y lograron un importante espacio en lo político y lo jurídico. En este sentido podemos afirmar con propiedad que la cultura jurídica de Occidente desarrolló un concepto de Constitución que reúne en su postulación contemporánea todo un inmenso mundo de experiencia obtenida en siglos de desarrollo.

Primarias manifestaciones constitucionales (antecedentes del fenómeno constitucional del Estado liberal) se observan en las culturas de la antigüedad; Grecia y Roma ostentaron institutos que han sido considerados por la doctrina como característicos de lo que hoy entendemos por Constitución, obviamente sin los elementos esenciales que a partir del siglo XVIII se le atribuyen como determinantes para su naturaleza contemporánea. En la cultura griega, destaca Tamayo y Salmorán, se da el caso significativo en la *politeia* que se ha asimilado a lo que contemporáneamente denominamos Constitución. Esta expresión que recoge la forma de ser de la *polis* griega se predica del conjunto de ciudadanos que la integran de manera específica, identificando su forma particular de existencia como cuerpo político. “De todos los significados que puede tener la palabra *politeia* ella significa la *polis* tal como realmente es, su forma de ser”.

En este sentido se ha considerado un término pluricaracterístico de la realidad de la *polis*: su estructura, su funcionamiento, su organización

como cuerpo continente de ciudadanos. La *politeia* identifica a cada *polis*, de manera tal que una *politeia* no puede ser similar a otra, en la medida en que dos *polis* no pueden ser iguales. No obstante, los rasgos tipificantes de la *politeia*, en sí misma considerada, han llevado a que se observen en ella algunos elementos estructurales de su descripción de *polis*: distribuye las funciones u oficios de los ciudadanos, describiendo lo que corresponde hacer a cada ciudadano como función propia y que lleva a identificar la *polis*. “Puede decirse que al determinar las funciones del cuerpo de ciudadanos, la Constitución se convierte en el esquema de la *polis*”; en este sentido funciona como un plan de comportamiento de la misma, constituye un marco ideal u orientador de la *polis*. Fuerza conductora o “alma de la *polis*” o “estilo de vida”, un verdadero espíritu moral; también se le atribuye como el marco de la administración o gobierno de la *polis*. Denota la idea de un cuerpo de leyes o normas legisladas e incluso de ley especial; en estos contextos, y teniendo en cuenta su carácter de distribuidora de funciones, la *politeia* implica igualmente fuente de competencias para las distintas dignidades administrativas y de gobierno de la *polis*. De esta forma, “cuando los griegos dicen *politeia* se refieren a las funciones de la *polis*, las cuales se basan en ciertas leyes; son estas las que precisamente, establecen estas funciones, estructurando, así, la comunidad política”.⁸

En la cultura romana se plantea una situación similar a la griega: el concepto de *res publica* recoge la manera de ser de la *civitas*. *Civitas* y *res publica* retoman contenidos similares a los de *polis* y *politeia*, respectivamente. A lo anterior debe agregarse el concepto de *comitia*, que integraba *civitas* y *res pública*, en cuanto identificaba el conjunto ordenado y estructurado de los ciudadanos a manera de cuerpo político o asamblea. Estos conceptos fueron evolucionando, demarcando el contenido del término *constitutio onis*, que fue utilizado por los romanos y cuyo significado proviene de la evolución institucional de esta cultura.⁹ Aunque en un comienzo la idea de la Constitución (*constitutio*) difería de *politeia*, en la medida de la consolidación jurídica la *res publica*, esto es, la estructura o forma específica de la *civitas romana*, se consolida como su *politeia*. En este sentido *constitutio* se identifica con la potestad legislativa del emperador, e igualmente con el

⁸ TAMAYO Y SALMORÁN. *Introducción al estudio de la constitución*. México. UNAM. 1986. p. 23-37.

⁹ La palabra Constitución proviene del derecho romano y del latín, su idioma. Específicamente es una proyección al castellano del verbo *constituere* que se forma de las partículas *cum*, que significa con, y del verbo *statoere*, que viene de *status us (desto)*, y que significa postura, actitud, estado, situación. De esta forma *constituere* significará poner, colocar, levantar, construir, fundar. Acudiendo a estas acepciones, señala Tamayo y Salmorán, (Cit) los romanos dieron a la palabra algunas importantes utilidades al identificar con ella la convención, el acuerdo o el pacto, al igual que construir, fundar, instituir o disponer; ejemplo, *constituere oppideum* (JULIO CÉSAR): fundar una ciudad; *constituere coloniam* (CICERÓN): fundar una colonia; *constituere urbem* (NEPONTE): fundar una ciudad (*Introducción*, cit., p. 38-39).

reconocimiento de derechos a comunidades determinadas (*constituere coloniam* o *urbem*) o su fundación o establecimiento. Antecedentes estos que, como veremos, se trasladaron sustancialmente a la Edad Media. El dotar de Constitución a un pueblo o *civitas* era otorgarle privilegios, o reconocerle otros distintos de los que detentaba tradicionalmente.

En el Imperio de Oriente, señala Tamayo y Salmorán, las constituciones, además de convertir diversas comunidades en *civitates*, se van a ocupar específicamente de regular la marcha y organización del imperio. Todo lo que es importante se hace mediante constituciones; las constituciones agotan la función legislativa del imperio; se ocupan en gran parte de la administración y del ordenamiento económico y social del imperio. Esta tendencia del legislativo se aumentará en el derecho: le otorga certeza al mundo de lo jurídico. De aquí que se acudiera a su compilación (*codices gregorianus* y *hermogenianus*, o el de Justiniano, que es sin lugar a dudas un punto de referencia de suprema importancia).¹⁰

Tanto en Grecia como en Roma, lo que podríamos denominar como “Constitución”, esto es, su *politeia* o *res publica*, respectivamente, comprendía básicamente la descripción de esas especiales maneras de ser y de comportamiento político de sus respectivas comunidades. No alcanzaba a ostentar contenido y forma de lo que actualmente conocemos como norma jurídica; en este sentido nuestra institución llega al medievo histórico. Con estas características la reciben el derecho y los juristas medievales, que habrán de introducirle una dinámica diferente hasta llegar a su sentido contemporáneo. Del derecho romano, el pensamiento político de la Edad Media recoge la concepción de “otorgamiento o concesión”, y la conjuga con la, novedosa para la época, de pacto o convenio, llegándose a la interesante fórmula de “Constitución” como otorgamiento de privilegios o prerrogativas y de obligaciones a gobernantes o súbditos, e incluso a comunidades y gremios, de carácter pactado o acordado: la Constitución como “concesión pactada”. El ejemplo romano para esta idea es ostensible: al carácter de instrumento otorgado que se desarrolló en la mentalidad romana frente a la *civitas*, en el sentido de “darle una Constitución” a las ciudades y comunidades organizadas, el pensamiento medieval le introduce el elemento negocial; para llegar a concebir una legislación que explica las relaciones del poder de los sujetos en la comunidad política (ciudades), pero no emanadas de esos sujetos o pueblo, sino otorgadas por el soberano, generalmente previo acuerdo o pacto con sus súbditos o grupos interesados.¹¹

Adicionalmente a esta idea de Constitución, debe agregarse la evo-

¹⁰ *Ibid.*, p. 37-54.

lución, así mismo de antecedente romano, que la Iglesia le imprimió al concepto de Constitución. La Constitución se convirtió en este sentido en la legislación básica interna de la Iglesia, que reglamentaba sus órganos e instituciones, desarrollando competencias y responsabilidades a sus servidores y jerarquías. Esta idea canónica fue posteriormente abordada por el derecho germánico y anglosajón, contribuyendo a la edificación del concepto de finales del siglo XVIII, inicialmente en Estados Unidos y posteriormente en Francia y en el continente europeo.

Ahora bien, en este sentido, es decir, como documentos otorgados, aunque previamente negociados o pactados, a través de los cuales se reconocían prerrogativas, derechos y obligaciones a comunidades y súbditos, la Constitución (pacto, fuero o carta) comenzó a consolidarse como un eficiente medio limitante del poder del monarca. La Carta Magna de 1215 es un claro ejemplo de esta naturaleza limitante. No solo se trata de un documento otorgado por el rey Juan a los barones ingleses, donde les concede derechos, sino que se trata de una Carta previamente negociada. Negociaciones en las que el Rey perdía ciertos privilegios, lo que lo hacía de entrada no totalmente absoluto, sino circunscrito a las reglas de conducta que se acordaban.

Por otra parte, este sentido de carácter encauzador del poder lleva, en una posterior etapa, a sostener su carácter de “ley fundamental del reino” o legislación especial, que implicaba un punto compromisorio básico para el ejercicio del poder. En este sentido, como lo expresamos al tratar los desarrollos del derecho inglés, en el caso del *Instrument of Government* de Cromwell, tiempo después de la Edad Media y que se recogió en sus fueros. En Inglaterra esa idea emana de la misma Carta Magna, y se consolida en las elaboraciones consuetudinarias de su *common law*. Implicaban esta para el soberano no poder ir en ningún momento contra esas elaboraciones, que por estos motivos se convirtieron en básicas.

