

ESTEFHANY RODRIGUEZ COLLAZOS

**LOS NUEVOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y LA TRANSFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A
LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA DE 1991**

**(Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo
– Modalidad Investigativa)**

Bogotá D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN
DERECHO ADMINISTRATIVO – MODALIDAD INVESTIGATIVA

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hinestroza Rey

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

**Director Departamento
Derecho Administrativo:** Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Director de Tesis: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Presidente de Tesis: Dr. Juan Carlos Peláez Gutiérrez

Examinadores: Dr. Héctor Santaella Quintero
Dr. Juan Carlos Covilla

Bogotá, 17 de julio de 2019

Doctora
ADRIANA ZAPATA GIRALDO
Decana Facultad de Derecho.
E. S. M.

Cordial Saludo.

Por medio de la presente comunicación rindo concepto favorable del trabajo de grado de la alumna Stephany Rodríguez Collazos, titulado *“LOS NUEVOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA TRANSFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA DE 1991”*. La monografía se presenta para reunir los requisitos para otorgar el título de Magister en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Administrativo (modalidad investigativa).

El escrito reúne los requisitos de forma y de fondo requeridos por la universidad. En la modalidad investigación se exige la realización de una tesis. En el trabajo se analiza una institución básica del derecho administrativo, el principio de legalidad pero la autora no se queda en la descripción sino que estudia las diferentes manifestaciones normativas que se presentan en la administración pública actual, aspecto que no sólo cuestiona en muchos casos el concepto de acto administrativo sino que además plantea las transformaciones del sistema de fuentes. Como puede observarse, se trata de la identificación de un verdadero problema jurídico y sobretodo de una investigación que aborda uno de los aspectos dogmáticos más relevantes para la doctrina administrativa.

Por las anteriores razones, solicito respetuosamente se fije fecha para la sustentación y los jurador respectivos.

Agradezco de antemano la atención prestada,


JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA
Docente - Investigador

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vi
1. NUEVAS FORMAS DE RELACIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	1
1.1 HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO ...	1
1.1.1 Acto Administrativo en sentido clásico	1
1.1.2 Acto administrativo en la actualidad	7
1.2 LA ENTRADA EN ESCENA DE NUEVOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: CLASIFICACIÓN SEGÚN LA DIMENSIÓN INTRA O EXTRA ORGANIZACIONAL	35
1.2.1 Instrumentos Externos.....	37
1.2.1.1 Memorandos de Entendimiento	37
1.2.1.2 Acción Informal de la Administración	48
1.2.2 Instrumentos Internos.....	57
1.2.2.1 Circulares.....	57
2. LAS MUTACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR LA APARICIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	72
2.1 TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON RELACIÓN A LOS NUEVOS INSTRUMENTOS.....	72
2.2 RECONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO Y REPLANTEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA.....	89
2.3 DE LA SUPREMACÍA DE LA LEY A LA INTERACCIÓN DE DIFERENTES NIVELES NORMATIVOS.....	103

2.4	LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA LEGALIDAD: PRINCIPIO DE JURIDICIDAD	113
2.5 PASO DE LA UNILATERALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO A LA ACCIÓN CONCERTADA DE LA ADMINISTRACIÓN		122
CONCLUSIONES		130
BIBLIOGRAFIA		133

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo surge como una posibilidad de dar aplicación a los principios que desde su génesis han regido el derecho administrativo, pero que atemperándose al contexto actual han sufrido mutaciones considerables por lo que en ocasiones resulta problemático adecuar los postulados clásicos al panorama actual, es por ello que se considera importante investigar los cambios de los precitados principios logrando una aplicación real a las nuevas formas de relación de la Administración Pública.

Metodológicamente el objeto de la investigación se delimitó en abordar el concepto de acto administrativo, pues su concepción tradicional comporta una manifestación unilateral de la administración pública, noción que excluye las actuaciones no formales de la administración pública que se nutren del consenso de los administrados y la administración como un mecanismo de eficacia de la actuación administrativa, de la misma manera, en demostrar que el principio de legalidad no se puede entender en sentido clásico, toda vez, que la sumisión del estado no es solo a la ley, sino al Derecho que comprende diferentes órdenes jurídicos, involucra la supremacía normativa y especialmente constitucional, y todavía los principios generales del derecho, lo que además armoniza con la concepción del Estado Constitucional y social de Derecho.

Por ello, la investigación se desarrollará en dos ejes temáticos, el primero, se centra en hacer un estudio acerca de la forma clásica de relación de la Administración Pública, como es, el acto administrativo que materializa los pronunciamientos del ente estatal y es el referente de la manifestación de la voluntad de la Administración Pública.

Se destaca que los doctrinantes que han abordado el concepto de acto administrativo, coinciden precisamente en la difícil tarea de acercarse a su definición, esto teniendo en cuenta la construcción y evolución histórica del derecho administrativo, además de las diversas actuaciones de la administración pública que dificultan fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de acto administrativo¹.

Es así como encontramos en las nociones planteadas, la tendencia de los autores a analizar la naturaleza del acto administrativo, sus características, el órgano que lo expide, el órgano que lo controla y lo que difiere de su concepto, todas estas, desde un criterio clásico, así mismo, vale la pena indicar, que la intención con la presente investigación no es debatir acerca de los postulados clásicos, pues precisamente de estos se ha nutrido el derecho administrativo, no obstante, se hace imperioso imprimir a la referida concepción, los criterios actuales, que hacen parte de la necesidad de la administración de flexibilizar su actividad.

Para tal fin, me centraré en analizar desde la concepción clásica, los elementos comunes en todas las definiciones planteadas, verbigracia *la unilateralidad y las potestades discrecionales*, esto advirtiendo que son los componentes fundamentales para plantear una nueva concepción de acto administrativo, además de identificar que la concepción tradicional, excluye las actuaciones no formales de la administración pública que se nutren del consenso de los administrados y la administración.

Es importante indicar que frente al concepto de acto administrativo actual, la postura en la cual se va a enfocar el presente trabajo investigativo, es la presentada por los nuevos administrativistas, al detallar que el Derecho

¹ Definir: Fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa. Real Academia Española.

Administrativo distingue una serie de manifestaciones de la administración o instrumentos que se vale el Gobierno para materializar sus actuaciones ante la alta exigencia que le impone el estado social de derecho.

Así las cosas, se plantearán algunas posturas intentando complementarlas, estableciendo la naturaleza jurídica de todos aquellos instrumentos utilizados por la Administración Pública dentro de los cuales manifiesta su voluntad, además de realizar un análisis acerca de sus efectos y características.

Es menester precisar que en las sendas fuentes bibliográficas se encontraron artículos o referencias tangenciales en la que se estudian las nuevas formas de relacionamiento de la administración pública, razón por la cual, se hace imperioso conceptualizar a cerca de estos instrumentos que diariamente cobran importancia en el devenir de la actividad administrativa y que la a fecha han sido poco abordados por la doctrina, por ejemplo, los memorandos de entendimiento o la llamada acción informal del estado a través de los cuales, el ente estatal ha avanzado en su aplicación ganando terreno en el devenir de la actividad administrativa, mecanismos que carecen de las características propias de los actos administrativos pero que hacen parte de la actividad de la administración para materializar sus decisiones.

Por otro lado, el segundo eje temático se enfocará en realizar un análisis conceptual a cerca del principio de legalidad y su relación directa con las actuaciones de la administración pública, seguidamente se desarrollará un marco teórico a través del cual se describe los diferentes cambios que han surgido con la interpretación amplia por las altas cortes sobre las fuentes del derecho y la incidencia de estos cambios en las actuaciones administrativas.

Razón por la cual, se estima conveniente abordar los doctrinantes que se han referido en sus obras acerca de este principio, reconociendo una esfera de

actuación autónoma a la administración por fuera de los estrictos marcos predeterminados por la legislación, y con ello el forzoso reconocimiento de la potestad normativa de la administración no siempre precisa de una habilitación legal previa, ya que no solo ejerce para asegurar la cumplida ejecución de la ley².

En ese sentido, entender el principio de legalidad como la sujeción de la actividad administrativa estrictamente a la ley, es desconocer los variaciones del estado social de derecho donde divergen diferentes fuentes formales que irrigan la actividad estatal, logrando el reconocimiento de las altas cortes, así como el Legislador que ratifica esta postura con la expedición de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se reafirma la sujeción de la Actividad administrativa a todo el ordenamiento jurídico.

Se habla entonces, de una idea más amplia de sometimiento de la Administración al Derecho, entendido como el conjunto de normas de distinto rango que regulan tanto lo concerniente a la atribución de la competencia, como los procedimientos a seguir con los contenidos materiales o las orientaciones finales que deben guiar sus determinaciones. De aquí que con un sentido más global se haga referencia al *principio de juridicidad*.³

Razón por la cual, el presente trabajo investigativo intenta establecer un vínculo entre esas dos transformaciones en el campo del Derecho Administrativo, es decir, la concepción de acto administrativo y la noción de la legalidad, para finalmente demostrar a través del desarrollo de un marco teórico que ambos conceptos no se pueden entender en sentido clásico.

² SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014

³ Ídem.

Finalmente se demostrará, las mutaciones surgidas al principio de legalidad como consecuencia de los diferentes cambios interpretativos desde la expedición de la Constitución de 1991, para seguidamente concluir con la aplicación que debe implementarse a los nuevos instrumentos normativos de la Administración Pública con relación al principio de legalidad.

Para realizar el análisis sobre la disponibilidad del tema objeto de la presente investigación, se revisaron sendas fuentes bibliográficas situadas en la Biblioteca de la Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Santiago de Cali y la Universidad de San Buenaventura de Cali, también en diversos artículos publicados en revistas académicas, logrando encontrar diversa doctrina acerca del Acto Administrativo, hallando como semejanza la definición del Acto Administrativo entendido como la manifestación *unilateral* de la voluntad de la administración pública; no obstante, se observó que en algunas obras se empezó a abordar la temática demostrando que la actuación administrativa, no solo se refleja en decisiones unilaterales, sino que por el contrario en algunas ocasiones, la Administración para actuar necesita del acuerdo, del pacto, del consenso con los administrados y así producir un acto administrativo. En estos eventos, las prerrogativas de la Administración para expresar decisiones unilaterales, se ven sustituidas, por la necesidad de participación del administrado, comprometiendo su voluntad en la formación del acto; lo cual determina que la resolución unilateral, entendida como manifestación de decisión, se vea expresada como una resolución, pero convenida, pactada, acordada⁴.

Es por ello, que es posible evidenciar que el tema acerca de las nuevas formas de relacionamiento de la Administración Pública ha sido abordado por algunos autores, empero, no se ha intentado concatenar los nuevos instrumentos

⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho administrativo – Instituciones. Barcelona: Ed. Ariel, 2003, pág. 953.

normativos de la Administración Pública a la luz del principio de legalidad y su relación con la teoría de las formas de la administración, labor que se pretende con el presente trabajo.

En igual sentido, se analizó la doctrina existente acerca del principio de legalidad, las cuales permitieron preliminarmente concluir que, en el derecho administrativo este concepto es ampliado e involucra garantizar que la administración pública adapte su actuar no solo a normas de carácter legal sino a preceptos constitucionales⁵.

Sin embargo no se evidenció en el trabajo exploratorio de fuentes bibliográficas que el tema de investigación fuera planteado desde la perspectiva de vincular estos dos fenómenos del derecho administrativo en un solo trabajo investigativo.

Por lo anterior, se colige que el tema se encuentra disponible, además que resulta pertinente investigar obedeciendo a los diversos cambios que ha sufrido el derecho administrativo, obteniendo con lo anterior una aproximación al contexto jurídico actual.

Por último, el resultado de la presente investigación surge como una posible respuesta a los interrogantes que se proporcionan al aplicar los postulados históricos del Estado de Derecho y que se erigen transversales a la actividad administrativa, pero que en su noción clásica excluyen las nuevas formas de relacionamiento de la administración pública, las llamadas no formales, que difieren de los actos administrativos y de los contratos de la administración, pero que al desarrollar la investigación se deduce que varios de los elementos

⁵ RINCON CORDOBA, Jorge. 100 años de la jurisdicción contenciosa administrativa. Retos de la constitucionalización del juez de lo contencioso administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pág. 395.

que encierran su concepción se relacionan directamente con la noción de acto administrativo actual, esto nos llevaría entonces a confrontarlas, y entender que seguir desconociendo su naturaleza jurídica así como no asumir los cambios de los principios clásicos, deriva únicamente en una posible afectación de derechos fundamentales, por el contrario reconocer la propuesta desplegada en este trabajo de investigación precave en una protección de este tipo de actividad de la administración desarrollándose los mecanismos que confieran protección a los ciudadanos.

1. NUEVAS FORMAS DE RELACIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.1 HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.1.1 Acto Administrativo en sentido clásico

Sea lo primero, abordar el concepto de acto administrativo en sentido clásico, con el objetivo de estudiar su evolución conceptual, en ese orden comprender las mutaciones desde la concepción antigua hasta la noción de acto administrativo que se pretende proponer en el presente trabajo como imperante en el actual estado social de derecho.

Uno de los aspectos de mayor dificultad en la teoría general del Acto Administrativo es el que refiere a su concepto⁶, su definición ha sido abordada por diversos autores, quienes han revisado y modificado sus tesis de conformidad con la evolución histórica del derecho administrativo.

En ese sentido, para efectos de avanzar en el presente trabajo investigativo se plantea realizar un recorrido de los diversos doctrinantes que se han adentrado en el difícil mundo de intentar definir el concepto de acto administrativo.

Para los fines pertinentes, iniciaré con lo manifestado por Jaime Orlando Santofimio en su Tratado de Derecho Administrativo⁷, en el que define el concepto acotado desde la tesis voluntarista, la que supone *el acto administrativo como toda manifestación unilateral de voluntad de quienes*

⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez. Tomo II. Tercera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 128

⁷ *Ibíd.*, Edición 1998.

*ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos*⁸, es decir, concibe el acto administrativo como la máxima expresión de la voluntad de la administración pública y que además contempla el elemento decisorio, el cual le imprime la posibilidad de crear, extinguir o modificar una situación jurídica, tesis que es considerada la más amplia y explícita en el tratamiento de los elementos integrantes de esta principal modalidad de la expresión de la función administrativa⁹.

Así mismo, destaca cinco elementos constitutivos del acto administrativo, i) la existencia de una expresión o manifestación general, proveniente de quienes ejercen funciones administrativas. ii) la manifestación de lo querido o deseado conforme a derecho debe ser naturaleza unilateral. iii) el acto administrativo debe ser, básicamente expresión de voluntad. iv) las manifestaciones unilaterales de la administración no solo pueden provenir de los órganos de la rama ejecutiva del poder público, sino también de cualquier autoridad, pública, autónoma, independiente o particular que reviste funciones administrativas y v) la naturaleza decisoria, es decir, la fuerza vinculante de producir efectos jurídicos¹⁰.

Como se observa, se infiere que la voluntad es presupuesto y elemento esencial para la existencia del Acto Administrativo, para todos los efectos se debe entender que se trata de la voluntad de la administración y no de quien ejerce la vocería de la misma. Desde este punto de vista, la voluntad del intérprete o persona natural con funciones administrativas está siempre al servicio de la objetiva voluntad de la administración¹¹.

⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez. Tomo II. Tercera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 129

⁹ Capítulo Segundo. Concepto y elementos del Acto Administrativo. Pág. 30

¹⁰ *Ibíd.*, pág. 131

¹¹ ALTAMIRA, Pedro Guillermo. Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires: Depalma, 1971, pág. 359

Se colige entonces, que la manifestación de interés, debe provenir, de quien ejerce funciones administrativas, además debe ser unilateral y decisoria, pues si no cumple con lo indicado, no está llamada a producir efectos en el mundo jurídico, podría ser entonces un acto de la administración, pero no un acto administrativo y en consecuencia no es controlable¹².

Por otro lado, el profesor Libardo Rodríguez¹³, expresa que los mecanismos jurídicos de actuación de la administración son por definición: los actos, los hechos, las operaciones, las vías de hecho y las omisiones.

Para efectos del presente capítulo, me centraré en la definición propuesta por Rodríguez acerca de los actos administrativos: *manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico*, quien además afirma que este es el principal mecanismo jurídico por medio del cual la administración actúa y que para lograr su comprensión se deben estudiar la naturaleza de los actos de las diferentes autoridades, para ello es preciso recurrir a ciertos criterios de calificación¹⁴.

Así las cosas, establece como criterios clásicos para calificar las funciones y los actos: el punto de vista orgánico o formal, el punto de vista material, y expone que de acuerdo a las ideas presentadas por el profesor André De Laubadere, puede deducirse un tercer criterio: el punto de vista funcional o jurisdiccional, por último indica que en consideración a la teoría de la formación del derecho por grados, se abordará un tercer criterio: el punto de vista jerárquico.

¹² *Ibíd.*, pág. 31

¹³ La obra del autor escogida para definir el concepto de acto administrativo, es *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Duodécima Edición, aumentada y actualizada.

¹⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Edición 12. 2000, pág. 206

El punto de vista orgánico o formal se refiere a tres factores que intervienen en la elaboración del acto a saber: el autor del acto, el procedimiento para la expedición del acto y la forma del acto.

Expone Rodríguez, que desde el punto de vista material, el concepto es expuesto por León Duguit y por sus discípulos en la escuela de Burdeos¹⁵, mediante el cual se puede clasificar los actos y las funciones según su naturaleza interna, es decir, según el contenido del acto en cuanto se refiere a su carácter general o individual.

De esta manera establece tres categorías de actos: primero los actos – reglas, que son aquellos que crean, modifican o suprimen situaciones generales e impersonales, es decir contienen reglas de derecho. En segundo lugar, los actos subjetivos, que son los que crean, modifican o extinguen una situación jurídica individual o subjetiva. En tercer lugar, los actos-condiciones, que son aquellos que atribuyen a un individuo una situación jurídica general u objetiva, que se encuentran entre los primeros y los segundos, determinando finalmente como actos administrativos a los actos individuales y los actos-condiciones¹⁶. En igual sentido, expone el punto de vista funcional o jurisdiccional, utilizando este criterio no para fijar la naturaleza del acto sino para determinar si es un acto de naturaleza legislativa o administrativo, trayendo para tal fin las ideas de DE LAUBADÈRE, pero haciendo la salvedad que dicho profesor utiliza este criterio no para determinar la naturaleza legislativa o administrativa, sino para determinar si un acto es de derecho público o derecho privado, y en consecuencia la jurisdicción competente para su control, así las cosas Rodríguez en su obra intenta utilizar esta teoría aplicada al caso Colombiano

¹⁵ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. t, I, 3^a ed. Paris: Boccard, 1921.

¹⁶ RODRÍGUEZ, Libardo. *Ob. Cit.* pág. 209

para establecer si un acto es de autoridad administrativa o con carácter o fuerza de ley.¹⁷

Para concluir con el criterio funcional, el autor indica que según la Teoría del profesor Francés, el acto sometido a la jurisdicción administrativa implica el ejercicio de la *función administrativa*, mientras que el acto sometido a la jurisdicción constitucional implica el ejercicio de la *función legislativa*, en consecuencia como el criterio se encarga de precisar la jurisdicción competente, se puede llamar también jurisdiccional.¹⁸

Por último, para referirse al criterio jerárquico, Rodríguez, cita los postulados elaborados por A. Merkl, representante de la escuela normativista, a partir de principios expuestos por Hans Kelsen en cuanto a la naturaleza del Estado¹⁹, simplificando esta teoría de orden jerárquico a tres grados fundamentales: la Constitución, la ley y el acto administrativo, así las cosas en sus palabras un acto será administrativo cuando este se encuentre sometido a la Constitución y a la ley, pero será de carácter legislativo si él debe respetar la Constitución sin estar sometido a la ley.

Por otro lado, el doctrinante Fernando Garrido Falla en su obra Tratado de Derecho Administrativo conceptúa acerca del acto administrativo expresando que solo los actos emanados de la Administración Pública, tienen valor formal de actos administrativos, solo estos interesan al Derecho Administrativo²⁰.

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 203

¹⁸ *Ibíd.*, pág. 208

¹⁹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del derecho. 16ª edición. Buenos Aires: Eudeba, 1979, pág. 135 y ss.

²⁰ GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General. 14 Edición. 2005, pág. 539

En tal virtud, Garrido expone la postura de Kormann en la cual destaca la clasificación de los actos realizables por la Administración en cuatro grupos: 1. Actos de naturaleza jurídico – privada. 2. Actos de pura ejecución. 3. Los actos de la administración con carácter de negocios jurídicos. 4. Los Actos de la administración para la actuación del Derecho, que son por oposición al negocio jurídico independientes de la voluntad del que actúa²¹.

Así mismo, trae a colación la postura de ROYO-VILLANOVA, autor que mediante el estudio de los actos municipales, los clasifica en los siguientes grupos: 1. Actos que crean normas jurídicas objetivas y generales, como las ordenanzas y reglamentos. 2. Actos de carácter jurídico y contenido concreto. 3. Operaciones materiales de preparación ejecución de los anteriores. 4. Actos sometidos al régimen privado, finalmente expresa que solo los de segundo orden corresponden a la definición de acto administrativo.

Posteriormente, expone la teoría de Sayagués, el cual aborda la definición de acto administrativo, suponiendo una combinación desde dos puntos de vista formal y material: “Acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos subjetivos”²², para concluir lo anterior, Garrido Falla, realiza una clasificación de la siguiente manera: 1. Actos jurídicos en cuanto a declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos. 2. Actos jurídicos como declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos subjetivos. 3. Actos jurídicos como declaraciones de voluntad unilaterales y productoras de efectos jurídicos subjetivos, siendo esta última categoría la imperante a la hora de introducir el concepto de acto administrativo.

²¹ *Ibíd.*, Pág. 547

²² SAYAGUÉS LASSO, E. Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Montevideo. 1953, pág. 388

De lo indicado en precedencia, se debe precisar que, de las diversas definiciones indicadas por los doctrinantes se destaca lo siguiente.

1. Los autores aquí estudiados intentan definir el concepto de acto administrativo, no obstante, en su labor, terminan clasificando los tipos de actos administrativos, pero no abordando la noción.
2. Se extrae que los elementos que coinciden en las definiciones estudiadas y que actualmente imperan, son:
 - a. Manifestación Unilateral
 - b. Producción de Efectos Jurídicos
 - c. Voluntad de la Administración
 - d. Principal Mecanismo Jurídico

En síntesis, según lo acotado, se puede indicar que la definición de acto administrativo en sentido clásico, establece que, es el principal mecanismo jurídico para manifestar la voluntad de la administración de carácter unilateral tendiente a la producción de efectos jurídicos.

1.1.2 Acto administrativo en la actualidad

Tal como se estableció, en el acápite anterior, en el sentido clásico el acto administrativo es toda manifestación unilateral de la administración pública, precisando que, según los doctrinantes esbozados es el principal instrumento jurídico de relacionamiento de la administración pública.

No obstante y para efectos del presente trabajo investigativo, es mi intención desvirtuar tal postura, de conformidad con los diversos cambios que han surgido en el campo del derecho y específicamente en el derecho administrativo.

Para lo cual, me permitiré realizar, primero un recorrido por los autores, que han abordado el acto administrativo desde el punto de vista actual, con el objetivo, de deconstruir el concepto clásico de acto administrativo.

Para tal fin, quisiera recurrir al derecho alemán, indicar lo manifestado por el doctrinante Eberhard Schmidt – Assmann, también autores Colombianos como Gustavo Penagos, peruanos como el profesor Ramón Huapaya, entre otros, quienes se han encargado de estudiar estas instituciones jurídicas desde la órbita propuesta.

Adicionalmente, es necesario traer a colación lo referido como la Constitucionalización del Derecho Administrativo, con el objetivo de demostrar las transformaciones que ampliamente han surgido y que indiscutiblemente irradian la concepción de acto administrativo.

En ese sentido, es pertinente indicar que la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, se empieza a evidenciar cuando se reconoce la fuerza normativa de la Constitución Política, que para el caso Colombiano aplica a partir del año 1991, es a raíz de entonces, donde se reconoce el Estado Colombiano como un estado social de Derecho y en consecuencia la necesidad de crear relaciones estrechas y permanentes provenientes del Derecho Constitucional al Derecho Administrativo, y en tal virtud transformándolo.

Las anteriores ideas, serán abordadas a lo largo de este trabajo y se retomarán en el capítulo segundo con más profundidad, por tal motivo, y para efectos de adentrarnos en la construcción de la concepción actual avanzaré en su noción. Para tales fines, expondré lo expresado por el profesor Luciano Parejo Alfonso, quien en su obra Lecciones de Derecho Administrativo, se refiere a lo estudiado por la comisión Europea, el Banco central Europeo o algunas

agencias comunitarias, las cuales indican que, se pueden dirigir a los particulares con manifestaciones de juicio, conocimiento o voluntad, dando lugar a actos administrativos comunitarios²³.

Así las cosas indica que, el acto administrativo es siempre una declaración intelectual, cualquiera que sea su formalización externa y, consecuentemente, tanto la expresa como la presunta, así mismo, trae a colación lo preceptuado por el reglamento 1367/2006 del parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006, en el que establece el concepto de acto administrativo, como, cualquier medida de alcance individual conforme al Derecho medioambiental, adoptada por una institución u organismo comunitario, y que surta efecto jurídicamente vinculante y externo”.

En igual sentido, se encarga de identificar lo que no considera actos administrativos extrayendo de su definición, las actuaciones puramente materiales, reales o técnicas, incluso las que sirven de apoyo a la actividad administrativa procedimentalizada y que termina con la emisión de dicha declaración intelectual.

También indica que, la declaración en cuestión puede tener cualquiera de los contenidos válidos de los actos jurídicos en general, y entre otros, una manifestación de voluntad, de deseo o de simple conocimiento²⁴.

Por otro lado, agrega que la declaración ha de emanar, como regla general, de una persona que tenga la calidad de administración pública, sin embargo, expresa que un individuo que no posea tal condición pueda ejercer potestades administrativas, a través de un acto de delegación; sin embargo, establece que

²³ PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo. Tercera Edición revisada y actualizada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011. pág. 391

²⁴ *Ibíd.*, pág. 391

la declaración debe ser necesariamente el ejercicio de una potestad administrativa²⁵.

Para sintetizar lo expresado, y una vez realizado el análisis de los elementos que conforman la definición propuesta de acto administrativo, indicaré que el acto administrativo en palabras de Luciano Parejo, es toda manifestación de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por una administración pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de una potestad reglamentaria.

Posteriormente, al continuar la clasificación de los actos administrativos, expresa que estos últimos difieren de los contratos por su carácter unilateral a diferencia de la naturaleza bi-o multilateral de los segundos.

No obstante lo anterior, expresa que La ley 30 de 1992²⁶, (actualmente derogada y sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) admite el surgimiento de una nueva variedad de actos administrativos calificables de consensuales. Al tenor de lo dispuesto en la obra citada se indica que, los actos administrativos consensuales deben ser así considerados por lo que respecta a su régimen de producción, producto de la actividad unilateral de la administración pública, al desarrollarse en el curso de un procedimiento que podría haber concluido mediante un acto típico unilateral. Sin embargo y cuando constituyan relaciones bi-o multilaterales, pueden equipararse, en un resultado (un acuerdo, pacto, o convenio), a los contratos, aunque no se sometan a la legislación de contratación administrativa²⁷.

²⁵ *Ibíd.*, pág. 391

²⁶ Ley 30 de 1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

²⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Ob. Cit.* Pág. 393

En esta misma línea, es importante traer a colación lo indicado por el profesor Eberhard Schmidt – Asmann en su obra La teoría General del Derecho Administrativo como sistema, en la cual expresa que el acto administrativo en la actualidad y en el futuro tiene un efecto estabilizador que permite que las ramas del Derecho y en especial el Derecho Administrativo se apliquen de manera efectiva en la realidad.

Expone además el autor que, (...) *“para el Derecho Comunitario el acto administrativo, según el tipo de regulación transcrito de la decisión conforme al artículo 189, párrafo 4, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, expresión de la idea del efecto vinculante directo e inmediato del poder de la comunidad. Precisamente a través de esta fórmula se abordarán técnicamente los problemas que se plantean con aquellas medidas comunitarias que se dirigen a la vez a los Estados miembros de los ciudadanos. Se comienza a desarrollar un “acto administrativo transnacional” sobre la base del principio de reconocimiento como un elemento clave de la cooperación horizontal entre las Administraciones de los Estados miembros²⁸”*.

Coincide esta concepción del jurista, con lo esbozado por el profesor Parejo, al remitirse al derecho comunitario para comprender la transformación del concepto clásico de acto administrativo.

De igual forma, Assmann expresa que la unilateralidad de la capacidad regulativa del acto administrativo no es expresión de un estilo autoritario de la administración, indica que debido al procedimiento administrativo, en el cual se ve compuesto de solicitudes iniciales, audiencias y deber de motivación demuestra que los actos administrativos son el resultado de un entrelazamiento de relaciones comunicativas, para la cual la relación jurídico-

²⁸ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Pág. 317 -320

procedimental ofrece el marco jurídico adecuado; en consecuencia argumenta que en su posición no es cierto que la unilateralidad del acto administrativo, merezca una crítica toda vez que en su concepto el procedimiento esta nutrido de fases de concertación, lo que difiere es que se conciba la unilateralidad como una característica de imposición de la administración²⁹.

