

El Proceso de Constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia

Allan R. Brewer-Carías

SUMARIO

- I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DE DERECHO
 1. *La supremacía constitucional.* 2. *La limitación del poder.* 3. *La sumisión a la igualdad.* 4. *La declaración constitucional de derechos y garantías.* 5. *Las garantías de la Constitución y de los derechos fundamentales, y el control judicial.*
- II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL
- III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EQUILIBRIO ENTRE PRERROGATIVAS Y PODERES ESTADALES Y DERECHOS E INTERESES INDIVIDUALES.

La Asamblea Constituyente electa en Colombia a finales de 1990, elaboró y sancionó la Constitución de 4 de julio de 1991, uno de los textos constitucionales más ricos jurídicamente de América Latina, en la cual, además, se ha producido un masivo proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo como nunca antes se había operado en ese país, y que queremos comentar en estas notas.

En efecto, es indudable que entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo existen todos los vínculos imaginables. Ambos son, ante todo, derechos estatales, teniendo el Derecho Administrativo un conjunto de bases constitucionales, que son las mismas bases del Estado contemporáneo y que, en general, en el mundo occidental, corresponden a lo que se ha venido denominando el Estado Social y Democrático de Derecho, terminología acuñada desde hace décadas en las Constituciones europeas, y que ha recogido la Constitución colombiana de 1991 en su artículo 1.

Hemos dicho que el Derecho Administrativo es un "derecho estatal"¹, en el sentido de que además de emanar del Estado, está destinado a regular una parte esencial del mismo, la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados²; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares.

Pero por supuesto, al regular al Estado, el Derecho Administrativo se nos presenta, siempre, como un Derecho dinámico, en constante evolución, del fenómeno social y político. Cada sociedad, como lo ha dicho Alejandro Nieto, "se expresa en un determinado Derecho y las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica"³; en otras palabras, "el Derecho

1. André Demichel, *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, París 1978, p. 14.
2. Véase Allan R. Brewer-Carías, "El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela", *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, Vol. I, Madrid 1983, p. 688. Publicado también en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bogotá 1986, pp. 7 a 24.
3. Alejandro Nieto, "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública*, Nº 76, Madrid 1975; reproducido en el libro *34 artículos seleccionados*.

Administrativo se asienta sobre bases que están en constante evolución y que reflejan los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado"⁴. Por ello, puede decirse que el Derecho Administrativo permanentemente sufre una "crisis de crecimiento"⁵, por los cambios que constantemente le provocan las transformaciones económicas y sociales que no cesan.

Teniendo esto en cuenta, nuestro objetivo, en estas notas, es referirnos a las características más resaltantes del Derecho Administrativo colombiano, plasmadas en el texto constitucional de 1991, y determinar cómo están ellas integradas en el panorama jurídico contemporáneo.

Siendo un derecho estatal, las características fundamentales del Derecho Administrativo constitucionalizado en Colombia, responden a lo que hoy, en el panorama jurídico contemporáneo, caracteriza a esta disciplina: en primer lugar, a unas bases constitucionales propias del Estado de Derecho; en segundo lugar, a unos condicionamientos democráticos y sociales de ese Estado, y en tercer lugar, a un conjunto de principios que identifican un determinado equilibrio entre prerrogativas y poderes del Estado y derechos y garantías de los ciudadanos.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DE DERECHO

En primer lugar, sobre el Derecho Administrativo, precisamente, como el derecho de un Estado de Derecho. Es evidente que no habría Derecho Administrativo sin Estado de Derecho. Es más, como todos lo sabemos, nuestra disciplina nació con el Estado de Derecho⁶, que emergió de las Revoluciones Francesa y Americana, y que respondía y responde aún actualmente, a cinco principios esenciales que lo condicionan: el constitucionalismo; la limitación y distribución del Poder del Estado; el principio de legalidad; el reconocimiento de los derechos y garantías, y el control judicial del imperio de la ley.

La Constitución colombiana, con toda su novedad, sin duda, sigue respondiendo a estos cinco principios clásicos del Estado de Derecho, que son la base de nuestra disciplina.

1. *La supremacía constitucional*

En primer lugar, debemos recordar que como todas las Constituciones contemporáneas, y desde que la Constitución, como la entendemos ahora, fue inventada por las Colonias independientes de Norteamérica a partir de 1776, la Constitución Colombiana es un ejemplo de Constitución rígida, concebida como la "norma de normas" (Art. 4); en consecuencia, como Ley Suprema, todos los órganos del Estado y todos los individuos están sometidos a sus disposiciones, y tienen la obligación de respetarla y obedecerla (Art. 4). Como tal, es una norma directamente aplicable a los individuos, y fuente directa de derechos y obligaciones.