Con todo este acervo de caracteres, el concepto de Constitución incursiona en la Edad Moderna e inicia su proceso de consolidación a la par del fenómeno estatal. Si bien es cierto que continuó durante largo tiempo vinculado al fenómeno de la “concesión graciosa” del “pacto”, de “reconocimiento de prerrogativas” y de “legislación básica”, características

¹¹ En España fueron famosas las cartas o fueros que se le otorgaron a importantes ciudades fronterizas y de conquista. Burgos, Valladolid, Madrid y Barcelona, entre otras, gozaron de otros privilegios. En la práctica, reinos como Castilla, que comprendía más de cien ciudades, reconocieron a todas ellas sus fueros. En Francia se dio un caso similar: Marsella, Narbonne, Tolouse o Montpellier, y otras muchas ciudades, llegaron a tener mediante reconocimiento sus propias cartas y constituciones, y así prácticamente en toda Europa: “Podemos señalar que ‘Constitución’ significa un instrumento, generalmente de tipo legislativo, por medio del cual se otorgan ciertas franquicias o privilegios — estimados como derechos reales — a los individuos de una comunidad política — burgos, villas o ciudades —” (ibíd., p. 59).

que acompañaban el constitucionalismo del Estado absoluto, es tan solo en el conflicto decadente de este que se transforma de modo sustancial y naturalístico el fenómeno. La Constitución en este proceso de ruptura del modelo absoluto se convierte, ante la necesidad de seguridad y certeza, en el punto de partida de la institucionalización del poder. De pacto generador de concesiones graciosas del soberano o rey para la comunidad o *civitas*, precisamente como producto del ejercicio individualizado del poder soberano, se pasa a la naturaleza “pactista” o contractual, pero del pueblo como depositario de la soberanía. No es entonces más fenómeno concesional: todo lo contrario, se trata de la organización e institucionalización del poder político a partir de la idea iusnaturalista de que el pueblo es el único depositario y generador del poder político; en consecuencia, el único capacitado para ejercerlo conjuntamente, organizándolo, proclamándolo y enunciando los derechos políticos e individuales que le corresponden. En la nueva versión de Constitución el rey ya no es, por lo tanto, el origen del poder; es simplemente un servidor del poder organizado en el texto originado a partir de la voluntad general manifestada en la Constitución Política. Para el Estado subsiguiente al absoluto significa su propio establecimiento por la voluntad y el consenso del pueblo.¹²

Este proceso de Constitución, vinculado a la institucionalización del poder y el abandono de su noción medieval, de profundas características romanas, no es posible determinarlo cronológicamente con fechas exactas, pues se trata de resultados dialécticos en los cuales es posible identificar preferentemente sus elementos determinantes. Lo cierto resulta ser la articulación de circunstancias del siglo XVII y XVIII, entre las cuales podemos indicar la utilización romana y medieval de *constitutio* que proporcionaba seguridad a través de la legislación, e igualmente el concepto de supremacía o carácter básico de la misma; idea esta de características singulares y que vendría a servir para justificar en el Estado liberal el principio de la edificación jurídica del mismo, en cuanto la admisión de la Constitución como norma de normas o punto de imputación primaria de la totalidad del sistema jurídico. Es sin duda alguna esta progresiva utilización medieval una de las causas más importantes en la construcción del contemporáneo sentido de la Constitución Política.

Por otra parte, coadyuva a estas transmutaciones del concepto la indubitable influencia de la filosofía política de la Ilustración, que precisamente retoma la *politeia* y la *res publica* y le imprime los sentimientos y

¹² ROUSSEAU. *El contrato social*.

contenidos propios de la razón humana. La sociedad política solo podía ser entendida y conformada sobre la base de los contenidos de la racionalidad de los componentes del conglomerado soberano, esto es, el pueblo mismo. Es el hombre, conforme a sus necesidades, el que debe darle forma a la *politeia* o *res publica*. El poder resulta de esta forma un problema de laicos y no de la naturaleza divina con que justifica el rey su detentación en el Estado absoluto.

Este carácter naturalístico de las cosas públicas implicó la proclamación de derechos naturales, lógicos y racionales del hombre, como tal y como sujeto político. No puede entenderse una sociedad política que niegue o desconozca todos aquellos derechos fundamentales que la razón humana entiende como connaturales al hombre. Estas ideas que fueron proclamadas por los filósofos de la época le otorgan al fenómeno constitucional el impulso indispensable para que por intermedio de sus contenidos tipifique estas nacientes necesidades predicadas por los racionalistas. La Constitución debía, en consecuencia, ser el reflejo de la razón humana que daba cabida a la plenitud de sus instituciones, derechos y libertades. El concepto de “voluntad general”, que se desarrollaría como la voz del pueblo, no es otra cosa que el instrumento de los depositarios de la soberanía para expresar su razón, que se debía contener en la Constitución.¹³

Por último, y de manera decisiva en cuanto constituyó el conducto directo para el surgimiento de la primera Constitución Política de corte liberal, es necesario destacar la influencia de la tradición política inglesa y las prácticas constitucionales de las colonias norteamericanas. La tradición inglesa, en cuanto logró condensar a través de los siglos todo un sistema de limitaciones al poder y de derechos que constituyeron la base de todo el proceso constitucional moderno: proceso evolutivo que se inicia en el medievo con el otorgamiento de la Carta Magna (1215), que no fue otra cosa que la reafirmación de la vieja Carta de Enrique I a través de la cual se le concedía a los barones derechos y privilegios.

Esta Carta fue jurada por el rey Juan en la pradera de Runnymede en 1215, constituyéndose a partir de ese momento en el documento más importante de los inicios del constitucionalismo en la medida en que a través de limitaciones al monarca extrae importantes derechos y privilegios para la clase dominante por entonces, esto es, el clero y los barones, baluartes del régimen feudal predominante. En este sentido la “Carta Magna” si bien es un importante antecedente del constitucionalismo, hay que entenderla dentro del contexto medieval en que fue concedida,

¹³ Idem.

como otorgante de privilegios y no como documento de “libertades” en términos del derecho público moderno. Documento que generaba derecho recíproco tanto para el soberano que debía obedecerla y respetarla como para sus súbditos que encontraban en ella una importante fuente de los derechos subjetivos.

Estas luchas entre las clases dominantes y el monarca no se agotaron con la Carta Magna. La historia inglesa a partir del medievo nos muestra el incansable avance de aquellas en materia de prerrogativas y de participación en las instancias decisivas del reino. Así, a partir del siglo XIII se logra el traslado de la potestad legislativa al Parlamento. En el siglo XVII, en el cual los jueces ya habían declarado la supremacía del *common law* sobre el rey, las tensiones entre el soberano y el Parlamento son casi que cotidianas. Por esta época el punto de conflicto lo ofrecía el “gasto público” o “gastos reales”, como se los denominaba. El Parlamento argumentaba su soberanía o poder histórico de decretarlos y el deber del monarca de obedecer los parámetros de aquel.

De esta forma, en 1628, y previa redacción de sir Eduard Coke, se le propusieron al rey las llamadas “Peticiones de derechos” (*Petitions of Rights*), las cuales pasaron a constituirse en una de las leyes fundamentales del reino, encauzando nuevamente al rey por los senderos del derecho, restringiendo sus potestades y fortaleciendo el Estado inglés, que era sin duda por esta época un ejemplo para seguir; cosa que hicieron los teóricos políticos de manera singular en sus trabajos.

La determinación de espacios de poder entre el rey y el Parlamento fue sin duda la constante inglesa en ese siglo. En 1642 estalla la guerra civil de mayores repercusiones políticas en Inglaterra. Esta revolución llevó al triunfo del Parlamento y a la ejecución del rey Carlos I en 1649; terminó en manos del militarista Oliver Cromwell, quien asumió plenos poderes en 1653, y condujo a proferir en el mismo año el llamado *Instrument of Government*, documento que por su carácter de suprema ley, en la medida en que podía ser modificado por el Parlamento y distribuía el ejercicio del poder, es considerado como la primera Constitución del mundo moderno. Constitución que duró hasta la muerte de Cromwell, pues después de este se instauró nuevamente la monarquía.

Vuelta la normalidad en 1679, el Parlamento se ocupa, ante la ausencia de un verdadero estatuto de derechos personales, y por influencia de los contenidos de la Carta Magna, de una declaración de derechos. De esta forma se expide el llamado *Habeas Corpus Act*, que contenía garantías procesales para los ciudadanos del reino. Esta declaración de derechos se completó en 1689 con el *Bill of Rights*, producto del triunfo parlamentario

sobre el rey en la llamada “Gloriosa revolución” de 1688-1689. El *Bill of Rights* puede ser considerado como la verdadera declaración de derechos de la nación inglesa, producto del Parlamento. Por otra parte, de manera simultánea, se adoptó por el Parlamento la *Declaration of Rights*, que en la práctica restauraba las viejas prerrogativas del pueblo inglés, desconocidas por el monarca; desconocimiento que provocó los continuos enfrentamientos entre el rey y el Parlamento.

Todo este acervo de filosofía política que proclamaba una incansable búsqueda de la institucionalización del poder y la racionalización de las instituciones reconociendo el dominio de un derecho connatural al hombre, que no podía ser violentado por el ejercicio del poder político, fue retomado principalmente por John Locke, quien de esta forma se transformó en el teórico racionalista de la revolución inglesa y posteriormente, sin quererlo, de la norteamericana, sucedida casi un siglo después de sus obras. Locke influyó, por su parte, en el pensamiento continental de Rousseau y Montesquieu. Este contexto de filosofía racionalista, experiencia romana y griega, y evolución inglesa, se convierte en el determinante del constitucionalismo moderno, que encuentra sus primeras manifestaciones en las constituciones escritas de las colonias norteamericanas y en la de Estados Unidos de 1787.

En Norteamérica, las colonias inglesas conocieron una especie de “otorgamiento”, al estilo medieval de las “cartas” que la Corona otorgó a las distintas compañías colonizadoras y donde se especificaban las competencias de las compañías en la organización política de las colonias. Las cartas, también conocidas como *covenant of plantation*, eran consideradas como las leyes supremas de cada colonia y respecto de ellas los parlamentos de las colonias o *Lower houses* debían respeto y sometimiento, reconociendo su carácter supremo y determinando en consecuencia el ejercicio del poder legislativo y la misma organización administrativa de la respectiva colonia.

Tamayo y Salmorán las considera como las primeras constituciones escritas, no solo por su carácter obligatorio, sino por la superioridad del régimen jurídico colonial. De esta forma el concepto de supremacía ya era común y de utilización en Norteamérica como un producto de toda la evolución que en ellas se concentró en las llamadas cartas constitucionales. Esta supremacía constitucional “fue asegurada por la tradición del *common law*, lo cual debe considerarse decisivo en la formación jurídica de la colonia”. En la práctica las cartas constitucionales eran derecho aplicable por los jueces; de aquí el carácter jurídico que adquirieron desde entonces, siendo una de las características sustanciales que heredó el moderno constitucionalismo americano y que hoy tipifica el de las naciones contemporáneas.¹⁴

Las “cartas constitucionales coloniales”, que fueron, como decíamos, otorgadas por el monarca y que constituyeron la máxima norma jurídica de la colonia sirvieron de sustento a las cartas que el pueblo de cada uno de estos territorios se dio soberana y autónomamente: Virginia, 1776; New Jersey, 1776; Delaware, 1776; Pensilvania, 1776; Maryland, 1776; Georgia, 1777; New York, 1777; Massachusetts, 1780; New Hampshire, 1784. Y, además de estas, la Constitución federal de Estados Unidos de 1787. En este contexto se consolida por primera vez en la historia de la humanidad el fenómeno constitucional como ley suprema escrita proveniente del consenso o voluntad general del pueblo, que organiza e institucionaliza el ejercicio del poder político y recoge los derechos naturales del hombre como ser social.