Por su parte, el profesor peruano Ramón Huapaya, concibe el acto administrativo como, una *declaración productora de efectos jurídicos*, una declaración, por lo demás *unilateral*, acota frente al carácter unilateral, que se refiere a que surte efectos por sí misma, sin perjuicio de que en determinados casos de actos favorables, la producción de tales efectos se condicione a una declaración de voluntad recepticia del destinatario del acto (los llamados actos administrativos necesitados de aceptación, señalados por la doctrina alemana)³⁰.

De lo esbozado, es menester precisar que, el primer elemento que merece una relectura para efectos de construir la nueva concepción de acto administrativo, es el que se refiere al carácter *unilateral*, el cual desde el punto de la doctrina clásica hace referencia a la manifestación de voluntad de un sujeto que ejerce funciones administrativas, expresión utilizada en una sola vía, la de la administración y no del administrado; en ese sentido, el acto administrativo se torna en una manifestación de voluntad y no de consentimiento³¹.

Se debe indicar también que de lo anterior se infiere que, las relaciones jurídico-administrativas no solo nacen como consecuencia de actos unilaterales o contratos, sino que también pueden derivarse de “contactos”

²⁹ *Ibíd.*,, pág. 320-321

³⁰ HUAPAYA, Ramón. Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Revista de Derecho Administrativo. Edición Especial sobre procedimiento Administrativo.

³¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Pág. 527

especialmente intensos que lleva a cabo la Administración con algunos particulares, más allá, por tanto, de una relación normal con los ciudadanos³².

Así como también referirse al Derecho Comunitario, indicando que las transformaciones se deben también a que la ciencia que concibe el Derecho Administrativo se debe plantear como una ciencia de dirección, significa lo anterior, que en la actualidad la administración además de centrarse en la toma de decisiones, debe también preocuparse por lograr los resultados esperados con estas.

En razón a lo anterior, es importante traer a colación la teoría de la ciencia de la dirección³³, la cual según lo expresado por Assmann, tiene la virtualidad de

³² AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. La Concertación con la Administración Especial a la concertación informal. Recibido: marzo 11 de 2011 Aprobado: agosto 5 de 2011

³³ Eberhard Schmidt Assman en su obra *La Teoría General del Derecho Administrativo*, se refiere a la teoría de la ciencia de la dirección, entendiendo que todo derecho aspira a la eficacia, a su efectividad. De ahí que la ciencia del Derecho no pueda conformarse sin más con la mera construcción dogmática de técnicas, categorías y reglas jurídicas, sino que debe ocuparse asimismo de las condiciones y presupuestos para que aquéllas resulten efectivas y eficaces. Habrán de ponerse en un contexto más amplio cada una de las construcciones jurídicas y contrastarse entre sí, de modo que el Derecho sea capaz de garantizar su función ordenadora. La ciencia del Derecho administrativo ha de ser concebida como ciencia de la dirección y vertebración. El debate de las ciencias sociales en torno al concepto y teoría de la dirección tiene la virtualidad de insertar el Derecho Administrativo en un marco teórico de enorme riqueza, y a cuyo trasluz cabe analizar cuáles son las fuerzas o factores desencadenantes, la dinámica interna y las condiciones medioambientales de los procesos sociales, y con ello, también la eficacia del derecho. La influencia recíproca entre los sujetos, objetos, medios e instrumentos de esa dirección, así como sus límites constituye el centro de la teoría. Las estructurales sociales complejas se expresan y singularizan a través del entrelazamiento de diversas relaciones directivas. En la sistemática del Derecho Administrativo ese entrelazamiento se basa en la doble posición que ocupa el ejecutivo. Desde esta perspectiva, en efecto, la Administración es "objeto de dirección", y ello en la medida en que las fuerzas de producción normativa a nivel nacional y europeo a través del derecho le deben otorgar la habilitación precisa e imponer las obligaciones necesarias para que aquella pueda atender sus funciones: pero es el mismo "sujeto de dirección", que transpone de forma activa los impulsos directivos, y lleva a cabo actividades propias para la dirección de los distintos sectores sociales en el marco de la legalidad. La Administración no actúa como un bloque monolítico, sino que se articula en forma de red para englobar múltiples unidades organizativas, y frente a la que se encuentran no solo personas individuales, sino también asociaciones, grupos y federaciones. Ello supone una evidente ampliación del campo de actuación en el que habrá de operar la construcción sistemática del Derecho Administrativo. De un lado, habrá de ocuparse de la organización inter-administrativa, al tiempo que, de otro, deberá tener en cuenta las diversas expresiones de la autorregulación social.

insertar el Derecho Administrativo en un marco teórico o de enorme riqueza, y a cuyo trasluz cabe analizar cuáles son las fuerzas o factores desencadenantes, la dinámica interna y las condiciones medioambientales de los procesos sociales, y con ello, también la eficacia del Derecho. La influencia recíproca entre los sujetos, objetos, medios e instrumentos de esa dirección, así como sus límites, constituye el centro de la teoría³⁴.

Esto significa que, el Derecho Administrativo debe atender en iguales proporciones el modo de encontrar las condiciones y los presupuestos que hagan que el derecho sea eficaz y eficiente, y en consecuencia, para poder hablar de medidas eficaces, se ha de tener en cuenta la actuación de todos los actores sociales y no solo de la Administración.

La concertación con la Administración constituye un fenómeno jurídico habitual en el moderno Estado cooperativo, donde el Derecho Administrativo se concibe como ciencia de la dirección, y cuyo objetivo es dirigir los procesos sociales con eficacia.

Así pues, el Derecho interioriza un enfoque basado en la capacidad inductora de lo jurídico, creando un clima propicio para lograr una mayor eficacia del Derecho. Desde esta perspectiva, la concertación con la Administración tiene una importancia especial.

En síntesis puede decirse que un dato clave en la transformación del Derecho Administrativo impulsada desde la teoría de la dirección se encuentra en el desplazamiento tendencial desde un Derecho impositivo e interventor hacia un Derecho «consensual», donde los medios de ejecución forzosa se suplementan o sustituyen con estrategias destinadas a convencer o a

³⁴ SCHMIDT- ASSMANN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Marcial Pons, pág. 28 y ss.

persuadir, complementadas con una acción informativa-colaborativa que favorezca el previo entendimiento y el acuerdo³⁵.

Como se dijo, la *unilateralidad* como elemento de la noción clásica de acto administrativo merece una relectura, toda vez que según lo acotado podemos dilucidar que en la producción de actos administrativos la administración se aleja de la imposición y apela por lograr acuerdos con los actores que participan en su producción, esto con el fin, de lograr mayor eficacia en sus decisiones.

En ese sentido, se puede indicar que la relación entre Estado y Sociedad cambia, considerando que no existe monopolio de Estado, es un Estado Intervencionista que incluye nuevos actores dentro de la función administrativa, con el objetivo de tomar decisiones más legítimas y eficaces, en algunos asuntos realiza convenios, acuerdos para lograr sus fines, sin dejar de imponerse y gozando de las prerrogativas que posee la administración.

Para ejemplificar lo referido hasta el momento, me permito traer a colación, el artículo 63 de la Constitución Política,³⁶ en el cual se otorga el carácter de bienes de uso públicos a los parques naturales, lo anterior en concordancia con los artículos 79 y 80³⁷, los cuales imparten al Estado la obligatoriedad de

³⁵ AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la administración. Revista Aragonesa de Administración Pública. ISSN 1133-4797. Zaragoza. 2013. Págs. 123-172.

³⁶ Constitución Política de Colombia. Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargable.

³⁷ Constitución Política de Colombia. Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

conservar las áreas de especial importancia ecológica, además de planificar el manejo de aprovechamiento de los recursos naturales, y a su vez confiriendo a la ley la tarea de la participación de la comunidad en la toma de decisiones que puedan afectar el ambiente sano.

Bajo esta premisa, el legislador expide la Ley 99 de 1993, por medio de la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, y se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA. En ese mismo sentido, el legislador promulga entre otras, las leyes 70 de 1993, 160 de 1994, 299 de 1996, 715 de 2001, 1021 de 2006 y 1152 de 2007; las cuales se encargan de indicar la constitución de áreas de reserva natural especiales y entregan el mandato de participación de la comunidad en la referida delimitación.

Posteriormente, el 2 de julio de 2015 se publicó la Resolución No. 1125 del 11 de mayo de 2015 “Por la cual se adopta la ruta para la declaratoria de áreas protegidas” en ella se estableció el procedimiento que se debe seguir para declarar o aumentar las áreas protegidas públicas, esta divide el proceso de declaratoria en tres fases, la primera considerada de preparación, en la cual a partir de la identificación de las prioridades de conservación se da a conocer la iniciativa a los actores estratégicos, seguida a esta viene la fase de aprestamiento, en la que se recopila toda la información (entre la cual se encuentra la referente a la tenencia de la tierra y la situación jurídica de los predios al interior del área), en esta segunda fase también se delimita y se designa una categoría para el área a declarar.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.
Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas

La fase de Aprestamiento establece la necesidad de construir una base técnica y análisis de la propiedad, sectorial y jurídica donde se debe recopilar y analizar la información secundaria y primaria en los casos que sea pertinente, esto con la finalidad de sustentar los criterios biofísicos, socioeconómicos y culturales que se consideran para la declaración o ampliación del área protegida.

Tabla 1. Cuadro resumen de la Resolución 1125 de 2015.

FASE I: PREPARACIÓN	FASE II: APRESTAMIENTO	FASE III: DECLARATORIA
Valoración de la iniciativa Canales de Comunicación Estado del arte de la información social económica a y cultural	Identificación y Descripción de Actores. Participación Activa de Actores. Base Técnica y Análisis de la Propiedad, Sectorial y Jurídico. Definición de Objetivos, Delimitación y Categorización	Sustentación del proceso Acciones complementarias Documentos Finales Suscripción área (Acto Administrativo)

Fuente: Elaboración propia

Los criterios socioeconómicos y culturales de la propiedad, así como la tenencia de la tierra, permiten generar soluciones efectivas para no comprometer el diseño del área protegida, siendo un elemento determinante al momento de alcanzar sus objetivos de conservación; con base en esta información se puede realizar la identificación de la categoría del área propuesta a declarar, integrando la información técnica y jurídica, bajo los criterios para la designación o declaración de áreas protegidas establecida en el artículo 2.2.2.1.5.1 del Decreto 1076 de 2015.

En ese orden de ideas, y una vez analizado el mandato constitucional, así como su desarrollo legal, quisiera referirme en este punto, al procedimiento previamente descrito para lograr la declaratoria o ampliación de nuevas áreas

protegidas en el Sistema Nacional de Nuevas áreas protegidas, iniciativas que provienen tanto de actores sociales como institucionales.

Como se observó, la primera etapa del proceso se encuentra impregnada de concertación, etapas en las que se forman mesas de dialogo con los diversos actores, científicos, sociales, institucionales, con el fin de determinar la importancia de la delimitación de un área y de su debida conservación; esta primera etapa, se encuentra transversalmente recorrida por un proceso de formación o capacitación de actores estratégicos, sobre el papel de la conservación en la construcción y el ordenamiento de un territorio, a su vez se desprenden etapas de apropiación de la información socioeconómica y cultural, generación de confianza, valoración estratégica del área a nivel ambiental y culmina con la valoración de la figura protegida.

Posteriormente, inicia la ruta de declaratoria, esta se compone de una fase de aprestamiento donde se recoge, actualiza y analiza toda la información necesaria sobre el área protegida y una segunda, correspondiente a las actuaciones de orden administrativo que deben conllevar a la creación del área protegida o la ampliación de una ya existente, denominada fase de declaratoria³⁸.

Adicionalmente, de acuerdo a la Constitución Política de 1991, Colombia aprobó el Convenio 169 de 1989 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, en países independientes, el cual fue incorporado al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991, esta norma establece, los compromisos asumidos por el país, entre los que se encuentra, el deber de consultar, mediante procedimientos apropiados a los pueblos interesados cuando se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles a afectarles directamente.

³⁸ PÉREZ O., Adriana; ZAMBRANO L., Hernando. Ruta para la Declaratoria de Nuevas Áreas y Ampliaciones en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

A su vez, la Ley 70 de 1993 señala que, cuando en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales se encuentren familias o personas de comunidades negras establecidas antes de la declaratoria del área, La Unidad de Parques definirá en el plan de manejo, las prácticas tradicionales de dichas comunidades que son compatibles con la naturaleza, objetivos y funciones del área de la que se trate. Para tal efecto, la Unidad de Parques Nacionales promoverá mecanismos de consulta y participación con estas comunidades.

Finalizado la etapa anterior, inicia la fase de declaratoria, esta fase contiene los elementos clave para consolidar el proceso de designación de área protegida y la suscripción del acto administrativo por el cual queda determinada el área, la cual implica; sustentación del proceso de creación del área protegida, elaboración de acuerdos para el manejo del área, protocolo final de designación para finalmente realizar la declaratoria del área protegida a través de la suscripción del acto administrativo.

Una vez realizado el procedimiento acotado, se expide la Resolución N° 2299 del 03 de Noviembre de 2017, “Por medio de la cual se reserva, delimita, alindera y declara el Distrito Nacional de Manejo Integrado Cabo Manglares Bajo Mira y Frontera”. Para proferirse este acto administrativo, es creado un consejo comunitario de la comunidad del bajo Mira y Frontera en el marco de la gestión que realiza la Mesa Interinstitucional para la Conservación de Cabo Manglares, conformada en el mes de octubre de 2016, colocando en consideración del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible una propuesta para la creación de una área protegida que se ajustara a las expectativas de las comunidades locales y a las características del territorio, con lo cual se dio continuidad al proceso iniciado en el año 2013, en el cual parques naturales, avanzó en la aplicación de la ruta de declaratoria de un área protegida del orden nacional; capitalizando toda la información básica, socioeconómica y cultural recopilada y generada para la sustentación técnica

de la propuesta para la declaratoria del distrito nacional de manejo integrado Cabo Manglares Bajo Mira y Frontera.

Significa lo anterior, que a través de este acto administrativo se materializa la voluntad tanto de la comunidad como de la administración dentro del procedimiento establecido en la guía para la declaratoria de área protegida; vale la pena resaltar que el contenido del acto, respondió al desarrollo de las fases de preparación y aprestamiento descritas previamente, las cuales, tiene un alto índice de concertación con comunidad y demás actores involucrados en la decisión a adoptar mediante la expedición de una resolución suscrita por el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Es así como se reafirma, lo indicado por Assmann, al establecer que la unilateralidad de la capacidad regulativa del acto administrativo no es expresión de un estilo autoritario, sino que son el resultado de un entrelazamiento de relaciones comunicativas, y en consecuencia, se desvirtúa que el acto administrativo expedido manifiesta únicamente la voluntad de la administración, sino que por el contrario, es el resultado de una fase de concertación con los administrados que se vinculan en la estructuración de la decisión tornándola más eficaz.

Anotado sobre la unilateralidad y para efectos de seguir abordando las transformaciones de la noción clásica de acto administrativo; acotaremos acerca de la potestad discrecional de la administración, cuyo concepto se refiere a la potestad decisoria para la cual está habilitada legalmente la administración en el marco jurídico estatal tendiente a la definición de la estructura y contenido de sus decisiones³⁹, como quiera, que este constituye

³⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, pág. 274

el segundo elemento a revisar para avanzar en la transformación del concepto clásico.

En ese entendido, es necesario traer a colación, lo indicado en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011⁴⁰, que si bien no contiene una definición de discrecionalidad administrativa, si otorga la posibilidad a la administración para que sus decisiones ya sean de carácter general o particular, tengan un contenido discrecional, con la condición que la misma sea adecuada y proporcional a los fines de la norma que la autoriza.

De igual forma, es ineludible citar a los autores que han estudiado lo referente a la facultad discrecional de la administración, así como algunas referencias jurisprudenciales que permiten abordar el tema para comprenderlo con mayor amplitud a efectos de reconocer el fenómeno presentado actualmente con la expedición de los nuevos instrumentos de la administración pública.

Es así como se hace inevitable abordar su concepto apoyados en la doctrina; para tal fin, iniciaré mencionando lo expresado por el Dr. Jaime Orlando Santofimio en el Compendio de Derecho Administrativo, en el que alude que el legislador radica en cabeza de las autoridades una facultad conformadora que la habilita para adoptar las soluciones de configuración y contenido de las decisiones que considere mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos, decisiones que deben ser motivadas, expresando las razones que sirven de fundamento⁴¹.

⁴⁰ Ley 1437 de 2011 Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

⁴¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, pág. 274

Así mismo, asevera que las decisiones discrecionales de la administración pública son fundamentales; para la adopción de decisiones coherentes con la realidad fáctica que debe enfrentar la administración, toda vez que la norma no tiene la virtualidad de disponerlo todo. La gran responsabilidad de la administración, a través de la discrecionalidad, es satisfacer los propósitos del Estado social de derecho, que van más allá de la simple legalidad estricta⁴².

Establece además, que esta permisión debe derivarse de un origen normativo y no extrajurídico, de carácter parcial, la cual no implique un traslado absoluto de las facultades del legislador a la administración, en ese sentido, la norma debe haber definido la existencia de la potestad a ser desarrollada por la administración, su extensión, el marco de la competencia para desarrollarla y la finalidad de su ejercicio⁴³.

Santofimio, se refiere además a la Sentencia C-734 de 2000, en la cual la Corte Constitucional, analiza la demanda de inexecutable de la expresión “sin motivar la providencia” contenida en el inciso primero del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, interpuesta por el ciudadano Alexander Díaz Umaña en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, en esta providencia la Corte indica que:

(...) “La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de

⁴² *Ibíd.*, pág. 275

⁴³ *Ibíd.*, pág. 275

las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”.

En síntesis, concluye Santofimio que la discrecionalidad no es otra cosa que una hipótesis de remisión normativa a criterios adicionales de la administración, para efectos de complementar el cuadro regulatorio y de condiciones para el ejercicio completo de la potestad en cada caso en concreto, de acuerdo con las circunstancias y condiciones que lo rodean y tipifican, siempre dentro de los senderos del derecho⁴⁴.

Para proseguir con el tema indicado, es menester citar los postulados del Docente Hugo Alberto Marín Hernández, quien en su tesis doctoral “Discrecionalidad Administrativa”, expone el tema, manifestando que, cuando se está en presencia de facultades discrecionales la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le confieren esa mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta que alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica que aplica no ha sido agotadora y plenamente completado por el legislador.⁴⁵

A su vez, Marín, trae a colación lo indicado por la Jurisprudencia Española, específicamente la Sentencia del Tribunal Supremo del 1º de diciembre de 1993, que señala:

(...) “El ordenamiento jurídico atribuye potestades a la Administración de dos formas distintas: en las potestades regladas el propio ordenamiento determina agotadoramente el contenido de la decisión a dictar, en tanto que en las discrecionales remite a la estimación subjetiva de la Administración la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la decisión: mientras que en las

⁴⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Pág. 275

⁴⁵ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia, pág. 143

primeras la ley “tipifica” el contenido del acto, en las segundas resultan posibles varias soluciones igualmente licitas- y por tanto indiferentes para el Derecho- entre las cuales ha de elegirse con criterios extrajurídicos”.

Afirma además, que tales definiciones, enfatizan en que la discrecionalidad es un espacio o ámbito de decisión no regulado o tan solo parcialmente cubierto por el legislador, ámbito decisorio que éste, por tanto ha trasladado a la Administración.

Marín se refiere a los postulados de Beltrán de Felipe, para abordar acerca de las *definiciones formales o negativas y definiciones materiales o positivas* de la Administración, indicando que los primeros hacen referencia a los criterios que, definen la discrecionalidad por su contenido o apariencia, por los rasgos de las normas que contienen facultad, en contraste denomina *definiciones materiales o positivas* de la discrecionalidad, que la caracterizan en función de su contenido u objeto y la identifican con la posibilidad para la Administración de “apreciar el interés público o general en relación con otros múltiples y heterogéneos presentes en el ordenamiento⁴⁶.

Aduce el autor en su obra, que el aumento del intervencionismo estatal se traducirá en cierta tendencia a la *informalización* de un Derecho que se revela incapaz de predeterminar con toda precisión las decisiones más concretas o, en fin, de delinear con exactitud los intereses generales a servir por la Administración Pública⁴⁷.

Lo anterior, de la mano con la imposibilidad de la administración de conciliar la multiplicidad de intereses que pueden resultar al regular determinado asunto, esto supone el uso más frecuente de cláusulas generales y conceptos

⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 143

⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 143

indeterminados de amplio espectro tales como los llama el autor “criterios de decisión extrajurídicos (morales, políticos, técnicos, económicos)”, que finalmente inciden en la “flexibilidad de los modelos jurídicos, que no es otra cosa, en definitiva, que un incremento de la discrecionalidad administrativa⁴⁸.

En igual sentido, expresa, que aun así con los cambios analizados previamente con la denominada, “flexibilización” del derecho administrativo, buena parte de la doctrina jurídica administrativa no ha cambiado su postura, toda vez que defienden el principio de legalidad a cabalidad, argumentando la necesidad de reducir al mínimo los posibles ámbitos de discrecionalidad administrativa- concebido en los términos expuestos- por considerar que la Administración ha de limitarse a ejecutar la ley⁴⁹.

Como se puede vislumbrar, esta nueva concepción de acto administrativo también supone un nuevo análisis del principio de legalidad, toda vez que, con mayor medida el ámbito de actuación de la administración crece por cuanto su actividad no se restringe únicamente a ejecutar la ley, exigiendo entonces también una relectura a la legalidad, por tal razón, abordaremos sobre tal principio más adelante.

Un tercer autor, que estudia acerca de la potestad Discrecional de la Administración, es Santiago Muñoz Machado, que en su Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, expresa que, en los casos en que la actuación administrativa debe dirigirse a decisiones que en función de servicio de los intereses generales se encuentren predeterminados en la norma y las potestades de la Administración están vinculadas a previsiones de tal regulación entonces se denominan regladas. Si por el contrario, la Administración puede definir su propia política de actuación y optar, dentro del

⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 144

⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 144

marco de la legalidad, entre diversas decisiones, todas las cuales son indiferentes para el ordenamiento y válidas, estamos ante una potestad discrecional⁵⁰.

La libertad de opción que la Administración ejercita cuando cuenta con poderes discrecionales, le permite definir ella misma, los intereses a los que sirve. Quiere ello decir, que será la propia Administración la que formule sus políticas de actuación determinando su contenido.

Manifiesta que la distancia entre lo discrecional y lo reglado se puede reducir por voluntad propia de la Administración. Aunque en palabras de Machado, *discrecionalidad es una noción que debe equipararse a la formación libre de políticas de actuación por parte del poder público que las formula*, la Administración Pública, aun contando con aquella libertad, puede programarla. Al hacerlo, dictará disposiciones, circulares, o elaborará planes o programas que predeterminará el sentido en que los órganos administrativos tendrán que pronunciarse en supuestos concretos⁵¹.

Significa lo anterior, que Machado incluso, expone no solo el poder de la Administración para adoptar decisiones de acuerdo a los conceptos indeterminados, que refiere Marín, sino que además vierte la posibilidad de programar sus propias actuaciones, lo que consecuentemente llevará a regular su actividad, es decir, que una vez, expedida la circular o la disposición, la actuación ulterior será de simple constatación de que los hechos reúnen las características previstas anticipadamente⁵².

⁵⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General Tomo 1, pág. 531

⁵¹ *Ibíd.*, pág. 532

⁵² *Ibíd.*, pág. 532

Dicho esto, continuaremos con la cuestión abordada, citando lo referido por Eberhard Schmidt – Assmann, al definir la discrecionalidad administrativa de manera amplia como “una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”, denota entonces, que la discrecionalidad no se encuentra limitada a las consecuencias jurídicas de las normas, sino que reside en el supuesto de hecho de las mismas⁵³.

De igual forma, expresa, que la discrecionalidad no significa “libertad de elección”, toda vez que la Administración no puede elegir libremente una opción determinada, puesto que su decisión debe estar orientada según los parámetros establecidos en la ley y sus mandatos de actuación, los cuales a su vez, se componen de objetivos o fines deducibles, adicionalmente de parámetros Constitucionales, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así mismo los mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea⁵⁴.

En igual sentido, establece una clasificación de la discrecionalidad producto de los diversos ámbitos de la actividad administrativa, establece entonces, que para los casos de apertura de programación legal se deberá hacer un análisis dentro de la respectiva ley, caso en el cual, se deberá tener en cuenta los diversos conceptos jurídicos y las estructuras normativas en ella utilizados⁵⁵.

Por otro lado, existen otros sectores de actividad, que de acuerdo a la doctrina sobre reserva de ley, el legislador no está obligado a sujetar a una regulación sistemática e intensa, sin embargo, tampoco estos sectores son libres de ley, pues se encuentran dirigidos, al menos por normas de organización, procedimiento, presupuestarias o normas de otras disciplinas, es así como en

⁵³ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. pág. 223

⁵⁴ *Ibíd.*, pág. 223

⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 223

estos ámbitos la discrecionalidad administrativa surge sobre todo en los espacios situados entre los aspectos legales aplicables, afirmando Assman, que inclusive en estos casos, la administración puede constituir el mismo núcleo de discrecionalidad del ámbito de actividad⁵⁶.

Consideramos que de lo expuesto en precedencia, se puede inferir que, lo acotado por el profesor Alemán coincide con lo expresado por Marín al referirse a que las actuaciones administrativas se “flexibilizan”, para lograr efectividad en sus decisiones, y con mayor medida a lo expresado por Machado al reseñar que la administración constituye su propio núcleo de discrecionalidad, el cual se ve reflejado en circulares o memorandos, es decir, instrumentos que difieren de los actos administrativos, pero que sin lugar a dudas, reflejan la voluntad de la administración lo que en conclusión, obedece a un incremento de su actividad en aspectos no necesariamente definidos por la ley, lo que finalmente se traduce en un aumento en la potestad discrecional de la administración.

Esta concepción claramente, difiere de la noción clásica de acto administrativo, por cuanto la administración se pronuncia a través de instrumentos que carecen de la rigidez de estos, pero adicionalmente suponiendo un aumento de los grados de discrecionalidad que rigen su actividad, sin desconocer los preceptos legales pero que sin lugar a dudas vuelven más efectivas sus decisiones.

Sin embargo, vale la pena señalar, que este panorama de diversificación de estos instrumentos, supone el desafío de establecer límites o procedimientos para su expedición o revisión jurisdiccional, por cuanto, si bien es cierto, se construyen en el consenso, también lo es, que carecen de las formalidades de

⁵⁶ *Ibíd.*, pág. 223

los actos administrativos y el aumento de este tipo de instrumentos podría recabar en un súper poder de la administración frente a los administrados.

Otro punto relevante para traer a colación en este escenario, es el fenómeno denominado Contractualización del Derecho Administrativo, el cual ha tenido un gran desarrollo en las sociedades contemporáneas al punto que aparece como emblemático de la posmodernidad jurídica, el contrato ilustra plenamente el paso de un derecho de orden a un derecho basado en el acuerdo de voluntades; en todos los ámbitos de la vida social, se impone una nueva “cultura de la negociación”, que conduce a privilegiar el contrato.⁵⁷

Este desarrollo, viene precedido de una inflexión, o, incluso, de una desnaturalización de la concepción tradicional de contrato: las fronteras entre el contrato y el acto unilateral, por una parte, y entre contrato y métodos más flexibles y más informales de cooperación y de regulación, proliferando compromisos recíprocos, que se alejan de la concepción clásica de contrato. El término “contrato”, se refiere entonces a un nuevo estilo de relaciones basadas en el dialogo y la búsqueda del consenso, en lugar de la autoridad.⁵⁸

En palabras de Chevalier, la “contractualización” asegura una mayor eficacia de la acción pública, toda vez que permite obtener la cooperación de actores sociales y garantiza la coordinación de iniciativas tomados por un conjunto de protagonistas muy distintos, implica además el reconocimiento del margen de la autonomía a disposición de los distintos actores sociales con los cual el Estado debe negociar⁵⁹.

⁵⁷ CHEVALIER, Jacques. El Estado Posmoderno. Traducción Oswaldo Pérez. Universidad Externado de Colombia, pág. 238.

⁵⁸ *Ibíd.*, Pág., 238.

⁵⁹ *Ibíd.*, Pág., 238.

En consecuencia, los instrumentos convencionales sustituyen progresivamente a las técnicas unilaterales clásicas, lo que manifiesta el paso a una “gobernabilidad cooperativa”.