Ese carácter de norma rígida y suprema, hace que prevalezca sobre toda otra norma o acto estatal, debiendo por tanto ser aplicada con preferencia cuando exista

nados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su Centenario, Madrid 1983, pp. 880 y 881.

4. Martín Bassols, "Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo y su evolución", en *Libro Homenaje al Profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57.

5. Cfr. Prosper Weil, *El Derecho Administrativo*, Madrid 1966, p. 31.

6. Cfr. Fernando Garrido Falla, "Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales", *Revista de Administración Pública*, Nº 7, Madrid 1952; reproducido en la obra *34 artículos seleccionados ... cit.*, p. 22.

incompatibilidad entre ella y otras normas. Así lo dice el artículo 4º de la Constitución, pero sin aclarar si la aplicación preferente de la Constitución es un poder exclusivo de los jueces, como desde principios de siglo lo ha sido en Colombia, o podría ser extensivo a todo el que en el funcionamiento del Estado deba aplicar normas, lo que sin duda abriría el camino a la anarquía. De algunas normas constitucionales, sin embargo, parece claro que sólo la autoridad judicial es la que puede desaplicar normas por inconstitucionalidad (p.e Art. 305, ord. 10).

2. *La limitación del poder*

En segundo lugar, debe señalarse que el Estado de Derecho surgió hace doscientos años, fundamentalmente, como un Estado en el cual su poder era limitado como garantía de la libertad. A tal efecto, dos sistemas de distribución del poder se han venido consagrando en todas las Constituciones: un sistema de distribución horizontal del poder y un sistema de distribución vertical del poder. Por supuesto, dichos sistemas no son ni jamás han sido uniformes: han variado en su forma e intensidad, según los condicionamientos históricos, políticos y sociales propios de cada país. En el caso de Colombia, ambos sistemas, sin duda, se han aplicado históricamente y están consagrados en la Constitución como producto de la realidad actual del país.

En primer lugar, la Constitución de 1991, sin duda, establece un sistema de separación orgánica de poderes, como mecanismo de distribución horizontal del poder. Por supuesto, ese sistema nada tiene que ver con la exageración de los constitucionalistas franceses de la Revolución, que conformaron aquellos compartimientos estancos que tanto ha caracterizado y condicionado la evolución del Derecho Administrativo francés, y que no sólo dieron origen a la justicia administrativa separada del poder o rama judicial, sino a que aún no se haya podido establecer un completo sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

Nada más lejos de esa concepción que la que siempre ha adoptado Colombia y que se refleja en la Constitución de 1991, a pesar de la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa y del Consejo de Estado, pues bien sabemos que ésta forma parte de la rama judicial (Art. 116 y Art. 236), al igual que la jurisdicción constitucional y la Corte Constitucional (Arts. 116 y 239); y nada tiene que ver, salvo por aproximaciones semánticas, con el sistema de dualidad jurisdiccional estilo francés, donde la jurisdicción contencioso-administrativa no forma parte de la rama judicial.

Esta separación horizontal orgánica de Poderes en tres ramas de un único Poder Público: la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial (Art. 13), por supuesto, no es rígida, como no lo es hoy en ninguna parte del mundo. No sólo todos los órganos que las integran colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado (Art. 113), sino que el ejercicio de las funciones propias de los órganos de cada uno, no es exclusivo ni excluyente, pudiendo, en dicho ejercicio, haber interferencia por parte de los órganos de los otros poderes. Así por ejemplo, la función jurisdiccional se puede ejercer además de por los órganos de la rama judicial, por las autoridades administrativas (Art. 116), como sucede normalmente en todos los países contemporáneos, no sólo de nuestra familia de derechos, sino incluso del *common law*⁷ pudiendo, incluso, el Congreso, ejercer funciones judiciales como lo dice el artículo 116 de la Constitución. La función administrativa también se ejerce por las diversas ramas del Poder, al igual que la función normativa. Hay en todo caso,

7. Véase las muy completas referencias al sistema de *administrative tribunals* y de órganos administrativos con funciones cuasi-jurisdiccionales, en Inglaterra y EE.UU.; en Jorge Vélez García, *Los dos sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*, Bogotá 1994, pp. 113 y siguientes.

funciones que se ejercen por cada rama en forma privativa, y en éstas no puede haber interferencia; pues habría usurpación. De allí la prohibición que el artículo 136 impone al Congreso, de "inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades" (Ord. 1).

Además, como sucede hoy en todos los países del mundo, la distribución del poder en la trilogía clásica de las tres ramas: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, en la Constitución de 1991 también ha sido rota. El Poder Público se ejerce, además de por los órganos que componen las tres clásicas ramas, por otra serie de órganos que han sido progresivamente constitucionalizados y dotados de autonomía funcional. Es el caso de los órganos de control, como la Contraloría General de la República (Art. 267); de los que forman el Ministerio Público: el Procurador General de la Nación (Art. 275) y el Defensor del Pueblo (Art. 281); y de la administración electoral, como el Consejo Nacional Electoral (Art. 264). En cuanto al Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación, que en otros países son también órganos constitucionales con autonomía, en Colombia, sin embargo, son parte de la rama judicial (Art. 116, 249 y 254).