La experiencia norteamericana e inglesa contribuyó a que formalmente los revolucionarios franceses acudieran al concepto de Constitución en su novedosa presentación norteamericana y la adaptaran a su proceso institucionalizador. En Francia, la influencia norteamericana los lleva a abandonar los conceptos históricos de leyes fundamentales del reino, noción conservadora de un régimen de cosas, por una noción nueva y creadora: la de Constitución como edificadora del nuevo orden institucional; como fruto del pueblo soberano, que construye un nuevo orden, que somete el ejercicio de todos los poderes. Se trata por tanto de un instrumento creador de un nuevo orden jurídico. En este sentido, para los franceses la Constitución es una “ley de forma especial”, proveniente de un órgano también especial que organiza el ejercicio de las funciones estatales. Esto es, obtiene su carácter por vía excepcional de sus autores (cuerpo constituyente), y de las reglas de competencia que contiene para el ejercicio del poder. Sin embargo, como lo reconoce la doctrina constitucional, el problema del trasplante del fenómeno constitucional norteamericano al derecho francés significó un trauma natural en determinados sentidos del fenómeno.

Mientras en el constitucionalismo americano el carácter de norma jurídica suprema resultaba indubitable, en Francia hizo que la Constitución adquiriera más un contenido político, un ideal o postulado programático, un ideario doctrinal; concepción romántica que rompía el carácter pragmático y normativo jurídico del constitucionalismo americano. Esta situación dicotómica ha planteado, para el constitucionalismo moderno, el manejo e incluso la articulación de dos claros conceptos de Constitución: la primera de carácter normativo jurídico, y la segunda de contenido

¹⁴ TAMAYO Y SALMORÁN. *Introducción*, cit., p. 86.

preponderantemente ideológico; la primera norteamericana, la segunda francesa y continental. Conceptos normativos y materiales que han dividido la doctrina en la búsqueda del espacio conceptual apropiado del fenómeno constitucional.

El concepto normativo jurídico de origen norteamericano — que, dicho sea de paso, logró consolidarse en América y en los países del área de su influencia, a diferencia de lo que sucedió en Europa — significó, como lo indicamos en el resumen, la confluencia de una serie de variables históricas que formaron un todo armónico que hoy conocemos como “Constitución moderna”; un todo que, no obstante provenir del mundo consuetudinario inglés que conservaba su sustancia romanística en la base de su derecho (*common law*), toma del sistema continental sus formas escritas y las introduce como determinantes de la garantía de certeza que debe contener el pacto popular que la Constitución comprende.

Esta mentalidad jurídica de aceptación de la forma cierta de lo escrito no fue tampoco un producto de la improvisación norteamericana; todo lo contrario, nació de la necesidad del rey inglés de delimitar el ámbito de la actuación de las empresas coloniales y organizar la vida política de los súbditos que colonizaban los nuevos territorios americanos. De esta forma, le correspondió al pueblo de las colonias desarrollar un contexto jurídico de normatividad escrita, que además era considerado como básico, fundamental y punto de partida de su derecho, esto es, norma jurídica; por esta razón no le fue difícil ni extraño adoptar para su vida independiente y soberana un texto constitucional que incorporaba reglas de organización y funcionamiento de los poderes públicos y los derechos naturales que racionalmente les correspondían como seres políticos e individuos de la especie humana.¹⁵

Es precisamente de esta evolución que surge para el constitucionalismo moderno la noción de Constitución Política como “norma jurídica”: en la medida que los jueces del *common law* la consideran norma básica y de obligatoria aplicación, se traslada su naturaleza al mundo de lo estrictamente jurídico, haciendo que la totalidad de sus contenidos normativos, sin excepción alguna, tengan fuerza y eficacia jurídica y no meramente programática o doctrinal, es decir, sean de aplicación y condicionen la validez jurídica de todo el sistema normativo que de ellos depende.

Ahora bien, por su forma de incorporación constitucional, algunas de sus disposiciones pueden generar directamente la obligatoriedad y cumplimiento que disponen; otras, por el contrario, requerirán de opera-

¹⁵ ROBERTO L. BLANCO VALDÉS. *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994, p. 114-128

ciones concretizadoras mediante normas complementarias que el mismo sistema normativo debe generar; sin embargo, este problema no le quita a la totalidad del contenido constitucional su carácter de normas jurídicas. Por otra parte, si se analiza en concreto el texto constitucional, vamos a encontrar que son numerosas las disposiciones que en su estructura recogen los contenidos típicos de las normas jurídicas, en la medida que disponen, mandan, prohíben o declaran, como en los derechos fundamentales, pero adicionalmente establecen mecanismos de coacción para el estricto cumplimiento de lo dispuesto. Si a esto agregamos la existencia de la jurisdicción constitucional, como jurisdicción natural de coacción para el respeto constitucional, no nos puede quedar duda de que la Constitución Política es también, y sustancialmente, un texto jurídico.

En el caso de la Constitución colombiana de 1991, este planteamiento no nos deja duda alguna: no sólo se declara su carácter normativo, sino que se incluyen disposiciones que llaman a la aplicación y eficacia de tales normas como fuerza jurídica, es decir, reguladora de la vida cotidiana. El preámbulo de la Constitución empieza determinando el contexto normativo como un “marco jurídico”, expresión que no deja abierta discusión alguna sobre las intenciones y sentimientos del constituyente respecto de este tema de nuestro derecho constitucional. Similar conclusión se puede extraer del artículo 4º superior que de modo expreso define a la Constitución como “norma jurídica”, es decir, le imprime específicamente la fuerza vinculante necesaria de regulación y ordenación del Estado y de coacción para que sus disposiciones no se agoten en meros postulados programáticos: “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.¹⁶

Algunas otras disposiciones reafirman este carácter vinculatorio jurídico de la Constitución; así, por ejemplo, el inciso 2º del artículo 4º superior obliga a todas las personas a someterse al sistema jurídico colombiano a cuya cabeza se encuentra la Constitución: “Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. Se reafirma en esta disposición la fuerza no solo de la Constitución como norma jurídica, sino también de todo el sistema que de ella se desprende; se pretende, de esta manera, fortalecer su eficacia normativa. Algunas otras disposiciones reafirman este carácter; por ejemplo, el artículo 95 contiene dos expresas referencias a este carácter obligatorio y generador de efectos jurídicos de la Constitución:

¹⁶ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1988, p. 50-55. Cfr. también BLANCO VALDÉS. *El valor*, cit.

“El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades”; y en el 2º reafirma: “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”.

Frente al ejercicio de los poderes se presenta la situación de una directa sujeción de las disposiciones constitucionales, que no solo las instituye sino que determinan en buena parte su régimen de competencias. Igualmente se observa este mismo carácter respecto de los servidores públicos, los cuales, según lo dispuesto en el artículo 121 constitucional, se encuentran vinculados en primer grado de manera funcional a lo que la Constitución Política disponga: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

En diferentes oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado reafirmando el carácter de la norma jurídica del texto constitucional; en sentencia de mayo de 1992 indicó la corporación que al instituir el ordenamiento estatal la Constitución “funda” el ordenamiento jurídico de este. “La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla, o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados”.¹⁷ En sentencia de junio del mismo año se ratificó este concepto, indicando que la Constitución es una norma directamente aplicable; de aquí que una de sus características sea su obligatoriedad y eficacia.¹⁸ Y en pronunciamiento de 1993, que se ha venido ratificando por la Corte: “La Constitución es norma de normas, pero en modo alguno es norma ordinaria que solo se distingue de las demás en razón de su jerarquía formal. La Constitución es el eje central del ordenamiento jurídico [...] La Constitución como eje central del ordenamiento debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado”.¹⁹

A este esquema de pronunciamientos debemos agregar lo dispuesto por la Corte Constitucional respecto del valor jurídico del preámbulo constitucional. Habíamos anotado en el acápite correspondiente a la teoría pura del derecho cómo nuestro tribunal constitucional le daba no solo importancia sino también valor jurídico al contenido del preámbulo; de esta forma se amplía enormemente el ámbito jurídico que se desprende del texto constitucional: “Juzga la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustenta el orden que la Carta instaura, y, por tanto, toda norma — sea de índole legislativa o de otro nivel — que

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-006 del 12 de mayo de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-434 del 25 de junio de 1992, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-531 del 11 de noviembre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”.²⁰

El concepto de Constitución no se agota sin embargo en la norma jurídica; la evolución constitucional nos ofrece otro elemento característico: el de la Constitución como “norma suprema”. En este sentido se le considera el punto inicial básico o supremo de la totalidad del sistema jurídico, la ley máxima o suprema. De rango superior al de cualquier otra norma del sistema, cabeza indiscutible del sistema jurídico y de cuantos subsistemas se logren articular en su interior. Expresión que la Constitución Política colombiana de 1991 reduce en el ya transcrito artículo 4º, cuando estipula que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, idea indiscutible de la supremacía llevada a la norma del ordenamiento positivo constitucional.