El enfoque de la contractualización desborda el ámbito económico para extender a los distintos campos de intervención pública (acción social, medio ambiente, cultura...), el uso de la técnica contractual tiene poco que ver con el contrato clásico: se trata, a veces de “contratos” formales, o contratos “forzados”, caracterizados por “relaciones disimétricas” y cuya conclusión está basada en el “interés” del socio privado, o, a veces, de “convenios” informales, fundadas en relaciones “equilibradas” y de “confianza; el contrato aparece así como un instrumento con el cual los actores públicos pretenden lograr sus objetivos.⁶⁰

En la misma línea, el profesor Alemán Eberhard Schmidt – Assman, describe la manera como el modo de actuación y de trabajo característico de la Administración cooperativa está modificando las técnicas y los postulados en los que se asienta el derecho administrativo, en ese sentido, la nota más singular consiste en el desplazamiento de un derecho jerárquico hacia un derecho consensuado, y en donde los medios de ejecución forzosa se complementan con estrategias para convencer y persuadir, y en ocasiones el Derecho se completa cuando no es sustituido parcialmente con una vinculación de naturaleza normativa – social⁶¹.

Por otro lado, la acción cooperativa suele ir acompañada, no sin frecuencia, de la acción informativa; y así se pasa de la orden o decisión unilateral al previo

⁶⁰ *Ibíd.*, Pág., 240

⁶¹ SCHMIDT – ASSMANN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Pág. 38.

entendimiento; del procedimiento clásico de elaboración de disposiciones generales, al acuerdo sobre estas disposiciones⁶².

Señala también Assman en su artículo La Contractualización del Derecho Administrativo, que la utilización del contrato se ha vuelto un instrumento normal de la administración, lo anterior, supone tres tendencias de la evolución jurídica reciente, primero, la práctica actual de la Administración; segundo, una tendencia de la evolución jurídica reciente, y tercero, la idea de la teoría administrativa⁶³.

Frente a la práctica administrativa, señala el profesor que en el Estado autoritario, las administraciones celebraban contratos sobre diversas actividades administrativas, toda vez que no existía, otro mecanismo jurídico o sencillamente porque el contrato parecía más flexible que la regulación unilateral del acto soberano “acto administrativo”⁶⁴.

En las últimas décadas esta práctica se ha incrementado, considerando que los fenómenos como la privatización, la desregulación y el concepto de New Public Management aceleraron este desarrollo, en ese sentido, la “cooperación” y la idea de un “Estado cooperativo”, hacen que sea atractivo para la administración actuar no por medio de una orden sino por el consenso⁶⁵.

Al respecto, José Steve Pardo refiere, que existe una imparable tendencia a la contractualización, motivo por lo cual, vemos una creciente actividad administrativa de intervención cediendo el paso hacia el contrato, desaparece

⁶² *Ibíd.*, Pág. 38

⁶³ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. La contractualización del Derecho Administrativo. Pág. 722

⁶⁴ *Ibíd.*, Pág. 722

⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 723

entonces el pronunciamiento de la administración y es sustituido por la comunicación o declaración responsable. Para ejemplificar lo anterior, Pardo trae a colación lo manifestado en la Directiva de Servicios o Directiva Bolkestein,⁶⁶ en ella se denota, el cambio de un régimen de autorización administrativa, a un régimen contractual entre sujetos privados para establecer los pactos y condiciones que estime pertinentes, toda vez que el régimen de autorización se ve reemplazado, por una configuración completamente distinta, de comunicación. El promotor se limita a comunicar a la administración el inicio de una actividad y con ello le basta, no se espera una intervención posterior de la Administración⁶⁷.

De lo esbozado, destacamos que, la concepción de acto administrativo clásico abordada en el capítulo primero, como “principal mecanismo jurídico para manifestar la voluntad de la administración, de carácter unilateral tendiente a la producción de efectos jurídicos”, es merecedora de una transformación, toda vez que varios de sus elementos hoy son motivo de cambio.

El primero de ellos, es el que refiere a su unilateralidad, por cuanto el acto administrativo es una manifestación de la administración pero también de los administrados, precedida de un consenso y pacto con los actores que intervienen en su creación, no es entonces, una característica de la imposición de la administración, sino por el contrario es derivada de una fase de concertación en el proceso de su elaboración; declarando la voluntad de la administración, pero también de los posibles afectados con el pronunciamiento

⁶⁶ Se conoce como *directiva Bolkestein* la propuesta presentada por la Comisión a comienzos del año 2004 para establecer la libre prestación de servicios en el conjunto de la Unión Europea. Su nombre corresponde al iniciador de la misma, el político liberal holandés Frits Bolkestein, responsable de las cuestiones de mercado interior en la Comisión presidida por Prodi entre los años 1999 y 2004.

⁶⁷ PARDO, José Stevé. La Deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la ley a la contractualización. R.V.A.P. número especial 99-100. Mayo Diciembre 2014. ISSN: 0211-9560. Págs. 1231-1239.

del órgano ejecutor, tal como se ejemplificó con la Resolución que declaró área protegida cabo manglar.

Un segundo elemento, que difiere de la noción clásica, es lo que respecta al margen de discrecionalidad, toda vez, que en virtud del objeto mismo de la administración pública de satisfacer el interés general en un estado social de derecho, se vale, de las facultades discrecionales para “flexibilizar” su actividad conllevando a la expedición de nuevos instrumentos de relacionamiento, los cuales, no gozan de las formalidades ni rigidez de los actos administrativos, sin embargo, las más de las veces logran decisiones más eficaces.

En consecuencia, en la actualidad el acto administrativo, no es el principal mecanismo jurídico mediante el cual la administración materializa sus decisiones, por cuanto el notable crecimiento del fenómeno de la contractualización, constitucionalización y globalización del derecho administrativo, han propiciado que nuevas formas jurídicas emerjan derivándose entonces en una proliferación de su uso en la actividad diaria.

Vemos entonces, como de la noción de acto administrativo en sentido clásico, solo queda vigente o sin ninguna modificación en lo que se refiere a la producción de efectos jurídicos, esto redundando entonces, en una razón suficiente para abordar la concepción actual.

Para este fin, traemos a colación lo indicado por Garrido Falla⁶⁸, que a su vez aduce lo preceptuado por Zanobini, al indicar que acto administrativo es “Cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio,

⁶⁸ GARRIDO FALLA, Fernando; OLMEDA PALOMAR, Alberto. LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General decimocuarta edición. Editorial Tecnos, pág. 547.

realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa”; siendo esta una definición de las nuevas generaciones de administrativistas⁶⁹, a nuestro juicio merece un análisis de conformidad con la noción que se pretende proponer en la presente investigación.

Sea lo primero, destacar que aunque de la interpretación de esta concepción se denota que se amplía el espectro de lo que se entiende como “acto administrativo”, al referirse a cualquier declaración de voluntad de un sujeto de la administración, involucrando entonces a los actos internos, dictámenes, reglamentos, pronunciamientos, la acción informal o memorandos de entendimiento, no es menos cierto que excluye el consenso propio del estado moderno; esto por cuanto indica que esta voluntad debe ser de un sujeto de la administración, situación que difiere de lo demostrado con la expedición de la resolución que declaró cabo manglar como área protegida, toda vez que la manifestación además de comprender lo deseado por la administración también involucra la participación de diversos actores en la producción del acto y en consecuencia de su decisión.

En segundo lugar, es preciso acotar que la potestad normativa de la administración es entendida como un “poder de actuación que, ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones en las que otros sujetos resultan obligados⁷⁰”, en tal virtud la definición traída por Garrido Falla, nos lleva a inferir que la misma exceptúa las declaraciones de la administración que no se enmarcan dentro de las potestades normativas, lo que desconoce su esfera de actuación autónoma por fuera de los estrictos marcos

⁶⁹ MAIRAL, Héctor A. Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer a la ley a obedecer los funcionarios públicos), R.P.A.2011-1 Y 2 Buenos Aires. RAP. 2011, pág. 7.

⁷⁰ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, vol. I, Madrid, Tecnos, 1989, 11ª ed., p. 360.

predeterminados por la legislación, y con ello, el forzoso reconocimiento de que la potestad normativa de la administración no siempre precisa de una habilitación legal previa⁷¹, situación que pone de presente los cambios en la definición actual y que serán abordados en el segundo capítulo con mayor amplitud.

En gracia de discusión, y una vez establecido algunos puntos claves de los cambios en la definición clásica de acto administrativo, además de revisar la que prevalece en la doctrina actual, proponemos una definición simple, pero que a nuestro juicio enmarca cada uno de los cambios previamente enunciados acogiendo entonces a todos los actos de la administración. Para nosotros acto administrativo es “Cualquier manifestación de la administración que refleje su voluntad y/o la de los administrados tendiente a la producción de efectos jurídicos.”

1.2 LA ENTRADA EN ESCENA DE NUEVOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: CLASIFICACIÓN SEGÚN LA DIMENSIÓN INTRA O EXTRA ORGANIZACIONAL

En este punto, vale la pena indicar que adentrarnos en la construcción de noción de acto administrativo fue un trabajo difícil, sin embargo resulta una tarea mucho más ardua, intentar aproximarnos a lo definición de lo que hemos querido denominar como los nuevos instrumentos de la administración pública, no obstante, en función de acercarnos a su concepción, hemos clasificado cada uno de ellos de acuerdo a su producción dentro de la actividad administrativa.

⁷¹ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Del Principio de Legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. pág. 81

Para tal fin, denominamos Instrumentos externos a los que se caracterizan por establecer “acuerdos”, con entidades exteriores a la administración para consolidar situaciones jurídicas del devenir propio de su actividad; y por otro lado, Instrumentos internos, los que establecen relaciones ad intra. El interés por estudiarlos obedece a su creciente utilización por el ente ejecutor para materializar su voluntad, poniéndonos de presente la imperiosa tarea de establecer límites a su proliferación, marcando entonces la necesidad de definirlos, abordar sobre su naturaleza jurídica y ejemplificar la concepción teórica para darle una idea más clara al lector de la posición de estos instrumentos en la actividad de la administración pública.

Es pertinente además indicar, que estos instrumentos convergen en el derecho administrativo, en virtud de su constitucionalización, el control de convencionalidad e indefectiblemente la globalización,⁷² puesto que su entrada en operación obedece a la creciente realización de acuerdos celebrados con organismos multilaterales, los cuales exigen acuerdos más flexibles y eficaces para el cumplimiento de sus funciones.

A su vez, derivados del creciente aumento de la potestad discrecional de la administración, donde como se denotó en el capítulo anterior, la administración aumenta su núcleo de discrecionalidad, enmarcando entonces, v. gr, memorandos o actuaciones diferentes a la concepción clásica de acto administrativo, pero que sin lugar a dudas materializa la decisión de la administración y por supuesto de los administrados.

En razón a lo anterior, acotaremos acerca de su naturaleza jurídica, una descripción de su origen y las definiciones abordadas por la doctrina, para finalmente concluir en una propuesta de definición de cada uno de ellos.

⁷² MARTÍNEZ JURADO, Darío. El soft law en el derecho administrativo y el control judicial por Colombia. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 20 (jun. 2018), 289-343.

1.2.1 Instrumentos Externos

1.2.1.1 Memorandos de Entendimiento

En lo que respecta a los memorandos de entendimientos, es pertinente indicar que su origen es de tipo anglosajón⁷³, así mismo establecer que la poca doctrina existente al respecto los equipara como cartas de intención, por esa razón, nos referiremos a ambos como sinónimos en virtud que las disparidades encontradas no establecen elementos de fondo para diferenciarlos, sin embargo haremos una descripción de lo más relevante en cuanto a su diversificación.

Según Marcel Fontaine, son instrumentos jurídicos que han sido desarrollados desde 1977, su naturaleza jurídica es ambigua, por cuanto estos documentos no encasillan en la teoría general de la formación de los contratos, en la que en la mayoría de los casos prima un acuerdo inmediato sobre dos partes⁷⁴.

Al respecto el peruano Jorge López, expresa que no existe en la doctrina moderna un consenso sobre el concepto de Memorando de entendimiento o sobre su naturaleza jurídica, indica que existen autores que han señalado que se trata de simples acuerdos no vinculantes y sin ningún valor jurídico. Otros, en cambio, han señalado que se trata de un contrato atípico. Algunos, por su parte, han señalado que se trata de un contrato que regula la etapa precontractual, pero que no contiene cláusulas obligatorias⁷⁵.

A su vez trae a colación las definiciones encontradas en la doctrina, las cuales me permitiré citar a continuación:

⁷³ LÓPEZ FUNG, Jorge. Innovaciones Contractuales. El Memorando de Entendimiento. Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Julio 2016 / ISSN 1995-2929

⁷⁴ PARRA HERRERA, Nicolás. La autorregulación de los tratos preliminares análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual. Revista de Derecho Privado. Número 50. Diciembre de 2013.

⁷⁵ LÓPEZ FUNG, Jorge. Ob. Cit.

- i. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha establecido lo siguiente:

“El Memorando de Entendimiento es una propuesta encaminada a celebrar un contrato, debe indicar la intención del oferente de quedar obligado si el destinatario acepta la propuesta. La intención puede declararse mediante la interpretación de una declaración o acto”⁷⁶.

- ii. Esta posición también es asumida por el autor Peter Schlechtriem⁷⁷, quien, en el taller de venta de la Convención de Términos y Validez de los Contratos, señaló lo siguiente:

“(…) depende de la voluntad de las partes. Podrían haber significado -y esto es muy probable en los hechos de mi caso- que un contrato vinculante concluya cuando los equipos negociadores firmaron los Memorandos de Entendimiento, porque en ese momento ya se tiene una reunión de las mentes y de un acuerdo sobre todo los puntos. El resto se podría haber destinado solo como una formalidad (…)”

- iii. Por otro lado, Lobato de Blas, siguiendo la doctrina italiana como Carrara o Ravazzoni⁷⁸, postula dos efectos para los MDE:

⁷⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/14.

⁷⁷ Peter Schlechtriem, “Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more,” *Journal of Law & Commerce* (1999): 191-258. “(...) depends on the intention of the parties. They could have meant -and this is quite likely on the facts of my case- that a binding contract would be concluded when the negotiating teams signed their memoranda of understanding, because at that point you have a meeting of the minds and agreement on all points. The rest they might have intended merely as a formality (...)

⁷⁸ LOBATO DE BLAS, “Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares” *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 6 (diciembre 1976): 577-81.

- La obligación de continuar con los tratos preliminares. Y, como consecuencia de ello, el MDE podría suponer un medio de prueba de carácter injustificado de la ruptura de la negociación.

- La obligación de no volver a discutir o considerar los puntos sobre los que ha habido acuerdo y que se recogen en el MDE. En ese sentido, se puede replantear los puntos de acuerdo plasmado siempre que haya una causa justificada para ello.

A su vez, trae a colación la definición adoptada por la Agencia para la acción social y la cooperación internacional hoy Agencia Presidencial para la Cooperación, la cual ha señalado lo siguiente:

“Normalmente se usa para denotar un acuerdo en forma simplificada en el cual se incluyen compromisos de menor entidad o que desarrollan instrumentos preexistentes. Se utiliza mucho también para los llamados convenios o acuerdos interinstitucionales. Si la denominación empleada es Memorando de Intención, se suele tratar de instrumentos en los cuales no se contemplan obligaciones de comportamiento reales, sino más bien cláusulas programáticas con una redacción que excluye los términos imperativos y que suele contener simples exhortaciones o declaraciones de intención”⁷⁹.

Al respecto, establece su propia noción indicando, que el *“MDE se define, como un acuerdo que se produce en la etapa de generación del contrato (precontractual), vinculante para las partes que lo suscriben, que puede contener o no obligaciones, atendiendo a la intención de sus suscriptores, pero que, de contenerlas, estas son exigibles y generan responsabilidad por su incumplimiento.”*

⁷⁹ Definición tomada del documento Régimen Jurídico de la Cooperación Internacional, página 38, segunda edición, publicado por la Agencia Para la Acción Social y la Cooperación Internacional de Colombia.

Por otro lado, encontramos lo referido por Alejandro Díaz⁸⁰, que sobre el particular indica que el memorando de entendimiento, en el ámbito de la contratación internacional se conoce como un instrumento de formación progresiva de los contratos, de puntuación o de contratación mitigada, es el que se conoce principalmente como cartas de intención o memorandos de entendimiento (*letter of intent or memorandum of understanding*), aunque también recibe otras denominaciones, tales como *principles agreement, heads of agreement, states of agreements*, el cual no se encuentra contemplado en el ordenamiento positivo Colombiano, ni en general en el desarrollo escrito de los países, en razón a que su origen proviene del desarrollo jurisprudencial del derecho anglosajón⁸¹.

En palabras de Monsalve Caballero, citando a Viguri Perea, “las cartas de intención son los más importantes instrumentos legales precontractuales en el tráfico jurídico angloamericano actual, y cuya denominación se remonta al litigio entre *chicago Inv. Corp V. Dolins*, 481 N.E 2d 712 1985, donde una corte americana calificó el primer documento en una serie de escritos preliminares como “Cartas de Intenciones y a las siguientes como acuerdos” - de venta y memorandos de acuerdo⁸².

Respecto de su noción, Díaz Huertas indica, que diversos autores coinciden en que se tratan de documentos que se suscriben en la etapa precontractual, sin embargo a su criterio esta denominación genera confusión toda vez que dentro de este título se enmarcan actos o negocios jurídicos que tienen su

⁸⁰ DÍAZ HUERTAS, Andrés Alejandro. La Carta de Intención (*letter of intent*) o el memorando de entendimiento (*memorandum of understanding*). Su aplicación en el Derecho Colombiano. Estudios de derecho privado. Universidad Santo Tomás de Bogotá.

⁸¹ *Ibíd.*,

⁸² MONSALVE CABALLERO, Vladimir. Responsabilidad precontractual, la ruptura injustificada de negociaciones. Biblioteca de tesis doctorales. Grupo Editorial Ibáñez, 2010, 107 y 216; Viguri Perea a los tratos preliminares: las cartas de intención y otros documentos legales precontractuales”. Barcelona. P.P.U, 1994, 13 y ss.

propia identidad jurídica y a su vez sus propios efectos, sin que por esta razón se puedan equiparar a las cartas de intención o memorandos de entendimiento,⁸³ no obstante coincide en clasificarlos según el momento de su producción esto es, al inicio de la etapa de negociación o periodo precontractual una vez se hayan establecido algún tipo de negociaciones⁸⁴.

A su vez, establece una diferenciación entre las cartas de intención y los memorandos de entendimiento considerando las partes que suscriben ese tipo de acuerdos, lo anterior significa que, pueden ser de carácter unilateral cuando se establece como una carta remitida o de tipo bilateral en el caso que se encuentran manifestaciones o intenciones de voluntad de ambas partes de la negociación⁸⁵.

Sobre el particular, cita lo estudiado por el profesor Argentino Gustavo Calvino,⁸⁶ que coincide con la proposición de noción, al indicar que el Memorando de Entendimiento es *“la propuesta unilateral que una parte le entrega a otra, en la cual están las condiciones en que se desarrollarán las negociaciones y las reglas de conducta o de comportamiento de los interesados durante la etapa gestional del contrato, sin que esto implique, en todos los casos, una obligación de concluir el acuerdo final. Para ello, se busca garantizar la seriedad de las tratativas en curso y su perfeccionamiento se da con la aceptación de la otra parte”*.

A su vez, comenta, lo expresado por los españoles José María Álvarez Arjona y Ángel Carrasco Pereira, cuando indican que *“Este documento puede adoptar la forma epistolar “bilateralizada” o violentada menos el concepto usual de*

⁸³ *Ibíd.*, 13 y ss.

⁸⁴ *Ibíd.*, 13 y ss.

⁸⁵ *Ibíd.*, 13 y ss.

⁸⁶ CALVINHO, Gustavo. La carta de intención y el memorándum de entendimiento. Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil. 9:7-29. Bogotá Legis. Pág. 195.

carta, el de un documento bilateral precontractual (memorandum of understanding). Cuando el documento adopta la forma externa de una carta, el contenido relevante de la misma aparece como una declaración de parte, que se pida que se asuma por el destinatario de la carta, mediante su suscripción al lado de la firma del oferente. Los términos comunes del género epistolar se mantienen, desde la fórmula ritual de vocación (estimados srs. Dear sirs) hasta la fórmula de despedida (“Atentamente, Your sincerelly”). Si el documento adopta la forma de un documento precontractual impersonal (memorándum), su redacción es objetiva en los términos usuales de cualquier otro documento contractual.”

Una vez establecido lo anterior, Díaz, concluye que de acuerdo a la doctrina estudiada la única diferencia entre las cartas de intención y los memorandos de entendimiento, radica en las partes que suscriben el documento, es decir, cuando la intención nace en forma de carta y su contenido obedece a declaraciones o manifestaciones de la voluntad de una sola parte y se dirige a un destinatario hablaríamos de cartas de intención, por el contrario, cuando su creación nace a manera de escrito firmado por ambas partes, se denominan documentos bilaterales, y en ese sentido, estaríamos en presencia de memorandos de entendimiento.

Al respecto también, vale la pena indicar lo referido por el Tribunal Supremo Español, específicamente en la STS de 9 de marzo de 1998 (fj. 2372), señaló:

“Indudablemente, en un proceso negociador, se van produciendo acuerdos en aspectos parciales de esa finalidad de alcanzar pactos que persiguen los interesados en la negociación, pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores⁸⁷”

⁸⁷ LÓPEZ FUNG, Jorge. Innovaciones Contractuales. El Memorando de Entendimiento. Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Julio 2016 / ISSN 1995-2929. Pág. 202

En este sentido, se denota en esta interpretación que el Tribunal Supremo, no le imprime el carácter de vinculante a este tipo de acuerdos, indicando que solo tendrá validez en la medida que se celebre un contrato definitivo, y aunque en Sentencia del 3 de Junio de 1998 (RJ 3715) el mismo Tribunal indica que:

*“El acuerdo de intenciones al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima, sin que su libertad contractual se vea mermada, porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza”.*⁸⁸

Denotando de esta manera, una variación en su posición, pues considera que existe una vinculación a las negociaciones realizadas por cuanto indica que les impide retractarse de los acuerdos indicados, no obstante alude nuevamente la obligatoriedad de celebrar un contrato⁸⁹.

Para sintetizar lo indicado hasta ahora, precisamos que para la doctrina el memorando de entendimiento es un acuerdo de voluntades entre una o dos partes, que contiene cláusulas programáticas, las cuales eventualmente pueden culminar un contrato o no, sin embargo, las intenciones deprecadas en el acuerdo deben ser respetadas atendiendo el principio de buena fe.

En cuanto a su naturaleza jurídica, no se tiene una claridad toda vez, que estos instrumentos no encasillan según FONTAINE en la teoría general de los contratos por cuanto no están encaminados a la producción de efectos jurídicos directos, situación que no es pacífica, pues existen autores que afirman que su carácter es vinculante y otros que no producen ningún efecto sin que medie la realización de un contrato.

⁸⁸ *Ibíd.*, pág. 202

⁸⁹ *Ibíd.*, pág. 202

En lo que respecta a la postura presentada por este trabajo investigativo, es preciso indicar que los memorandos de entendimiento son actos jurídicos de carácter unilateral o bilateral encaminados a la producción de efectos de tipo jurídico, cuyo interés en estudiarlos radica en su creciente uso en la actividad administrativa, derivado de su “flexibilización”, atendiendo además que su origen es de tipo anglosajón, jurisprudencial y su mayor desarrollo se ha alcanzado en el derecho comercial, pero que cada vez se utilizan con mayor frecuencia en el derecho administrativo.

Por lo anterior, abordar sobre su noción y naturaleza jurídica, era ineludible, pues hacen parte de los instrumentos utilizados por la administración para plasmar su voluntad y de los cuales se desconoce su tratamiento debido a la indefinición de su carácter de contratos o de actos administrativos.

Empero, al realizar un análisis sobre las definiciones abordadas por las diferentes fuentes sobre memorandos de entendimiento, se destaca que; la formación de este tipo de instrumentos se encuentra precedida de un consenso entre las partes involucradas en su creación manifestando la voluntad de los implicados. En el mismo sentido el margen de discrecionalidad para su creación es amplio por cuanto no se encuentran regulados en ninguna norma jurídica y por ultimo según algunos autores no “encajan” en la definición de contratos.

Para efectos de dilucidar un poco acerca de su naturaleza jurídica, me permitiré citar el pronunciamiento del Consejo de Estado, donde se revisa el recurso ordinario de súplica interpuesto contra el auto del 20 de junio de 1994, mediante el cual en Sala Unitaria se inadmitió la demanda de nulidad propuesta contra EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO SOBRE COOPERACION JUDICIAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, suscrito

en Santafé de Bogotá el 3 de marzo de 1992 por la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia y con el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica.⁹⁰

En esta ocasión, la corporación realiza un estudio sobre la naturaleza jurídica del acto acusado, considerando lo siguiente:

(...) el Memorando de Entendimiento sobre Cooperación Judicial entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, acusado en la demanda, no encuadra dentro de ninguno de los actos susceptibles de ser enjuiciados ante esta jurisdicción de acuerdo con el art. 32 y 83 del C.C.A.

En efecto, mientras el acto administrativo se ha considerado como toda declaración unilateral de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, el acto que se impugna es una declaración bilateral de dos gobiernos que atañe a las relaciones internacionales de los países signatarios del Convenio y por lo tanto desborda el ámbito de la administración interna de la cual se ocupa la jurisdicción contencioso administrativa colombiana.

La unilateralidad que caracteriza el acto administrativo es señalada también por tratadistas como Dupuis quien enseña que "El acto administrativo es un acto normador de carácter unilateral (L'Act Administratif Unilateral); W. para quien "todo acto jurídico unilateral de un administrador calificado, obrando en calidad de tal y susceptible de producir efectos de derecho, es un acto administrativo" (citado por el profesor G.P. en su libro El Acto Administrativo, Tercera Edición, pág. 47), y V. para quien entre las prerrogativas del poder público, la más característica sin duda alguna, es el privilegio que tiene la administración de tomar las decisiones ejecutorias, es decir de proferir actos unilaterales que crean derechos y obligaciones en provecho o a cargo de terceros, sin el consentimiento de estos, y de ser ejecutados por la fuerza por la administración (V.G., Droit Administratif - Cours Policopie pág. 187).

El acto acusado tampoco, puede asimilarse a un contrato administrativo porque carece de las características que acompañan

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección primera. Radicación número: 2932. 15 de julio de 1994.

a estos que dicen relación con el objetivo general de prestar los servicios públicos, con su contenido económico y con las cláusulas exorbitantes propias de ellos”.

Como se observa, el Consejo de Estado, no realiza un juicio de fondo acerca del memorando, por cuanto expresa, que este no reviste las características de un acto administrativo toda vez que no cumple con la cualidad de la unilateralidad, a su vez se remite al derogado Decreto 01 de 1984 que disponía en el artículo 83 la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativo a juzgar los actos administrativos, los hechos y las omisiones; considerando entonces que el presente acto no se circunscribe en ninguno de estos por lo anterior no puede ser revisado.

Incluso el recurrente pone de presente la revisión que otrora había realizado el Consejo de Estado sobre la nota verbal diplomática GM 542 de 22 de noviembre de 1952, suscrita por el Ministro de Relaciones Exteriores de aquella época, expresando que en ese momento el Consejo de Estado asumió competencia; argumento que es debatido por la corporación aduciendo que se trata de instrumentos diferentes toda vez que aunque la nota producía efectos de carácter internacional, la misma fue de fuerza unilateral firmada únicamente por un agente de la administración, en ese orden constituía un acto administrativo, arguye la sala, que no es un hecho de la administración o una operación administrativa y tampoco un contrato administrativo puesto que carece de las características que acompañan a cada uno de estos.

Ergo, en esta ocasión el Consejo de Estado ciñe su análisis extrayendo al memorando de entendimiento de la categoría de acto administrativo por no revestir el carácter de unilateralidad; esto nos remonta entonces a la teoría clásica estudiada en el acápite primero de este trabajo investigativo donde se abordaron diversas tesis acerca de su noción las cuales convergen con la

postura acotada por el Consejo de Estado para fallar el recurso de súplica interpuesto por el actor.

Situación que se encuentra en concordancia con la postura del Consejo de Estado en el año 1994, sin embargo en ese punto se resalta, que los pronunciamientos de la alta corporación hoy día difieren de lo esbozado en precedencia; escenario que indiscutiblemente nos remonta a la noción que se pretende instaurar como imperante en el estado actual y pone de presente la necesidad de su análisis como quiera que circunscribir el estudio de un acto de la administración exclusivamente al carácter unilateral resulta restrictivo en la medida que excluye instrumentos jurídicos que materializan su voluntad, como en este caso, un memorando de entendimiento suscrito por el estado Colombiano, el cual establece la facultad de investigar y realizar procedimientos encaminados a obtener o suministrar información, documentos o recepcionar testimonios a autoridades para atacar el flagelo del narcotráfico, desconocer entonces, que en este instrumento se plasma la voluntad de la administración es querer tapar el sol con un dedo y a nuestro juicio resulta aún más lesivo excluirlo de control jurisdiccional únicamente por carecer de la unilateralidad que reviste a los actos administrativos y tampoco encasilla en la definición de contrato.