Particular importancia para el Derecho Administrativo en este contexto de la separación orgánica de poderes, tiene el ordenamiento de la rama ejecutiva y el tratamiento de la Administración Pública en la Constitución. Puede decirse que en la materia todos los principios necesarios han sido constitucionalizados: la organización administrativa (Arts. 115, 150, Ord. 7, 185 y 206, 208) y los principios sobre la Administración Descentralizada funcionalmente (Arts. 76, 210, 333, 371); la jerarquía administrativa (Arts. 115, 189); el régimen de los funcionarios públicos (Arts. 110, 122, 125, 189) y su responsabilidad (Arts. 6, 91, 122, 124, 198); el régimen de los bienes públicos (Arts. 63, 72, 75, 82 y 332) y el régimen de control de la gestión administrativa, tanto popular (Art. 88), político (Arts. 114, 189, Ord. 12), fiscal (Arts. 117, 119, 267, 268, 354) como de gestión (Arts. 277, Ord. 5 y 6 y 278, Ord. 13).

En segundo lugar, la Constitución también establece un sistema de distribución vertical del poder, que sin abandonar la forma "unitaria" de la República, la califica, en una aparente contradicción, como descentralizada territorialmente (Arts. 1 y 123), compuesta por entidades territoriales que son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas (Art. 286). Estas entidades descentralizadas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución, con derecho a gobernarse por autoridades propias, elegidas por votación popular, ejercer las competencias que les corresponden, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales (Art. 287). Además, la Constitución regula a las Regiones (Art. 306), las áreas metropolitanas (Art. 319) y los territorios con régimen especial, como el Distrito Capital (Art. 322), también como formando parte de la organización territorial.

La verdad es que esta organización territorial del poder que prevé la Constitución, lo único que tiene de "unitaria" es que no es una federación —y recordemos que federaciones, en sentido clásico del término no existen actualmente—, pero en realidad, en muchos aspectos, es más descentralizada políticamente que muchas federaciones contemporáneas, como por ejemplo, la de Venezuela, que estamos esforzándonos, precisamente, por descentralizar⁸. Basta resaltar, para darse cuenta de ello, el tratamiento que la Constitución establece en cuanto a las competencias de los órganos de los departamentos y municipios (Arts. 300, 305, 313 y 315), con la autorización general dada al legislador para, mediante la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, distribuir competencias entre la Nación y las entidades terri-

8. Véase *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993*, Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización, Caracas 1994, 1.076 pp.

toriales (Art. 288), y la previsión de un sistema de distribución de recursos financieros entre ellas (Art. 356), incluyendo la figura del situado fiscal (Art. 356) equivalente a lo que en Venezuela hemos denominado desde principios de siglo, el situado constitucional; y el régimen de participación de los municipios en los ingresos de la Nación (Art. 357). En todo ese sistema se aprecia, sin duda, un alto grado de descentralización, no faltante, sin embargo, de algunos lunares que no encajan, como el de la tutela de los Gobernadores sobre las autoridades municipales que prevé el artículo 305, y que les permite a los primeros revisar los actos de los Concejos Municipales y de los Alcaldes y, por motivo de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez (Ord. 10).

3. *La sumisión a la legalidad*

La tercera de las notas clásicas del Estado de Derecho, que justifica incluso su denominación, es la sumisión de todos los órganos del Estado al derecho o a la legalidad, integrada por la norma de normas, que es la Constitución (Art. 4), y por todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico que aplican a los diversos órganos del Estado, conforme al clásico principio de la formación del Derecho por grados que legó Hans Kelsen al derecho moderno, y que puede decirse que tiene plena vigencia en la Constitución⁹.

Sobre el tema de la sumisión al Derecho, en todo caso, debo hacer una acotación sobre una norma de la Constitución que me ha llamado mucho la atención, y es la que atribuye al Congreso, entre sus funciones, la de "interpretar, reformar y derogar las leyes" (Art. 150, ord. 1). ¿Qué significa esto, particularmente en cuanto a la primera competencia? ¿Qué sólo el Congreso puede interpretar las leyes? Recordemos que eso era lo que, en la exageración revolucionaria francesa de la separación de poderes, correspondía, a comienzos del siglo pasado, a la Asamblea Nacional, a la cual los jueces estaban obligados a consultar cuando tuvieran dudas respecto de la interpretación de una ley mediante el denominado *referé législatif*¹⁰, debido a la reticencia que había respecto de los jueces, producto de la actitud de los *Parlements* antes de la Revolución. Pero atribuir ese poder, hoy, al Congreso, no tiene sentido alguno: el Congreso, dicta las leyes, las reforma y las deroga. No veo cómo las pueda "interpretar", salvo mediante nuevas leyes que modifiquen las anteriores. Quien interpreta la ley es quien tiene que aplicarla y ejecutarla, el juez y el funcionario, dentro de sus respectivas esferas de competencia, y con los límites establecidos en la propia Constitución y sus valores y en la Ley.