Esta supremacía, en la pretensión de ser completa y verdaderamente integradora de un sistema normativo jurídico, implica su análisis desde dos perspectivas complementarias: la formal, que nos señala el texto constitucional como punto supremo de imputación y unos niveles inferiores o grados jerárquicos de producción normativa de manera tal que en cada uno de ellos se identifica un escalón en la cadena normativa del sistema; y por otra parte la material, sustancial o de contenido, que nos enseña que la supremacía constitucional no se agota exclusivamente en la existencia de una pirámide de integración del sistema jurídico sino que va más allá: la Constitución determina el contenido de las normas producidas en los niveles inferiores. Mientras la supremacía formal indica un condicionamiento externo, el material nos ubica en las entrañas mismas de la norma en su espíritu. El elemento material condiciona en esta forma los procesos interpretativos e integradores del sistema normativo.²¹

La supremacía en los anteriores términos ha sido abordada por nuestra Corte Constitucional. Al respecto, en sentencia de mayo de 1992 indicó la corporación que “La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas y ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad [...] La Constitución, como *lex superior*, precisa y regula las formas y métodos de producción de las

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-479 del 6 de agosto de 1992, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma*, cit., p. 39-59.

normas que integran el ordenamiento y es por ello ‘fuente de fuentes’, *norma normarum*’.²² “La Corte como guardiana de la integridad de la Constitución tiene la misión de confrontar las leyes con sus preceptos y excluir aquellos que los quebranten, lo que garantiza que la Carta siempre se mantenga como parámetro objetivo de la validez de las restantes normas del ordenamiento y que en todo momento pueda distinguirse lo que es obra del poder constituyente y lo que entra en el campo de los poderes constituidos”.²³

Ahora bien, el carácter de supremacía sustancial encuentra dos aspectos básicos y fundamentales, predicados como esenciales por los ideólogos liberales del siglo XVIII. Se trata de la postulación de derechos y garantías ciudadanas y la consagración de la distribución del poder como mecanismos indispensables para la limitación de poder y la lucha contra el absolutismo. En el proceso evolutivo de la Constitución normativa estos principios han permanecido como esenciales y determinantes de toda la elaboración normativa del sistema jurídico.

Estas características, predicables del concepto de Constitución como norma jurídica (en sentido contrario a la Constitución simplemente ideológica), influyen definitivamente en las actuaciones administrativas, en la medida en que la Constitución sin necesaria intermediación de la ley le introduce a esta dinámica y le determina algunos de sus principales derroteros y finalidades. Como lo señala Parejo Alfonso, la legalidad de la administración, esto es, su vinculación a una norma superior, no excluye su vinculación “aún más fuerte” a la Constitución; de aquí que siempre la administración deba adecuar sus decisiones y actuaciones a la misma Constitución.²⁴ De esta postura prácticamente rectora de la actividad administrativa que adquiere la Constitución frente a la administración pública se puede deducir el papel determinante que para el derecho de la administración adquiere directamente la Constitución; papel no sólo formal sino sustancial de aquí que no aceptemos el planteamiento histórico de Otto Mayer, en el sentido de que el derecho constitucional pasa mientras el derecho administrativo permanece.

Eventualmente, desde una perspectiva eminentemente formal, es posible que tenga esta apreciación alguna aproximación a la realidad; sin embargo, desde el punto de vista sustancial no: el derecho administrativo, como subsistema jurídico orientado por la Constitución, está en relación de comunicación rectora permanente con aquel, de manera tal que los cambios que se produzcan en las materias constitucionales pueden, más

²² Corte Constitucional. Sentencia C-006 del 12 de mayo de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-531 del 11 de noviembre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

²⁴ PAREJO ALFONSO. *Manual de derecho administrativo*. Madrid. Ariel 1994. p. 109-113.

bien deben, producir los cambios de rumbo en el derecho administrativo, en la misma proporción y sentido que en su norma base.

Esta extraña relación entre nuestra disciplina y la constitucional ha llevado a algún sector de la doctrina a plantear la existencia de unas verdaderas bases constitucionales del derecho administrativo. Bases identificables a partir de los supraprincipios caracterizadores del Estado, adoptados en el texto constitucional. Supraprincipios que constituyen a su vez los sustentos centrales del carácter normativo jurídico del sistema constitucional y jurídico, vinculando consecuentemente a la totalidad de la administración pública y del derecho administrativo.

Destacamos su carácter jurídico no sólo por el simple hecho de estar incorporados en la Constitución misma, sino en cuanto son los postulados primarios tenidos en cuenta por el constituyente al momento de su gran obra: la edificación del modelo de Estado deseado; postulados que vincula a todos los demás y el ejercicio mismo de los poderes. Como lo señala Santamaría Pastor, tienen la virtud de “ser fuente de potestades de los diferentes poderes públicos”; “criterios de interpretación de todo el sistema normativo”; “directrices de la actuación positiva de todos los poderes públicos”; y “límites jurídicos de toda la actuación pública”. En consecuencia, la temática de las bases, en cuanto a su obligatoriedad y determinación de la totalidad del ordenamiento, diseña la más importante interrelación de principios de contenido programático, pero con la virtud de generar derechos, de obligar y decidir la orientación del Estado, y consecuentemente de la administración pública.²⁵ Todas estas características de la Constitución normativa fueron despreciadas durante muchos años por el constitucionalismo continental europeo que, como observamos, se sumió en un comienzo en un concepto de Constitución eminentemente doctrinal, ideal o romántica (primera Constitución francesa), degenerando posteriormente, por razones históricas propias de su evolución, en un constitucionalismo meramente formal o aparente. El constitucionalismo de la restauración monárquica, e incluso el del mismo período napoleónico, se caracteriza por la ausencia de voluntad popular en su formación (se trata de cuerpos normativos impuestos), con lo cual se retorna a un sistema de otorgamiento constitucional. De esta forma, las constituciones eran simples símbolos políticos pero sin fuerza normativa jurídica clara; es tan solo en el siglo XX, en especial por la influencia norteamericana posterior a la Segunda Guerra Mundial, que retorna el concepto normativo al constitucionalismo europeo; esto, sin embargo, sin desconocer traba-

²⁵ SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos de derecho administrativo* I. Centro de Estudios “Ramon Areces” 1991 cit., p. 191.

jos excepcionales dados con anterioridad en Austria por influencia de la doctrina kelseniana.

Dentro del contexto de la Constitución normativa se desprenden, pues, en el derecho colombiano, cinco importantes cláusulas o supraprincipios rectores de la totalidad de su actividad y continente de algunos otros que los confirman; de esta forma podemos decantar de la Constitución de 1991: “base o supraprincipio del Estado de derecho”, “base o supraprincipio del Estado democrático”, “base o supraprincipio del Estado social”; “base o supraprincipio del Estado unitario”; y “base o supraprincipio de la integración”; los cuales, a su vez, son portadores de principios y valores que orientan y determinan la acción de los poderes públicos y de las relaciones entre el Estado y los asociados. Todos estos contenidos son parte indiscutible de la Constitución normativa sustancial, que es, a no dudarlo, la columna conductora de todo lo político y social.²⁶

4.1 Fundamento constitucional del Estado de Derecho

Pretender introducirnos en la teoría del Estado de derecho significa retomar los conceptos históricos que expusimos a propósito de la reconstrucción del poder político y el surgimiento y consolidación del Estado moderno. Implica, por lo tanto, manejar un concepto histórico, dialéctico, consecuentemente dinámico, que conjuga la institucionalización del poder con la proyección indubitablemente teleológica o carácter finalístico que hemos identificado como básico y fundamental dentro del Estado moderno. Desde esta perspectiva el concepto de Estado de derecho no es un problema exclusivamente normativo: comprende al Estado en su dinámica total.

El Estado de derecho en su concepción original no se identifica directa y plenamente con la norma jurídica. Como lo indica García-Pelayo, originariamente el concepto estaba dotado “de un contenido de índole ontológica y axiológica”.²⁷ El Estado de derecho no puede ser entendido

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN: “a. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política. De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz, plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores consagrados en el inciso 1º del artículo 2º de la Constitución con referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la propiedad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se requiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferiblemente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enumeración no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados para que dentro de las limitaciones propias de una sociedad

exclusivamente como el poder instituido, sujeto a un preciso orden normativo. Concebirlo en este contexto sería tanto como pretender construir un postulado general a partir de uno de sus elementos, negándole entidad a todos aquellos otros aspectos de diversa naturaleza que permiten identificarlo a cabalidad. Esta es la visión parcializada que el positivismo jurídico le introdujo al concepto amplio de Estado de derecho, circunscribiéndolo exclusivamente dentro de la llamada “teoría pura” a la vigencia de un orden normativo específico: concepción formalista que desnaturaliza la visión sustancial y amplía con que debe ser entendido el fenómeno. Precisamente la concepción del Estado de derecho dentro de la Constitución Política de 1991 abandona la estrecha interpretación positivista y se adentra por los senderos del entendimiento sustancial del fenómeno, en donde los valores y principios coadyuvan simultáneamente con la norma en la formación de un todo amplio para su interpretación y conocimiento.

En las sentencias de la Corte Constitucional del 5 de junio de 1992 y 6 de agosto del mismo año la corporación le abrió paso al criterio sustancial del Estado de derecho abandonando los estrechos lineamientos positivistas con que tradicionalmente había sido interpretado el Estado colombiano. En la primera de las providencias la Corte insiste en que los valores y principios constituyen el catálogo axiológico y de fines que deben servir para interpretar los marcos jurídicos y normativos que se derivan a partir del texto constitucional. En la segunda se afirma que la Carta fundamental no se agota exclusivamente en las normas tipificadas por el constituyente, sino que, por el contrario, del preámbulo constitucional se derivan importantes valores y principios que también constituyen un marco jurídico del ordenamiento colombiano.

El criterio de la doble consideración del supraprincipio del Estado de derecho, si bien es cierto que no es unánime en la doctrina, sí constituye

en proceso de consolidación irradian todo el tramado institucional. Su condición de valores fundamentales otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador de manera prioritaria la tarea de establecer delimitación a dichos valores a través de las leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales solo tienen una eficacia interpretativa [...] Los valores son relativos a la hora de reclamar un problema de interpretación en la cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver aisladamente un asunto [...] b. Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica. Reconocidos en consecuencia, restringen el espacio de la interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional [...] La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y por lo tanto de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa o indirecta, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada a los principios constitucionales”.