Como se puede observar, este instrumento jurídico revisado, es un acto de la administración que manifiesta y materializa su voluntad, a su vez, se denota que su producción carece de formalismos, es decir que, no existe norma jurídica que habilite su creación, inclusive su naturaleza jurídica es ambigua. No obstante, la administración lo utiliza para incidir sobre aspectos relevantes de su actividad y en esa medida debe ser objeto de análisis, a priori podemos establecer que de acuerdo a lo esbozado, este instrumento se puede categorizar en la definición acotada por Garrido Falla sobre actos administrativos, en la medida que declara la voluntad o el deseo de un sujeto

de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa, y si se quiere, en la propuesta en la presente investigación, “Cualquier manifestación de la administración que refleje su voluntad y/o la de los administrados tendiente a la producción de efectos jurídicos.”

1.2.1.2 Acción Informal de la Administración

La “actuación informal” de la administración es una forma de manifestación de la acción administrativa que comparten buena parte de los tipos de actuación integrables en el género actuación material, quiere decir lo anterior, que la informalidad aparece así como una forma de manifestación más de la actividad administrativa extrapolable a cualquier tipo de actividad material⁹¹.

Vale la pena indicar, que según Agudo la acción informal de la administración, no es categorizable como norma, acto o contrato, significa lo anterior, que la actuación informal de la administración carece en principio de eficacia jurídica normativa, sin embargo gozan de la eficacia y transparencia jurídica que corresponde a los actos jurídicos-públicos que acojan formalmente el resultado de los hechos de la administración o como también de las consecuencias de los mismos⁹².

En tal virtud, es preciso afirmar que, a pesar de lo anterior, la actuación material, genera, repercute o influye en las relaciones de la administración, ya sea de manera directa, colateral o como manifestación de su actividad formal. Por esta razón, la manera tradicional de actuación de la administración, ha llevado a pensar que este tipo de actividad tiene una percepción antijurídica, no obstante estas formas no son ajenas al derecho, ni menos antijurídicas por

⁹¹ AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Actuación Material e Informalidad. El Ejemplo de la Concertación con la Administración. Pág. 133

⁹² *Ibíd.*, Pág. 133

cuanto deben estar subordinadas a la Constitución, a los principios del Estado de Derecho y a los principios generales del Derecho Administrativo⁹³.

Al respecto, Agudo indica, que en el marco de la actuación de la acción informal de la administración, la relación con la ley, también denota una transformación, toda vez que en este ámbito nos encontramos con conexiones débiles a la ley, que en ocasiones pueden solo circunscribirse a legitimar la actuación administrativa mediante el otorgamiento de competencias y su conexión con los fines de interés general imputados a la Administración⁹⁴.

Así las cosas, afirma el autor, que en este escenario la ley no programa la actividad de la administración sino que establece límites negativos a esa actuación, encauzándola hacia los fines que determinan su competencia administrativa y legitiman su actuación, es decir, que el ordenamiento jurídico deja abierta una serie de opciones de acción a las que puede acudir la administración para lograr sus fines.

Sobre el particular, Rolf Stober, indica que en el Derecho Alemán, se ha afirmado y extendido un género de actuaciones denominado “actuaciones administrativas informales”, indicando además que es difícil determinar su ubicación y significación dentro de las acciones administrativas en general, sin embargo considera importante establecer su naturaleza, toda vez, que existe una confusión frente a su legalidad y consecuencias jurídicas⁹⁵.

Por un lado, una parte de la doctrina, las identifica como un género específico de actuación administrativa, para otros, las actuaciones informales han llegado a absorber el género de las simples actuaciones administrativas, de igual

⁹³ *Ibíd.*, pág. 133

⁹⁴ *Ibíd.*, pág. 133

⁹⁵ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Rolf Stober/S. Las actuaciones materiales o técnicas. REALA-1995, núm. 267. Stober, Rolf. Las Actuaciones Materiales o Técnicas. Pág. 573

manera, aclara, que este tipo de actuaciones no se circunscriben a la observancia de presupuestos formales, en consecuencia sus efectos no son de carácter imperativo, sino por el contrario, tienen el carácter de ejercer una “incidencia” o un “carácter indicativo”⁹⁶

En ese mismo sentido, indica que la denominación de “actividad informal”, trae consigo una única diferencia con las actuaciones típicas de la administración, que se limita a agregar el adjetivo “informal”, sin que esta acepción implique una mayor utilidad frente a su concepción, no obstante, lo que refiere una especial revisión es lo que respecta a las exigencias formales que deviene de la actuación, en tal virtud, lo que se predica en este tipo de actuación se reduce el nivel de exigencias jurídicas.

En ese orden de ideas, puede indicarse, que lo preceptuado por Stober, coincide con lo manifestado por Agudo, al expresar que de estas formas se reconoce su carácter no imperativo, más bien, se puede decir que tienen un “carácter indicativo”, aduce además el autor que en general este tipo de actuaciones se desarrollan en el ámbito jurídico administrativo, cuando las actuaciones administrativas no son concreciones de una ley, y sin embargo repercuten en las interacciones jurídicas entre los ciudadanos y la administración. En este sentido, las actuaciones informales son, a menudo una actuación alternativa respecto de una actuación con carácter regulatorio⁹⁷.

Al respecto, indica Assmann, que la actuación informal es una especie dentro del género de la actuación no dotada de autoridad, una especie de cuya ventaja práctica y cuyos riesgos para el Estado de Derecho radican en que sus presupuestos y efectos se encuentran cercanos a la actuación formal, pero finalmente no se identifican con ella. La acción informal de la Administración

⁹⁶ *Ibíd.*, Pág. 573

⁹⁷ *Ibíd.*, Pág. 573

es sensible en sus enfoques y sutil en sus efectos⁹⁸. A su vez el profesor alemán realiza un estudio de las características de la acción informal destacando lo siguiente:

✓ Acción alternativa

La acción informal se define como “alternativa” porque busca conseguir en una determinada situación unos efectos que con una actuación formal se podría conseguir de manera más efectiva pero también con un mayor coste jurídico. En este sentido, la ganancia en eficacia y el riesgo de fraude están muy próximos. Significa lo anterior, que aunque la acción informal supone nuevos instrumentos para la administración no es razón suficiente para aprobarla, ni tampoco se puede condenar sin más porque constituya un desvío de la actuación formalizada⁹⁹.

Frente a la solución jurídica de la problemática sobre la alternatividad propone Assmann las siguientes directrices:

- En virtud de las leyes no existe ningún deber de acción informal de la Administración.
- De manera especial no contiene el principio de proporcionalidad ninguna regla general para dar preferencia a una manera de acción informal frente a la acción formalizada obligada.
- El hecho de que el derecho sirva para aportar cauces formales a los fenómenos y a las situaciones no implica una prohibición general de la actuación informal.

⁹⁸ SCHMIDT- ASSMANN, Eberhard. La teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Pág. 335

⁹⁹ *Ibíd.*, Pág. 335

- La teoría de las formas jurídicas nunca ha llegado a establecer una reserva en el sentido de que solo pueda actuarse a través de una reserva de esas formas jurídicas.

Manifiesta el autor, que una “formalización” total no es ni oportuna ni indispensable, sin embargo se puede presentar que con el impulso de estas actuaciones se formen nuevos instrumentos cuyo objetivo es el intento de huida. Por lo demás está sujeta la acción informal, como toda acción material de la administración, al principio de legalidad¹⁰⁰.

Adicionalmente, establece unas características de este tipo de actuación que a continuación, me permitiré citar:

✓ Acción consensuada

El profesor alemán, menciona que las dificultades de solución jurídica aumentan cuando aparece junto a la alternatividad la “relación de intercambio”, y la acción informal se convierte en una acción informal – consensuada, como ocurre en las negociaciones preliminares, acuerdos y promesas de flexibilidad en ejecución o producción de normas. Frente a esta forma, vale la pena indicar, que las ciencias sociales la ponen en un escenario más matizado, confirmando de una parte la tendencia de la administración a cooperaciones selectivas, bilaterales. Sin embargo, atestiguan igualmente que el derecho, es decir, las normas en cada caso aplicables, se tienen muy en cuenta también en la actuación informal-consensual. Las negociaciones se mueven a la “sombra del derecho” y no tratan dejar de lado conscientemente los postulados y posiciones fijados por las normas¹⁰¹.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, Pág. 335

¹⁰¹ *Ibíd.*, Pág. 335

Para calificar jurídicamente la acción de la Administración informal-consensuada recurre a la teoría de la relación jurídico – administrativa y a los elementos constructivos de la teoría de las formas y procedimientos, en tal virtud, afirma que la teoría de las relaciones jurídico – administrativas ayuda para identificar con más exactitud las situaciones de peligro, identificando con mayor anuencia los intereses de terceros que no forman parte del acuerdo, por esa razón, expresa que un medio importante de garantía es que se informe a tiempo a un número amplio de participantes, también es posible ampliar las posibilidades de participación desde la fase de las negociaciones previas¹⁰².

Vemos entonces, como estos enfoques de regulación buscan ordenar la acción de la Administración informal-consensuada, para que pueda ser tolerada desde el Estado de Derecho, afirma además el profesor, que desde una perspectiva a más largo plazo debe irse más allá de tal mínima adaptación hasta una positiva relación de la teoría de las formas con la acción de la Administración Informal. Cita como ejemplo, la *mediación para la resolución de conflictos*”, toda vez que en esta clase de actuación se ha configurado un procedimiento informal para la resolución de conflictos de la manera más consensual posible bajo la dirección de una tercera persona neutral¹⁰³.

Una vez estudiada la noción de la acción informal y sus características, traemos a colación un ejemplo del uso de este mecanismo por la administración, tomando como muestra, la política pública implementada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Mintics) denominada “Preventic”, la cual se implementó a través de la resolución N° 0003160 del 6 de diciembre de 2017 “Por la cual se establece la política pública de vigilancia preventiva”. Esta resolución se fundamenta en los objetivos de Mintics de diseñar, adoptar y promover las políticas, planes, programas y

¹⁰² *Ibíd.*, Pág 335

¹⁰³ *Ibíd.*, Pág 335

proyectos del sector, también en un estudio en el que se evidenció que existen patrones de incumplimiento en una determinada obligación pudiéndose agrupar por zonas geográficas, además indica que las actuaciones administrativas sancionatorias exigen el cumplimiento de etapas y tiempos que hace que la administración invierta recursos humanos y especializados en un trámite que implica al menos 14 meses de trabajo e involucra a 5 áreas del ministerio aproximadamente.

Así las cosas, asevera que el estudio anterior, permite inferir que el fin último del ministerio no es la sanción sino que los operadores cumplan la ley motivados al recibimiento de incentivos, toda vez que de acuerdo a la norma la sanción sería la última herramienta, entonces, en concordancia con las finalidades del ejercicio de las funciones de control las cuales no se circunscriben únicamente a ejercer potestades sancionatorias, sino que, también a diseñar e implementar estrategias para lograr que las labores de inspección, vigilancia y control garanticen la preservación del ordenamiento jurídico a través de una finalidad preventiva, el Ministerio faculta entonces a los prestadores de los servicios de telecomunicaciones, radiodifusión sonora y postales, a la suscripción de acuerdos de mejora garantizando de esta manera el interés general de los usuarios de los servicios vigilados.

Es así, como en su artículo segundo la resolución, define los acuerdos de mejora como:

“Documento suscrito entre el Ministerio y un prestador que, contiene acciones de normalización diseñadas y orientadas de manera planeada, organizada y sistemática, con el fin de superar las dificultades identificadas frente al cumplimiento de las obligaciones a las que se encuentran sujetos. Este instrumento es diferente del plan de mejora establecido en la regulación”.

La motivación de este documento, es lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen Principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones”, la cual enmarca los objetivos del Ministerio, indicando entre otros que, este debe diseñar, formular, adoptar las políticas, planes, programas y proyectos del sector de las tecnologías; a su vez que regir de acuerdo con la Constitución y la ley las funciones de vigilancia y control en el sector de las tecnologías de información y las comunicaciones.

Entonces de acuerdo a las funciones previamente mencionadas, la dirección de vigilancia y control del ministerio de telecomunicaciones suscribió la siguiente cantidad de acuerdos:

- Subdirección de vigilancia y control comunicaciones: 126 acuerdos de mejora periodo 2017-2018
- Subdirección de vigilancia y control de radiodifusión sonora: 39 acuerdos de mejora periodo 2017-2018
- Subdirección de vigilancia y control de servicios postales: 54 acuerdos de mejora periodo 2017-2018

En ese entendido y con el fin de dar cumplimiento a su función de preservar el acatamiento del ordenamiento jurídico de manera previa a la incursión de incumplimientos legales se suscriben estos acuerdos de mejora, buscando además generar una política de observancia que motive a los prestadores de los servicios de telecomunicaciones radio y postales a acatar sus obligaciones y así brindar un mejor servicio a los ciudadanos.

Se denota entonces, que este tipo de instrumentos son diseñados por la misma administración en el marco de las competencias emanadas de las

funciones u objetivos encomendados a un órgano de la administración, a su vez, estos no emergen de una norma jurídica, sino que la motivación de su creación, se limita a mencionar principios, objetivos y normas que debe observar el ministerio. En el mismo sentido, los acuerdos buscan cambiar el comportamiento de los operadores sin acudir a la imposición de sanciones, por el contrario, establece compromisos previos para impedir el incumplimiento de sus obligaciones.

Esto es a través de compromisos, mesas de trabajo y acciones concertadas, como la administración vincula a los agentes prestadores para lograr un consenso y materializar una decisión que finalmente produce efectos jurídicos, usando como medio la concertación y dejando de lado la imposición para materializarla. Para el presente caso, se utiliza un instrumento denominado “acuerdo de mejora” que claramente no revista las características de un acto administrativo ni tampoco de un contrato, sino que constituye un instrumento atípico que fácilmente revista las características de un acuerdo informal que busca incidir directamente en el comportamiento de los firmantes y que a su vez produce efectos jurídicos en la medida que se derivan obligaciones para los suscribientes, es decir, se materializa la voluntad de la administración y de los administrados en esta nueva forma, que como se mencionó at supra, es alternativa y consensuada.

Además de lo ya esbozado, existe otra derivación de la acción informal de la administración que vale la pena mencionar, la denominada *información al público*; que según el profesor Héctor Santaella, se trata de un instrumento blando que utiliza la administración para incidir en la conducta de los particulares mediante la emisión de mensajes que buscan persuadir u orientar a la conducta.¹⁰⁴

¹⁰⁴ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la

Así mismo, es un mecanismo que busca la protección de los individuos a través de la materialización de la promoción de un derecho fundamental como lo es la información, destaca que en este tipo de actividad no existe algún tipo de constreñimiento ni coercitividad, sino que por el contrario, a través de la información se pretende persuadir sobre la forma de actuar de los receptores del mensaje, un ejemplo que cita sobre este tipo de actuación son las campañas contra el tabaquismo¹⁰⁵.

1.2.2 Instrumentos Internos

1.2.2.1 Circulares

Al respecto es necesario indicar que en el derecho colombiano la administración, utiliza de manera regular las circulares en virtud del poder instructor que le es implícito al Estado¹⁰⁶, destacándose además su carácter ad intra, es decir, una serie de orientaciones destinadas a ordenar internamente a las entidades públicas.

En punto, el Consejo de Estado ha manifestado que su finalidad es

(...) “Dar a conocer el pensamiento o política del Gobierno sobre determinada materia, tienen por objeto ilustrar tanto a los funcionarios públicos como a los administrados sobre una determinada gestión. Estas instrucciones, como la que se demanda, contienen un conjunto de reglas de carácter interno, emanadas del superior, expedidas en ejercicio de sus atribuciones legales y destinadas a los funcionarios de la administración para que ajusten determinada actividad a lo que en ellas se establece¹⁰⁷.”

metodología de la ciencia administrativa. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N° 5. Primer semestre/2011. Pág. 87-105.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, Pág. 87-105.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ JURADO, Darío. El Soft Law en el derecho administrativo y su control judicial en Colombia. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 20 (jun. 2018), 289-343.

¹⁰⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de 2010. Radicado (31223)

Indica lo anterior que la entidad expide entonces en ejercicio de su función opiniones, interpretaciones o pareceres que se convierten en reglas, que vinculan a los particulares ante la Administración.

Martínez Jurado, expresa que las circulares son de tipo interpretativas, cuando tienen el propósito de dar a conocer la forma en que debe abordarse una eventual situación o asunto de relevancia o competencia de la entidad. Anota además que existen también circulares con efectos *ad extras*; esto es no solo emitidas al interior de la administración sino que también abarcan particulares o usuarios del servicio, esta forma es usual cuando se desarrollan actividades de inspección y vigilancia del Estado y la administración las suele llamar circulares externas¹⁰⁸.

Adicionalmente, asevera Jurado que en el Decreto 01 de 1984 en su parte general no se mencionó a las circulares como actuaciones de la administración, sin embargo, no es menos cierto que en la parte segunda del código donde se refiere al control jurisdiccional de la actividad administrativa, el otrora artículo 84 contempló la posibilidad del control de legalidad de estos instrumentos; la misma suerte se predica en la ley 1437 de 2011 en su artículo 137.

Lo anterior, se instruye de la misma manera en diversas normas que regulan la actividad administrativa, verbi gracia, la Ley 489 de 1998, que en su artículo 41 faculta en su respectivo nivel Jerárquico, al Presidente de la República, Ministros, Directores de Departamentos, Superintendentes, Gobernadores y Alcaldes a dar orientación, control y evaluación general, la ley 136 de 1994 que en su artículo 93 le otorga la competencia a los Alcaldes para expedir

¹⁰⁸ MARTÍNEZ JURADO, Darío. Ob. Cit.

decretos, resoluciones y las ordenes necesarias para la debida ejecución de sus funciones.

Esta cobertura legal para la expedición de circulares, como se puede vislumbrar es razón suficiente para que el estado a través de este instrumento, ejecute su actividad, considerando además la facultad constitucional otorgada a las cargos de dirección y manejo¹⁰⁹, mediante la cual se les reconoce el ejercicio de funciones de dirección, control, planificación, administración de personal, orientación, coordinación, evaluación y promoción, conllevando con ello a la necesidad de proferir pronunciamientos para la ordenación interna de organismos, dependencias y secretarías.

Sin embargo, lo que llama la atención, frente a estos actos de “dirección”, es que no tienen un procedimiento reglado de elaboración y publicidad, por cuanto no se asemejan a la definición de “actos administrativos”.

En punto a definir la naturaleza jurídica de estos instrumentos, se hace necesario referirnos al derecho español, específicamente a la antigua Ley de Procedimiento (Ley 30 de 1992), mediante la cual en su artículo 7 disponía que los órganos superiores podrán dirigir la actividad de los inferiores mediante ordenes de servicio y circulares¹¹⁰.

A su vez, indicaba en su artículo 21, la capacidad de los órganos administrativos de dirigir su actividad mediante ordenes de servicio y circulares, y en el artículo 27 la naturaleza reglamentaria de las instrucciones y circulares, por tanto, además de hacer referencia a estos instrumentos,

¹⁰⁹ Constitución Política artículos 8, 189 y 208

¹¹⁰ MORENO REBATO, Mar. Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio: Naturaleza y Orden Jurídico. Revista de Administración Pública. N° 147. Septiembre – Diciembre 1998. Pág. 159 y ss.

configuró a estos actos jurídicos de la administración una manifestación de la potestad reglamentaria¹¹¹.

En consecuencia, al tenor de esta ley, la naturaleza y régimen jurídico de las instrucciones y circulares eran los de actos no normativos de la administración pública que se inscribían en el poder jerárquico, con lo que se configuraban como un poder que tenía todo órgano superior con respecto a sus inferiores, y con instrucciones y circulares de auténtica naturaleza reglamentaria¹¹².

Establecía también la ley, que las circulares, como manifestación de la jerarquía organizativa mediante los cuales los órganos superiores dirigen la actividad de los inferiores, solo podría producir efectos *ad intra* de la organización.

Así mismo, trae a colación la profesora española, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, realizando un análisis de la línea jurisprudencial referente a las órdenes de servicio, en primer lugar afirma que el Tribunal Constitucional en la primera línea establece que las circulares e instrucciones de servicio son disposiciones de carácter general (reglamentos) o una manifestación de la potestad jerárquica.¹¹³

Afirma además, que las circulares pueden lesionar derechos fundamentales, en el entendido, que estos instrumentos comprenden auténticas órdenes o mandatos, que deben ser atendidos sin esperar un acto de aplicación, en

¹¹¹ *Ibíd.*, Pág. 159 y ss.

¹¹² *Ibíd.*, Pág. 159 y ss.

¹¹³ La línea jurisprudencial analizada por la profesora española inicia en la STC 27 de 1983, posteriormente ratifica su posición en la STC 57 de 1983, acerca del carácter de disposiciones generales derivados de la potestad jerárquica de las circulares y ordenes de servicio que solo tiene relevancia en el ámbito interno de la administración, posición ratificada mediante STC 57 de 1983, STC 26 de 1986 y reiterada mediante STC 47 de 1990 y 50 de 1994.

consecuencia, estas pueden ser demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa¹¹⁴.

Por el contrario, indica la disparidad de conceptos del Tribunal Supremo Español, frente a la naturaleza Jurídica de las circulares y ordenes de servicio, sintetizándolo en los siguientes criterios:

- I. Sentencias, en las que se atribuye naturaleza reglamentaria
- II. Instrucciones y circulares como reglamentos externos (efectos ad extra de la organización)

En ese sentido, al realizar un análisis de las sentencias emanadas del Tribunal Supremo, indica que este atribuye naturaleza reglamentaria, con efectos ad extra de la organización a las circulares, cuando su contenido expresa una nueva directriz o sujeción para el administrado, diferenciando los efectos *ad intra* o *ad extra*, únicamente si la circular se encuentra publicada, entendiéndose entonces que el requisito de publicidad es un presupuesto de eficacia, sin que esta postura sea pacífica toda vez que se encuentran Sentencias del Tribunal Supremo, en las cuales indica que no es necesario su publicación para efectos de tener eficacia¹¹⁵.

Por otra parte, expresa Moreno, que el Tribunal en algunas sentencias, atribuye el carácter de acto administrativo a las instrucciones y circulares toda vez que estas no tienen fuerza obligatoria para los administrados sin crear exigencias o garantías puesto que van dirigidas al interior de la entidad. En ese sentido, es entendido que estas pueden ser impugnadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹¹⁶.

¹¹⁴ *Ibíd.*, Pág. 159 y ss.

¹¹⁵ *Ibíd.*, Pág. 159 y ss.

¹¹⁶ *Ibíd.*, Pág. 159 y ss.

No obstante, al realizar esta aseveración, el Tribunal no realiza un juicio sobre el contenido del acto, indicando si se trata de un acto administrativo en estricto sentido o de un reglamento, en consecuencia, cuando el Tribunal lo clasifica como acto administrativo, lo hace exclusivamente con un fin instrumental, el de permitir el control judicial.

Ciertamente, para tener una visión más amplia sobre la naturaleza jurídica de este tipo de actuaciones, es menester referirnos a lo indicado frente al asunto por el Consejo de Estado, para esos fines, me permitiré realizar un análisis sobre algunos pronunciamientos, los cuales han servido de derrotero en diferentes momentos de la historia para trazar el concepto o si se quiere, la naturaleza jurídica de las circulares y/o ordenes de servicios.

El primer pronunciamiento, motivo de reflexión se remonta al año 2001, momento en que el Consejo de Estado analiza la circular externa N° 003 del 4 de octubre de 1999 emitida por la Junta Central de Contadores mediante la cual se imparten instrucciones para el ejercicio del cargo de revisor fiscal, requisitos, obligaciones y algunas restricciones legales, en esta sentencia el actor formula cuatro cargos en contra de la expedición de la circular, sin embargo para efectos de delimitar el objeto de la presente investigación, únicamente me remontaré al cuarto cargo, sobre el cual acusa a la Junta Central de Contadores de extralimitar sus funciones por cuanto exclusivamente tiene la función de vigilancia mas no de emitir actos administrativos de carácter general con prohibiciones para las sociedades de contadores y menos establecer controles que incidan en el ejercicio de la profesión contable.

Frente a este cargo, el Consejo de Estado, analiza el carácter de las circulares de servicio indicando que:

(...) *La Jurisprudencia de esta corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos, y puedan en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto susceptible de demanda*¹¹⁷.

*Así se dejó consignado en fallo de esta corporación, del 3 de febrero de 2000: “El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido este como manifestación de voluntad de la administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad, no se considerará acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados”*¹¹⁸.

Vemos entonces que el Consejo de Estado, empieza a realizar una diferenciación frente a las circulares que producen efectos jurídicos y las que por el contrario, no lo hacen, al respecto entonces, establece una clasificación Jurisprudencial en la que se destaca, *circulares informativas y circulares interpretativas o de servicio*, las primeras se tratan de cartas o avisos iguales dirigidos a diversas personas para darles conocimiento de alguna cosa¹¹⁹, y las segundas se refieren cuando la administración en su ejercicio de dirección

¹¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente: 6063. Diciembre 6 de 2001.

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 3 de febrero de 2000. Exp. 5236

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 7 de septiembre de 2000, exp. 6152

y control consolida criterios de aplicación e interpretación normativa para asuntos de interés de la entidad¹²⁰.

En consecuencia, la diferenciación establecida por la corporación se realiza para establecer a cual de este tipo de circulares – informativas o interpretativas- se realizará el control jurisdiccional, por ello se infiere que el Consejo de Estado establece únicamente el carácter de actos administrativos a las circulares interpretativas o de servicio.

Este criterio, es sostenido y replicado por esta Corporación casi durante los siguientes 11 años en los fallos donde se revisa la nulidad de las circulares expedidas por el poder ejecutivo, lo anterior se puede evidenciar, en la Sentencia del 19 de Junio de 2008, expediente 1502-03, en la que en ejercicio de la otrora acción¹²¹ de nulidad y restablecimiento, la Unión Sindical de Trabajadores de las Telecomunicaciones de Colombia USTC demanda la Resolución No. 000841 de 14 de abril de 2003, suscrita por el Ministro de la Protección Social, *“Por la cual se decide una solicitud de declaratoria de ilegalidad de unos ceses de actividades”*, surgiendo de esta manera para TELEBUCARAMANGA la consecuencia jurídica dispuesta por el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud de la cual, la Empresa queda en libertad de despedir a los trabajadores que persistieran en el paro, dando por terminados sus contratos de trabajo por justa causa, sin indemnización alguna.

En este caso, argumenta el sindicato que la expedición de esta resolución violenta la constitución política, el código sustantivo de trabajo y desconoce la Circular 019 del 30 de mayo de 1991 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sobre constatación de cese de actividades, toda vez que las actas que se suscribieron con ocasión a la verificación de la interrupción de acciones de

¹²⁰ *Ibíd.*,

¹²¹ Se encuentra en el título III referente a Medios de control, artículo 137. Nulidad

los trabajadores no siguen el procedimiento establecido en la referida circular y en consecuencia violenta el debido proceso.

En razón a lo anterior, el Consejo de Estado realiza el análisis jurídico frente a la Circular expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, indicando lo siguiente:

(...)Debe precisarse, que bajo el entendido, de que acto administrativo es aquella declaración unilateral de voluntad efectuada en ejercicio de la función administrativa, capaz de producir efectos jurídicos¹²²; no todos los actos emitidos por el Ministerio de la Protección Social revisten este carácter; es así, como no todas las circulares que el Ministerio en mención profiere, contienen conductas voluntarias de la Administración capaces de producir efectos jurídicos.

*Pues bien, tal como lo ha señalado la jurisprudencia¹²³, la Administración utiliza el vocablo "circular" en dos de sus acepciones: como orden que una autoridad superior dirige a todos o gran parte de sus subalternos, que también puede cobijar a los particulares, cuando desarrollan actividades sujetas a la inspección y vigilancia del Estado, que es la que corresponde a **circular de servicio**¹²⁴. Y como cada una de las cartas o avisos iguales dirigidos a un determinado sector o grupo de personas públicas o privadas interesadas en el asunto informado, que es la que se denomina **circular informativa**.*

Se establece entonces, que la Circular No. 019 de 30 mayo de 1991, se inscribe en la segunda modalidad, si se tiene en cuenta que en la misma se informa a los "directores generales, regionales del trabajo, jefes de división, sección, inspectores de trabajo de todo

¹²² DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Editorial Ciudad Argentina. Décima Edición. 2004. Pág. 360 a 365.

¹²³ Sentencias de 7 de septiembre de 2000. Sección Primera. Expediente 6152. Consejero Ponente Dr. Juan Alberto Polo Figueroa y de 10 de marzo de 2005. Sección Quinta. Expediente ACU 750. Consejera Ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

¹²⁴ En la Sentencia de 20 de marzo de 1992. Sección Cuarta. Expediente 369. Magistrado Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano, se advirtió, que si bien es cierto, que de conformidad con lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, es posible la demanda de nulidad contra las "Circulares de servicio", también lo es, que las mismas son objeto de demanda siempre y cuando sean o contengan actos administrativos, es decir, conductas voluntarias de la administración capaces de producir efectos jurídicos.

el País y Alcaldes Municipales”, sobre el proceso de verificación de ceses colectivos de actividades, en el sentido de que el Acta de verificación del cese de actividades, que hace posible la declaratoria de ilegalidad del mismo, es aquella que permite la participación de representantes o voceros de empleadores y trabajadores, y es para dicho efecto, que informa los lineamientos mínimos que deben observar los funcionarios al verificar los ceses de actividades en relación con dicha participación, sin que impida “la toma de decisiones administrativas correspondientes cuando los mismos se hallen debidamente comprobados o su realización resulte ostensible”.