4. *La declaración constitucional de derechos y garantías*

El cuarto de los principios tradicionales del Estado de Derecho es la declaración constitucional de los derechos y garantías, que ha sido y es el signo común de todos los Estados contemporáneos. En esta materia, la nueva Constitución colombiana se ha incorporado a las corrientes actuales del constitucionalismo universal, al establecer una amplísima declaración de derechos y garantías constitucionales, que sigue la línea de Constituciones recientes, como la de Brasil e, incluso, menos recientes como la venezolana, dictada 30 años antes (1961).

Lo primero que debemos destacar en esta materia es que conforme al artículo 2 de la Constitución, se enumera entre los fines esenciales del Estado, el "garantizar

9. Véase los comentarios en Jorge Humberto Botero, "Nueva Constitución ¿Nuevo Derecho?", *Quaestiones Iuridicae*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, N° 2, Bogotá 1994, p. 25.

10. Véase la referencia en Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1981, p. 164.

la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"; precisándose, en forma expresa, el principio de "la primacía de los derechos inalienables de la persona" (Art. 5), y recogiendo el principio consagrado, por ejemplo, en la Constitución venezolana de 1961, de que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos" (Art. 94). La única diferencia de esta cláusula abierta con la prevista en la Constitución venezolana es el agregado que la nuestra hace de que "la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos" (Art. 50).

En esta forma, Colombia se ha incorporado a las nuevas tendencias de protección progresiva de los derechos humanos, de todas las generaciones de ellos que nos podamos imaginar, precisando no sólo la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que los reconocen, sino indicando que los derechos se deben interpretar de conformidad con esos tratados internacionales (Art. 93).

En todo caso, de nuevo debemos decir que no estamos en presencia de nada excepcional, ni que esto sea producto o causa de un "nuevo Derecho", como parece que algunos han querido ver y como he tenido ocasión de apreciar de las discusiones recogidas en las *Quaestiones Iuridicae*¹¹ editadas por la Pontificia Universidad Javeriana. Es cierto que de las normas de la Constitución Colombiana se deriva que los principios relativos a los derechos humanos conducen a que, en última instancia, los derechos constitucionales son lo que los jueces digan que son. Pero en esta afirmación no hay nada nuevo. Basta recordar, por ejemplo, la situación en el Reino Unido donde no hay Constitución pero, por supuesto, rige el principio de la *rule of law*. Como señalaba Dicey hace más de un siglo, cuando contrastaba el Derecho Administrativo de Europa continental con la Constitución inglesa: en el Continente —decía— "los derechos individuales resultan, o aparentan resultar de los principios generales de la Constitución", en tanto que en Inglaterra,

"los principios generales de la Constitución (como por ejemplo la libertad personal, el derecho de reunión pública) son... el resultado de decisiones judiciales en casos concretos llevados ante los tribunales, determinantes de los derechos individuales de las personas".

De allí concluía diciendo que:

"las normas que en los países extranjeros forman parte de un Código Constitucional, no son la fuente sino la consecuencia de los derechos individuales, tal como han sido definidos y aplicados por los jueces"¹².

Por tanto, que los jueces tengan el poder-deber de aplicar la Constitución y sus principios, incluso conforme a estas cláusulas, no los hace titulares de la creación de ningún "nuevo Derecho" fuera de la propia Constitución, que responde a unos valores concretos, históricos y actuales de la sociedad colombiana. Los jueces nunca han sido meros autómatas, o entes pasivos, ni como decía Montesquieu, "nada más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, incapaces de moderar su fuerza y vigor"¹³. Al contrario, los jueces siempre han sido los intérpretes de la Constitución, pero como lo dice la propia Constitución colombiana, sometidos siempre "al

11. *Quaestiones Iuridicae*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Nº 1, junio 1993, 16 pp; Nº 2 junio 1994, 31 pp.

12. A. V. Dicey. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Introducción de E.C.S. Wade), Londres 1973 pp. 195, 196 y 203.

13. Véase la referencia en H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale 1910, p. 323.

imperio de la ley" (Art. 230) con la posibilidad de usar los criterios auxiliares de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho y la doctrina (Art. 230), pero siempre sometidos a la Constitución y la ley, y a sus principios y valores.