²⁷ MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, p. 157-162.

un importante aporte de aquellos sectores que entienden que el derecho y el Estado no se agotan en la norma jurídica. Que el exacerbado amor a la norma configura ante todo la esencia de un dogmatismo jurídico formalista, antagónico con la esencia sustancial que se espera del Estado de derecho. Este fenómeno de abandono a la fidelidad normativa y de incorporación al amplio sendero del Estado de derecho, que respeta el orden jurídico pero que coadyuva a su actuación sustentado firmemente en elementos axiológicos y ontológicos concretizados en valores y principios, es lo que García de Enterría entiende por Estado de derecho, “como Estado material de derecho”. Precisamente al evaluar el alcance de la fórmula utilizada por el constituyente español en el artículo 1º de la Constitución de 1978 indica que el constituyente plasmó el concepto de “Estado de derecho” y no de “Estado legal”. En donde la expresión Estado de derecho debe ser entendida en su sentido amplio y no exclusivamente desde la perspectiva de una de sus fuentes como es la ley.²⁸

Estas elaboraciones doctrinales se apartan de fondo de la concepción del Estado y del derecho que estudiamos al referirnos al criterio normativo de la teoría pura del derecho para la conceptualización de la administración pública y del derecho administrativo. Al analizar las profundas reflexiones de Hans Kelsen indicábamos que para él Estado y derecho constituían un mismo asunto. El Estado y el derecho son idénticos. El Estado no es más que un orden normativo jurídico; es un real sistema de normas jurídicas; siendo la norma, por esencia, coactiva y obligatoria, el Estado sería entonces igualmente fuerza y coacción. Como sistema normativo implica un solo orden jurídico positivo. Esta concepción lógica y obvia en una construcción exclusivamente normativa que le niega a sus conceptos la influencia de lo político y lo social, en consecuencia, de los valores y principios, configura a todas luces la idea formalista que la moderna doctrina jurídica pretende vencer al analizar el concepto de Estado de derecho.²⁹

Si bien es cierto que desde el punto de vista naturalístico el fenómeno

²⁸ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho*, Madrid, Civitas, 1986, p. 102 y ss.: “lo cual es cierto, pero también lo es que, por mucho que la Constitución enfatice el principio de legalidad y la ley, la definición global del Estado que formula en su inicial y decisivo artículo 1.1 es la de ‘Estado de derecho’ y no Estado legal (como también el preámbulo: el ‘imperio de la ley’ es un instrumento para ‘consolidar un Estado de derecho’). El término derecho resplandece aquí en todo su significado material y con el alcance constitucional más general y extenso. El verdadero fin de toda la construcción constitucional es así implantar el derecho [...] La idea de un Estado de derecho excede con mucho de esa técnica de gobierno puramente formal [...] Esa estructura puramente formal, si se limitase a remitir a las leyes, sean cualesquiera sus respectivos contenidos, la ordenación de la sociedad, no cubriría las explícitas exigencias constitucionales, que imponen un definido sistema material de valores. A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de derecho a un Estado material de derecho, o del derecho en su sentido material y no formal”.

que nos ocupa obtiene sus raíces en el nacimiento del Estado liberal clásico (esto es, de las relaciones de poder que históricamente vencen al Estado individualizado, y edifican el Estado institucionalizado sujeto a un orden constitucional y a unos propósitos de convivencia democrática; fenómeno que no fue cronológicamente simultáneo en los países occidentales), el concepto como tal, es decir, la expresión “Estado de derecho”, corresponde a la identificación que de estos fenómenos realizó la doctrina alemana. Pensadores como Kant, Fichte, Humboldt, Mohl y algunos otros formularon la idea de Estado de derecho en su expresión material para identificar el surgimiento del nuevo orden (*Rechtsstaat*). La fórmula de Estado de derecho se elevó a categoría constitucional en los artículos 20 y 28 de la Ley fundamental de Bonn de 1948, posteriormente la Constitución española de 1978 la retomó en su artículo 1º y la Constitución colombiana de 1991 lo adopta combinado con algunos otros supraprincipios en su artículo 1º.

Bajo estas características, el concepto de Estado de derecho se constituye en el punto de partida y en el determinante formal y sustancial de la totalidad de la actividad y función administrativa del Estado; en consecuencia, se consolida como el referente del régimen jurídico predicable para el ejercicio de dicha función, esto es, para el derecho administrativo. Desde esta óptica del Estado de derecho como base constitucional se pueden vislumbrar algunos principios que circunscriben, tanto a la administración pública como a su derecho; estos son los principios de legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, prevalencia y respeto de los derechos fundamentales, división de poderes y control de la actividad pública.

4.2 Fundamento constitucional del estado democrático

Conforme a los postulados del preámbulo constitucional y de los artículos 1º y 3º del mismo ordenamiento supremo, el Estado colombiano se adjetiva como democrático, participativo y pluralista, en donde el

²⁹ GARCÍA-PELAYO. *Derecho constitucional*, cit., p. 159: “El concepto de Estado de derecho sufrió un proceso de desustancialización a través del positivismo, perdiendo aquellos contenidos de índole axiológica y ontológica que caracterizan su versión clásica [...] Con el positivismo cambian los supuestos en cuanto que todo derecho es estatal y toma forma de ley, y en cuanto que el Estado no tiene limitaciones fuera de sí mismo”. En igual sentido puede consultarse SANTAMARÍA PASTOR. *Fundamentos*, cit., p. 193, para quien el proceso de entendimiento del Estado de derecho llega a su punto culminante con la teoría de KELSEN, quien “termina de vaciar el concepto de contenido originariamente liberal al identificar Estado y derecho: por Estado de derecho entendemos nosotros no un orden estatal con un contenido específico [...] sino un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico”. De esta manera, el tratadista destaca el tránsito que sufre el concepto de Estado de derecho desde su versión inicial alemana a la concepción kelseniana, que la traduce a un problema eminentemente formal. Puede consultarse sobre las características generales del Estado de derecho, ELÍAS DÍAZ. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1991, p. 31-40.

poder o “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”. Desde esta perspectiva, el concepto de democracia se sitúa en el centro de la interpretación de la forma del ejercicio del poder público, consecuentemente de la determinación y análisis del origen de los sujetos que lo desarrollan y de los mecanismos utilizados para estos fines. No obstante esta aparente claridad, por su alto contenido político el concepto de democracia resulta el de más difusa materialización tanto teórica como real al momento de realizar cualquier aproximación en su aplicación frente a la administración pública.

Precisamente, a nivel doctrinal y en tratándose de su ejercicio frente al poder ejecutivo del Estado se ha llegado a sostener por algunos sectores que la democracia tan solo se consolida en los niveles superiores y decisivos del poder ejecutivo, el cual para justificar el sistema y sumido dentro del principio de igualdad con el poder legislativo debe integrarse de manera democrática. Los otros niveles del ejecutivo están constituidos propiamente por la administración, que es considerada como de naturaleza autocrática, dependiente y subordinada, consecuentemente ausente de los principios de integración democrática, esto con el fin de que se consolide como un instrumento afecto, leal y dócil a los centros de decisión política, los cuales supuestamente sí deben integrarse de manera democrática. Para los defensores de esta tesis, “Una administración democratizada puede convertirse en el enterrador del Estado democrático, que, para seguir siéndolo, ha de ser ante todo fuerte y eficiente”.

Frente al texto constitucional colombiano, la integración y el desarrollo funcional de la administración pública abandonan ampliamente la anterior concepción y se introducen, de manera plena, por los senderos de la integración y el ejercicio democrático de las funciones administrativas. Precisamente el artículo 125 constitucional establece, en el régimen administrativo colombiano, el principio general de que los cargos públicos deberán ser provistos a través de los democráticos senderos del concurso público, cumpliendo las condiciones que determina el legislador sobre méritos y calidades de los aspirantes. Se complementa este postulado con otra regla igualmente de carácter general, que obliga a que la casi totalidad de los empleos del Estado, entre los cuales obviamente se encuentran los vinculados a la función administrativa, sean desempeñados por funcionarios de carrera.

Lo excepcional frente a este esquema resulta ser el poder autocrático de las supremas autoridades administrativas, a las cuales se les reconoce

un residual marco nominador e integrador de la función administrativa, especialmente en cabeza de los denominados funcionarios de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, lo que dicho sea de paso no puede por esta vía desvirtuar la regla general. La Ley 27 de 1992 desarrolló ampliamente los anteriores mandatos constitucionales. En reciente providencia, la Corte Constitucional, al ocuparse del tratamiento que el legislador le había dado a la regla general y a la excepcional, anteriormente citada, encontró que se había desbordado el mandato constitucional en estas materias. Al respecto la Corte sostuvo: “Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que, por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política...”³⁰

Por las anteriores razones, consideramos que la tesis restrictiva de la concepción democrática de la administración pública debe ser rechazada y contemporáneamente asumida la posición de que el supraprincipio de la democracia, más que un mero instrumento, constituye un fenómeno cultural con indudables efectos políticos, sociales y jurídicos, que debe dominar el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones. En este sentido, se puede afirmar sin dudas que, respecto de la administración pública, la democracia domina, no solo para la integración de los órganos o autoridades superiores de la administración, sino también en su interior. En cuanto se refiere a su ejercicio, la situación es similar: por lo menos a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, el ejercicio autocrático de la administración pública se encuentra altamente restringido, no sólo por el ejercicio de los órganos de control, sino también por la proliferación de mecanismos de participación ciudadana, con efectos directos en el ejercicio de funciones administrativas, tal y como lo observamos al tratar de la

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-195 del 21 de abril de 1994, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

participación ciudadana como mecanismo de amplificación en el ejercicio de la función administrativa.

El sustento jurídico del sistema democrático se funda a todas luces en el desarrollo del principio de la igualdad, que pretende el rompimiento de todos aquellos privilegios y exorbitancias que alejan el ejercicio del poder de los intereses del pueblo, que constituyen su base esencial. Señala García-Pelayo que este es, sin duda, el punto de partida de cualquier concepción sobre la democracia. En desarrollo de esta característica, la democracia se distingue porque: “a. La voluntad y actividad del Estado es formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ella; b. Por consiguiente, el pueblo, a quien se dirige el poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de este poder; su voluntad se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es, pues, soberano”.³¹

4.3 Fundamento constitucional del estado social de derecho

Respecto de la definición del Estado colombiano como “Estado social de derecho”, si bien es cierto que es una incorporación del constituyente de 1991, no podemos afirmar con certeza que se trate de una fórmula innovadora dentro del constitucionalismo contemporáneo. Su autoría y desarrollo corresponde básicamente a las elaboraciones doctrinales y constitucionales alemanas, trasladadas en tiempos recientes al constitucionalismo español; de donde seguramente nuestros constituyentes se inspiraron para establecer este supraprincipio como orientador de la actividad de los poderes públicos.