*Con lo anterior, observa la Sala que no le asiste razón a la Procuradora Delegada ante la Corporación, cuando asiente en la declaratoria de nulidad del acto acusado, con fundamento en que no se cumplió la verificación del cese de actividades de la forma como lo exige la Circular 019 de 1991 y que en consecuencia se produjo la violación al debido proceso; pues, no puede argumentarse válidamente la vulneración de dicho principio, cuando la suspensión de las actividades por parte de los trabajadores era a todas luces ilegal y su declaratoria de ilegalidad se produjo con apego a lo establecido en la ley y no conforme a lo dispuesto por una Circular que solo obedece a un propósito informativo, de la que no se infiere una clara voluntad o propósito del Ministerio de producir efectos jurídicos, en la medida en que no crea ni extingue o modifica situación jurídica alguna y que carece de carácter coercitivo o imperativo, porque no existe en ella disposición que la haga obligatoria ni que prevea sanciones por su inobservancia”¹²⁵.
Subrayado por fuera de texto.*

Como se advierte, la corporación nuevamente realiza la clasificación de las circulares expedidas por el ejecutivo y colige que las circulares informativas por obedecer a un proceso informativo y no estar encaminadas a la producción de efectos jurídicos no tienen el carácter de acto administrativo en consecuencia no es obligatoria su observancia.

¹²⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 19 de Junio de 2008. Expediente 1502-03

Posteriormente, en el año 2011, el Consejo de Estado reitera lo manifestado en el año 2001 por la Dra. Olga Inés Navarrete y reiterado en los demás fallos referidos; al estudiar la nulidad simple de la circular 00002 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social en conjunto, por medio de la cual, señalaron que “en los casos de inclusiones de nóminas de pensionados con mesadas pensionales retroactivas, se aplicará el 12.5% como cotización en salud para las mesadas comprendidas entre el mes de enero y noviembre de 2008, en este caso, el actor aduce que esta disposición transgrede el derecho de los pensionados, pues se reduce de manera significativa la mesada pensional por concepto de la cotización en salud, contrariando de manera directa los artículos 4, 11, 13 y 46 de la Constitución Política, así como también la ley 1250 de 2008.

En la mentada sentencia, los Honorables Consejeros examinan la naturaleza jurídica de la circular expedida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el de la Protección Social, expresando lo siguiente:

(...)La circular anteriormente transcrita, tiene a juicio de la Sala un verdadero carácter de acto administrativo, por el hecho de contener una manifestación unilateral de la voluntad de la administración llamada a producir efectos jurídicos, siendo en consecuencia susceptible de ser sometida al escrutinio de su legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En este caso, el aparte de la circular impugnada, contiene una disposición de obligatorio cumplimiento por parte de los administrados, es decir, que producen efectos vinculantes para ellos, siendo por consiguiente verdaderos actos administrativos de carácter general, susceptibles de control por esta jurisdicción.

Como se observa, este juicio a cerca de la naturaleza jurídica de las circulares se basa en una sentencia proferida por la alta corporación en el año 2001 en donde se diferencia el contenido de las circulares expedidas en virtud de la actividad de la administración; lo anterior, con el objetivo de realizar control

jurisdiccional de estos instrumentos, no obstante se resalta que para el año de la expedición de este fallo, casi 11 meses antes, se había promulgado la Ley 1437 de 2011 que en su artículo 104¹²⁶ establece los asuntos que conocerá la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, refiriéndose a **actos**, contratos, hechos u omisiones, contrario sensu, a lo indicado en el Decreto 01 de 1984 que se refería a **actos administrativos**, así como también lo atinente a las nulidades simples, en las que ambos códigos mencionan a las circulares de servicio como susceptibles de ser demandadas ante lo Contencioso Administrativo.

Fue entonces, a partir del año 2014 cuando el Consejo de Estado, realiza un cambio jurisprudencial al indicar que todas las circulares administrativas son susceptibles de control judicial, en virtud del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos- desde la perspectiva clásica de acto administrativo.¹²⁷

En este fallo, la corporación estudia la nulidad promovida por la Asociación de Institutores de Antioquia – ADIDA ante el Tribunal Administrativo de Antioquia de la Circular N° 00060 del 3 de febrero de 2012 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, en relación con el asunto “Jornada laboral docente, calendario académico, asignación académica y jornada escolar en los establecimientos educativos oficiales de los municipios no

¹²⁶ Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

¹²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Radicación: 2012-00533-01

certificados del Departamento de Antioquia”, toda vez que la disposición administrativa acusada vulnera la Ley 115 de 1994, La ley 715 de 2001, el Decreto 1850 de 2002, Decreto 1860 de 1994 y la Constitución Política de Colombia.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, expresa:

(...) En línea con lo previsto por el artículo 84 del CCA, también el artículo 137 del CPACA contempla la posibilidad de utilizar el medio de control de nulidad para solicitar la anulación de circulares de servicio. Pese a esta genérica habilitación legal, (a) de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado al respecto en el sentido de delimitar con precisión los supuestos en los cuales procede dicho control, estableciendo una línea consolidada al respecto. No obstante, (b) las reformas al ordenamiento contencioso administrativo realizadas por la ley 1437 de 2011 y las notables transformaciones en los modos de decisión y actuación de la Administración en los últimos tiempos persuaden a la Sala de la necesidad de ajustar la interpretación del enunciado que regula el control judicial sobre las circulares o actos que no producen efectos jurídicos a la actual realidad fáctica y jurídica en la que se ejerce este control.

En efecto, y en relación con el primero de los argumentos expuestos en precedencia, encuentra la Sección que como resultado de la línea jurisprudencial comentada resulta un recorte injustificado del ámbito de control de la justicia administrativa, que desconoce que conforme al artículo 103 del CPACA, en línea con lo previsto por el artículo 89 de la Constitución, “[l]os procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico” (negrillas fuera de texto). Lo anterior, a más que al definir el ámbito de la jurisdicción el artículo 104 del CPACA lo hace en términos más amplios que lo previsto al respecto por el artículo 83 CCA, pues mientras que éste último precepto alude al control contencioso sobre “los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las

personas privadas que ejerzan funciones administrativas”, aquél hace referencia a “las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

De modo que al prescindir de la alusión concreta a los actos administrativos para hacer mención al género “actos (...) sujetos al derecho administrativo”, más amplio y omnicomprendivo que la categoría empleada por el legislador anterior, es manifiesta la voluntad del legislador de alargar el radio de cobertura del control a cargo de la justicia administrativa más allá de las simples manifestaciones unilaterales de la Administración capaces de producir efectos jurídicos directos.

Siendo esto así, es claro que el sometimiento de cualquier manifestación de la Administración Pública al control del contencioso no puede depender únicamente de que se afecten situaciones jurídicas particulares. En tanto que garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas su control deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a una determinada conducta deben también someterse plenamente a la Constitución y la ley. Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales reconocidos por la Carta, la guarda de la integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción (artículos 2 y 89 de la Constitución y 103 del CPACA)”.

A partir de la expedición de esta Sentencia, el Consejo de Estado, como se acotó en líneas precedentes amplia el margen del ámbito de control judicial de las actuaciones de la administración. Para resaltar y frente al tema que nos ocupa, se debe precisar que el análisis establecido en este caso, se refiere únicamente frente al sometimiento de estos instrumentos al control judicial y

no frente a la naturaleza jurídica de los mismos, en razón a lo anterior, solo estudia estas manifestaciones en su calidad de instrumentos de la función administrativa, no obstante, ensanchar este aspecto, pone de presente la necesidad de estructurar el referido concepto “acto administrativo” y su mutación frente a la creciente actividad de la administración que se caracteriza por la consensualidad dejando de lado la unilateralidad clásica.

Este escenario, es un abre bocas, para abordar el segundo capítulo de este trabajo investigativo, en el que se pretende evidenciar las evoluciones que ha tenido el principio de legalidad, el cual resulta un tema ineludible como quiera que la entrada en órbita de estos instrumentos nos lleva a cuestionarnos sobre su origen, y tal como se acotó ninguno de ellos emerge de la ley, es decir, que no se encuentran jurídicamente regulados pero que no por ello resultan antijurídicos¹²⁸, a su vez representan un porcentaje alto de uso debido a su eficacia frente a la entrada en órbita de distintos conceptos al derecho administrativo, como es su constitucionalización, contractualización y por supuesto globalización.

¹²⁸ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia administrativa. Revista Digital de Derecho Administrativo. N° 5. Primer semestre/2011. Pág. 87-105.

2. LAS MUTACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR LA APARICIÓN DE NUEVOS INSTRUMENTOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1 TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON RELACIÓN A LOS NUEVOS INSTRUMENTOS

Para abordar acerca de las transformaciones del Derecho con relación a los nuevos instrumentos, es preciso, recurrir a los antecedentes históricos que mutaron la noción de Estado y correlativamente la metamorfosis del Derecho Administrativo, una vez agotado sobre este tema, nos referiremos a la relación que establecen estos cambios con la aparición de nuevos instrumentos de la Administración Pública.

Para tal fin, traeré a colación al Profesor Jacques Chevallier, quien se encarga de realizar este análisis desde el punto de vista histórico, en sus palabras, el primer punto que se debe estudiar para entender las evoluciones del derecho, es lo relativo a la explosión de la técnica jurídica en las “sociedades de derecho”, a esto se refiere con la importancia que empieza a ocupar cada vez más el derecho en la sociedad contemporánea, apareciendo la norma jurídica como indispensable para fijar principios, estabilizar una situación o satisfacer pretensiones, empezando entonces en adelante el derecho a regular todas las relaciones humanas que otrora estaban regidas por elementos extrajurídicos, esto conlleva a lo que el autor denomina como judicialización (movimiento de extensión del derecho), acompañado de una transformación del contenido del derecho (hipersubjetivación)¹²⁹.

¹²⁹ CHEVALLIER, Jacques. El Estado Posmoderno. Universidad Externado de Colombia. 2014 págs. 198-199

Con el movimiento de extensión del derecho, se refiere a la inflación normativa y el aumento desproporcionado del volumen de normas de derecho, advierte que se trata de un fenómeno general que afecta en diversas formas a todos los países y todas las ramas del derecho en el que la norma jurídica es requerida en primer lugar para fijar las señales simbólicas de la sociedad, este fenómeno obedece a que la sociedad tiene una necesidad de regulación, por cuanto las sociedades contemporáneas se convirtieron en “sociedades de riesgo”¹³⁰, en ese sentido la expedición de reglamentación en diversos temas otorgaba confianza a los administrados¹³¹.

Frente a la hipersubjetivación, argumenta que en el derecho posmoderno entra en juego nuevamente la figura del “sujeto de derecho”, mediante la afirmación de derechos subjetivos y la sanción de las faltas personales, afirmando que es una de las señas distintivas de esta época¹³².

Por otro lado, arguye el autor, que en esta época también se evidencia un fenómeno que apela a la existencia de diferentes niveles de regulación que permite observar a primera vista la idea de *jerarquización*, articulándose del más general, al más particular, del global al local, esto conlleva, a la ampliación de la teoría clásica de las “fuentes de derecho”, fundada en la primacía de la ley: junto a las fuentes clásicas del derecho (derecho duro producido por el Estado), convendría tener en cuenta nuevas fuentes “de derecho” (normas no obligatorias y no sancionadas inscritas en la perspectiva de un “derecho flexible”), así como las fuentes de inspiración del derecho, sostenidas por el derecho sin formar parte de él¹³³. Concluye, que la posmodernidad jurídica rompería así con la concepción monolítica y piramidal del orden jurídico

¹³⁰ Ver BECK, Ulrich. La Sociedad del Riesgo. Hacia a nueva modernidad. Paidós. Barcelona. Buenos Aires. México. 1986. Pág. 32 y ss.

¹³¹ *Ibíd.*, Pág. 32 y ss.

¹³² *Ibíd.*, Pág. 32 y ss.

¹³³ CHEVALLIER, Jacques. Ob. Cit. Págs. 173-264

panacea del derecho moderno: la sistematicidad resulta entonces de mecanismos complejos de articulación y de hibridación.

Indica también que el derecho posmoderno se caracteriza por ser un derecho pragmático, que centra sus objetivos sobre la realidad, preocupándose entonces por la eficacia modificando la postura tradicional de la normatividad: la rigidez cede el paso a la flexibilidad, y la estabilidad, a la adaptabilidad¹³⁴.

Correlativamente, esta flexibilidad trae consigo un derecho basado en el acuerdo de voluntades; imponiéndose la cultura de la negociación que conduce a privilegiar el “contrato”, proliferando entonces compromisos recíprocos, que se fundan en el diálogo y la búsqueda del consenso en lugar de la autoridad; en consecuencia los instrumentos convencionales sustituyen progresivamente a las técnicas unilaterales clásicas¹³⁵.

A su vez, expone Chevallier, que el Derecho Moderno se concibe como un derecho imperativo, ya sea con un carácter de habilitación o por el contrario prohibitivo; en contraste, el derecho en las sociedades contemporáneas, se caracteriza, por basarse en promulgaciones de recomendaciones o directivas que tiene una dimensión “normativa”, en la medida en que tienen por objeto actuar sobre los comportamientos de los destinatarios y su carácter no imperativo no basta para relegarlos fuera de la esfera del derecho; en consecuencia, se orienta hacia una concepción más flexible de la normatividad jurídica, dejando de lado la coerción¹³⁶.

Concluye el autor, que en las sociedades contemporáneas, se evidencian al menos tres niveles de transformación de la técnica jurídica, el primero es el

¹³⁴ *Ibíd.*, Págs. 173-264

¹³⁵ *Ibíd.*, Págs. 173-264

¹³⁶ *Ibíd.*, Págs. 173-264

cambio de la racionalidad jurídica tradicional hacia una racionalidad técnico-económica; habida cuenta que el derecho se encuentra sometido a un nuevo imperativo de eficacia, en segundo lugar, es necesario siempre demostrar en forma tangible la pertinencia y establecer el análisis concreto de sus efectos, a esto lo denomina, *sistema de creencias*, por último, señala la *inflexión de la normatividad jurídica*, toda vez, que ya no es razón suficiente la fuerza derivada de las declaraciones jurídicas sino que para garantizar su eficacia, el derecho debe demostrar su flexibilidad y maleabilidad.

En punto, el Doctrinante Eberhard Schmidt- Assmann, establece que la única forma de adaptar el Derecho Administrativo al panorama actual es entenderlo en clave científica, significa lo anterior, que “solo si se construye sistemáticamente se podrán identificar los valores en los conflictos y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento”. En este sentido, se aportaría a una mayor transparencia en beneficio de la acción administrativa y en consecuencia un mayor grado de confianza, credibilidad y aceptación de la Administración entre los ciudadanos¹³⁷.

Frente a los cambios que han nutrido el Derecho Administrativo, Assman establece que; las nuevas formas de interacción y de reparto de responsabilidades entre el Estado y Sociedad que derivan de la privatización; así como resolver problemas del recorte financiero, o la europeización¹³⁸ del

¹³⁷ SCHMIDT- ASSMANN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y Fundamentos de la construcción sistemática. Págs. 2-49

¹³⁷ *Ibid.*, Págs. 2-49

¹³⁸ En el contexto colombiano, la europeización se equipara al desarrollo del derecho en las regiones, lo anterior en concordancia con los artículos 286 y 287 de la Constitución Política de Colombia que versan sobre la autonomía de las entidades territoriales otorgándoles la posibilidad que tengan regímenes independientes con capacidad presupuestal y administrativa de sus recursos. Esto asociado además a la descentralización consagrada

Derecho, de la economía y de los procesos sociales, son escenarios que conllevan a la adaptación del Derecho Administrativo y su correlativa construcción sistemática¹³⁹. En ese orden, nos permitiremos abordar, cada uno de los planteamientos esbozados, con el fin de dilucidar acerca de las transformaciones propuestas y su relación con el Derecho Administrativo¹⁴⁰.

Sea lo primero, abordar el concepto acerca del pensamiento sistemático en el Derecho Administrativo, para tal fin, Assmann expone que desde este punto de vista a la perspectiva sistemática le compete satisfacer tres funciones jurídicas fundamentales: práctica, dogmática y política, añadiéndole una cuarta que la denomina “la europeización del Derecho¹⁴¹”.

Con relación a la función práctica, indica que la teoría general del Derecho Administrativo, constituye una valiosa ayuda para los operadores judiciales, toda vez, que los descarga de trabajo, por cuanto se constituye como una “memoria”, para fundamentar los casos que se debaten en las instancias jurídicas como quiera que estos cuentan con análogos fundamentos; esto repercute entonces, en que se puedan proferir resoluciones en forma abstracta o declaraciones estandarizadas. En ese sentido, una vez, clasificado determinado asunto inmediatamente el sistema lo catalogará y ofrecerá seguidamente una respuesta¹⁴².

también en la carta política, aunado también a la Ley 1454 de 2011 mediante la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones

¹³⁹ SCHMIDT- ASSMANN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y Fundamentos de la construcción sistemática. Págs. 2-49

¹⁴⁰ *Ibíd.*, Págs. 2-49

¹⁴¹ En el contexto colombiano, la europeización se equipara al desarrollo del derecho en las regiones, lo anterior en concordancia con los artículos 286 y 287 de la Constitución Política de Colombia que versan sobre la autonomía de las entidades territoriales otorgándoles la posibilidad que tengan regímenes independientes con capacidad presupuestal y administrativa de sus recursos.

¹⁴² SCHMIDT- ASSMANN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y Fundamentos de la construcción sistemática. Págs. 2-49

Frente a la función Dogmática refiere que esta consiste en resolver y decidir argumentalmente las concretas y singulares cuestiones que se suscitan, esto teniendo en cuenta conceptos generales que interpretan y entienden las normas de la parte especial y a su vez, estos conceptos generales habrán de someterse a la revisión de los sectores especiales de Derecho Administrativo; en síntesis la dogmática supone la utilización del sistema establecido y a su vez la construcción y revisión de otro sistema¹⁴³, concluye entonces, que es de esta manera que el Derecho Administrativo general funge como “transformador” del Derecho Constitucional¹⁴⁴.

Arguye también, acerca de la función política, indicando que el Derecho Administrativo es un instrumento a favor de la política legislativa, en ese sentido, la ciencia del Derecho Administrativo, tiene el reto de contrarrestar el activismo del legislador, evitando el peligro de una divergencia legislativa, ofreciendo además un contexto analítico y un adecuado campo de observación que permita comprender la interacción y la evolución constante entre el Estado y Sociedad¹⁴⁵.

En relación con la Europeización, argumenta, que es una función que se puede determinar cómo receptora, habida cuenta que, vertebrada y recibe toda la normatividad proveniente del derecho Europeo, ergo, se encarga de realizar el análisis comparado de los distintos ordenamientos jurídicos adecuándolos con relación al contexto y con otras instituciones, razón por lo cual, recurrir al análisis sistémico es el único camino fiable para una adecuada conclusión¹⁴⁶. En el contexto colombiano, este fenómeno se puede equipar a la regionalización del derecho administrativo, lo anterior en concordancia con los artículos 286 y 287 de la Constitución Política de Colombia que versan sobre

¹⁴³ *Ibíd.*, Págs. 2-49

¹⁴⁴ *Ibíd.*, Págs. 2-49

¹⁴⁵ *Ibíd.*, Págs. 2-49

¹⁴⁶ *Ibíd.*, Págs. 2-49

la autonomía de las entidades territoriales otorgándoles la posibilidad que tengan regímenes independientes con capacidad presupuestal y administrativa de sus recursos. Esto asociado además a la descentralización consagrada también en la carta política, aunado a la Ley 1454 de 2011 mediante la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial, en la que se define que la regionalización obedece a ordenar el territorio promoviendo el establecimiento de regiones para facilitar la planificación y gestión, regiones administrativas y de planificación, de proyección de las entidades territoriales, enmarcándolo en la visión del desarrollo hacia la complementariedad.¹⁴⁷

Una vez acotado sobre el pensamiento sistémico del Derecho Administrativo, indica también el autor que una de las transformaciones importantes radica en el carácter relevante del Derecho Constitucional y su capacidad de fortalecer e impregnar el sistema de Derecho Administrativo, operando de un lado como gran creador de dogmas y por otro como receptor de las nuevas tendencias. Preguntándose entonces acerca, si ¿actualmente el derecho administrativo es lo suficientemente flexible como para enfrentar las nuevas situaciones de riesgo que presenta la sociedad actual? ¿Son apropiadas las categorías jurídicas adoptadas para la dirección y producción del Estado Moderno de conformidad con las cláusulas generales del Estado de Derecho?¹⁴⁸

Abordaremos en este punto, las nociones analizadas en el capítulo primero, donde se hacía referencia a la ciencia del derecho administrativo como ciencia de dirección, argumentando que no son suficiente las meras construcciones dogmáticas, sino que también el derecho administrativo se debe ocupar que las condiciones y presupuestos sean eficaces y efectivos, frente a este asunto,

¹⁴⁷ Ley 1545 de 2011. Artículo 5.

¹⁴⁸ SCHMIDT- ASSMANN, Eberhard. La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y Fundamentos de la construcción sistemática. Págs. 2-49

el autor propone el concepto y teoría de la *dirección*, que introduce al Derecho Administrativo en una malgama de postulados, verbi gracia, la dinámica interna, los factores medioambientales de los procesos sociales y correlativamente la eficacia del Derecho¹⁴⁹.

Con relación a esta teoría, el ejecutivo funge en dos perspectivas como quiera que la Administración es “*objeto de dirección*”, puesto que las normativas le deben otorgar la habilitación para realizar sus funciones, y al mismo tiempo como “*sujeto de dirección*”, que ejecuta las actividades propias de la dirección de los distintos sectores sociales en el marco de la legalidad. Este escenario, nos plantea que no es únicamente la Administración pública la que actúa en los procesos administrativos, sino que también es necesario que exista una interrelación con los demás actores, actuando como un ente articulador donde interactúan individuos, grupos sociales, asociaciones y federaciones¹⁵⁰.

Así mismo, es importante indicar que la concepción del derecho administrativo como sistema, nos pone de presente otros instrumentos, como el mercado, los recursos financieros, el personal y la organización, ubicándose como el centro del Estado de Derecho, pero sin significar que su contenido se agote ahí o que el derecho administrativo se circunscriba ahora a una técnica social, por el contrario, se desencadena en la construcción de un modelo donde debe tenerse en cuenta todas las dimensiones, tanto los contenidos legales, como el Derecho financiero y la legislación de procedimiento u organización administrativa, en ese sentido, es necesario alejarse de la concepción clásica que la Administración solo debe aplicar la ley¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, Págs. 2-49

¹⁵⁰ *Ibíd.*, Págs. 2-49

¹⁵⁰ *Ibíd.*, Págs. 2-49

¹⁵¹ *Ibíd.*, Págs. 2-49

Otra cuestión importante que se debe anotar con relación a las transformaciones del derecho administrativo y lo esbozado por el autor, es acerca del estado cooperativo, el cual, como se acotó en el capítulo primero de este trabajo investigativo está modificando las técnicas y postulados así como los principios de dirección o gobierno del Derecho Administrativo. Así las cosas, lo más relevante es el desplazamiento de un Derecho Jerárquico hacia un Derecho Consensuado, y en donde se utiliza la persuasión como un mecanismo para cambiar el comportamiento de los ciudadanos, sin acudir a la coerción. En esa misma línea, se evidencia el movimiento de un Derecho tradicional y permanente a un Derecho “temporal” de vigencia limitada que pretende alivianar una coyuntura. Por otro lado, la acción cooperativa, suele ir acompañada de la acción informativa, dejando de un lado la unilateralidad y dando paso al acuerdo sobre estas disposiciones¹⁵².

Coincide con las anteriores concepciones abordadas tanto por el autor Parisino, como el Alemán, el Licenciado mexicano Rafael Enrique Aguilera Portales, quien, asevera que el Estado Contemporáneo, pasa por un periodo de confusión o incertidumbre, esto de conformidad al fenómeno denominado como globalización que intempestivamente transforma el Estado, la Sociedad y la ciudadanía, afirma además que el Estado moderno tradicional se encuentra en crisis perdiendo su soberanía y con ello el deterioro del principio de legalidad como principio fundamental del estado de derecho. Exponiendo en el mismo sentido, la preponderancia actual de la economía sobre la política y el crecimiento del mercado que cuestionan gravemente el modelo de Estado Constitucional; en consecuencia, exige realizar una actualización a las categorías jurídicas y políticas tradicionales¹⁵³.

¹⁵² *Ibíd.*, Págs. 2-49

¹⁵³ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: Legitimidad del Modelo de Estado Neoconstitucional. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 15, enero 2012, ISSN 1698-7950, pág. 3-25

Conlleva lo anterior, a que en la actualidad nos enfrentemos a una revolución del mundo jurídico, emergiendo un nuevo modelo denominado *neoconstitucionalismo*, que se encarga de interpretar al Derecho no como un conjunto consistente, sistémico y coherente de normas jurídicas sino como un conjunto flexible y armónico de principios, valores y reglas, esta concepción indica el autor, introduce un nuevo concepto de constitución, ya no desde el modelo tradicional y formativo sino desde un contenido axiológico¹⁵⁴.

Aguilera trae a colación, los postulados del jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, quien ha expresado que el Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, el Derecho entonces que otrora se concebía como un conjunto de normas externas, heterónomas y coactivas, se va convirtiendo en un conjunto normativo más flexible, adaptable y móvil en el que prima los principios y valores. Así las cosas, la ley deja de ser la única fuente formal del derecho tomando en su lugar una instancia más alta; a su vez el neoconstitucionalismo transforma completamente la concepción del Estado moderno, siendo reemplazado el Estado Liberal por un Estado de Derecho o Constitucional, en síntesis el Estado sufre nuevas metamorfosis fundamentales en su constitución misma. El Estado legalista da paso al Estado constitucional. El Estado legislativo se transforma en Estado de Derechos y libertades fundamentales¹⁵⁵.

En el mismo sentido, aborda lo estudiado por Habermas, al plantear un paradigma discursivo procedimental del Derecho, al establecer que todo procedimiento legítimo de producción jurídica (legalidad) es válido (legitimidad) cuando convoca el acuerdo de los ciudadanos (legitimación) a través de procesos participativos legalmente establecidos, en ese orden, traslada estos postulados a las decisiones políticas y jurídicas que tiene validez en la medida

¹⁵⁴ *Ibíd.*, Págs. 3-25

¹⁵⁵ *Ibíd.*, Págs. 3-25

que surgen del acuerdo consensuado, lo anterior significa que, al establecer un procedimiento participativo, los ciudadanos presumirán que pueden fácilmente modificarlos y a su vez que los resultados serán aceptables¹⁵⁶.

Este escenario nos introduce entonces en las mutaciones que ha sufrido el Derecho Administrativo de conformidad con los cambios producidos durante la historia a las normas o el derecho que regula la administración y que es diferente al Derecho común o privado, estos postulados históricos, indiscutiblemente han permeado el actuar de la administración pública, de conformidad, si se quiere con la misma reestructuración de la concepción de Estado, este postulado, se encuentra en concordancia en lo expresado por el Dr. Alberto Montaña Plata, quien afirma que *“el derecho administrativo no puede concebirse en la actualidad como el derecho de las administraciones públicas, pues el derecho de estas es, sin duda alguna, el administrativo pero también el privado y a su vez estas no son las únicas destinatarias del régimen administrativo.”*¹⁵⁷ Significa lo anterior, que el Derecho Administrativo no puede entenderse únicamente como las normas que regulan a la administración y que difieren del derecho común habida cuenta que en el panorama actual, participan nuevos actores en la actividad administrativa.

Advierte además Montaña, que muchas de las características que anteriormente había adquirido la administración pública en los modelos precedentes continúan, sólo que adquieren una dirección distinta y en algunas ocasiones sufren algunas transformaciones, verbigracia, la relación entre la administración pública y la población, que continúa siendo preponderante, no obstante esta supera las consideraciones individuales y da paso a relaciones basadas en la solidaridad lo que colateralmente permite lograr la igualdad y de

¹⁵⁶ *Ibíd.*, Págs. 3-25

¹⁵⁷ MONTAÑA PLATA, Alberto. Fundamentos de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010. Pág. 58.

manera más general la realización de los derechos sociales, en ese sentido la población sigue siendo la razón de la administración sin embargo deja el lado individual para establecer una lógica colectiva. Por otro lado, se hace aún más evidente los requerimientos de “tecnificación, “profesionalización” e “independencia”, toda vez que las actividades de la administración se multiplican y transforman, a su vez, la actividad de la administración desarrolla cada vez más instrumentos que permiten la participación de los particulares en actividades tradicionalmente desarrolladas por las administraciones públicas¹⁵⁸, en el mismo sentido, la administración territorial asume el protagonismo administrativo.