Debe señalarse, respecto de la consagración de derechos, sin embargo, que del texto de la Constitución aparecen algunas contradicciones que estoy seguro que los jueces están superando: en primer lugar, la utilización de la expresión "derechos fundamentales" como una categoría de los derechos constitucionales enumerados en los artículos 11 a 42, y donde no están los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos colectivos y del ambiente. La acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución, sólo está prevista para la protección de los derechos fundamentales, de donde se podría concluir, inconvenientemente, que la protección constitucional podría ser rechazada respecto de los otros derechos. En segundo lugar, también me resulta una aparente contradicción de la misma enumeración de los derechos fundamentales y de la previsión respecto de ellos de la acción de tutela, la precisión que hace el artículo 85, de que algunos de esos derechos fundamentales no serían de aplicación inmediata. Realmente no puedo imaginarme algún derecho fundamental protegible que no sea de aplicación inmediata.

5. *Las garantías de la Constitución y de los derechos fundamentales, y el control judicial*

En quinto lugar, la Constitución colombiana, conforme a la orientación del Derecho contemporáneo, también establece todo un sistema de garantías de la Constitución y de los derechos constitucionales, entre los cuales destaca un completo sistema de control judicial.

En efecto, en cuanto a las garantías constitucionales de los derechos y de la Constitución, ésta, además de establecer la reserva legal como principio general y precisar la responsabilidad de los funcionarios públicos por violaciones constitucionales (Arts. 6 y 91), consagra, además de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales (Art. 86), todo el completísimo sistema de control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes, tanto antes como después de su sanción y publicación (Arts. 4, 153, 241), que ha sido, históricamente, junto con el sistema venezolano, uno de los grandes aportes de nuestros países al Derecho Constitucional Comparado¹⁴.

Una observación nos resulta obligante, sin embargo, en cuanto a la potestad de la Corte Constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes, y es que la Constitución, al regular el derecho de propiedad (Art. 58), prohíbe que los motivos de utilidad pública o de interés social que puedan ser invocados por el legislador para establecer esa extraña figura de la "expropiación sin indemnización" —que no es otra cosa que una confiscación—, puedan ser "controvertibles judicialmente" (Art. 58). Realmente, aquí hay una disidencia del sistema con la tendencia general en el mundo contemporáneo, que es el ejercicio del control de la constitucionalidad, incluso, con base en los principios de razonabilidad de las leyes¹⁵.

Por otra parte, en cuanto a las garantías, debe destacarse que, como garantía fundamental de los derechos, el artículo 93 remite a los tratados internacionales para la determinación de los casos en los cuales no se pueden éstos limitar, en los casos

14. Véase Allan R. Brewer-Carías, "El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)", en el libro *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, Tomo II, pp. 770 y siguientes.

15. Véase, por ejemplo, Juan Francisco Linares, *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1970.

de estados de excepción (Art. 93). Rigen por tanto, en Colombia, plenamente, las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos que excluyen toda suspensión o restricción de garantías de ciertos derechos, como el derecho a la vida.

Debemos señalar, además, que nos ha llamado la atención respecto del tema de la reserva legal, el contraste que resulta de la proclamación del artículo 22 sobre "la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento", y la precisión de que la atribución exclusiva del Congreso, de las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales para, por ejemplo, imponer contribuciones fiscales o parafiscales, sea válida sólo en "tiempo de paz" (Art. 338). Parecería existir un sustrato inconveniente y contradictorio con aquella proclamación, derivado de la posibilidad de la existencia misma de "tiempos de guerra", que en todo caso debió haber sido proscrita, antes que vislumbrada.

En cuanto a la acción de tutela, que en nuestro criterio, más que una acción aislada puede concebirse en la Constitución como un derecho ciudadano a la supremacía constitucional y a sus derechos¹⁶ que se manifiesta en múltiples acciones, incluyendo la de la tutela, pero donde encajan también las otras acciones populares de protección (Arts. 88 y 89), el *habeas corpus* (Art. 30) y el *habeas data* (Art. 15); a pesar de la novedad que ha constituido en Colombia y de los síntomas que han aparecido de esa enfermedad del crecimiento y desarrollo de la institución, denominada la "tutelitis", sin duda, ha incorporado a Colombia en la vieja ruta que siguen casi todos los países del mundo actual, de la protección inmediata, amparo o tutela, de los derechos constitucionales, y que tan efectiva ha sido ante la justicia lenta, que siempre es injusta. La tutela es un remedio rápido frente a las violaciones de derechos constitucionales, como el amparo en Venezuela, que tenemos que saludar el que se haya incorporado al Derecho colombiano.