En Alemania el principio, sin embargo, no fue el producto de la simple arbitrariedad del constituyente de 1949. La evolución del concepto corresponde a una respuesta doctrinal a la evolución anormal y crítica del capitalismo dominante en la Europa de mediados del siglo XIX, que alteró radicalmente las condiciones sociales de los pobladores del viejo continente.

La industrialización, el crecimiento desmedido y desordenado de los centros de producción, la ruptura de la capacidad de subsistencia autónoma de los individuos, el crecimiento demográfico aunados al rompimiento de las reglas económicas del liberalismo puro, hicieron inevitable el apresurado despertar de la intervención estatal, en procura de nivelar las profundas desigualdades generadas por el sistema en sus pobladores.

Aparecen entonces las primeras medidas de orden económico tendientes a solucionar los principales conflictos advertidos en la llamada “cuestión social”. En este sentido, los primeros pasos hacia el Estado social de derecho se deducen de las iniciales actitudes intervencionistas del Estado

³¹ GARCÍA-PELAYO. *Derecho constitucional*, cit., p. 169 y 170.

contemporáneo. En el caso alemán, desde el punto de vista normativo, los primeros ejemplos de esta novedosa actitud de política estatal se observan en la Constitución de la República de Weimar, que, si bien es cierto no definió el Estado como social de derecho, sí adoptó en su codificación toda una serie de disposiciones relativas a los que podríamos calificar como derechos de la segunda generación, tendientes a regular los conflictos que alteran el orden social. De esta forma se introdujeron por primera vez en el constitucionalismo regulaciones sobre el trabajo, relaciones entre patronos y trabajadores, y disposiciones sobre seguridad social.

La consagración definitiva del principio se da en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en sus artículos 20 numeral 1 y 28 numeral 1, que respectivamente disponen: “la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”; “El orden constitucional en los *Länder* debe responder a los principios de Estado republicano, democrático y social, en el sentido de esta Constitución”. En el caso español, los constituyentes de 1978, inspirados indudablemente en la ley fundamental alemana, incorporaron en el artículo 1º (num. 1) de su Constitución, la fórmula en los siguientes términos: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”. La Constitución colombiana de 1991, siguiendo las estructuras constitucionales anteriormente señaladas, adopta la fórmula en su artículo 1º en estos términos: “Colombia es un Estado social de derecho...”.

Ahora bien, desde el punto de vista doctrinal, todo el acervo de experiencias históricas y de la problemática social y económica, es recogido básicamente en el derecho alemán para reformular el ordenamiento jurídico existente. De aquí que sea en este país donde se dieron los primeros pasos para consolidar constitucionalmente el postulado del Estado social de derecho.

Según lo señala Parejo Alfonso en las diferentes obras donde se refiere a esta materia,³² la idea del “Estado social” surge y se afianza a lo largo del siglo XIX en la corriente de los pensadores socialistas democráticos europeos (no marxistas), especialmente inspirados en la obra de Hermann Heller (1891-1933), quien formuló su tesis por primera vez en 1930 en el trabajo titulado “¿Estado de derecho o dictadura?”, en donde plantea la necesidad para el Estado liberal de asumir un papel central y principalísimo en la atención a los conflictos sociales, so pena de generar la ruptura total del sistema y la caída en manos de las dictaduras despóticas. Predicaba la necesidad de que el Estado liberal de derecho se transformara en un verdadero Estado social de derecho, que procurara la consolidación de la igualdad en un sentido verdaderamente material que abarcara la totali-

dad de la “cuestión social”, y no se agotara en una simple igualdad formal. La igualdad material implica reconocer derechos y adoptar decisiones con incidencia directa en la vida social de los ciudadanos. El pensamiento de Heller dio lugar a que en la Carta fundamental de Bonn de 1949, por petición de Carl Schmitt, se incluyera la cláusula del Estado social de derecho.³³

Desde el punto de vista del contenido de la cláusula de Estado social de derecho la doctrina no ha sido uniforme. Como lo sostiene Parejo Alfonso,³⁴ desde su proclamación la cláusula del Estado social de derecho aparece a primera vista como una cláusula abierta, “objeto de diversas interpretaciones a la hora de su determinación”. En Alemania se la ha tratado de determinar desde diferentes puntos de vista. En este sentido, se pueden observar cuatro importantes tendencias en cuanto a su alcance:

1. “El Estado social como expresión misma del conjunto de acciones de intervención social del Estado”. Esta corriente interpretativa parte de la dicotomía entre Estado de derecho y Estado social de derecho. Concepción clásica que aún discutía si los dos fenómenos se podían interrelacionar o no. De todas maneras entendía lo social del Estado como el proceso de intervención, regulación y conducción de lo social a través de leyes y de una administración prestadora de servicios.

2. “Estado social como Estado o situación social de bienestar”. Dentro de esta concepción el Estado social se asimila al Estado de bienestar, en la medida en que el fin que debe procurar el Estado social de derecho no es más que el del bienestar general de la población: finalidad distributiva de recursos con el fin de hacer de la sociedad una sociedad de bienestar. Según sus teóricos, el Estado debe velar por nivelar las condiciones de vida de la población; por lo tanto, debe redistribuir la riqueza en aquellas capas más deprimidas.

3. “Estado social como política social y sistema de la seguridad social”. Según Parejo Alfonso, esta concepción del Estado social de derecho reduce

³² Sobre el surgimiento y alcance de la cláusula del Estado social de derecho, tanto en Alemania como España, puede consultarse PAREJO ALFONSO. *Estado Social y Administración Pública: Los Postulados Constitucionales de la Reforma Administrativa*. Madrid, Civitas 1983.

³³ CARL SCHMITT. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 136. El concepto de estado social de derecho implica romper las fronteras entre Estado y sociedad, trasladando al primero un papel protagónico en la “autoorganización” de esta última: “El Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos. Con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre concretas político-estatales y apolítico-sociales. Todas las antitesis que resultan de la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y sociedad, y que solo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo”. En este sentido, para este pensador el problema económico, cultural, de previsión, de la sociedad lo son también del Estado, que debe por lo tanto generar y facilitar soluciones efectivas a los mismos, por cuanto le pertenecen.

³⁴ PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública*, Ob. cit.

el Estado a una parte exclusiva de sus finalidades, aquella que tiene que ver exclusivamente con la política y el sistema social. Se trata por lo tanto de una concepción insuficiente y limitada.

4. “Estado social como función del orden constitucional de carácter social”. Desde esta perspectiva el Estado social de derecho es entendido como un fenómeno de lo jurídico; no obstante esta ubicación de su naturaleza, su contenido sigue siendo un problema de definición. Para algunos esta función estatal es ante todo una función de estabilización, que pretende fundamentalmente compensar las desigualdades sociales o autoestabilizar el Estado a partir de la nivelación de la sociedad. Como función estabilizadora, algunos otros encuentran la posibilidad de la intervención estatal frente a los conflictos sociales. Para otro sector de la doctrina, esta cuarta posición interpretativa implica una función de progreso y reforma social en cabeza del Estado, el cual “goza de una cierta autonomía en orden a configurar su función ofensiva de constitución de la sociedad. Y ello a partir de los valores consagrados en la Constitución y de su ponderación de conjunto y relativa”.

Ahora bien, no obstante estas discusiones doctrinarias en torno al alcance y contenido de la cláusula “Estado social de derecho”, desde el punto de vista estrictamente jurídico su situación también resulta abiertamente discutible. Precisamente, en Alemania a partir de 1949, señala Parejo Alfonso, son famosas las discusiones sobre esta materia. Entre las más importantes se pueden destacar las sostenidas por Hans Peter Ipsen, Ernst Forsthoff y Otto Bachof.

Para Ipsen, la incorporación de la cláusula del Estado social de derecho implica consideraciones materiales para el Estado. No es una simple cláusula hueca, ni constituye una declaración de buena voluntad para el Estado. Significa el establecimiento de responsabilidades y competencias para la configuración del orden social. Aunque admite que el Estado de derecho puede significar obstáculos o limitaciones a la función social del Estado, esta debe interpretarse acorde con aquella. De esta manera Ipsen respondía a quienes sostenían que la cláusula del Estado social no era más que un concepto en blanco carente de sustancia y sin un preciso contenido normativo.

La concepción de Forsthoff parte del presupuesto de que, con independencia de la consagración constitucional, el Estado social ya está garantizado por algunos sectores del derecho, como el administrativo y el laboral. Su inquietud radica fundamentalmente en las relaciones entre el Estado de derecho y el Estado social. El primero en cuanto orden jurídico y

el segundo en cuanto realidad sociológica de las cosas. Frente a este dilema, plantea la ausencia de conexión entre el Estado de derecho y el Estado social. Una cosa es la sumisión al orden jurídico y otra la realidad social. En este sentido, sostiene Parejo Alfonso, la concepción de este autor hace pensar: que una cosa es la sumisión al derecho conectado a la Constitución y otra el fenómeno de lo social que vincula con mayor propiedad a la administración: “El Estado social y el Estado de derecho no son susceptibles de mezcla en el plano constitucional. El espacio propio de desarrollo del Estado social es el de la ley y el de la administración. El Estado social es la denominación tipológica de un Estado, que comprende la Constitución, la legislación y la administración, pero no es un concepto jurídico”. De donde se puede concluir que para Forsthoff estamos frente a dos asuntos diversos, no subsumibles en uno solo. Lo social es nominativo para el Estado, pero fuente de obligaciones para la administración y el legislador.

El pensamiento de Bachof se sustenta en la idea de que la declaración del Estado social significa evidentes competencias para el Estado en la configuración del orden social, mediante la justicia social y el rompimiento de las desigualdades sociales, que obligan a que los principios fundamentales sean entendidos en esta perspectiva del Estado social, principalmente aquellos que desarrollan el concepto de la igualdad. En este sentido, se generan obligaciones para cada uno de los poderes públicos en la configuración de ese orden social, en especial para el legislador: “El Estado de derecho y el Estado social son realizables y están realizados en parte en el plano constitucional y en parte en el plano del ordenamiento infraconstitucional. Para el Estado de derecho el punto de gravedad radica en la Constitución, mientras que para el Estado social ese punto se sitúa en el derecho infraconstitucional”. En últimas, para Bachof los principios de Estado social y de Estado de derecho están en un mismo plano de valor jurídico, el constitucional, aunque se desarrollan en diferentes planos del ordenamiento normativo.