Indica también que, la sujeción de la administración pública a la legalidad madura, dejando de lado la formalidad excesiva y cediendo cada vez más a razonamientos y argumentaciones basados en la Constitución y de su contenido dogmático. Esta apreciación que conlleva el breve recorrido histórico resulta obvia si se denota la administración no como una creación de alguien ni de un momento histórico determinado, sino como una necesidad social que permite identificar unas necesidades y ponerlas en acción con el propósito de alcanzar unos fines¹⁵⁹.

Finalmente, asevera que actualmente el derecho no puede limitarse a garantizar libertades individuales, así como tampoco, a describir la capacidad de acción de todos y cada uno de los componentes de la administración, sino que además debe analizar el fenómeno de la administración con relación a su finalidad y las necesidades de la comunidad¹⁶⁰.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, Pág. 58

¹⁵⁹ *Ibíd.*, Pág. 58

¹⁶⁰ *Ibíd.*, Pág. 58

Para seguir enfatizando, acerca de las transformaciones del Derecho Administrativo, me referiré a lo esbozado por el Doctrinante Santiago Muñoz Machado, quien afirma que el Derecho Administrativo de los comienzos del Siglo XXI se nutre de técnicas marcadamente distintas del que se elaboró al empezar el Siglo XIX, con el primer constitucionalismo¹⁶¹. Por supuesto, muchas instituciones básicas que lo identifican como rama autónoma permanecen, pero los cambios han sido intensos.

Asevera que, la historia en si misma del Derecho Administrativo está llena de crisis, situándose en España, ejemplifica, con la evolución del contencioso administrativo, la implantación de un régimen de responsabilidad civil de la Administración sin culpa, la variación de la noción de obra pública y la intervención de la Administración en la definición del contenido de la propiedad privada, hasta llegar a la gran conmoción general por la incorporación del Derecho Comunitario y sus instituciones, etc.

Sintetiza que los cambios institucionales que pueden simbolizar la orientación del Derecho Administrativo en los años posteriores, se refiere, el primero, a las fuentes; el segundo; a la organización, el tercero a la acción administrativa, y el cuarto a la nueva posición de las Administraciones públicas en relación con los mercados y con la prestación de los servicios públicos¹⁶².

Sobre el primer punto, arguye que el ideal de la ley general, clara y única que precedió al espíritu revolucionario, ha desaparecido casi por completo, expone que la legalidad se ha fragmentado, hasta recientemente se componía únicamente de leyes formales, superiores y únicas, sin embargo, ahora se han incorporado normas que provienen de otras fuentes, inclusive de origen

¹⁶¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo 1. Madrid. Iustel. 2006. Págs. 90 -99.

¹⁶² *Ibíd.*, Págs. 90 -99.

privado. A su vez, acota sobre la transformación que el Derecho Público ha realizado a la concepción de legalidad, al punto de Constitucionalizarlo, complementando no solo con la ley, sino con la Constitución, demás principios generales e inclusive la jurisprudencia¹⁶³.

Por otro lado, indiscutiblemente la integración europea y la incorporación de su derecho a los ordenamientos jurídicos, ha permitido que se multipliquen las novedades, por ejemplo, principios como el de confianza legítima, el de proporcionalidad o la aplicación de medidas cautelares, ha sido influenciado profundamente por las instituciones de Derecho Administrativo¹⁶⁴.

A su vez, otro cambio importante es que, las Constituciones promulgadas en el siglo XX son concebidas alrededor del concepto que la decisión administrativa se caracteriza por el acto o la decisión unilateral, sin embargo, las Constituciones que tienen su origen a partir de la segunda guerra, sientan las bases para producirse una transformación, lo más relevante, es el cambio del término súbdito por el de ciudadano, provocando que la Administración tuviera que bajarse de decidir unilateralmente y complementando el acto unilateral con formas de actuación negociadas y de colaboración, acuerdos y alternativas varias de asociación¹⁶⁵.

Finalmente, indica que una transformación que es necesaria de mencionar, es lo relativo a la organización de los servicios y de las prestaciones que cumple el Estado, toda vez que muchas de estas actividades se comparten ahora con la sociedad civil, emergiendo el denominado Tercer Sector, compuesto por instituciones privadas; evidenciando entonces el fenómeno de compartición de responsabilidades, todo lo anterior, supone un cambio sustancial en las

¹⁶³ *Ibíd.*, Págs. 90 -99.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, Págs. 90 -99.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, Págs. 90 -99.

actividades que históricamente han sido desarrolladas únicamente por el Estado, renovando su intervención en la economía, y en buena parte de las técnicas de prestación de servicios públicos, que como saben han sido el núcleo esencial de su actividad¹⁶⁶.

Corolario de lo anterior, se sintetiza que las transformaciones del Derecho Administrativo se derivan de cinco puntos específicos.

El primero de ellos, hace referencia al cambio de la concepción de Estado, en el que se muta de un Estado Legalista a un Estado Constitucional, donde se reconocen diversas libertades colectivas que derivan en la construcción de principios y valores generales que permiten resolver situaciones de manera general y redundan en la protección de derechos antes no concebidos, esto a su vez, tiene una relación directa con el paso histórico a las sociedades contemporáneas, denominadas “sociedades de riesgo”, que permiten la proliferación de normas jurídicas que regulan diversas situaciones de índole particular o privado que otrora no hacían parte de la esfera del Derecho Administrativo.

Colateralmente, se evidencia entonces, una transformación del sistema de fuentes del derecho, situación que será abordada necesariamente en el título siguiente razón por lo cual no me detendré en su detalle.

Sigue el paso, la proliferación de mecanismos que permitan la participación ciudadana, logrando decisiones administrativas basadas en la concesión dejando de lado la coerción, propendiendo por “persuadir” el comportamiento de los receptores a través de técnicas de participación que conlleven a obtener mejores resultados y correlativamente la eficacia de esta.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, Págs. 90 -99.

Por último, vemos también la participación de nuevos actores de índole privado en el desarrollo de la actividad administrativa, esto repercute en el uso de diferentes mecanismos de negociación poco utilizados por el Estado, pero que sin lugar a dudas permiten cumplir con su función de una manera más eficaz y a su vez más eficiente.

Este escenario, abre entonces la puerta para la entrada en escena de nuevos instrumentos jurídicos que se adapten a las necesidades de las sociedades contemporáneas, los cuales toma de la mano la administración para cumplir con su fin último de satisfacer el interés general, precisando que, la lógica clásica del acto administrativo rígido, inmodificable y unilateral, necesariamente debe ser reformada, como quiera que, los fenómenos de la globalización, regionalización, constitucionalicen y contractualización del derecho, así lo exige, y a su vez, los mismos ciudadanos habidos de encontrar en sus gobernantes la representación requerida para materializar su actividad y porque no la misma administración que cede ante el inconstante flujo de cambios en el devenir histórico que conllevará a lograr sus objetivos de una manera más flexible, consensuada y sobre todo como se ha mencionado más eficaz.

Lo anterior se indica, como quiera que abordar los antecedentes históricos de las transformaciones del derecho administrativo resulta un tema ineludible para comprender el creciente uso de nuevos instrumentos jurídicos de la administración pública, como se acotó, la necesidad de regulación de las sociedades contemporáneas, originó una serie de fenómenos que incidieron en la regulación excesiva en diversas materias, donde sola la ley otorgaba a la sociedad un sentimiento de confianza, esto conllevó, al planteamiento de la doctrina de abandonar la jerarquización concebida en el estado clásico lo que necesariamente deriva en la ampliación de “nuevas formas” en el derecho administrativo, abandonando la concepción monolítica y piramidal, y

definitivamente entrando en escena nuevos instrumentos que permiten materializar las decisiones de la administración pero con un grado mayor de eficacia.

Se resalta que estas nuevas actuaciones se encuentran precedidas de un consenso, donde el estado deja de ser el “leviatán” que se impone ante los administrados para convertirse en un sujeto concertador, en el que sigue gozando de prerrogativas públicas pero invita a la ciudadanía a hacer parte de la consolidación de las decisiones que eventualmente pueden afectar sus derechos o que inciden en sus comportamientos, lo anterior, con el objetivo de legitimar una actuación, que con ayuda de las nuevas doctrinas avanzan hacia un derecho más flexible más dúctil.

Además de poner de presente, que estos fenómenos repercuten en un cambio importante en el derecho administrativo y con ellos, la ampliación de nuevas fuentes en las que convergen todos los sectores, madurando la sujeción de la administración al principio de legalidad y a nuestra opinión mostrando la necesidad imperante de transformar la concepción clásica de acto administrativo, como quiera que, desde el punto de vista jurídico, las nuevas actuaciones son excluidas por concebirse en el consenso en contraste con la unilateralidad que caracteriza a los actos administrativos, no obstante, la doctrina actual con mayor anuencia concedora de este cambio, amplió el margen de la legalidad refiriéndose a la juridicidad, así como también en el derecho colombiano, el código administrativo amplía el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa refiriéndose al control que sobre los “actos” de la administración debe existir. Sin embargo, este cambio resulta un poco tímido ante el universo de mutaciones del derecho administrativo abordadas en este y en otros trabajos investigativos que aquí se refieren. En consecuencia, es menester una transformación real que permita la entrada en órbita de estas

manifestaciones de la actividad administrativa, en ese sentido, al final de nuestra investigación se intentará proponer una nueva concepción.

2.2 RECONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO Y REPLANTEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Sea lo primero, antes de esbozar sobre el replanteamiento del principio de jerarquía normativa y de la reconfiguración del sistema de fuentes del derecho, acotaremos acerca del sistema de fuentes estudiado desde la teoría clásica para posteriormente y una vez agotada la parte general avanzar con el planteamiento actual del sistema de fuentes especialmente del derecho administrativo que ha repercutido en el replanteamiento del principio de jerarquía normativa.

Conforme a lo anterior, abordaré la parte general refiriéndome en esta ocasión a Hans Kelsen, quien en su obra la Teoría Pura del Derecho afirma que la estructura jerárquica del orden jurídico es determinado por una norma fundamental que es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad, en ese sentido una norma solo existe en la medida que pueda hacer depender su validez de la norma fundamental; toda vez, que esta es la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho, así las cosas, al pensar que existe una norma superior, se infiere que el derecho regula su propia creación, además de determinar cómo debe ser creada otra norma y adicionalmente cuál debe ser su contenido.¹⁶⁷

Posteriormente, establece que inmediatamente después de la norma superior – Constitución -, se encuentran las normas generales del procedimiento

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Momo Ediciones. Bogotá. Pág. 110.

legislativo, las cuales determinan el contenido de las normas individuales que deben ser dictadas por las autoridades administrativas y judiciales, indicando que en un sentido material la palabra “ley” designa toda norma jurídica general, que ha sido creada en forma de ley. Estableciendo a su vez, categorías de normas denominándolas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre¹⁶⁸.

Seguidamente, se encuentran la función de las sentencias de los tribunales, la denominada “iuris-dictio”, que en palabras de Kelsen tiene un carácter constitutivo, es un acto creador de derecho, toda vez que tiene la función de comprobar la existencia de un hecho ilícito y en consecuencia aplicar una sanción¹⁶⁹.

Del siguiente esquema, Kelsen realiza un análisis sobre la estructura jerárquica del orden jurídico estableciendo que la mayor parte de los actos jurídicos, son a la vez, actos de creación y de aplicación de derecho, significa lo anterior, que aplican una norma de un grado superior y crea una norma de un grado inferior, así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes¹⁷⁰.

Arguye sobre la ubicación del derecho internacional en la jerarquía, como un orden superior al derecho de los estados, lo anterior, por su función de coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, en consecuencia, constituye una comunidad jurídica universal¹⁷¹.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, Pág. 110.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, Pág. 110.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, Pág. 110.

¹⁷¹ *Ibíd.*, Pág. 110.

Por su parte, Norberto Bobbio, quien se encargó en gran parte de su vida académica a defender las ideas propuestas por Kelsen, plantea también la idea de una norma fundamental predicando el principio de unidad en la relación de varios ordenamientos de la misma norma fundamental, sin embargo advierte que aunque esta idea es clave para definir el concepto de Derecho como sistema, no es menos cierto que este se debe analizar desde una visión general que permita reunir aspectos sociales, jurídicos y medios para su ejecución para considerarlo eficaz, como quiera que es un requisito sine qua non para que el sistema jurídico tenga validez¹⁷².

Bobbio concibe el sistema de fuentes como los actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la construcción de las normas jurídicas, estas fuentes son clasificadas como originarias o directas y fuentes derivadas o indirectas, coincide con Kelsen en jerarquizar las normas, bajo el entendido que una norma se desprende de otra, partiendo de una norma fundamental que es la que dota de unidad al conjunto y lo irradia considerándolo como un ordenamiento jurídico, a su vez otorga a la norma fundamental el requisito de validez como quiera que esta sea tramitada por el órgano legítimo para su expedición, esto conlleva a que se encuentre a su vez la eficacia en las normas derivadas toda vez que encuentran su origen en la norma fundamental¹⁷³.

Citaré también lo propuesto por el autor mexicano García Maynez, quien afirma que en la terminología jurídica la palabra fuentes tiene varias acepciones, distinguiendo entonces, las fuentes formales, reales e históricas, expresando que por fuente formal se entiende el proceso de creación de la norma, por fuentes reales a los factores y elementos que determinan tales

¹⁷² BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Temis. 1992. Bogotá. Pág. 178 y ss.

¹⁷³ *Ibíd.*, Pág. 178 y ss.

normas y por último el término fuentes históricas se aplica para los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes¹⁷⁴.

A su vez, establece que las fuentes formales requieren de un proceso que implica una sucesión de momentos, toda vez que se constituyen como procesos de formación de normas jurídicas componiéndose cada una de etapas que suceden en cierto orden y derivan de unos supuestos, afirma además que la doctrina coincide en que las fuentes formales del derecho son la legislación, la jurisprudencia y la costumbre, en ese sentido la unión de estas tres condiciona la validez de las normas que de ellas se derivan. Las fuentes reales, por el contrario son el contenido de las fuentes formales, es decir, los preceptos sociales, económicos o culturales y en general todas las situaciones reales que el legislador debe regular determinando entonces los preceptos jurídicos¹⁷⁵.

Sobre el sistema de fuentes, Gustavo Penagos autor colombiano, realiza una distinción entre la escuela clásica y la escuela histórica, indicando que la escuela clásica se caracterizó por la preponderancia de la ley escrita aseverando esta como el único origen del derecho positivo; lo anterior conllevó al desarrollo del principio de legalidad. Por otro lado, la escuela histórica¹⁷⁶,

¹⁷⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. 1974. México. Pág. 53 y ss.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, Pág. 53 y ss.

¹⁷⁶ Ver. <https://app.vlex.com/#vid/688944597>. Nace en Alemania la escuela histórica del derecho a comienzos del Siglo XIX, una corriente de pensamiento liderada por F. C. Von Savigny, en oposición al dogmatismo proclamado por las luces de la ilustración. El movimiento cultural que representa la Escuela Histórica del Derecho, aun con sus contradicciones, fue de tal magnitud que se cuenta junto a la filosofía hegeliana como la gran corriente intelectual alemana del siglo. El historicismo había surgido con fuerza en el siglo inmediatamente anterior al de la Escuela de Savigny, que define su época como aquella en que el "sentido histórico ha despertado por doquiera". La Escuela bebe de fuentes espirituales anteriores, entre las que destacan Vico, Montesquieu, J. Möser, Voltaire y Herder; común en todos ellos es el estatuto epistemológico dominante otorgado a la Historia. La importancia de la Escuela Histórica respecto de esta tradición estriba sin embargo, en haber construido el primer gran edificio teórico del Derecho sobre los pilares de la Historia, con la Historia como fundamento ontológico. No fue sino hasta entonces, en la Alemania de Hugo y Savigny, que la Historia se

apareció en contraposición a las ideas propuestas por la escuela clásica, dándole prevalencia a la costumbre el valor de única fuente del derecho positivo¹⁷⁷.

Esboza también acerca de las fuentes del derecho administrativo, de las cuales Penagos predica, son *los diversos orígenes posibles de las normas y principios que interesan al derecho administrativo, tengan o no eficacia normativa expresamente establecida*, en general indica que, todas las ramas del derecho tienen un fondo común: Constitución, ley, doctrina científica y que para este caso, el derecho administrativo no es la excepción, no obstante su especialidad hace que ingresen nuevas fuentes, tales como, los reglamentos administrativos o como los actos o contratos, toda vez que constituyen los lugares donde emerge la regla jurídica administrativa¹⁷⁸.

Penagos, clasifica las fuentes del derecho administrativo, en materiales y formales, las primeras, hacen referencia a los principios que en alguna forma inspiran al derecho, en cuanto a las segundas, se suma a las posturas de Kelsen, admitiendo que solo el derecho puede ser fuente de derecho. Precisa que fuentes en sentido formal, serían la Constitución, las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia, y en sentido material, los hechos sociales, doctrinas y costumbres; a su vez, realiza una división, en fuentes directas e indirectas, que son las que sirven de fundamento de las decisiones de la administración, es decir, las que se encuentran referidas en el artículo 123 inciso 2 de la Constitución Política¹⁷⁹, en otro orden de cosas, establece como

convirtió en premisa inicial de una teoría epistemológica que adoptaba como punto de partida para dar cuenta de la realidad jurídica nuestra conexión esencial con la totalidad del proceso histórico.

¹⁷⁷ PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo Nuevas Tendencias. Quinta Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2004. Pág. 195 y ss.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 195 y ss.

¹⁷⁹ Constitución Política artículo 123. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

fuentes subsidiarias a la analogía, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, arguyendo que tienen cierto valor en el derecho administrativo colombiano, pero que el funcionario no está obligado sino a lo establecido en forma directa por las fuentes escritas¹⁸⁰.

Por su parte, Fernando Garrido Falla, define a las fuentes del derecho como *“aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho Administrativo se manifiesta en su vigencia”*, excluyendo de su concepto, los hechos y actos que crean situaciones jurídicas concretas, las llamadas fuentes de conocimiento, que no producen disposiciones jurídicas, y los actos individuales que aparecen como resultado de la producción normativa. Realiza además, la enumeración de las fuentes del derecho, como fuentes directas, que a su vez se desprenden, las fuentes escritas, no escritas e indirectas; establece que, las fuentes directas, son la Constitución, los reglamentos comunitarios, la ley (orgánica y ordinaria), los Tratados Internacionales publicados en España y los reglamentos estatales (con rango real Decreto o dictados por autoridades inferiores), por su lado, en las fuentes no escritas, categoriza la costumbre y los principios generales del Derecho y por último, en las fuentes indirectas, los tratados internacionales firmados pero no publicados oficialmente y la jurisprudencia¹⁸¹.

Se interesa Garrido, por colocar un orden jerárquico y escalonado a las diferentes fuentes jurídicas, lo anterior, con el fin de establecer el orden de aplicabilidad de las normas y con ello la forma para abordar las vicisitudes que se puedan presentar en la interpretación de las mismas; así las cosas, establece como criterio fundamental, la primacía del derecho escrito y la jerarquía del órgano que expide ese derecho. Expone, que en los casos, en

¹⁸⁰ PENAGOS, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 195 y ss.

¹⁸¹ GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos. Madrid. 2002. Pág. 193 y ss.

los que se aplique el primer criterio, las fuentes no escritas, quedarán rezagadas en la categoría de fuentes subsidiarias, en contraste, si se aplica el segundo criterio, aunque parezca una obviedad, es necesario indicar que la Constitución tiene prevalencia sobre las demás normas, sin embargo, la preponderancia, estará dada entonces, por el órgano de mayor jerarquía que expide la norma, significa lo anterior, que tendrá mayor jerarquía una norma expedida por el congreso que una norma expedida por una autoridad administrativa¹⁸².

Por último, en lo relativo a las fuentes del derecho, traeré a colación, el autor, Luciano Parejo, quien destaca que las fuentes del derecho administrativo, tienen unas características específicas, por cuanto, son heterogéneas, debido a la diversidad formal y material que presentan para poderse articular con el poder público. De la misma manera, indica que, son complejas, toda vez, que la administración pública debe responder a la satisfacción del interés general. En ese sentido, el ordenamiento jurídico al que se encuentra sometida se torna complejo funcional y materialmente, es una unidad dinámica y abierta, quiere decir lo anterior, que las medidas adoptadas para la solución de casos en la administración, no es ni estática ni aislada, esto en virtud, de las diversas instancias con carácter normativo al interior de la administración y por último, finaliza estableciendo su carácter sistémico, puesto que, en palabras de Parejo, operan tanto reglas de interdependencia, como criterios de organización e interacción que regulan una actividad y su articulación finaliza en un ordenamiento jurídico coherente¹⁸³.

Se refiere al derecho de la unión europea, como un verdadero ordenamiento jurídico, identificándolo como un sistema integrado con el de los Estados

¹⁸² *Ibíd.*, 195 y ss.

¹⁸³ PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011. Pág. 87

miembros, en consecuencia lo determina como monista, a su vez, clasifica las fuentes del derecho comunitario Europeo en: típicas y atípicas, las primeras, las divide en originarias y derivadas y en estas últimas, incluye, el reglamento, las directivas y la decisión, las segundas, las clasifica en, internas y externas, circunscribe aquí, los actos políticos, los actos de alta administración y los actos variados. En otro orden de cosas, nombra en las otras fuentes, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la costumbre; expone que en el derecho europeo, las fuentes escritas y típicas del derecho comunitario constituyen fuentes del derecho Español, toda vez, que son de aplicación en el territorio nacional, por otro lado, las fuentes atípicas y no escritas ostentan, las más de las veces, un carácter de fuentes subsidiarias¹⁸⁴.

En punto a las fuentes del Derecho Administrativo, Parejo clasifica a los reglamentos, como fuente del ordenamiento por constituirse como un producto normativo derivado de la sinergia entre la Administración y el Gobierno, además de otorgarle una primera función que es la de colaborar con la ley formal en la regulación de determinadas materias, dada su naturaleza normativa y su procedencia de la administración pública, finalmente concluye en que es una norma perfectamente constitucional y legal, realizando la salvedad que siempre se debe respetar los límites materiales consignados en la reserva de ley, adicionalmente realiza una clasificación, entre reglamentos en sentido estricto en los que menciona los generales y autonómicos, y por otro lado, los reglamentos de orden constitucional y de otras instancias, los cuales identifica como, reglamentos de orden legislativos, de organización y funcionamiento del régimen de los servicios y del personal del Tribunal Constitucional, los reglamentos internacionales y supranacionales de la Unión Europea y por último los relativos a las asociaciones o sociedades privadas¹⁸⁵.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, Pág. 87

¹⁸⁵ *Ibíd.*, Pág. 131.

Así mismo, sobre las fuentes del derecho administrativo, acota sobre las circulares e instrucciones, que a su vez, se derivan de los reglamentos y que son dictadas en el ejercicio de dirección y de conducir la actividad de la administración, sustentando su idea, en normativa europea¹⁸⁶ que avala a estos instrumentos como verdaderas fuentes de derecho administrativo, además en cuanto a su naturaleza misma de capacidad autorregulativa. Acota que a pesar de su carácter ad intra, son verdaderas normas jurídicas, aunque, no se identifican con las reglamentarias, toda vez que su origen no deriva de una potestad reglamentaria, sino que puede ser expedidas por cualquier órgano de la administración independiente de su jerarquía¹⁸⁷.

Vale la pena indicar, que en cuanto al sistema de fuentes en el derecho Colombiano, vemos también un replanteamiento en cuanto la función de la jurisprudencia acotada en el artículo 230 de nuestra constitución con el carácter de fuente auxiliar, el anterior criterio, es debatido por cuanto, en lo que se refiere al sometimiento de las actuaciones de los jueces al imperio de la ley, no puede entenderse como la legislación en sentido formal, sino que debe concebirse como la sujeción de los principios y valores constitucionales, incluida la interpretación de los máximos órganos judiciales¹⁸⁸.

Se precisa además que, en cuanto a fuentes del derecho administrativo, la misma suerte obedece el reglamento, que paralelo al decaimiento de la ley, ha sufrido un robustecimiento, cambiando la percepción y su orden en el sistema

¹⁸⁶ Realiza una referencia sobre, el artículo 21 de la otrora Ley 30 de 1992 con carácter general, y para el gobierno de la nación en el artículo 2.2, frente a las instrucciones del presidente del gobierno a los restantes miembros del gobierno artículo 12.2, instrucciones concretas de los ministros a los órganos superiores y directivos del ministerio artículo 14.2, instrucciones de los secretarios de Estado a los órganos directivos correspondientes artículo 15.1, instrucciones u órdenes de servicio de los Subsecretarios a los servicios comunes del ministerio, y artículo 26.1 de igual norma legal.

¹⁸⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011. Pág. 131

¹⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011.

de fuentes, además de las múltiples referencias constitucionales a lo que el reglamento respecta, así como el aumento significativo de autoridades administrativas que tienen la competencia de dictar sus propios reglamentos, sumado a las diversas reseñas de la carta política que le otorga competencia al presidente de la república, los ministerios, directores de departamentos de dirigir la actividad administrativa, en las que se sostiene la capacidad para la expedición de reglamentos¹⁸⁹.

Con todo lo anterior, y a pesar que en el sistema jurídico Colombiano la Constitución Política no contiene una disposición expresa que determina el orden de la jerarquía normativa, de su articulado puede deducirse la existencia del mismo¹⁹⁰, sin embargo, la doctrina ha asumido la jerarquía normativa como un principio, siendo uno de los más importantes y considerados en la cultura jurídica, adicionalmente, se indica que a pesar que no se determine un orden en su jerarquía, las normas constitucionales, constituyen sin lugar a dudas el primer lugar dentro del ordenamiento jurídico, adicionalmente, se debe mencionar que el principio de jerarquía normativa ayuda a resolver antinomias e incompatibilidades normativas, recae únicamente sobre las fuentes formales y su rango es equivalente al trámite formal para su expedición¹⁹¹.

Sobre el tema, se debe indicar, que según las fuentes de consulta, se encontró el autor Alfonso Ruiz, quien realiza un recuento de los puntos que se deben tener en cuenta para analizar los criterios y así establecer la jerarquía normativa, estos se definen básicamente en: el órgano que lo expide, la derogabilidad normativa, la fundamentación de la validez normativa y el deber

¹⁸⁹ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Del Principio de Legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Pág. 109

¹⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

¹⁹¹ ESCOBAR, Claudia, VARGAS, Marcelo. Evaluación Crítica del principio de jerarquía normativa a partir del Derecho Positivo Colombiano. Bogotá. 2006, pág. 26

de acatamiento. En lo que respecta al órgano de la expedición realiza una crítica toda vez que este criterio nos deja nuevamente en la cuestión acerca de que órgano es jurídicamente superior y así estar en la disyuntiva presentándose, acerca de que es primero, si el huevo o la gallina¹⁹².

En segundo orden, se refiere a la derogabilidad como criterio para establecer la jerarquía, afirmando que dos normas son de igual jerarquía si puede derogarse recíprocamente sin que existe un procedimiento especial, sin embargo advierte, que este criterio, tampoco puede tenerse en cuenta, pues el hecho que una norma se pueda derogar sin un procedimiento especial no es sinónimo que sea de superior jerarquía o si por el contrario la norma carece de ese procedimiento especial entonces sea de menor rango¹⁹³.

Acota sobre el concepto estudiado por Kelsen, acerca de la fundamentación de la validez de las normas, de tal forma que una norma es superior a otra en la medida que fundamenta su validez, esta tesis, refiere entonces, que una norma fundamenta su validez en la norma que se refiere a su creación, independiente del rango formal que tengan, concluyendo que este criterio es totalmente ajeno al principio de jerarquía normativa y que finalmente la fundamentación de la validez, no sería la razón de la jerarquía normativa sino su consecuencia¹⁹⁴.

Por último, frente al deber de acatamiento, afirma que este sería realmente el criterio que debe prevalecer al momento de establecer la jerarquía normativa, este se relaciona con el carácter de norma superior o inferior que exista en un ordenamiento jurídico y la correlación del sometimiento de los órganos de inferior jerarquía a lo preceptuado por los de orden superior¹⁹⁵.

¹⁹² RUIZ, Miguel Alfonso. El Principio de Jerarquía Normativa. Pág. 136 y ss.

¹⁹³ *Ibíd.*, Pág. 136 y ss.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, Pág. 136 y ss.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, Pág. 136 y ss.

Con lo revisado hasta ahora, hemos realizado un recuento sobre diversos autores foráneos y locales que abordan la teoría de las fuentes del derecho, asumiendo entonces un sistema escalonado, donde prevalece la Constitución como norma fundamental y que además le imprime validez a sus normas derivadas, coinciden también en la clasificación realizada a las fuentes formales del Derecho considerando, la Costumbre, Jurisprudencia y los principios Generales del derecho como originarios del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, frente a la génesis del derecho administrativo, se trae a colación el reglamento como una norma perfectamente constitucional y legal, producto del ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida al Gobierno¹⁹⁶, esta concepción basada en la teoría ordinamentalista¹⁹⁷ establece que este acto normativo de la administración integra perfectamente el ordenamiento.