Como lo ha dicho Hernando Herrera Vergara, Presidente de la Corte Constitucional de Colombia:

"El rol del juez ha sufrido una profunda y constructiva transformación y revaloración, quizás la de mayor repercusión en la historia nacional a consecuencia principalmente de los cambios que en todos los campos de la justicia realizó la Carta Constitucional. En razón de la existencia de la acción de tutela —continúa—, todos los jueces de la República se han convertido por mandato constitucional en forma efectiva y real en guardianes de la Carta de Derechos, sea cual fuere el lugar del territorio nacional en que ejerzan su jurisdicción, sin importar su especialidad o jerarquía"¹⁷.

Ello es cierto, pero no creamos que con estas instituciones hemos inventado nada: los jueces angloamericanos, cotidianamente amparan o tutelan los derechos constitucionales, mediante los viejos y ordinarios *wrights*, como el *injunction* o el *mandamus*, al igual que los jueces franceses, con los *reféres*¹⁸ con tanta o más efectividad que nuestra tutela o amparo, y en ello no hay ni nada asombroso ni escandaloso. Exijamos, eso sí, que los jueces cumplan con su deber, pues más importante que las leyes, es que sean justamente administradas. Como lo decía Lord Denning:

16. Véase Allan R. Brewer-Carías "El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa" en Manuel José Cepeda (ed). *La Carta de Derechos. Su interpretación y sus implicaciones*. Bogotá 1993, pp. 25 y siguientes.

17. "Discurso" en *Universitas*, N° 86, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, junio 1994, pp. 295 y 296.

18. Véase Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos ... loc. cit.*, p. 28. Cfr. Jorge Vélez García, *op. cit.*, pp. 93 y siguientes y 321 y siguientes.

“Nada se logra teniendo leyes justas si las mismas son administradas injustamente, por malos jueces o por abogados corruptos. Un país no puede tolerar, por mucho tiempo, un sistema legal que no asegure juicios justos”¹⁹.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL

Pero hemos dicho que el Derecho Administrativo en Colombia, no sólo es el Derecho de un clásico Estado de Derecho, caracterizado conforme a los elementos antes analizados, sino que también es el Derecho de un Estado Democrático y Social.

Ello deriva del propio artículo 1º de la Constitución, que proclama que el Estado está organizado como una República “democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la dignidad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. He allí los valores fundamentales de este Estado democrático y social, que tiene que condicionar todo el Derecho estatal, incluyendo el Derecho Administrativo. Esos valores, además, se complementan con la declaración del artículo 2 de la Constitución, que equivale a los preámbulos de las Constituciones contemporáneas y que señala que:

“Son fines del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes garantizados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Todos estos fines configuran, como un valor esencial del Pacto Político, el Estado social que encuentra su concreción individual en esa riquísima cláusula igualitaria del artículo 13 de la Constitución, conforme a la cual “todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Pero el Estado Social, sin duda, no sólo es fuente de derechos de las personas, sino ante todo, fuente de deberes y obligaciones para el Estado. Recordemos el artículo 366 para darnos cuenta de ello. Dice:

“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable...”.

En base a ello, materialmente, al enumerarse los derechos sociales, económicos y culturales a partir del artículo 42 de la Constitución, en cada uno de los artículos se impone una obligación al Estado de proteger, apoyar, asistir, organizar, dirigir, fomentar, garantizar, promover, regular, ejercer, fortalecer, facilitar, incentivar diversas acciones, actividades o prestaciones de orden social.

Allí sin duda, está la fuente esencial de la normativa que conforma el Derecho Administrativo, que no sólo es un Derecho formal relativo a los actos, contratos y recursos, sino un Derecho material que regula las actuaciones del Estado y sus rela-

19. Véase la referencia en Allan R. Brewer-Carías “La Constitución de 1961 y los problemas del Estado Democrático y Social de Derecho” en *Reflexiones sobre la Constitución (Tres décadas de vigencia)*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas 1991, p. 34.

ciones con los administrados. En esa normativa, por supuesto, la orientación constitucional es fundamental en cuanto a la finalidad del Estado. No olvidemos que lo que caracteriza al Derecho Administrativo en el panorama jurídico contemporáneo, es que regula instituciones de carácter público colocadas por encima de los intereses colectivos, superiores y generales, que no son, precisamente, la suma de intereses individuales²⁰.

Respecto de esos intereses la Constitución de Colombia de 1991 opta claramente por una vía: la de "la prevalencia del interés general" como uno de los fundamentos de la República, conforme al artículo 1º, lo que se repite incesantemente en el texto en otras formas: al regular la propiedad indica que "el interés privado deberá ceder al interés público o social" y precisa que es "una función social" (Art. 58); al regular el espacio público, aclara que "prevalece sobre el interés particular" (Art. 82); y al regular la libertad económica señala que el Estado dirige la economía (Art. 334) y que la empresa tiene "una función social que implica obligaciones" (Art. 333). Además, para defender los intereses colectivos y de la sociedad, se consagra la figura del Procurador General de la Nación (Art. 277, Ords. 2 y 3).

De acuerdo con esta normativa, en todo caso, el Estado Social tiene un papel ordenador y conformador de la realidad económica y social que debe cumplir en vista de realizar una sociedad justa y solidaria, asumiendo obligaciones prestacionales frente a los ciudadanos, y ordenando y regulando la realidad económica y social para el logro de sus fines. Por ello, el artículo 365 insiste en que "los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado", siendo su deber el "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". En esta norma, sin duda, encontramos la constitucionalización de una noción tan cara al Derecho Administrativo como la noción de servicio público, en una forma, sin duda, que no encontramos en ninguna otra Constitución del mundo. En efecto, todo el régimen del Derecho Administrativo del servicio público está enunciado en esa norma:

"Los Servicios Públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigencia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante Ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita" (Art. 365).

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL EQUILIBRIO ENTRE PRERROGATIVAS Y PODERES ESTADALES Y DERECHOS E INTERESES INDIVIDUALES

Todo ese conjunto de normas que establecen los fines del Estado, sin duda, además de imponerle obligaciones de todo orden, incluyendo las prestacionales, le confieren al Estado poderes y prerrogativas para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales. Pero, por supuesto, éstos no desaparecen, pues también están y deben estar protegidos y garantizados. Por ello, el Derecho Administrativo, además de ser el Derecho de Estado Democrático y Social de Derecho, es el derecho regulador del equilibrio necesario entre

20. Cfr. A. Nieto, *loc. cit.*, p. 890.

los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los intereses individuales y privados que también debe garantizar.

No olvidemos que si algo ha caracterizado al Derecho Administrativo durante toda su historia es esa ambigüedad básica de su concepción, que a la vez lo muestra como un instrumento para garantizar la acción administrativa y como un instrumento del liberalismo; como un medio para la manifestación de la actividad gubernamental y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y como un medio de protección del administrado frente a la Administración. Por eso, Fernando Garrido Falla ha señalado, con razón, que el

“Derecho Administrativo encierra en su seno una oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita personaje de doble faz: de una parte, un conjunto de prerrogativas que sitúan a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares; de otra parte, la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal”²¹.

En definitiva, el Derecho Administrativo siempre se ha explicado por el juego dialéctico de esos dos conceptos contrapuestos: prerrogativa administrativa y garantía del particular, de manera que como decía Marcel Waline, por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia, y por la otra, la tiranía²².

La Constitución de Colombia también está imbuida de esta tercera base constitucional, dando cabida a un conjunto de regulaciones para asegurar la relación Administración-administrado, sin el sacrificio o menosprecio de los intereses particulares, a pesar de la prevalencia de los intereses generales o colectivos, regulando las normas de actuación de la Administración y protegiendo los derechos e intereses de las personas.

En este campo se destaca, ante todo, la norma que regula la función administrativa, y que declara que:

“... está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (Art. 209).

Estos principios, que se complementan en otras normas como la referida a las competencias de las entidades territoriales “conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad” (Art. 288), sin duda, y ante todo, son garantías de los individuos ante el Estado, y que permiten la búsqueda de ese equilibrio entre el Poder y el individuo que caracteriza todo el Derecho Administrativo.

Esas garantías de las personas, además, se concretan en otras normas constitucionales, como la que impone el debido proceso no sólo a las actuaciones judiciales sino administrativas (Art. 29), y la que erige a la buena fe en un principio fundamental que ha de regir la actividad administrativa. Una norma como la del artículo 83, en efecto, no creo que exista en ninguna Constitución del mundo. Dice:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”.

El principio que Jesús González Pérez nos descubrió a los administrativistas, en su bellísimo discurso de incorporación a la Real Academia de Ciencias Morales

21. Fernando Garrido Falla, *loc. cit.*, p. 223.

22. Marcel Waline, *Droit administratif*, París 1963, p. 4.

y Políticas de Madrid sobre "El Principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo"²³ encuentra ahora una consagración constitucional excepcional, que ojalá sirva para superar ese mal atávico de nuestros funcionarios, que ven en el administrado un enemigo y si a éste se le ocurre ejercer un recurso o queja, un criminal, que hay que perseguir. La buena fe también se aplica como principio a la Administración, pero no como presunción, sino como deber para evitar cargas innecesarias al administrado o malos entendidos por las ambigüedades de los actos administrativos.

Hacia ese objetivo de la protección de los administrados, además, apuntan otras normas de la Constitución, como aquellas que establecen el principio de la desregulación. Así, el artículo 84 establece como principio que:

"Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".

Principio que se complementa con el artículo 333, que al regular la actividad económica y la iniciativa privada como "libres, dentro de los límites del bien común", agrega que "para su ejecución nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de ley".

Por otra parte, en este régimen de relaciones entre la Administración y los administrados, la Constitución colombiana incorpora en su texto, imbuyendo toda su normativa, el principio de la participación. Así, a la República se la define como "participativa" (Art. 1), consagrándose el derecho ciudadano "a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político" (Art. 40), para lo cual no sólo se regulan, en general, mecanismos de participación del pueblo (Art. 103), y de participación ciudadana que deben ser establecidos por ley (Art. 152, literal d), incluso para vigilar la gestión pública (Art. 230); sino, en particular, vías de participación concretas, como por ejemplo, de las comunidades educativas en la dirección de las instituciones de educación (Art. 68), y de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen (Art. 78).

Además, la Constitución impone al Estado la obligación de contribuir "a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales... con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de concertación, control y vigilancia de la gestión pública" (Art. 103). En todo caso, al Municipio se le concibe como una entidad territorial fundamental para promover la participación ciudadana en el manejo de los asuntos públicos de carácter local (Arts. 311 y 318).

Se destacan, asimismo, como fórmula jurídica para la participación, el establecimiento en el artículo 88 de la Constitución, de las acciones populares que debe regular la ley para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica (Art. 88).

Por último, en relación al binomio prerrogativas de la Administración y garantías de los administrados que caracteriza nuestra disciplina, debo referirme a unas disposiciones de la Constitución, que en cierta forma, pueden considerarse excepcionales en el panorama jurídico contemporáneo, y son las relativas a la propiedad y su garantía.

En efecto, luego de precisar la Constitución el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado "por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas" (Art. 90) como una

23. *El Principio general de la Buena Fe en el Derecho, Administrativo*, Madrid 1983, 156 p.

garantía fundamental de los administrados frente a los privilegios de la Administración, el texto también garantiza el derecho de propiedad, precisando, sin embargo, en primer lugar, que debe cumplir una función social; y en segundo lugar, que cuando resulte un conflicto entre los derechos de los particulares y una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, "el interés privado deberá ceder al interés público o social" (Art. 58). Dicha prevalencia, sin embargo, no puede implicar sin más el desconocimiento del derecho de propiedad y la irresponsabilidad del Estado, pues entonces no habría equilibrio entre prerrogativas y garantías. Sin embargo, en esta materia, la Constitución colombiana prevé dos figuras que realmente llaman la atención: en primer lugar, la expropiación en vía administrativa, como una excepción a la garantía judicial que es la contrapartida de la potestad expropiatoria; y en segundo lugar, la expropiación sin indemnización, como otra excepción, esta vez a la garantía patrimonial, sin la cual no hay expropiación, sino confiscación. Estas disposiciones, ha dicho Rafael Nieto Navia "permiten establecer o coonestar la arbitrariedad del Estado"²⁴ rompiéndose el mencionado equilibrio esencial del derecho administrativo que otras normas de la Constitución buscan establecer, entre prerrogativas de la Administración y las garantías ciudadanas.

En esta materia, también quisieramos destacar otra norma de la Constitución, que contrasta con las nuevas tendencias del contencioso cuando están en juego la violación de derechos fundamentales, y que apuntan a la progresión de la protección jurídica de los administrados frente a la Administración. Me refiero al artículo 238, que establece:

"La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Esta disposición viene a consagrar en forma absoluta el efecto no suspensivo de los recursos contencioso-administrativos, que si bien es cierto que es el principio general tradicional en Colombia y en el mundo jurídico contemporáneo, comienza a encontrar fórmulas inversas como por ejemplo, en España, cuya Ley 62-1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales establece, en vía contencioso-administrativa, el carácter suspensivo de los recursos, en la orientación de lo que el artículo 55 del Código Contencioso-Administrativo de Colombia establece en vía administrativa, y al cual apuntan las nuevas tendencias del contencioso-administrativo²⁵.

De lo dicho anteriormente sobre la constitucionalización del Derecho Administrativo colombiano, una conclusión nos surge de inmediato: no hay otro país de habla hispana en el cual el Derecho Administrativo haya alcanzado un grado tal de constitucionalización como ha sucedido en Colombia, siguiendo nuestra disciplina, allí las orientaciones generales que hoy en día tiene en el mundo jurídico contemporáneo y que, como hemos visto, lo configuran como un Derecho del Estado Democrático y Social de Derecho, con las suficientes bases constitucionales, conforme a la realidad colombiana, para mantener el equilibrio necesario entre los poderes y prerrogativas de la Administración y los derechos y garantías de los administrados.

24. Rafael Nieto Navia, "Comentarios sobre las libertades y algunos derechos humanos contemplados en la nueva Constitución colombiana" en *Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Colegio Santo Tomás de Aquino, Universidad Autónoma de Centroamérica, San José de Costa Rica, 1994, p. 142.

25. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Madrid 1990, p. 120; *Nuevas Tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Caracas 1993, pp. 158 y siguientes; y 195 y siguientes.