De los anteriores planteamientos se pueden deducir tres situaciones importantes de la cláusula del Estado social de derecho: la primera de ellas es que, como supraprincipio, el concepto vincula cualquier interpretación que se pretenda del ordenamiento jurídico, esto es, de la totalidad de elementos integrantes del bloque de la legalidad. Estructura, a no dudarlo, un principio de hermenéutica constitucional.

En segundo lugar, que el concepto, en cuanto principio del ordenamiento y del constitucionalismo, genera fuerza vinculante directa para los poderes públicos: para el legislador, en cuanto le crea la necesidad de

determinar lo que propiamente constituya el contenido de todos aquellos elementos predicables de lo social. Para la administración, en nuestra opinión, no solo la obligación de cumplir la legalidad determinada para lo social, sino que le hace nacer una clara facultad normativa, reguladora de todo aquello que le pueda competir en cuanto a la función social del Estado. Esto es, que independientemente de la existencia de una norma de carácter legal la administración, en razón de su poder central y decisivo en la ejecución de las finalidades estatales, adquiere, en virtud del postulado del Estado social de derecho, competencia suficiente reguladora para asumir las responsabilidades propias del Estado social de derecho.³⁵

Por último, el tercer aspecto del Estado social de derecho, emanado de este análisis evolutivo, tiene que ver con un aspecto que analizábamos al inicio de este trabajo y es el relacionado con el elemento finalístico en el cual se encuentra incurra la cláusula del Estado social de derecho, que hace que el Estado deba procurar hacer efectivas sus decisiones sociales: esto es, debe ser eficaz en la materialización de las finalidades propuestas. De aquí que se plantee dentro del Estado social de derecho la necesidad de medir y cuantificar su eficacia y, obviamente, en razón de la naturaleza finalística del mismo, medir los resultados obtenidos. En este sentido, encontramos una relación inevitable frente a la administración pública de los postulados constitucionales de los artículos superiores 209, que establece como principio básico de la función administrativa el de la eficacia, y 267, que abre la posibilidad en derecho colombiano de controlar la gestión y los resultados de la administración pública.

El desarrollo y la consolidación del Estado social de derecho han estado salpicados de múltiples dificultades. La idea de la integración entre conceptos aparentemente antagónicos, como los de sumisión al derecho y responsabilidad social en procura del bien común, se ha visto enfrentada a múltiples dificultades, sobre todo si se tiene en cuenta, conforme a lo expuesto, que en la práctica constituye el motor impulsor de todo el ordenamiento jurídico. De aquí que Parejo Alfonso, al analizar sus relaciones con el derecho administrativo, prefiera hablar de un “Estado social adminis-

³⁵ PAREJO ALFONSO. *Estado social*, cit., p. 52 y 95: “En definitiva, pues, la posición real actual de la administración no es la que resulta evocada por el significado tradicional del principio de legalidad, conforme al cual aquella se limita a precisar en el caso concreto supuestos definidos con carácter general y abstracto por la ley en sentido formal. La administración es una organización servicial y vicaria, ciertamente, pero con contenidos, tareas y responsabilidades propias desde el orden constitucional (cuya actuación no se explica por impulsos derivados de habilitaciones o mandatos emanados en cada caso o en bloque de la legislación o de la actividad gubernamental, sino por decisión directamente constitucional, que — sin embargo — la sujeta y subordina a estas últimas), y que debe cumplir y satisfacer a partir del mismo, con las inevitables consecuencias que de ello se siguen para la interpretación del principio de legalidad”. También ID. *Administrar y juzgar*, cit.

trativo”, en cuanto que la administración constituye su punto o centro de gravedad para su operatividad: “El Estado social es, por razones obvias, fundamentalmente un Estado administrativo, cuyo centro de gravedad radica en la ejecución [...] de las políticas públicas formalizadas legislativamente”. De aquí que tradicionalmente la presencia de la administración en todos los sectores de la sociedad se considera como un síntoma importante de la efectividad del Estado social de derecho.³⁶

Sin embargo, la crisis del sector público, en cuanto portador y depositario de las funciones naturales de asistencia y prestación a las necesidades de la comunidad, y el surgimiento de las concepciones economicistas y neoliberales que ubican la asistencia a la comunidad bajo conceptos del mercado, han puesto a dudar sobre el futuro del Estado social de derecho.

Al respecto, la doctrina administrativista ha sostenido la inexistencia del conflicto, y más bien la matización de los papeles en la consolidación del Estado social. Parejo Alfonso, quien con profundidad se ha ocupado del tema, sostiene precisamente que “El Estado social no es, en efecto, una magnitud, una cantidad, una extensión, sino una cualidad. Y la apuntada crisis no afecta tanto a la idea de imbricación — confusión de Estado y sociedad, es decir, de la responsabilidad del primero por las condiciones de la segunda —, cuanto a la forma de cumplimiento de esta y, por tanto, los procedimientos de dirección y control de los procesos sociales [...] En todo caso, la reducción del papel del Estado no significa eliminación de dicho papel; significa solo, como regla general, su transformación: abandono de la actividad estatal directa (servicio, préstamos, dación de bienes) y asunción y reforzamiento de la actividad de dirección, supervisión y control. No puede dejarse de tener en cuenta que si en el plano social la intervención estatal garante de la libertad (a través de la imposición de sus límites inherentes, precisados de redifusión constante) sigue siendo evidente, en el plano económico la necesidad de tal intervención se muestra con parecida evidencia en el sometimiento universal de toda actividad económica, en último término, a la política de la libre competencia”.³⁷

En este sentido, el Estado siempre conserva un papel central y garante en la consolidación del Estado social de derecho. Incluso en hacer viable la libre competencia en el tráfico jurídico del mercado.

La Corte Constitucional colombiana se ha ocupado de la definición del Estado social de derecho y de sus repercusiones en el ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, acepta la Corte que la cláusula no es

³⁶ PAREJO ALFONSO. “El Estado social administrativo. Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, en *RAP*, n. 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 220.

una cláusula en blanco, ni mucho menos una “muletilla retórica o filantrópica del Estado colombiano”: constituye un cambio cualitativo y cuantitativo en las finalidades estatales: “Desde este punto de vista, el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad”. Lo anterior implica consecuentemente “Una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal, entendido como emanación de la voluntad popular, y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”.³⁸ Se puede observar que en tratándose del derecho colombiano el fundamento del Estado social de derecho se hace acompañar de dos importantes principios: el de la solidaridad y el del orden económico y social justo.

4.4 Fundamento constitucional del estado unitario

El problema de la organización del Estado moderno en lo atinente a la distribución de funciones y competencias en su espacio, al reconocimiento de capacidad decisoria a sus entidades, al igual que los niveles de participación comunitaria en los asuntos locales, ha estado determinado por las concepciones ideológicas que sobre la distribución del poder sobre el territorio influyen en los detentadores del poder político; nos encontramos por lo tanto frente a un fenómeno que atañe más a las esferas de lo político administrativo que a lo simplemente jurídico; de aquí que sea en la ciencia política y en la administrativa donde encontramos las grandes fuentes del pensamiento relacionadas con este milenarismo conflicto que ha generado sistemas constitucionales en sentidos definitivamente contrarios conforme a la experiencia e historia de las diferentes naciones.³⁹

En este sentido, pretender aproximarse al unitarismo implica reconocer que nos estamos refiriendo a un mecanismo de escasa distribución del poder en virtud de profundas razones en el devenir de las instituciones conforme a la realidad de las sociedades donde se proyectó y desarrolló. Este sistema se construyó sobre la base de especiales razones de fuerza emanadas de la necesidad de la reunificación del poder. En tratándose del Estado moderno, coadyuvó con eficacia a la formación de las unidades nacionales; consecuentemente, significó el látigo invencible de los monarcas europeos

³⁷ *Ibid.*, p. 221.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

para fortalecerse en detrimento de los poderes feudales.

El régimen unitario concentra en un solo punto de decisión el gobierno del Estado; tanto externa como internamente es uno solo. No es, en verdad, amplio en la distribución de funciones, concentrando las cuatro fundamentales: la constituyente, la legislativa, la ejecutiva o administrativa, y la judicial. Burdeau lo describe perfectamente: “es el que sólo posee un centro de impulsión política y gubernamental [...] Todos los individuos colocados bajo su soberanía obedecen una misma y única autoridad, viven bajo el mismo régimen constitucional y están regidos por las mismas leyes”.⁴⁰

En este sentido, al sistema unitario le son inherentes los predicados y contenidos de la centralización. En realidad esta es su principal característica: la de concentrar funciones y poderes en autoridades centrales, en perjuicio de las regiones y los municipios. El funcionamiento del Estado se encuentra en extremo jerarquizado y unificado hasta en el último de los rincones territoriales; los funcionarios simplemente ejecutan las decisiones estatales. El sistema así expuesto es de difícil manejo, y por consiguiente no se satisface por sí mismo.

La anterior configuración se vio profundamente contrariada por corrientes políticas que, fundadas en la idea de autogobierno, proclamaron su desaparición: surgen en consecuencias formas atemperantes de su carácter sustancial centralista y concepciones materialmente contrarias como la federal, o incluso la regional y la autonómica.

Restrepo Piedrahita, al referirse al conflicto natural y dialéctico en torno al unitarismo centralizante clásico, sostiene que la esencia de esta lucha surge de la necesidad de enervar la persistente asfixia a la iniciativa individual y colectiva que esta forma de repartición del poder implicaba. Mientras que, por el contrario, la descentralización y su forma extrema, el federalismo, significaron liberar, expandir y vivificar las energías creadoras, estimulando el espíritu público, afianzando la solidaridad del grupo social, fortaleciendo el derecho y el goce de la libertad, y con ello robusteciendo la resistencia a la opresión.⁴¹

Estos planteamientos repercutieron en las conciencias municipalistas, ansiosas de estructurar formas de democracia participativa. Se llegó a plantear la existencia de un nuevo poder público: el llamado poder local, idea esta con fuerza incluso entre algunos autores de derecho público latinoamericano. Fue Constant quien dio inicial formación a esta interesante tesis al sostener la necesidad de analizar el problema de la distribución de

³⁹ JEAN RIVERO. *Derecho administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 337.