Vale la pena indicar que en la época de la postmodernidad, la doctrina tradicional del sistema de fuentes se encuentra en crisis¹⁹⁸, toda vez que las denominadas fuentes formales, no fueron analizadas en su totalidad, sino que los grandes desarrollos sobre este precepto, se inclinaron por estudiar principalmente la ley y la costumbre; como se acotó la escuela histórica influyó para realizar un análisis profundo de la costumbre como fuente del derecho, contrario sensu, ocurrió con la escuela positivista que volcó sus esfuerzos en función de estudiar la ley.

Ahora bien, en la actualidad, la costumbre es considerada como una fuente auxiliar y, por otro lado, vemos como la ley, paulatinamente ha perdido el papel de fuente principal hasta el punto de la doctrina referirse a su crisis, por cuanto la idea de ley general, clara y única que apareció al interior del espíritu de la

¹⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 147

¹⁹⁷ Ver ROMANO, Santi. *Teoría del Ordenamiento Jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Civitas Nueva Época. Madrid España. 2014.

¹⁹⁸ CARDENAS GARCÍA, Jaime Fernando. *Introducción al estudio del Derecho*. Nostra Ediciones. México. 2009. Pág. 158

revolución francesa está totalmente ausente, pues con mayor relevancia, se encuentra la construcción de leyes particulares que le restan su carácter de general y abstracta, sumado a la producción exagerada de leyes que deriva en una inseguridad jurídica. En el mismo sentido, parte del fenómeno de la crisis de la ley, radica en la promulgación de las Constituciones Políticas que lentamente fueron subordinándola, obligando entonces a introducir, no solo las fuentes conocidas sino otro tipo de fuentes, inclusive de origen privado que ensancharon la noción de legalidad hasta el punto de entenderla desde la concepción amplia, no como la sujeción estricta a la ley, sino por el contrario a todo el ordenamiento jurídico.

Es así, como damos paso, entonces al escenario de creación del derecho respetando el principio de jerarquía normativa implantado por Kelsen, el cual se debe abordar si queremos fundamentar nuestro Estado en un ordenamiento jurídico dotado de validez, principio que es conceptualizado como rígido, derivado de un método jurídico estricto, categorizando las normas jurídicas y ubicándolas en un sistema en el que es fácilmente identificable cual prevalece sobre la otra, o al menos, así fue estudiado durante un largo periodo de tiempo.

Toda vez, que como se acotó, no solo la ley ha perdido su popularidad, esto por cuanto la idea de su carácter general, de declaración soberana y de ser la encargada de plasmar las decisiones fundamentales de la sociedad, quedaron atrás, teniendo en cuenta que, ya no es la declaración del soberano, por cuanto la Constitución es considerada la norma suprema, tampoco fija los aspectos más centrales del ordenamiento jurídico como quiera que tanto el procedimiento para su creación y derogación así como su jerarquía también es del orden constitucional, así mismo existe un crecimiento de Derecho Supranacional que exige la entrada en juego de organismos internacionales o de instancias regionales comprometiendo aún más el papel del legislador.

Por otro lado, muchas decisiones relevantes como la política monetaria, crediticia o cambiaria y lo relativo a los servicios públicos son tomadas por fuera del ámbito legislativo, lo anterior, debido a la competencia otorgada a instancias gubernamentales o autoridades independientes que garantizan la tecnicidad en las decisiones y su carácter apolítico, en el mismo sentido, las características de generalidad y abstracción de la ley se han diluido, pues cada vez se prolifera las leyes con destinatario único y para ser aplicadas por única vez, tales como, leyes de honores, declaratoria de monumentos nacionales. En la misma línea, influye también en este flagelo las presiones del gobierno para “negociar” el contenido de la ley, lo que conlleva correlativamente a la pérdida de la confianza en la ley como expresión de la voluntad general. En suma de lo anterior, la ley ha perdido el privilegio que se le otorgó en el pasado, disipando además las características sobre las cuales se fundamentó su relevancia, razón por la cual, resulta apenas lógico cuestionar su protagonismo en el sistema de fuentes del derecho¹⁹⁹.

Por otro parte, otras fuentes que hacen parte de ese sistema se han fortalecido, como el caso de la jurisprudencia que de acuerdo con la evolución que en Colombia le ha dado la Corte Constitucional, hoy se cataloga como vinculante y totalmente obligatoria para las autoridades administrativas y operadores judiciales que deben realizar un proceso de contra argumentación que explique las razones en caso de decidir apartarse, de la misma manera, vemos como el reglamento, también es asumido como una fuente de tipo normativa originario de la potestad reglamentaria de la Administración Pública en ejercicio de su función de dirección, el cual, ha ganado terreno, siendo catalogado por la teoría ordinamentalista como una norma jurídica que se incorpora al sistema de fuentes respetando la jerarquía normativa.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, Pág. 158

De esta manera, se explica cómo, ese sistema “rígido”, que permitía diferenciar fácilmente cual norma era de mayor jerarquía, debe ser reevaluado, por cuanto, la ley ahora no es la única que da origen al derecho, requiriendo el sistema entonces abandonar su rigidez para tener una necesaria interacción entre los diversos niveles que lo conforman, es en este punto, donde se pone de presente la exigencia de establecer los criterios para determinar la prevalencia de las normas, que no es otro, que el que cada ordenamiento jurídico determine, precisando que siendo así, abandonar de todo a Kelsen, no es el objetivo, pues la determinación del orden jurídico, en nuestro concepto debe estar concebido desde la Constitución Política, estableciendo esta como norma fundamental como hasta hoy lo ha sido.

Se resalta entonces, que hoy día la Administración pública actúa de conformidad con diversos orígenes de las fuentes que le interesan al derecho administrativo, como quiera que su interés radica en lograr la eficacia normativa, lo anterior, habida cuenta que todas las ramas del derecho tienen un fondo común, este es la constitución. Esto se relaciona a su vez con la forma en que la administración se encuentra vinculada a la legalidad, por cuanto en un estado de derecho resulta una condición sine qua non la sumisión de la administración a este precepto. No obstante, concebir el sistema de fuentes como una regla por demás rígida, es desconocer la sinergia que debe atravesar la administración para cumplir con su fin último de satisfacer el interés general.

2.3 DE LA SUPREMACÍA DE LA LEY A LA INTERACCIÓN DE DIFERENTES NIVELES NORMATIVOS

Como se ha mencionado hasta el momento, el sistema de fuentes concebido por las teorías del Positivismo Jurídico, como un sistema escalonado de normas, las cuales son válidas en la medida que se derivan de una norma

fundamental, así como también, la concepción heredada de la revolución francesa de considerar la ley como la principal fuente del derecho, merecen una evolución. Si bien es cierto, las bases que sentaron el estudio de estos fenómenos del siglo XIX, sirven de columna vertebral para impulsar el gran desarrollo de una teoría fundante incluso en la concepción de Estado - y en esa medida deben ser respetadas a través de su estudio y análisis - no es menos cierto, que merecen también evolucionar con el devenir histórico de manera que no pierdan su vigencia.

Por esa razón, emprendimos este viaje en el tiempo, intentando extraer lo bueno del pasado y realizar un análisis del presente para entender un poco en lo que respecta a los dogmas del derecho administrativo. En ese sentido, en lo relativo, al sistema de fuentes, se efectuó un estudio de las teorías de los principales exponentes del positivismo jurídico, intentando consultar autores europeos e hispanoamericanos que nos permitieran dilucidar acerca del sistema de fuentes independiente de su territorio de origen, esto nos llevó a extraer que el sistema de fuentes, ha sido claramente marcado en general, por los conflictos bélicos que surgieron paralelamente a su progreso, lo anterior se evidencia, en la marcada influencia que tuvo la revolución francesa al crecimiento de la concepción natural de la supremacía de la ley, pero a su vez dio paso también a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, y con estos a la promulgación de las primeras Constituciones impulsadas básicamente por la necesidad de establecer límites al poder concentrado en una única institución.

Posteriormente, los pensadores de la época centraron sus esfuerzos en la creación de teorías que permitieran entender en primera medida el cambio de Estado derivado de la revolución, palabras como libertad, democracia, separación de poderes y límites, dieron paso al gran momento de las doctrinas que hoy se estudian como orígenes del Derecho Administrativo y de las cuales

necesariamente se debe partir como quiera que los cambios que originaron su desarrollo hoy han sido totalmente superados, lectura que hoy es el objeto de investigación.

Vemos entonces, como hasta el momento, abordamos en primer lugar, las influencias sociales, históricas y filosóficas si se quiere, que han irradiado al derecho administrativo repercutiendo entonces en diversas teorías que permiten evidenciar el gran terreno que han ganado los fenómenos de la globalización, constitucionalización y contractualización, notando entonces, un derecho que camina de la mano de los movimientos sociales, y con él, una creciente administración pública que lucha para ir a la vanguardia del crecimiento del territorio que además de administrar debe garantizar el cumplimiento de sus fines, sin desconocer la estructura básica y fundante del derecho creado únicamente para regular su actividad.

Adicionalmente, se evidenció la modificación del sistema de fuentes que irradia al derecho administrativo, indicando que es necesario cambiar la concepción del sistema piramidal en el que se puede identificar la prevalencia de las normas y en ese mismo sentido la relación de la administración pública con las fuentes formales que permiten dar origen a sus actuaciones, tema que descansa en la vinculación de la administración pública a la legalidad y que en esa razón nos permitiremos abordar.

Es necesario entonces, pronunciarnos acerca de la forma en que las autoridades administrativas resultan vinculadas a la ley, esto es, la técnica de la sujeción a la legalidad, en ese sentido, se debe mencionar que existen diferentes concepciones sobre su vinculación las cuales tienen su origen en Europa en el siglo XIX. Abordaremos entonces, primero la vinculación negativa a la ley, después la vinculación de tipo positiva y por último un tercer tipo que

la doctrina ha querido denominar como mixta, así como también indicar que no resulta este un tema pacífico en la doctrina del derecho administrativo.

En punto, la vinculación negativa a la ley significa que la administración puede realizar lo que expresamente no se prohíba²⁰⁰, entonces, quiere decir que la ley viene a restringir, al menos una parte de la libertad de la actuación de la administración pública. Esta concepción se origina a partir de la revolución francesa, que se derivó en la consecuencia lógica de la nueva estructura del estado y del principio de separación de poderes, sin embargo logró su mayor evolución en el Derecho Alemán quienes entendieron la sujeción de la administración a la legalidad como la facultad por demás discrecional en la que podía fundamentar sus actuaciones para la consecución de sus fines.

Según indica la doctrina, se ha podido comprobar que, producto de las Constituciones revolucionarias, el poder ejecutivo se circunscribía a la ejecución de las leyes, lo que conllevó a una ampliación del poder monárquico, argumento que sirvió de base para que el rey, intentara llevar hasta las últimas consecuencias el desarrollo de la potestad normativa otorgada en cabeza de la administración. Significa lo anterior, que la ley entonces, constituía la barrera sobre su actuar y no sobre el cual debía regir su actuación, este tipo de actuación se denominó, “principio monárquico”, en el que se estableció una especie de acuerdo, en que el monarca, pudiese realizar sus actuaciones en ausencia de ley y solo algunas materias estaban reservadas al desarrollo del legislativo²⁰¹.

Esta posición estaría en concordancia con el Estado Liberal gestado en la esfera de la revolución, en el que se reconocía al rey y a su administración en

²⁰⁰ SANTOS, Jorge Enrique. La Transformación de la Administración Pública a la legalidad. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. pág. 173

²⁰¹ CARRO FERNANDÉZ, José Luis. Ley y Administración Pública. Un Ensayo de Historia Dogmática sobre la potestad normativa de la Administración. pág. 83 y ss.

un campo de actuación “libre de ley”. En ese sentido, la ley solo actuaría en la medida que entrara a limitar libertades o propiedad de los ciudadanos, así las cosas, en las esferas en que la administración pudiese intervenir libremente, contaba también con la posibilidad de auto limitarse mediante la emanación de sus propias normas²⁰². De este precepto, se derivan entonces las nociones de las actuaciones discrecionales de la administración y la idea que esta puede realizar todo lo que expresamente no le está prohibido, situación que además trajo consigo, una exclusión del control judicial de estos actos emanados en el ejercicio de sus facultades por existir un “permiso” que legitimaba su actuación²⁰³.

En contraste con esta postura, emerge, la teoría acerca de la vinculación positiva de la administración a la legalidad, la cual, es entendida, como la necesidad de una ley existente que habilite su actuación, postura que se desarrolla con mayor importancia en Francia a partir del pensamiento de la ilustración y que es además la más aceptada por la doctrina del derecho administrativo, significa entonces que este tipo de vinculación condiciona la actividad de la administración previamente a su ejecución²⁰⁴; aquí, en cambio, la libertad no es la regla, sino que la regla es la prohibición, es decir, el derecho no es un límite de la autonomía y libertad del sujeto de la administración para hacer lo que quiera sino que es el fundamento mismo de su actuar, esta manera de concebir la legalidad se relaciona con la idea monista del Estado parlamentario Francés y de la consecuencia lógica de la idea de concebir la ley como expresión de la voluntad general por demás con una prevalencia absoluta sobre el sistema de fuentes del derecho.

²⁰² *Ibíd.*, pág. 83 y ss.

²⁰³ SANTOS Jorge Enrique. *Ob. Cit.* pág. 173

²⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 173

Se trata entonces de entender el papel de la Administración como simple ejecutora de la ley²⁰⁵. Esta doctrina, como se mencionó es la más aceptada por el Derecho Administrativo, toda vez, que según sus defensores es la forma mediante la cual se logra una verdadera sumisión de la Administración a la ley, así como también un mejor control sobre su actividad; se debe mencionar además que en la construcción de esta postura, existen algunos matices, por cuanto un sector exige que el actuar de la administración se encuentre sujeta a cualquier norma jurídica, y otro, indica que solo a la ley²⁰⁶, es decir no a cualquier norma.

Uno de los autores más importantes en el desarrollo de esta teoría fue GARCIA DE ENTERRIA, quien afirmaba que el principio de legalidad operaría como la cobertura legal de toda la actuación administrativa, cobertura que a su vez se generaría al otorgar competencias a la administración para legitimar sus actuaciones, esta cobertura, sería entonces otorgada a través de potestades que se encuentran fijadas en la ley, en este sentido, no podría existir discrecionalidad como se pensaba en la doctrina de la vinculación negativa sino entonces la incapacidad de actuar ante la ausencia de la facultad otorgada por el legislador.²⁰⁷

Precisado lo anterior, conviene señalar, que existe una parte de la doctrina, que considera que las teorías clásicas a cerca de la vinculación de la administración a la legalidad han sido superadas y en esa medida la concepción debe modificarse. Lo anterior, por cuanto, entender que la administración se vincula positivamente en sentido estricto es desconocer la realidad de la actividad administrativa, puesto que quedarían excluidas las

²⁰⁵ *Ibíd.*, pág. 173

²⁰⁶ BELADIEZ ROJO, Margarita. La Vinculación de la Administración al Derecho. Revista de Administración Pública. Número 147. Septiembre – Diciembre 1998.

²⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho administrativo (en colaboración con TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ), I, 15ª ed., Cívitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2011, pág. 465 y en general.

materias en las que no se precisa de una habilitación legal para actuar, por ejemplo, en materia de cooperación internacional donde se realizan acuerdos rápidos para lograr acciones conjuntas en pro de un beneficio común, o las múltiples labores de gestión que a diario realiza, son algunos de los ejemplos de las actividades que coadyuvan a la consecución de los fines del órgano estatal y que las más de las veces no originan de un fundamento legal²⁰⁸, aclarando que no significa que se consideren antijurídicas. En contraste, tener una visión de vinculación exclusivamente negativa, redundante en una posible lesión, como quiera que otorgar una discrecionalidad absoluta a la administración probablemente puede afectar derechos fundamentales de los administrados, así como desconocer la reserva de ley de orden Constitucional, en razón a lo anterior, la doctrina ha considerado un tercer tipo de vinculación denominada mixta, la cual intenta establecer un punto medio entre la vinculación positiva y negativa, que resulta en un ajuste más acertado a la realidad de la actividad administrativa.

La vinculación mixta de la administración a la legalidad supone que, las actuaciones que crean, modifiquen, sustituyan o determinen cualquier situación jurídica de los administrados deben estar precedidas de una habilitación legal, como quiera que un estado social propende por el respeto de los derechos y en esa medida este es un aspecto reservado para el legislador, así las cosas, en estos asuntos la administración estaría vinculada a la legalidad positivamente, por el contrario, en las demás actividades que no resulten en la posible lesión de derechos o libertades, la administración pública gozará de potestades discrecionales que permitan ejecutar sus decisiones, aclarando que no pueden estar prohibidas por ninguna norma jurídica y a su vez deben revestir las características de cualquier acto administrativo²⁰⁹,

²⁰⁸ SANTOS, Jorge Enrique. La Transformación de la Administración Pública a la legalidad. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. pág. 173

²⁰⁹ *Ibíd.*, Pág. 173.

adicionando que aunque no nazcan de la ley si deben estar condicionadas a la Constitución Política.

Es entonces, en este escenario, en el cual la administración pública goza de facultades discrecionales que flexibilizan su actividad, vemos entonces, la interacción de la administración con diferentes niveles de la pirámide clásica heredada por Kelsen, donde existen normas que se supeditan o en otros casos se complementan y no se encuentran subordinadas la una de la otra como se establecía otrora. En razón a lo mencionado traemos a colación, las normas municipales las cuales ocupan una posición peculiar en el ordenamiento jurídico, toda vez, que de acuerdo a la Constitución Política, los municipios se encuentran dotados de autonomía, este reconocimiento implica entonces otorgar al ente territorial la garantía de decisión propia, sumado a que posee una naturaleza política de gobierno lo que permite el desempeño de una función no solamente ejecutiva sino también administrativa derivándose entonces, en un margen de posibilidades para la materialización de sus decisiones y en consecuencia requiere establecer su normatividad vinculándose negativamente a la legalidad, por cuanto, no existe un órgano legislativo capaz de expedir una norma específica para cada una de las materias a las que debe referirse la administración local²¹⁰; la consecuencia principal de la potestad reglamentaria es entonces que aunque se despliegue en materias que están reservadas a la ley, no siempre sucede así, en ese sentido la reserva de ley debe estar matizada en este ámbito²¹¹, sucede también con las ordenanzas, que complementan y desarrollan leyes en virtud de la autonomía otorgada constitucionalmente a los territorios²¹².

²¹⁰ GALÁN GALÁN, Alfredo. La Consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local. Revista Cemi. Número 8 Jul-Sep 2010

²¹¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo VII. El Reglamento. Agencia Estatal Oficial del Estado. Madrid 2015. Pág. 57

²¹² *Ibíd.* Pág. 57

Otro es el caso, de los decretos que expide el presidente en ejercicio de las potestades discrecionales con el fin de desarrollar o cumplir la ejecución de las leyes, la naturaleza jurídica de estos actos ha sido controversial, como quiera que la doctrina los ha clasificado como decretos legislativos, sin embargo, en Colombia su control descansa en el Consejo de Estado y es ejercido a través de la nulidad simple, lo anterior por cuanto, son expedidos en ejercicio de la actividad administrativa del presidente y en este caso son denominados decretos autónomos o reglamentos. Se hace preciso mencionar que el presidente expide este tipo de actos de conformidad con las atribuciones que le otorga directamente la Constitución Política sin que exista previamente una habilitación otorgada por la ley de manera previa, dicho esto, indicamos que el reglamento se relaciona con la ley en la medida que corresponde a esta la aplicación de los principios o reglas generales de ordenación de todos los temas que deba desarrollar el poder público por ser considerados de interés general, y por otro lado, atañe al reglamento la función de colaborar con la ley en las tareas de complementar o desarrollar las determinaciones legales²¹³.

De lo anterior, se infiere que, la administración pública en la actualidad se vincula negativamente a la legalidad para cumplir con las exigencias que devienen de un estado social de derecho, esto por cuanto, como se dijo, no existe un órgano legislativo capaz de producir normas que habiliten previamente el sin número de actuaciones que realiza diariamente las administraciones públicas para satisfacer el interés general, es entonces, en este ámbito, donde se ensanchan las potestades discrecionales y emergen nuevas formas de relacionamiento de la administración que permiten materializar su actividad, las cuales no precisan de una habilitación legal aunque si deben estar amparadas en la Carta política.

²¹³ *Ibíd.* Pág. 57

Estas nuevas “formas”, complementan o en algunos casos desarrollan las leyes, significa lo anterior, que no es tan cierto, que todas las actuaciones de la administración pública se encuentran subordinadas a la ley, es decir, que se vinculen positivamente a la legalidad, puesto que el campo de actuación estaría totalmente restringido y estaríamos frente a una administración inoperante que además debe acudir a un proceso rígido y poco flexible para lograr con su fin último. En esta “zona gris”, se han gestado instrumentos normativos, los cuales, fueron analizados en el capítulo primero de este trabajo investigativo a efectos de conocer su naturaleza jurídica, además de estudiar algunos ejemplos reales sobre su utilización en la actividad administrativa. Quisimos denominar este espacio como “zona gris” por cuanto esta actividad flexible ha sido poco estudiada en virtud que en la doctrina tradicional prevalece la vinculación positiva, pero no significa lo anterior que sea poco utilizada, pues contrario sensu a su estudio ha sido su proliferación en el día a día de la administración, esta es una consecuencia lógica de los fenómenos de globalización, contractualización y regionalización del derecho administrativo que necesariamente derivan en una flexibilización de la actividad del órgano ejecutivo, sin embargo, este constante uso, hace necesario que se estudien estos instrumentos, como quiera, que un ámbito de discrecionalidad absoluta puede derivar en una falta de garantías de los administrados situación que no se puede considerar en un estado social de derecho.

Esbozado lo que antecede, se precisa que la administración actual abandona entonces la idea de la supremacía de la ley para dar paso a la interacción de diferentes niveles normativos que la complementan o desarrollan, producto de esta interacción y en el ámbito de vinculación negativa de la administración a la legalidad se originan nuevos instrumentos que permiten materializar sus decisiones, las cuales, se pueden diseñar en un amplio margen siempre y cuando tengan como finalidad directa la satisfacción del interés general, a su

vez, que no se encuentren prohibidos en ninguna norma jurídica y que respeten todos los elementos de un acto administrativo²¹⁴.

2.4 LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA LEGALIDAD: PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

Con el objetivo de avanzar en este camino dificultoso de redefinir las teorías clásicas del derecho administrativo y una vez acotado sobre el sistema de fuentes y el creciente abandono de la supremacía de la ley, me permitiré referirme en este punto al principio de legalidad como principio rector del ejercicio del poder y que resulta un tema indefectible si se quiere completar el presente objeto de investigación abordando las transformaciones que han surgido con ocasión a su concepto.

Para tal fin, citaré al Dr. Libardo Rodríguez que en su obra Derecho Administrativo General y Colombiano, indica que al hablar del principio de legalidad se está haciendo referencia a la ley, tomado este concepto en el sentido general según el cual se identifica con el concepto de derecho²¹⁵.

Arguye que para efectos de comprender este principio es necesario referirse a la teoría de Kelsen, según la cual el conjunto de normas que conforman el derecho en un país se trata de un ordenamiento jurídico en el que unas normas dependen de otras, ergo, el principio de legalidad consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores²¹⁶.

²¹⁴ SANTOS, Jorge Enrique. La Transformación de la Administración Pública a la legalidad. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. pág. 178

²¹⁵ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y Colombiano. Duodécima Edición. Editorial Temis S.A. 2000. Pág. 222.

²¹⁶ *Ibíd.*, Pág. 222.

En sentido práctico, expone que el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto solo puede actuar bajo la configuración de la ley²¹⁷.

Bajo esta misma óptica, el Dr. Santofimio, manifiesta que referirse al principio de legalidad es referirse a las bases mismas de construcción del Estado de Derecho, en donde este principio se ha consolidado como el más característico de sus elementos, que tiene como función regular en todos los sentidos el ejercicio del poder público, en beneficio directo de los administrados y de la estabilidad y seguridad que debe implicar su ejercicio²¹⁸.

Indica que el principio de legalidad se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público; precisa que con relación a la función administrativa, se entiende por principio de legalidad la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general. Es así, como se debe observar un doble procedimiento de sometimiento de los órganos administrativos al derecho; el primero sería una sujeción al ordenamiento jurídico y de principios, el segundo sería el acatamiento de las normas y reglas que ella misma ha elaborado en ejercicio de sus competencias. Al respecto, Santofimio, se refiere al bloque de legalidad, el cual contiene de manera jerárquica normas de naturaleza constitucional, legal y administrativa, acompañadas de principios y valores, todos ellos de obligatorio acatamiento y cumplimiento por las autoridades de todas las órdenes²¹⁹.

²¹⁷ *Ibíd.*, Pág. 222.

²¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez*. Universidad Externado de Colombia. 1998. Pág. 65 y ss.

²¹⁹ *Ibíd.*, Pág. 65 y ss.

Como se observa, estas concepciones denotan la tesis mayorista del derecho administrativo de entender el principio de legalidad como la sujeción positiva de la administración a la ley, toda vez que establecen la necesidad de una habilitación legal previa a su actuación, sin embargo, vemos también algunos matices al referirse que debe entenderse ley en un sentido amplio incluyendo en la noción a la constitución política, los principios generales del derecho y en general todo el ordenamiento jurídico, esto por cuanto, implícitamente se reconoce el margen de actuación donde emergen las potestades discrecionales y en consecuencia se vincula negativamente a la legalidad haciendo necesario ampliar las fuentes del derecho con el fin que sus actuaciones se encuentren ajustadas a derecho.

Lo anterior como quiera que las teorías que argumentan sobre la vinculación de la administración a la legalidad surgieron en un momento histórico-político que evidentemente ha sido superado, el cual establecía la existencia previa de una norma jurídica como mecanismo de limitación del poder, razón por la cual indicar que la actividad de la administración se encuentra únicamente precedida de una habilitación legal en un estado social de derecho en la época de la postmodernidad es un argumento totalmente debatible.

En ese sentido, se hace menester matizar lo relatado por las teorías clásicas y con mayor anuencia una vez promulgada la Constitución de 1991, momento que se establece a Colombia como un Estado Social de Derecho, que materializa sus fines por medio de la Constitución, la Ley y el reglamento, concepción que es abordada en diversos artículos de la Carta Política²²⁰.

Es así como se abre camino a la introducción de nuevas teorías que permiten establecer que la función administrativa no se trata de ejecutar ciegamente la

²²⁰ Constitución Política. Artículos 6, 121, 122 y 123 inciso 2

ley, ni tampoco entender ley en sentido estricto como se concibió en el pasado, por el contrario, ley se debe concebir como el sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico, entendido entonces como una vinculación al principio de juridicidad.

Como se vislumbra, la legalidad surge una ampliación, trayendo consigo la integración progresiva del “bloque de legalidad” de la Constitución y los tratados, así como los “principios generales del derecho” de origen jurisprudencial²²¹, al respecto autores Colombianos como Gustavo Penagos, indican que el sometimiento al bloque de legalidad, ofrece seguridad jurídica y tranquilidad a la comunidad, abordando en el mismo sentido lo planteado por el profesor Ignacio de Otto, al expresar que la palabra legalidad no designa aquí a la ley, sino a todas las normas, los reglamentos, a lo que se denomina el “bloque de legalidad”, y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina también *principio de juridicidad*²²².

El principio de juridicidad no expresa otra cosa que una limitación jurídica del poder público, entendido el término de limitación en un sentido amplio. El principio de juridicidad impone, por tanto, la existencia de normas jurídicas que vinculan a la administración cuando actúa y que de este modo la someten a derecho, con esto se entiende entonces la prohibición de la actuación antijurídica²²³, además involucra diferentes órdenes normativos, la supremacía de la Constitución Política y los principios generales del derecho que a su vez armoniza con la concepción de estado social de derecho.

²²¹ CHEVALIER, Jacques. El Estado de Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2010. Pág. 90

²²² PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo Nuevas Tendencias. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2004. Pág. 312

²²³ *Ibíd.*, pág. 312

Sobre el particular Muñoz Machado, coincide en la utilización de un término alternativo entendiendo el principio de legalidad como principio de juridicidad. Significaría no que la Administración está sometida a la ley, sino que lo está al derecho, noción más amplia que incluye normas superiores e inferiores a la ley, supranacionales y estatales, además de implicar sometimiento a los principios, valores y garantías de los derechos y libertades²²⁴.

Frente a este punto Merkl, anticipadamente puso de presente la necesidad de diferenciar el principio de legalidad y el de juridicidad. “En su concepto, este suponía que cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción²²⁵”, indicaba además que el principio de juridicidad siempre ha existido incluso antes de la concepción de estado de Derecho, toda vez que el monarca absoluto también actuaba en una norma que le atribuía competencias. Mencionaba que este principio no condiciona la forma en que la administración se vincula a la legalidad, lo importante para él, radicaba en que previamente existiera una norma que otorgara competencias a la administración para actuar y no su grado de vinculación, siendo esta la que enlazaría a la administración con el derecho. Se resalta que en su concepción de juridicidad, esta norma podría facultar a la administración en un grado especialísimo de competencias o sencillamente mencionar la necesidad de satisfacer el interés general, siendo esta la mínima regla de atribución de competencias. Adicionalmente, expresaba que, para considerar una actuación de tipo administrativa, esta debería ser realizada por un sujeto reconocido como parte de la administración

²²⁴ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. La formación de las Instituciones Públicas y su sometimiento al Derecho. Portal Derecho S.A. 2006. Pág. 406

²²⁵ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2014. págs. 81- 115

así como también que este sujeto tuviera la intención de realizar esta acción en el marco de sus facultades.²²⁶

En el mismo sentido, Merkl, diferencia el principio de juridicidad del principio de legalidad, estableciendo que el primero es el género y el segundo es la especie, significa lo anterior, que el principio de legalidad es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad, considerando que este concepto de juridicidad precede a toda y a todas las administraciones, por el contrario el principio de legalidad, nació en un momento histórico-político en el que se exigió su consagración legal para condicionar su existencia²²⁷.

En punto, el Dr. Héctor Santaella, anota que “es una realidad la lectura amplia del principio de legalidad, además del ensanchamiento de la potestad normativa de la administración, situaciones que se evidencian desde la praxis de la actividad administrativa sometida a múltiples desafíos para lograr el cumplimiento de sus fines, y que en ocasiones no se encuentra dotada de una cobertura legal adecuada²²⁸, toda vez que la ley, no es más que una entre las fuentes jurídicas el principio de legalidad supone una juridicidad cualificada”²²⁹.

A su vez, establece que la transformación del principio de legalidad obedece a tres grandes causas: i) la crisis de la ley, ii) lo relativo al fortalecimiento del reglamento, y iii) la consolidación del Estado Constitucional y del modelo de Estado Social de Derecho. Acotaremos en este acápite, sobre la exigencia del principio de juridicidad como requerimiento del Estado Constitucional,

²²⁶ MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo, edición española. Editora Nacional. México. 1980. Pág. 212.

²²⁷ *Ibíd.*, 212.

²²⁸ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2014 págs. 81- 115

²²⁹ *Ibíd.*, 81- 115

indicando que es necesario revisar la Carta Política para determinar los ámbitos que han sido reservados por la ley, y en ese sentido, solo esos aspectos estarían sometidos a una habilitación legal previa. En los demás casos, el principio de juridicidad regirá. Significa lo anterior, que la Administración tomaría los principios generales del derecho, así como el de juridicidad con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la libertad individual, la igualdad de las personas y por supuesto ajustar su actividad al Derecho, haciendo la salvedad que la administración siempre deberá actuar dentro de un marco jurídicamente definido con el fin de evitar los excesos o extralimitaciones en el ejercicio de esta prerrogativa²³⁰. Esta visión de la legalidad se relaciona con lo estudiado en el título que precede donde nos referimos a la vinculación mixta de la administración y es quizás entonces el criterio que entiende la realidad de su actuación derivada de la exigencia de satisfacer el interés general en un estado social de derecho.

Así las cosas, explica que en ese sentido, la actuación de la administración estaría desplegada en dos dimensiones, la general – normativa y la particular; la primera hace referencia a la construcción del ordenamiento jurídico y constituye todo el ordenamiento jurídico en el que se vincula al bloque de legalidad en el que se define el régimen jurídico de los actos de la administración, la segunda constituye las acciones que realiza para cumplir con la primera²³¹.

Es así, como en la construcción del ordenamiento jurídico en el que se vincula la administración a la legalidad, encontramos las fuentes del derecho administrativo clásicas y las que se insertan al sistema de fuentes en la actualidad, tales como el reglamento o las normas municipales, que se definen como instrumentos normativos que la administración profiere en el marco de

²³⁰ *Ibíd.*, 81- 115

²³¹ *Ibíd.*, 81- 115

las potestades otorgadas por la Constitución y en las cuales el margen de discrecionalidad aumenta, vinculándose entonces la administración de manera negativa a la legalidad, con el fin de cumplir con las exigencias del estado social de derecho materializando sus acciones a través de memorandos de entendimientos o de la acción informal.

Ciertamente, es esta actividad la que hoy es el objeto de investigación, y que aparentemente se encuentra excluida del concepto de acto administrativo desde la perspectiva clásica, por cuanto carecen del elemento de unilateralidad; en el mismo sentido, de la nueva propuesta de acto administrativo de los administrativistas modernos; como quiera que suprime las actuaciones de la administración pública que carecen de un fundamento legal - entendido como ley en sentido estricto-. Esta exclusión, colateralmente trajo como consecuencia, primero, falta de estudio por parte de la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de estos instrumentos, así, como también, ausencia de control judicial, toda vez que, fue solo hasta la expedición de la ley 1437 de 2011 y el año 2014 que el Consejo de Estado, asumió competencia sobre el análisis jurídico de este tipo de instrumentos sustentado en el argumento que, obedecen a “actos” de la administración y en consecuencia son susceptibles de control judicial.

Sin embargo, tal como se estableció a lo largo de esta investigación, se ha podido evidenciar, que los actos administrativos que profiere actualmente la administración, se encuentran precedidos del consenso y las más de las veces, obedecen tanto a decisiones de la administración como de los administrados que son involucrados desde la fase previa de “estructuración” del acto para que su decisión sea eficaz, abandonando entonces la unilateralidad clásica. De la misma manera, estudiamos, el ámbito de actuación discrecional en el que se reconoce un ámbito de libertad de la administración, como quiera que alguno de los elementos de la norma jurídica

no ha sido agotado por el legislador²³², y en consecuencia, este ámbito decisorio ha sido trasladado a la administración, ámbito entonces, donde constituye su propio núcleo, expidiendo circulares o memorandos que sin lugar a dudas reflejan su decisión.

Es entonces, en este ámbito de actuación, donde se vincula negativamente a la legalidad, utilizando el ordenamiento jurídico previamente concebido y construido con las fuentes jurídicas del derecho administrativo, en el cual emergen estas nuevas formas de relacionamiento y que obedecen a lo preceptuado en la Constitución Política, donde el principio de juridicidad toma relevancia, englobando todas las actuaciones de la administración independiente de su forma de vinculación a la legalidad, imprimiendo entonces de validez estos actos expedidos para satisfacer el interés general, regla mínima que otorgaría competencias, y en consecuencia, incluiríamos estas formas en la nueva concepción de acto administrativo, como quiera, que tendrían las siguientes características:

- Serían actos expedidos por la administración en el ámbito de sus competencias y en cumplimiento al ordenamiento jurídico, así las cosas, se presumirían conforme a derecho, es decir, gozarían de presunción de juridicidad.
- Son proferidos por un sujeto de la administración.
- Materializan la ejecución de las decisiones de la administración pero también de los administrados que son vinculados en la toma de decisiones con el fin de tornarlas de eficacia y en consecuencia, satisfacer el interés general.
- Producen efectos jurídicos

²³² MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia, pág. 143

En suma de lo anterior, gozarían de las características propias de los actos administrativos, relacionándose con la noción propuesta en este trabajo investigativo como, “Cualquier manifestación de la administración que refleje su voluntad y/o la de los administrados tendiente a la producción de efectos jurídicos.”

Bajo esta óptica, estos actos expedidos en el marco de las competencias de la administración pública y que se encuentran legitimadas por el principio de juridicidad, deben ser proferidos con una debida motivación, que permita establecer un límite a las facultades discrecionales de la administración y como garantía de los administrados, observando los principios que orientan el ejercicio de su decisión, esto por cuanto la motivación funciona como aval esencial para proscribir la arbitrariedad.

2.5 PASO DE LA UNILATERALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO A LA ACCIÓN CONCERTADA DE LA ADMINISTRACIÓN

A manera de conclusión, concatenaremos las ideas propuestas a lo largo del trabajo investigativo, con el fundamento de establecer una postura frente a los nuevos instrumentos utilizados por la administración pública para materializar su actividad, así como el tratamiento que se debe predicar de los mismos con ocasión a las diferentes transformaciones que han surgido en el derecho administrativo, admitidas y estudiadas por la doctrina, a nuestro parecer de una manera tímida, toda vez, que reconocer su naturaleza jurídica es acabar con dogmas del derecho administrativo, como por ejemplo, la unilateralidad de los actos administrativos.

Esto por cuanto, durante un largo periodo de la historia, se concibió la ley como fuente principal del derecho administrativo por servir de limitación al poder, es decir, como un mecanismo de garantía ante los súper poderes de la

administración. No obstante, como se ha establecido en el desarrollo de esta investigación, hoy día, producto de la entrada en órbita de nuevos fenómenos, como la gobernanza o el new management public, el Estado pasó de ser un estado impositivo e interventor a convertirse en un estado cooperativo.

Lo anterior derivó, entonces, en un desplazamiento de la ley dentro de las fuentes formales del derecho administrativo y paralelamente de la concepción de legalidad. A su vez, la mutación, supone una revisión de los instrumentos jurídicos por esta revestidos, es decir, que necesariamente se debe dar paso al estudio del concepto de acto administrativo como mecanismo de materialización de las decisiones del órgano ejecutor y que se presume legal; siendo así, una vez efectuado el análisis de este concepto, se deduce que los periodos de la historia que coadyuvaron a su desarrollo se encuentran ciertamente terminados, dando como resultado la consecuencia lógica de modificar su noción. Indubitablemente, la idea de transformar el concepto de acto administrativo, genera alguna resistencia en la doctrina tradicional, toda vez, que las más de las veces establece un arraigo absoluto por la concepción clásica acerca de la ejecución de la ley y con mayor anuencia la unilateralidad de los actos administrativos.

No obstante, algunos sectores de la doctrina, se han interesado por el estudio de estos cambios y las consecuencias que implícitamente producen las transformaciones, es así, como se empieza a hablar de soft law, juridicidad y concertación, escenario en donde se abren las puertas de la discrecionalidad de la administración con fundamento en lograr las tareas propias de un Estado Social de Derecho, las cuales no siempre gozan de una habilitación legal.

Entonces, en el marco del reconocimiento de un derecho atípico que nace con la necesidad de garantizar el cumplimiento de los fines de un estado social de derecho, se modificó la Ley 1437 de 2011, ampliando el objeto de la

jurisdicción del contencioso administrativo, buscando realizar una reforma que persiguiera el objeto actual de la jurisdicción y que diera paso a la adecuación de la legislación administrativa a las condiciones jurídico, políticas y sociales de ese momento de la historia²³³. Posteriormente, en el año 2014 el Consejo de Estado estudia la nulidad de circulares expedidas en ejercicio de la actividad administrativa indicando entonces que son actos de la administración y en consecuencia son controlables²³⁴.

Adicionalmente, la doctrina también reconoce la vinculación mixta a la legalidad, que supone que la administración se vincula positivamente cuando su actuación conciba una ablación de los derechos de los administrativos y en los reservados constitucionalmente a la ley, en los demás escenarios, será reconocida la vinculación negativa, permitiendo que nazcan nuevas formas de relacionamiento las cuales siempre deben tener como núcleo común la constitución política, los principios generales del derecho, jurisprudencia y demás fuentes del derecho administrativo, es decir que se enmarquen dentro del principio de juridicidad.

Significa lo anterior, que tácitamente el derecho administrativo reconoce, nuevas formas de actuación de la administración, las cuales, repercuten en un ensanchamiento del principio de legalidad y suponen ampliación en sus facultades discrecionales, sin embargo, este derecho se ha establecido como atípico y diferente, situación, que en nuestro concepto debe ser reevaluada,

²³³ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Editorial Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. N°5 Segundo Semestre/2011. Pág.79. La ley 1437 de 2011 busca, como se declara en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 198 de 2009 del Senado, adecuar la legislación administrativa a las condiciones jurídico-constitucionales, sociales, políticas y tecnológicas de hoy; introducir mayor orden, claridad y sistematicidad a determinados aspectos de la normatividad; colmar ciertos vacíos legales de la regulación anterior, y, en términos generales, articular una propuesta integral de reforma, dotada de una visión de conjunto, que apunta a resolver los problemas de la Administración y de lo contencioso administrativo, y contribuya a superar sus dificultades operativas.

²³⁴ Ver Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Radicación: 2012-00533-01

por cuanto, estas formas de relacionamiento no son desconocidas en la esfera de la administración, por el contrario, son utilizadas a diario por entidades del orden tanto nacional como territorial para cumplir con sus fines.

Producto entonces, de esta necesidad de cumplir con los fines para los cuales fue creado el estado social de derecho, consideramos que la administración pública ha relegado las actuaciones unilaterales e impositivas, reemplazándolas por acciones de concertación que permiten vincular a los administrados en la producción de la decisión, logrando entonces disposiciones que gozan de legitimidad y de eficacia, en ese sentido, el derecho no constituye únicamente un límite causal y lineal para la administración, sino que se concilia y orienta también a la eficacia de la actividad administrativa.

Convirtiéndose entonces, las decisiones de la administración “cooperativa”, en un producto de la participación y deliberación, influenciando definitivamente en la evolución de una administración centrada, imperativa y unilateral hacia el plano del intercambio para la actividad convenida, puesto que, las formas convencionales tradicionales se tornan insuficientes para aprehender la totalidad de las actuaciones administrativas.

Es así, como al reconocerse nuevas formas de relacionamiento nos propusimos estudiar su naturaleza jurídica, además de establecer algunos ejemplos reales donde la administración pública se vale de estas formas atípicas para cumplir con los objetivos que son impuestos constitucionalmente, eso nos derivó a reconocer que estos instrumentos producen efectos jurídicos al exterior y que varios de sus elementos coinciden con los presupuestos para definir los actos administrativos.

Sin embargo, de lo estudiado analizamos, que son excluidos del concepto de acto administrativo, por carecer del carácter unilateral así como de sus formalidades, razón por la que se denominan atípicas, creándose un universo paralelo donde existen, se usan, pero no se reconoce su naturaleza. Es de esta manera, que consideramos pertinente, realizar una reforma al concepto de acto administrativo, dentro del cual, se abandone la unilateralidad y ceda el paso a la concertación, dando cabida a este tipo de actuaciones que ejecutan las decisiones de la administración reconociendo que en la actualidad los actos administrativos emergen del relacionamiento de la administración y los administrados.

No se trata, de convertir el soft law en hard law, sino de reconocer que la actividad de la administración cambió y con esta su forma de relacionamiento, asumirlo, conllevaría a que los problemas que sostienen quienes se han encargado de estudiar estas nuevas formas se minimicen, puesto que, la seguridad jurídica estaría garantizada al establecer el régimen que de los actos administrativos se predica acabando con la discusión acerca de no estar sometidos a formalismos o a un régimen jurídico formalizado. En el mismo sentido, se crearían inmediatamente vías idóneas para tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos contrarrestando los efectos de una posible responsabilidad del Estado.

En Colombia, el ámbito de mayor utilización de estos instrumentos ha sido el ambiental, donde se implementan guías, permisos, cupos negociables de emisión o acuerdos informales, lo anterior, como quiera, que en estos escenarios es indiscutible la participación de los administrados para formar la decisión que finalmente incidirá en su entorno, sin embargo, esta actividad se ha extendido a otros sectores, tales como el de comunicaciones o la reglamentación en la contratación estatal.

Por esa razón, propusimos ejemplos existentes, con el fin de demostrar el asidero de nuestra postura, trayendo a colación la resolución mediante la cual se declaró cabo manglar como área protegida, esta es sin lugar a dudas, una muestra real de un acto administrativo que se concibió en el escenario participativo, creándose espacios de concertación previos a la ejecución del acto, gestándose entonces una disposición alejada de la unilateralidad y que definitivamente produce efectos jurídicos.

Al respecto, se han encontrado posturas que difieren de la aquí propuesta, como la de Agudo que expresa: *“Esto significa, obviamente, que no es posible aplicar a estas manifestaciones de la actividad administrativa el régimen jurídico aplicable a aquellas formas jurídicas de actuación, del mismo modo que tampoco son correctas conceptualizaciones forzadas con el objeto de reconducir de forma dudosa y discutible esa actuación material al régimen de una actuación administrativa formalizada*²³⁵. No obstante, la conceptualización aquí realizada, se circunscribe a modificar la noción clásica de acto administrativo para lograr que estas nuevas formas de actuación tengan cabida en esa concepción, situación que a nuestro parecer no resulta dudosa - aunque claro, siempre será discutible - por cuanto no se hizo únicamente un análisis doctrinal e histórico sobre los cambios de los conceptos clásicos, sino que además utilizamos elementos de la praxis de la actividad administrativa en los cuales se evidenció que la modificación propuesta es una realidad en la formación de los actos que expide el órgano ejecutor, así como la diversa documentación referida que metodológicamente ayuda a la construcción del nuevo concepto.

²³⁵ AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Actuación Material e Informalidad. El Ejemplo de la Concertación con la Administración. Revista Aragonesa de Administración Pública. ISSN 1133-4797, núm. 41-42. Zaragoza, 2013, págs. 123-172.

Volviendo entonces, a los escenarios a los cuales se ha irradiado la utilización de estas nuevas formas de relacionamiento, salta a la vista, sectores en los cuales se hace imperioso contar con un procedimiento formalizado, verbigracia, el sector de las comunicaciones o la reglamentación en contratación estatal, estos algunos de los escenarios donde se ha proliferado el uso de estos instrumentos, donde las más de las veces no son estudiados por la doctrina tradicional y otras tantas tampoco llegan al escenario judicial para realizar un adecuado control. Sin lugar a dudas, esta actuación coadyuva a la materialización de los fines del estado por gozar de un margen de flexibilidad, sin embargo, deja también un sin sabor, como quiera, que su tratamiento es ambiguo, teniendo que acudir a un análisis exhaustivo para determinar su naturaleza jurídica y en consecuencia conocer cuál es el régimen a aplicar y eso en el caso que sean llevados al escenario judicial, situación que estaría resuelta como quiera que como se dijo at supra, hoy día son reconocidos los “actos” de la administración como objeto de la jurisdicción del contencioso administrativo, no obstante, en la mayoría de los casos, estos instrumentos no son llevados al escenario judicial sino que es la misma administración quien se encarga tanto de su elaboración, como de su control y finalmente su ejecución. En ese sentido, donde la administración goza de un espacio de discrecionalidad, flexibilidad y además con la regla mínima de satisfacer el interés general, puede derivar definitivamente en una vulneración de los derechos de los administrados sin que medie ni siquiera un procedimiento ni para su creación ni defensa, reconocer entonces que definitivamente la forma de clásica de acto administrativo concebida en la unilateralidad cambio, nos abre a un mundo de posibilidades de actuaciones de la administración pública que necesariamente deben gozar de los presupuestos jurídicos ya establecidos para su creación y en tal sentido dotar de seguridad jurídica el régimen en el que se desarrolla la actividad de la administración y a su vez su interacción con los administrados.

A nuestro parecer reconocer esta postura sería abandonar la mínima adaptación que realiza el derecho administrativo frente a este tipo de actuaciones y avanzar a una positiva relación de la teoría de las formas con la acción de la administración²³⁶.

²³⁶ SCHMIDT- ASSMANN, Eberhard. La teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Pág. 335

CONCLUSIONES

1. El derecho no constituye ya un límite causal y lineal para la administración, sino que se concilia y orienta también a la eficacia de la actividad administrativa, mutando de un derecho interventor hacia un derecho consensual, en consecuencia las decisiones de la administración cooperativa son fruto de la participación, la deliberación y el intercambio de información.
2. La doctrina de las formas jurídicas siempre prestó especial énfasis al acto administrativo como elemento principal del poder público, desarrollándose este concepto sobre la base de la imperatividad y la unilateralidad como mecanismo de imposición frente a los administrados, sin embargo, la administración cooperativa realiza una influencia definitiva en su evolución desplazándolo hacia el plano del intercambio y de la actuación convenida, toda vez que las formas convencionales se muestran insuficientes para aprehender las totalidad de las actuaciones administrativas.
3. La ampliación de nuevas fuentes en las que convergen todos los sectores, maduran la concepción del principio de legalidad evidenciando la necesidad imperante de transformar la concepción clásica de legalidad y a su vez la de acto administrativo, como quiera que, desde el punto de vista jurídico, las nuevas actuaciones son excluidas por concebirse en el consenso en contraste con la unilateralidad que caracteriza a los actos administrativos, así como también estas actuaciones se gestan de conformidad con el ordenamiento jurídico sin que en ocasiones precise una habilitación legal para su formación.

4. Hoy día la Administración pública actúa de conformidad con diversos orígenes de las fuentes que le interesan al derecho administrativo, como quiera que su interés radica en lograr la eficacia normativa, lo anterior, habida cuenta que todas las ramas del derecho tienen un fondo común, este es la constitución. Esto se relaciona a su vez con la forma en que la administración se encuentra vinculada a la legalidad, por cuanto en un estado de derecho resulta una condición sine qua non la sumisión de la administración a este precepto. No obstante, concebir el sistema de fuentes como una regla por demás rígida, es desconocer la sinergia que debe atravesar la administración para cumplir con su fin último de satisfacer el interés general, en consecuencia se debe promover una teoría de las fuentes del derecho acorde al contexto del Estado Constitucional.

5. Se precisa que la administración actual abandona entonces la idea de la supremacía de la ley para dar paso a la interacción de diferentes niveles normativos que la complementan o desarrollan, producto de esta interacción y en el ámbito de vinculación negativa de la administración a la legalidad se originan nuevos instrumentos que permiten materializar sus decisiones, las cuales, se pueden diseñar en un amplio margen siempre y cuando tengan como finalidad directa la satisfacción del interés general, a su vez, que no se encuentren prohibidos en ninguna norma jurídica y que respeten todos los elementos de un acto administrativo²³⁷.

6. El derecho administrativo reconoce, nuevas formas de actuación de la administración, las cuales, repercuten en un ensanchamiento del principio de legalidad y suponen ampliación en sus facultades discrecionales, sin embargo, este derecho se ha establecido como atípico y diferente,

²³⁷ SANTOS, Jorge Enrique. La Transformación de la Administración Pública a la legalidad. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. pág. 178

situación, que en nuestro concepto debe ser reevaluada, por cuanto, estas formas de relacionamiento no son desconocidas en la esfera de la administración, por el contrario, son utilizadas a diario por entidades del orden tanto nacional como territorial para cumplir con sus fines. Es entonces, en este ámbito de actuación, donde utiliza el ordenamiento jurídico previamente concebido y construido con las fuentes jurídicas del derecho administrativo, en el cual emergen nuevas formas de relacionamiento y que obedecen a lo preceptuado en la Constitución Política, donde el principio de juridicidad toma relevancia, englobando todas las actuaciones de la administración independiente de su forma de vinculación a la legalidad, imprimiendo entonces de validez estos actos expedidos para satisfacer el interés general, regla mínima que otorgaría competencias, y en consecuencia, incluiríamos estas formas en la nueva concepción de acto administrativo.

BIBLIOGRAFIA

ARTICULOS

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Actuación Material e Informalidad. El Ejemplo de la Concertación con la Administración. Revista Aragonesa de Administración Pública. ISSN 1133-4797, núm. 41-42. Zaragoza, 2013.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: Legitimidad del Modelo de Estado Neoconstitucional. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 15, enero 2012, ISSN 1698-7950.

BELADIEZ ROJO, Margarita. La Vinculación de la Administración al Derecho. Revista de Administración Pública. Número 147. Septiembre – Diciembre 1998.

CALVINHO, Gustavo. La carta de intención y el memorándum de entendimiento. Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil. 9:7-29. Bogotá Legis.

CARRO FERNÁNDEZ, José Luis. Ley y Administración Pública. Un Ensayo de Historia Dogmática sobre la potestad normativa de la Administración.

Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. Héctor Santaella Quintero. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2014

DÍAZ HUERTAS, Andrés Alejandro. La Carta de Intención (letter of intent) o el memorando de entendimiento (memorándum of understanding). Su aplicación en el Derecho Colombiano. Estudios de derecho privado. Universidad Santo Tomás de Bogotá

ESCOBAR, Claudia; VARGAS, Marcelo. Evaluación Crítica del principio de jerarquía normativa a partir del Derecho Positivo Colombiano. Bogotá. 2006,

GALÁN GALÁN, Alfredo. La Consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local. Revista Cemi. Número 8 Jul-Sep 2010

HUAPAYA, Ramón. Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Revista de Derecho Administrativo. Edición Especial sobre procedimiento Administrativo

LOBATO DE BLAS. "Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia 6 (diciembre 1976).

LÓPEZ FUNG, Jorge. Innovaciones Contractuales. El Memorando de Entendimiento. Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Julio 2016 / ISSN 1995-2929

MARTÍNEZ JURADO, Darío. El soft law en el derecho administrativo y el control judicial por Colombia. Revista Digital de Derecho Administrativo. 20 (jun. 2018)

MONSALVE CABALLERO, Vladimir. Responsabilidad precontractual, la ruptura injustificada de negociaciones. Biblioteca de tesis doctorales. Grupo Editorial Ibáñez, 2010, 107 y 216; Viguri Perea a los tratos preliminares: las cartas de intención y otros documentos legales precontractuales". Barcelona. P.P.U, 1994,

MORENO REBATO, Mar. Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio: Naturaleza y Orden Jurídico. Revista de Administración Pública. N° 147. Septiembre – Diciembre 1998.

PARDO, José Stevé. La Deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la ley a la contractualización. R.V.A.P. número especial 99-100. Mayo Diciembre 2014. ISSN: 0211-9560.

PARRA HERRERA, Nicolás. La autorregulación de los tratos preliminares análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual. Revista de Derecho Privado. Número 50. Diciembre de 2013.

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge (2014). 100 años de la jurisdicción contenciosa administrativa. Retos de la constitucionalización del juez de lo contencioso administrativo. – Ed. Externado. Bogotá.

ROLF STOBER /S. GONZÁLEZ-VARAS Ibáñez. Las actuaciones materiales o técnicas. REALA-1995, núm. 267. STOBER, ROLF. LAS ACTUACIONES MATERIALES O TECNICAS

RUIZ, Miguel Alfonso. El Principio de Jerarquía Normativa.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia administrativa. Revista Digital de Derecho Administrativo. N° 5. Primer semestre/2011

SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Del Principio de Legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. La Constitucionalización del Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2014

SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Editorial Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. N°5 Segundo Semestre/2011.

SANTOS, Jorge Enrique. La Transformación de la Administración Pública a la legalidad. Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal.

SCHMIDT– ASMANN, Eberhard. Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. La contractualización del Derecho Administrativo

DOCTRINA

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Temis. 1992. Bogotá.

CÁRDENAS GARCÍA, Jaime Fernando. Introducción al estudio del Derecho. Nostra Ediciones. México. 2009.

CHEVALIER, Jacques. El Estado de Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2010.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Editorial Ciudad Argentina. Décima Edición. 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho administrativo (en colaboración con TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ), I, 15ª ed., Cívitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2011

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. 1974. México.

GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos. Madrid. 2002

GARRIDO FALLA, Fernando. Palomar Olmeda, Alberto. Losada González Herminio. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General. 14 Edición. 2005.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del derecho. 16ª edición. Buenos Aires, Eudeba, 1979

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007

MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo, edición española. Editora Nacional. México. 1980.

MONTAÑA PLATA, Alberto. Fundamentos de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. La formación de las Instituciones Públicas y su sometimiento al Derecho. Portal Derecho S.A. 2006.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo VII. El Reglamento. Agencia Estatal Oficial del Estado. Madrid 2015

PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011.

PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo Nuevas Tendencias. Quinta Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2004

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y Colombiano. Duodécima Edición. Editorial Temis S.A. 2000.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2017.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición. Bogotá. 1998.

SAYAGUÉS LASSO, E. Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Montevideo. 1953.

SCHMIDT- ASMANN, Eberhard. La teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática.

Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. Barcelona. 2003

Teoría del Ordenamiento Jurídico. Santi Romano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Civitas Nueva Época. Madrid España. 2014.

ULRICH, Beck. La Sociedad del Riesgo. Hacia a nueva modernidad. Paidós. Barcelona. Buenos Aires. México. 1986

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 7 de septiembre de 2000, exp. 6152

Consejo de Estado, Sección primera. Radicación número: 2932. 15 de julio de 1994.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente: 6063. Diciembre 6 de 2001.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Radicación: 2012-00533-01

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de 2010. Radicado (31223)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Radicación: 2012-00533-01

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 3 de febrero de 2000. Exp. 5236

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 19 de Junio de 2008.
Expediente 1502-03

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011.

Sentencias de 7 de septiembre de 2000. Sección Primera. Expediente 6152.
Consejero Ponente Dr. Juan Alberto Polo Figueroa y de 10 de marzo de
2005. Sección Quinta. Expediente ACU 750. Consejera Ponente Dra.
María Nohemí Hernández Pinzón.