⁴⁰ GEORGES BURDEAU. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editora Nacional, Cultura y Sociedad Torregalinda, 1981, p. 73.

competencias de un régimen federal, no sólo como de Estado a regiones, sino también de Estado a entidades locales.

La gestión de los negocios comunes, dice, nos pertenece a todos: “lo que sólo interesa a una fracción debe ser decidido por la misma [...] La autoridad nacional, la autoridad de demarcación, la autoridad comunal, deben permanecer cada una en su propia esfera, y esto nos lleva a establecer una verdad fundamental: se ha tenido hasta el presente al poder local como una rama dependiente del poder ejecutivo; antes bien, por el contrario, jamás debe entorpecerlo, menos aún pretender hacerlo depender de él”.⁴²

En su formación actual, el Estado federal se caracteriza, en cuanto a las relaciones internacionales, porque es una sola entidad jurídica; no obstante, desde su óptica interna, está formada por una serie de entidades territoriales, con suficientes poderes y grados de autonomía. Desde el punto de vista de las funciones puede ejercitar la constitucional, la legislativa, la administrativa o ejecutiva, y la judicial; prácticamente todas, pero referidas al ámbito federal, sin afectar las competencias de los Estados que lo estructuran, por cuanto a estos, es decir, a los Estados, en la gran mayoría de los casos, la Constitución federal les reconoce poder constituyente, funciones legislativas y administrativas. Respecto de la función jurisdiccional, está reservada a la federación. Tanto el Estado federal como los Estados federados tienen su ámbito de competencia determinado en la Constitución.

El problema interesante del federalismo es el del tratamiento constitucional al municipio. Algunos sistemas agotan la descentralización de poderes en los Estados federados, dejando a estos que adopten sistemas internos, que en muchos casos convierten al municipio en entidad dependiente. Algunos otros, como el régimen brasileño, descentralizan los poderes legislativo y administrativo o ejecutivo hasta el nivel municipal; permitiéndoles a estos, desde una perspectiva eminentemente jurídica, proferir sus propias leyes en desarrollo de precisas competencias asignadas por la Constitución. Estas normas legislativas no son de un tercer grado o nivel en la pirámide jurídica; todo lo contrario, su inmediata superior es la Constitución federal. Se puede decir que el poder legislativo, en estos casos, es ejercido por tres órganos diferentes con precisas funciones y competencias: el Congreso de la federación, los congresos estatales y los concejos o cámaras municipales.

Igual fenómeno acontece con el poder ejecutivo. No son los alcaldes

⁴¹ RESTREPO PIEDRAHITA. *Constituciones de la primera República liberal*, cit., t. I, p. 30.

⁴² BENJAMIN CONSTANT. *Curso de política constitucional*, citado por RESTREPO PIEDRAHITA. *Constituciones de la primera República liberal*, Universidad Externado de Colombia. 1986. Tomo I. p. 29.

representantes de la nación ni del Estado en el municipio. Por su origen y competencias es en cabeza del funcionario político del municipio que están las decisiones, la administración y el gobierno del ente local.

4.5 Fundamento constitucional de la integración

El Estado social de derecho, proclamado por el constitucionalismo moderno como base de convivencia y coexistencia de la comunidad en procura de mejor calidad de vida, no se agota en la organización interna que las constituciones le otorguen a los correspondientes Estados. Los fenómenos de integración de las comunidades nacionales producto de razones geopolíticas y económicas es cada vez mayor. Las relaciones actuales del derecho internacional se plantean entre bloques de Estados con intereses comunes, que han motivado procesos acelerados de integración política e institucional, con efectos inmediatos sobre los conceptos tradicionales de soberanía y poder político, en cuanto implican verdaderas limitaciones a los mismos, a través de los procesos de cesión que por su naturaleza conlleva la integración. Lo anterior suscita inevitables replanteamientos sobre el derecho público interno de cada uno de los Estados, en especial sobre el ordenamiento jurídico administrativo.

Parejo Alfonso, al referirse a este tema a propósito de la integración europea, sostiene precisamente que, “En el terreno que aquí más importa, la integración supranacional constituye un decisivo factor de transformación de la administración y el derecho administrativo nacionales. La razón es clara: de un lado, determina la mezcla, el contacto y la interacción frecuentes del derecho comunitario europeo y el nacional interno, y, de otro lado, extiende la función de las administraciones públicas de los Estados, al convertirlos en administraciones indirectas de la instancia comunitaria europea”. El anterior planteamiento resulta desde todo punto de vista lógico en la medida en que se trata de configurar una nueva modalidad de entidad para la coexistencia supranacional reductora del papel del Estado miembro en favor de las nuevas instancias integradoras.⁴³

Lo anterior significa para el derecho administrativo no solo reconducir las instancias tradicionales, es decir los criterios orgánicos de su producción, sino también los contenidos y principios que lo inspiran y justifican,⁴⁴ para lo cual el juez comunitario ha cumplido un papel central.

La base o supraprincipio de la integración se desprende de los mandatos establecidos en la Constitución Política, que establecen como prioridad finalística del Estado la de lograr algún día la integración de los países que componen el bloque latinoamericano. Consideramos de la esencia suprarrectora del ordenamiento jurídico este principio de la integración, en cuanto presupone una conducta permanente y una actitud

orientadora en el manejo de las relaciones internacionales del Estado; así se desprende del preámbulo constitucional cuando indica que el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, al momento de elaborar el texto de la Constitución se ha comprometido “a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”. La cláusula se reitera en el artículo 9º, inciso final, cuando indica que las relaciones de Colombia se deben fundamentar y orientar “hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.

La integración a que se refiere la Constitución, en nuestra opinión, es amplia y le da la posibilidad al Estado de que la obtenga efectivamente en asuntos específicos, en materias concretas, en compromisos económicos, políticos, e incluso, por la misma forma de la redacción de los postulados constitucionales, que se logre en materias fronterizas de acuerdo con la reciprocidad que se obtenga de otros países.

A nivel del texto constitucional se observan algunos mecanismos que le permiten a los agentes del Estado estimular el camino hacia la integración latinoamericana: el artículo 96, al desarrollar los mecanismos de la nacionalidad por adopción, señala en el numeral 2, literales b y c, respectivamente: “son nacionales colombianos [...] 2. por adopción [...] b. los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron, y c. los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según los tratados públicos”.

Sin embargo, donde mejor se observa la posibilidad de un instrumento integrador amplio, que posibilita incluso la formación de un gran consentimiento de integración latinoamericana y del Caribe, a partir de la expresión de voluntad que admita hacer concesiones con el ánimo de hacer efectiva dicha integración, es en las atribuciones que la Constitución le otorga al Congreso Nacional en el artículo 150 numeral 16. Mediante esta disposición, en nuestra opinión de un alto contenido discrecional, esto es, de carácter político y dominado por consideraciones de conveniencia y oportunidad, el Congreso puede aprobar tratados tendientes a lograr la integración propuesta. Al respecto indica la disposición: “corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre

⁴³ PAREJO ALFONSO. *Manual de derecho administrativo*, t. I, cit., p. 165.

⁴⁴ SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza, 1994, p. 90 y ss. Puede consultarse ALBERTO MONTAÑA PLATA. “El concepto de administración pública en el derecho comunitario europeo”, en *Revista de Derecho del Estado*, n. 8, junio de 2000, p. 57.

con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros países”.

En Colombia el proceso integrador comenzó sus primeros pasos con el denominado Pacto Andino, el cual, sin tener los mismos progresos de la Comunidad Europea, de todas formas ha generado cambios importantes en la concepción de nuestro derecho administrativo. La Corte Constitucional, al identificar los alcances de este fenómeno y de su influencia sobre la realidad jurídica interna, sostuvo que “El derecho comunitario, surgido como resultado del traslado de competencias en diferentes materias del quehacer normativo por los países miembros y las subsecuentes regulaciones expedidas por las autoridades comunitarias apoyadas justamente en tales competencias y atribuciones, ofrece la doble característica de un sistema preeminente o de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro, y con una capacidad de aplicación directa y eficacia inmediata, porque a las regulaciones que se expidan con arreglo al sistema comunitario no es posible oponerles determinaciones nacionales paralelas que regulen materias iguales o que obstaculicen su aplicación, ni su eficacia puede condicionarse a la voluntad del país o de las personas eventualmente afectadas por una decisión [...] La capacidad de regulación por los países miembros sobre materias reservadas al derecho comunitario es muy restringida, limitándose apenas a la expedición de normas complementarias cuando el estatuto de integración lo autorice para reforzar las decisiones de las autoridades comunitarias o si fuere necesario para establecer instrumentos de procedimiento destinados a la aplicación de las sanciones, trámites y registros de derechos y, en fin, para la ejecución de medidas de carácter operativo que deban cumplirse ante las autoridades nacionales [...] La integración comunitaria que comporta el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, y especialmente las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran un fundamento de validez en las normas de la Constitución de 1991. La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la resignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viables los procesos de integración económica”.⁴⁵

De este contexto de la integración, y concretamente frente al derecho administrativo, se derivan evidentes consecuencias jurídicas. Entre ellas la posibilidad de abrir nuevos ámbitos de creación normativa con incidencia directa, respecto de los asociados nacionales. En este aspecto, la integración se convierte normativamente en objeto del derecho administrativo.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Fundamentos Constitucionales del Derecho Administrativo colombiano. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 208-253, jan./mar. 2008.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-228 del 25 de mayo de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL. En este mismo sentido puede consultarse la sentencia C-256 del 27 de mayo de 1998, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ: "El Acuerdo de Cartagena es un tratado internacional que hace parte del derecho comunitario andino pero que no es todo el derecho comunitario andino, dado que éste 'no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto', cuyas decisiones 'son obligatorias desde el mismo momento de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país'. Así mismo debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales".