

A MANERA DE PRÓLOGO:
EL *COMPENDIO* DE JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Y LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

Allan R. Brewer-Carías

I

Prologar un libro, además de ser siempre un honor para el que lo escribe, es un compromiso que el prologuista adquiere con el autor, con su obra y con sus futuros lectores.

En este caso, es un inmerecido honor el que me ha hecho mi muy apreciado y admirado amigo, el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, al haberme solicitado redactar el prólogo a ésta su nueva obra que viene de concluir contentiva de su *Compendio de derecho administrativo*, que como toda obra de esta naturaleza es sin duda fruto de los más de treinta años que ha dedicado a la actividad académica y profesional, particularmente, en las labores de investigación y docencia en el mundo del derecho público, e igualmente, en el mundo de la judicatura.

Una obra de esta magnitud y contenido, sin duda, solo la puede preparar quien ha logrado madurez académica producto del estudio constante, como lo exigen la docencia, la investigación y la importantísima función de impartir justicia. Es es precisamente el caso del profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

II

He tenido la oportunidad de haber seguido la trayectoria de la actividad académica del profesor Santofimio desde que lo conocí hacia noviembre de 1986, cuando estuve en Bogotá con ocasión de mi primera visita a la Universidad Externado de Colombia, con ocasión de mi participación en el *Simposio Internacional sobre Modernización y Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional*, organizado por profesor Carlos Restrepo Piedrahita - destacadísimo académico hispanoamericano quien acaba de fallecer -; con quien Jaime Orlando precisamente había comenzado a trabajar desde 1983 en el Departamento de Derecho Público y Ciencia Política de la Universidad, al graduarse de abogado en la misma.

Ya para cuando lo conocí, Santofimio había concluido su especializado en Derecho Administrativo en la misma Universidad Externado de Colombia (1984), habiendo seguido posteriormente su formación académica con la Especializado en Administración Municipal del Instituto Brasileño de Administración Municipal IBAM, de Río de Janeiro (1988), la Maestría en Gobierno Municipal de la Universidad Externado de Colombia (2000), y el Doctorado en Derecho Universidad Carlos III de Madrid (2010).

III

En paralelo a su formación académica, Santofimio siguió desarrollado una intensa actividad universitaria, habiendo sido designado, desde 1985, Profesor de la Universidad Externado de Colombia, e Investigador primero en el Departamento de Derecho Público y Ciencia Política, en el área de Derecho Administrativo; hasta 1992, y posteriormente, desde

1996, en el recién creado Departamento de Derecho Administrativo del cual fue Director (1996-2010). En la misma Universidad desde 1996 hasta octubre de 2010 fue Director de las Especializaciones en Derecho Administrativo, Contratación Estatal, Contencioso Administrativo, Derecho Urbano, y Función Pública. Además, fue Investigador Invitado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México (1986–1987); y ha sido profesor Invitado en la Universidad Carlos III de Madrid, en la Universidad Católica de Guayaquil, Universidad Latina de Panamá, y en la Escuela de Capacitación de la Procuraduría de la Administración de Panamá.

En la misma Universidad Externado de Colombia durante sus años de actividad docente ha sido profesor de materialmente todos los cursos imaginables en el campo del derecho público, constitucional y administrativo, y entre ellos, sobre Régimen Municipal, Derecho Urbano, Acto Administrativo, Función Pública, Derecho Electoral, Contencioso Administrativo, Contratación pública, Servicios Públicos Domiciliarios. D1993, además, fue nombrado Profesor de la Cátedra de Derecho Administrativo General, posición que actualmente sigue ocupando. Además, mediante convenios del Externado con otras Universidades durante su carrera ha sido profesor de materias de nuestra especialidad en las Universidades del Cauca, Cartagena, Ibagué, Autónoma de Bucaramanga, y Universidad Libre de Pereira.

IV

En paralelo a su actividad académica y docente, como buen administrativista, el profesor Santofimio también tuvo el buen tino de desarrollar una intensa actividad profesional de asesoría jurídica en materialmente todas las áreas de derecho administrativo, habiendo sido asesor del Despacho Superintendente de Notariado y Registro 19890, del Gobernador del Tolima (1991, 1993, 1994), del CORPES de la Costa (1991-1992), del Instituto SER de Investigaciones (1991), de la Beneficencia del Tolima (1992), de la Consejería para la Modernización del Estado (1991), de la Comisión Asesora del Estatuto Registral (1993), de la Alcaldía de Ibagué (1996), del Procurador General de la Nación (1997-2000), de la Gobernación de Cundinamarca (1998), de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (1998-2000), de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Delegada de Gas y Energía (1999, 2000), de la Contraloría de Bolívar (1998-2000), de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL (2000), de la Aeronáutica Civil (2001), del Instituto de Seguros Sociales (2003), del Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, en el tema de la contratación estatal, del Banco Agrario de Colombia, de FINAGRO, del Ministerio de Comunicaciones, de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, y de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Por último, destaca su muy importante actividad judicial como Conjuez del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (1994), y árbitro de los Centros de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Tunja y Cartagena; y particularmente en el muy prestigioso Consejo de Estado, donde fue Magistrado auxiliar (1990) y Conjuez de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo (2001 a 2006), desempeñándose desde 2010 como Magistrado de dicha Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, para el período que termina en 2018.

V

Este *Compendio de derecho administrativo*, por otra parte, además de estar apoyado en toda la larga experiencia que deriva de las actividades académicas, docentes, profesionales y judiciales antes reseñadas que ha desarrollado, está precedido - y no podía

ser de otra forma - de una extensa producción científica y de investigación que se ha materializado en numerosos artículos publicados en Revistas y obras colectivas, en los cuales ha abordado todos los temas de nuestra disciplina; obra representada en un casi centenar de artículos, y en numerosos libros, entre los cuales se destaca su clásica obra sobre *Actos Administrativos* (1988, 1994), su muy importante *Tratado de derecho administrativo* (1996-2008), su reciente y extensa obra sobre el *Control de convencionalidad* (2017).

De toda su obra, que se concentra ahora en este *Compendio*, puede decirse que hay un denominador común que la hace única entre las de los administrativistas colombianos que han elaborado tratados y obras generales de este tipo, y es que salvo unos primeros artículos sobre el tema municipal y de la organización territorial escritos a finales de los ochenta, toda la obra de Jaime Orlando Santofimio se ha desarrollado y ha estado guiada por el texto de la Constitución colombiana de 1991, la cual sin duda, en su momento, fue uno de los textos constitucional más ricos jurídicamente hablando de América Latina, particularmente para nuestra disciplina, donde se operó un masivo proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo como nunca antes había ocurrido en el país;¹ proceso que en homenaje al autor, por su obra, quiero comentar en estas, a manera de Prólogo a su obra.

VI

Es bien sabido que entre el derecho constitucional y el derecho administrativo existen todos los vínculos imaginables, caracterizándose por ser derechos estatales, estrechamente interrelacionados, que es lo que explica que el derecho administrativo tenga como sus bases constitucionales en las del Estado contemporáneo, que en el mundo occidental, corresponden a las del Estado social y democrático de derecho, terminología que aun cuando acuñada desde hacía décadas en las Constituciones europeas, fue expresamente recogida quizás por primera vez en Hispanoamérica en la Constitución 1991 (art. 1).

Hemos dicho que el derecho administrativo es un “derecho estatal,”² en el sentido de que además de emanar del Estado, está destinado a regular una parte esencial del mismo que es la Administración Pública, concebida como complejo orgánico, y en particular, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados³; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos,

¹ En su momento comentamos dicho proceso en Allan R. Brewer-Carías, “El proceso de constitucionalización del derecho administrativo en Colombia” en *Revista de Derecho Público*, N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio-diciembre 1993, pp. 47-59; y en Juan Carlos Cassagne (Director), *Derecho Administrativo. Obra Colectiva en Homenaje al Prof. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires 1998, pp. 157-172

² André Demichel, *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, París 1978, p. 14.

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El concepto de Derecho Administrativo en Venezuela,” en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, Vol. I, Madrid 1983, p. 688. Véase igualmente, “Bases constitucionales del derecho administrativo en Venezuela” en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. El Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Vol. VII, 1984-1985, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1986, pp. 215-231

situados por encima de los intereses particulares,⁴ y que en buena parte deben prevalecer sobre los mismos.

Pero por supuesto, al regular al Estado, el derecho administrativo no es, definitivamente, un derecho estático, sino al contrario, muy dinámico, pues está en constante evolución, reflejo del fenómeno social y político. Cada sociedad, como lo ha dicho mi querido amigo de tantos años Alejandro Nieto, “se expresa en un determinado Derecho y las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica;”⁵ en otras palabras, “el derecho administrativo se asienta sobre bases que están en constante evolución y que reflejan los condicionamientos políticos y sociales vigentes en un momento dado.”⁶ Por ello puede decirse que el derecho administrativo sufre una permanente “crisis de crecimiento,”⁷ por los cambios que constantemente le provocan las transformaciones económicas y sociales, que no cesan.

Teniendo esto en cuenta, puede entonces decirse que las características fundamentales del derecho administrativo constitucionalizado en Colombia, que se reflejan en toda la obra de Santofimio, responden a lo que en el panorama jurídico contemporáneo caracteriza a esta disciplina: en primer lugar, a unas bases constitucionales propias del Estado de derecho; en segundo lugar, a unos condicionamientos democráticos y sociales de ese Estado, y en tercer lugar, a un conjunto de principios que identifican un determinado equilibrio entre prerrogativas y poderes del Estado y derechos y garantías de los ciudadanos. A esas bases constitucionales y principios queremos referirnos de seguidas.

VII

En primer lugar, están los que derivan de la relación que existe entre el derecho administrativo y el Estado de derecho, de manera que puede decirse que no habría derecho administrativo sin Estado de derecho, entre otros factores porque nació con el mismo,⁸ consecuencia de los cinco principios esenciales que surgieron de las Revoluciones francesa y americana, y que condicionaron el constitucionalismo moderno. Estos son, la idea de la Constitución; la limitación y distribución del Poder del Estado; el principio de legalidad; el reconocimiento de los derechos y garantías, y el control judicial del imperio de la ley.

La Constitución colombiana, a pesar de toda su novedad, siguió respondiendo a estos cinco principios clásicos del Estado de derecho, que están en la base de nuestra disciplina.

⁴ Véase sobre esto, además, Allan R. Brewer-Carías, “Sobre el modelo político y Derecho administrativo,” en Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (Editores), *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014, pp.231-256

⁵ Véase Alejandro Nieto, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo,” en *Revista de Administración Pública*, N° 76, Madrid 1975; reproducido en el libro *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su Centenario*, Madrid 1983, pp. 880 y 881.

⁶ Véase Martín Bassols, “Sobre los principios originarios del Derecho Administrativo y su evolución,” en *Libro Homenaje al Profesor Juan Galván Escutia*, Valencia, 1980, p. 57.

⁷ Véase Prosper Weil, *El Derecho Administrativo*, Madrid 1966, p. 31.

⁸ Véase Fernando Garrido Falla, “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales,” en *Revista de Administración Pública*, N° 7, Madrid 1952; reproducido en la obra *34 artículos seleccionados... cit.*, p. 22.

En *primer lugar*, como todas las Constituciones contemporáneas, la Constitución Colombiana es un ejemplo de Constitución rígida, concebida como norma suprema o en sus propios términos, como la “norma de normas” (Art. 4); lo que implica que todos los órganos del Estado y todos los individuos están sometidos a sus disposiciones, y tienen la obligación de respetarla y obedecerla (Art. 4). Como tal, es una norma directamente aplicable a los individuos, y fuente directa del derecho administrativo y de derechos y obligaciones.

Ese carácter de norma rígida y suprema, hace que prevalezca sobre toda otra norma o acto estatal, debiendo por tanto ser aplicada con preferencia cuando exista incompatibilidad entre ella y otras normas. Así lo dice el artículo 4º de la Constitución, pero sin aclarar si la aplicación preferente de la Constitución es un poder exclusivo de los jueces como desde principios de siglo lo ha sido en Colombia, o podría ser extensivo a todo el que en el funcionamiento del Estado deba aplicar normas, lo que sin duda abriría el camino a la anarquía. De algunas normas constitucionales, sin embargo, parece claro que sólo la autoridad judicial es la que podría desaplicar normas por inconstitucionalidad (por ejemplo el art. 305.10).

En segundo lugar, conforme al más clásico de los principios del Estado de derecho, como un Estado en el cual su poder está limitado como garantía de la libertad, en la Constitución colombiana también se establece como mecanismo de organización de dicho control, tanto un sistema de distribución horizontal del poder público, como un sistema de distribución vertical del mismo, originando un principio de descentralización del poder.

Primero, la Constitución de 1991, sin duda, establece un sistema de separación orgánica de poderes, como mecanismo de distribución horizontal del poder, sin estar configurados como compartimientos estancos, y por tanto, alejado del francés, que tanto condicionó la evolución del derecho administrativo en ese país, habiendo dado origen incluso a la justicia administrativa separada del poder o rama judicial, y a un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes limitado, aun cuando en proceso de evolución permanente .

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

Esta separación horizontal orgánica de Poderes en tres ramas de un único Poder Público: la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial (Art. 13), por supuesto, no es rígida, como no lo es en ninguna parte del mundo. No sólo todos los órganos que las integran colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado (Art. 113), sino que el ejercicio de las funciones propias de los órganos de cada uno, no es exclusivo ni excluyente, pudiendo, en dicho ejercicio, haber interferencia por parte de los órganos de los otros poderes.

Así por ejemplo, la función jurisdiccional se puede ejercer además de por los órganos de la rama judicial, por las autoridades administrativas (Art. 116), como sucede

normalmente en todos los países contemporáneos no sólo de nuestra familia de derechos, sino incluso del *common law*,⁹ pudiendo, incluso el Congreso ejercer funciones judiciales como lo dice el artículo 116 de la Constitución. La función administrativa también se ejerce por las diversas ramas del Poder, al igual que la función normativa. Hay en todo caso, funciones que se ejercen por cada rama en forma privativa, y en éstas no puede haber interferencia; pues habría usurpación. De allí la prohibición que el artículo 136.1 impone al Congreso, de “inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades.”

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

Particular importancia para el derecho administrativo tiene, en este contexto de la separación orgánica de poderes, el tratamiento en la Constitución, del ordenamiento de la rama ejecutiva y de la Administración Pública. Puede decirse que esta materia, todos los principios necesarios fueron constitucionalizados: la organización administrativa (Arts. 115, 150.7, 185, 206, 208); los principios sobre la Administración Descentralizada funcionalmente (Arts. 76, 210, 333, 371); la jerarquía administrativa (Arts. 115, 189); el régimen de los funcionarios públicos (Arts. 110, 122, 125, 189) y su responsabilidad (Arts. 6, 91, 122, 124, 198); el régimen de los bienes públicos (Arts. 63, 72, 75, 82 y 332) y el régimen de control de la gestión administrativa, tanto popular (Art. 88), político (Arts. 114, 189.12), fiscal (Arts. 117, 119, 267, 268, 354) como de gestión (Arts. 277.5, 277.6 y 278.13).

En segundo lugar, la Constitución también establece un sistema de distribución vertical del poder, que sin abandonar la forma “unitaria” de la República, la califica, en una aparente contradicción, como descentralizada territorialmente (Arts. 1 y 123), compuesta por entidades territoriales que son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas (Art. 286). Estas entidades descentralizadas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución, con derecho a gobernarse por autoridades propias, elegidas democráticamente por votación popular, que ejercen las competencias que les corresponden; administran los recursos y establecen los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participan en las rentas nacionales (Art. 287). Además, la Constitución regula a las Regiones (Art. 306), a las áreas

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

metropolitanas (Art. 319) y a los territorios con régimen especial, como el Distrito Capital (Art. 322), también como formando parte de la organización territorial.

En mi criterio, esta organización territorial del poder que previó la Constitución colombiana, lo único que tiene de “unitaria” es que no es una federación —y recordemos que federaciones, en sentido clásico del término no existen actualmente—, pero en realidad, en muchos aspectos, es mucho más descentralizada políticamente que muchas federaciones contemporáneas, como por ejemplo, la de Venezuela, que a pesar de los esfuerzos que realizamos por precisamente descentralizar,¹⁰ con la Constitución de 1999 lo que resultó fue más centralista.¹¹

Basta resaltar, para darse cuenta de ello, el tratamiento que la Constitución de 1991 establece en cuanto a las competencias de los órganos de los departamentos y municipios (Arts. 300, 305, 313 y 315), con la autorización general dada al legislador para, mediante la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, distribuir competencias entre la Nación y las entidades territoriales (Art. 288), y la previsión de un sistema de distribución de recursos financieros entre ellas (Art. 356), incluyendo la figura del situado fiscal (Art. 356); tema equivalente a lo que en Venezuela se ha denominado desde principios de siglo pasado, como “situado constitucional;” y el régimen de participación de los municipios en los ingresos de la Nación (Art. 357). En todo ese sistema se aprecia, sin duda, un alto grado de descentralización, no carente sin embargo, de algunos lunares que no encajan, como el de la tutela de los Gobernadores sobre las autoridades municipales que prevé el artículo 305.10, y que les permite a los primeros revisar los actos de los Concejos Municipales y de los Alcaldes y, por motivo de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez.

La tercera de las notas clásicas del Estado de Derecho que justifica incluso su denominación, es la sumisión de todos los órganos del Estado al derecho o a la legalidad, integrada por la “norma de normas,” que es la Constitución (Art. 4), y por todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico que aplican a los diversos órganos del Estado (principio de legalidad), conforme al clásico principio de la formación del Derecho por grados que legó Hans Kelsen al derecho moderno, y que puede decirse que tiene plena vigencia en el marco de la Constitución.¹²

Sobre el tema de la sumisión al derecho, en todo caso, debo hacer una acotación sobre una norma de la Constitución colombiana que siempre me llamó la atención, y es la que

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

11 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional” en *Revista de Estudios de la Administración Local (REAL)*, 292-293, mayo-diciembre 2003, Madrid 2003, pp. 11-43, y en Diego Valadés y José María Serna de la Garza (Coordinadores), *Federalismo y regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-750; y “La federación centralizada en Venezuela. Una contradicción constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Estudios Autonómicos*, Centro de Estudios de Derecho Público y Gobierno “Goberna y derecho, Syntagma, Centro de Estudios Estratégicos de Madrid, Año 1, No. 1, Guayaquil, 2005, pp.59-68.

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

atribuye al Congreso, entre sus funciones, la de "interpretar, reformar y derogar las leyes" (Art. 150.1). Siempre me he preguntado sobre el significado de la primera competencia. ¿Significa qué sólo el Congreso puede interpretar las leyes? Recordemos que eso era lo que en la exageración revolucionaria francesa de la separación de poderes, a comienzos del siglo XIX correspondía a la Asamblea Nacional, a la cual los jueces estaban obligados a consultar cuando tuvieran dudas respecto de la interpretación de una ley mediante el denominado *refere législatif*; ¹³ ello en buena parte debido a la reticencia que había respecto de los jueces, producto de la actitud de los *Parlements* antes de la Revolución. Pero atribuir ese poder en la actualidad al Congreso, en mi criterio no tiene mayor sentido: el Congreso, dicta las leyes, las reforma y las deroga; y al hacerlo lo hace conforme a la interpretación que haga en cada momento de la Constitución. La única forma de "interpretar" las leyes ya sancionadas, es mediante la sanción de nuevas leyes que modifiquen las anteriores.

Quien interpreta la ley, en realidad, es quien tiene que aplicarla y ejecutarla, el juez y el funcionario ejecutivo, dentro de sus respectivas esferas de competencia, y con los límites establecidos en la propia Constitución y sus valores y en la Ley.

El cuarto de los principios tradicionales del Estado de derecho es la declaración constitucional de los derechos y garantías, que ha sido y es el signo común de todos los Estados contemporáneos. En esta materia, la Constitución colombiana de 1991 se incorporó a las corrientes del constitucionalismo universal, al establecer una amplísima declaración de derechos y garantías constitucionales, que sigue la línea iniciada en Constituciones anteriores en América Latina, como la de Brasil.

Lo primero que debe destacarse en esta materia es que conforme al artículo 2 de la Constitución, entre los fines esenciales del Estado se enumera el de "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución," precisándose en forma expresa el principio de "la primacía de los derechos inalienables de la persona" (Art. 5), y recogiendo el principio que ya consagraba por ejemplo la Constitución venezolana de 1961, de que "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos" (Art. 94). La única diferencia de esta cláusula abierta con la prevista en la Constitución venezolana de 1961 y ahora en la de 1999, es el agregado que ésta hace de que "la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos" (Art. 50).

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

Ello, por supuesto, no se podía considerar como algo excepcional, ni como el producto o causa de un "nuevo Derecho," como parecía que algunos apreciaron al sancionarse la

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

Constitución.¹⁴ Es cierto que de las normas de la Constitución colombiana se deriva que los principios relativos a los derechos humanos conducen a que en última instancia, los derechos constitucionales son lo que los jueces digan que son. Pero en esta afirmación no hay nada nuevo. Basta recordar, por ejemplo, la situación en el Reino Unido donde no hay Constitución pero, por supuesto, rige el principio de la *rule of law*. Como señalaba Dicey hace bastante más de un siglo, cuando contrastaba el derecho administrativo de Europa continental con la Constitución inglesa: en el Continente —decía— “los derechos individuales resultan o aparentan resultar de los principios generales de la Constitución,” en tanto que en Inglaterra:

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

De allí concluía diciendo que:

“las normas que en los países extranjeros forman parte de un Código Constitucional, no son la fuente sino la consecuencia de los derechos individuales, tal como han sido definidos y aplicados por los jueces.”¹⁵

Por tanto, que los jueces tengan el poder-deber de aplicar la Constitución y sus principios, incluso conforme a estas cláusulas, no los hace titulares de la creación de ningún “nuevo Derecho” fuera de la propia Constitución, que responde a unos valores concretos, históricos y actuales de la sociedad colombiana. Los jueces nunca han sido meros autómatas, o entes pasivos, ni como decía Montesquieu, “nada más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, incapaces de moderar su fuerza y vigor.”¹⁶ Al contrario, los jueces siempre han sido los intérpretes de la Constitución, pero como lo dice la propia Constitución colombiana, sometidos siempre “al imperio de la ley” (Art. 230) con la posibilidad de usar los criterios auxiliares de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (Art. 230), pero siempre sometidos a la Constitución y la ley, y a sus principios y valores; y nunca convirtiéndose en legisladores.

Debe señalarse, respecto de la consagración de derechos, sin embargo, que del texto de la Constitución colombiana aparecían algunas aparentes contradicciones que los jueces rápidamente superaron. Por ejemplo, en primer lugar, la utilización de la expresión “derechos fundamentales” como una categoría de los derechos constitucionales enumerados en los artículos 11 a 42, y donde no están los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos colectivos y del ambiente. La acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución, sólo está prevista para la protección de los derechos fundamentales, de donde se podría concluir, inconvenientemente, que la protección constitucional podría ser rechazada respecto de los otros derechos. Ello, al contrario, por la técnica de la conexión, ha sido totalmente superado. En segundo lugar, resultaba una aparente contradicción de la

14 Véase por ejemplo, en *Quaestiones juridicae*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, N° 1, junio 1993, 16 pp.; N° 2 junio 1994, 31 pp.

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

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

misma enumeración de los derechos fundamentales y de la previsión respecto de ellos de la acción de tutela, la precisión que hace el artículo 85 de que algunos de esos derechos fundamentales no serían de aplicación inmediata. La verdad es que no es posible imaginar algún derecho fundamental protegible que no sea de aplicación inmediata.

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

En efecto, en cuanto a las garantías constitucionales de los derechos y de la Constitución, ésta, además de establecer la reserva legal como principio general, y precisar la responsabilidad de los funcionarios públicos por violaciones constitucionales (Arts. 6 y 91), consagra, además de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales (Art. 86), todo el completísimo sistema de control difuso y de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, tanto antes como después de su sanción y publicación (Arts. 4, 153, 241), que ha sido, históricamente, junto con el sistema venezolano, uno de los grandes aportes de nuestros países al derecho constitucional comparado.¹⁷

Una observación nos resulta obligante, sin embargo, en cuanto a la potestad de la Corte Constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes, y es que la Constitución, al regular el derecho de propiedad (Art. 58), prohíbe que los motivos de utilidad pública o de interés social que puedan ser invocados por el legislador para establecer esa extraña figura de la “expropiación sin indemnización” —que no es otra cosa que una confiscación—, puedan ser “controvertibles judicialmente” (Art. 58). Realmente, aquí hay una disidencia del sistema con la tendencia general en el mundo contemporáneo, que es la posibilidad del ejercicio del control de la constitucionalidad, incluso con base en los principios de razonabilidad de las leyes.¹⁸

Por otra parte, en cuanto a las garantías de los derechos, debe destacarse que como garantía fundamental, el artículo 93 remite a los tratados internacionales para la determinación de los casos en los cuales no se pueden éstos limitar en los casos de estados de excepción (Art. 93). Rigen por tanto en Colombia, plenamente, las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos que excluyen la posibilidad de toda suspensión o restricción de garantías de ciertos derechos, como el derecho a la vida.

Debemos señalar, además, respecto del tema de la reserva legal, el contraste que resulta de la proclamación del artículo 22 sobre “la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento,” y la precisión de la atribución exclusiva del Congreso, de las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales para, por ejemplo, imponer contribuciones fiscales o parafiscales, sea válida sólo en “tiempo de paz” (Art. 338). La paz, pienso, no debería siquiera permitir vislumbrar que pueda haber “tiempos de guerra.”

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado),” en el libro *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, Tomo II, pp. 770 y siguientes.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Juan Francisco Linares, *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, 1970.

En cuanto a la acción de tutela, que en nuestro criterio más que una acción aislada puede concebirse en la Constitución como un derecho ciudadano a la supremacía constitucional y a sus derechos¹⁹ que se manifiesta en múltiples acciones, la misma está acompañada de otras acciones como las populares de protección (Arts. 88 y 89), el *hábeas corpus* (Art. 30) y el *hábeas data* (Art. 15). La introducción de la tutela, en todo caso fue un avance importantísimo, de manera que con la misma, a pesar de los síntomas que aparecieron de esa “enfermedad” del crecimiento y desarrollo de la institución denominada la “tutelitis,” Colombia se incorporó a la vieja ruta que ya habían seguido casi todos los países del Continente, de la protección inmediata, amparo o tutela de los derechos constitucionales, y que ha sido tan efectiva ante la justicia lenta, que siempre es injusta. La tutela es un remedio rápido frene a las violaciones de derechos constitucionales, como lo es el amparo en Venezuela.

Como lo dijo Hernando Herrera Vergara, Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, luego de la sanción de la Constitución de 1991:

“El rol del juez ha sufrido una profunda y constructiva transformación y revaloración, quizás la de mayor repercusión en la historia nacional a consecuencia principalmente de los cambios que en todos los campos de la justicia realizó la Carta Constitucional. En razón de la existencia de la acción de tutela, todos los jueces de la República se han convertido por mandato constitucional en forma efectiva y real en guardianes de la Carta de Derechos, sea cual fuere el lugar del territorio nacional en que ejerzan su jurisdicción, sin importar su especialidad o jerarquía.”²⁰

Ello es cierto, pero no hay que pensar que con estas instituciones del amparo o tutela hemos inventado algo nuevo en el mundo del derecho. No olvidemos que los jueces angloamericanos, cotidianamente amparan o tutelan los derechos constitucionales, mediante los viejos y ordinarios *writs*, como el *injunction* o el *mandamus*, al igual que los jueces franceses, con los *référés*,²¹ con tanta o más efectividad que nuestra tutela o amparo, y en ello no hay ni nada asombroso ni escandaloso. Exijamos, eso sí, que los jueces cumplan con su deber, pues más importante que las leyes, es que sean justamente administradas. Como lo decía Lord Denning:

“Nada se logra teniendo leyes justas si las mismas son administradas injustamente, por malos jueces o por abogados corruptos. Un país no puede tolerar, por mucho tiempo, un sistema legal que no asegure juicios justos.”²²

VIII

¹⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa,” en Manuel José Cepeda (ed). *La Carta de Derechos. Su interpretación y sus implicaciones*. Bogotá 1993, pp. 25 y siguientes.

²⁰ Véase “Discurso” en *Universitas*, N° 86, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, junio 1994, pp. 295 y 296.

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El amparo a los derechos...,”... *loc. cit.*, p. 28. Cfr. Jorge Vélez García, *Los dos sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*, Bogotá 1994, pp. 93 y siguientes y 321 y siguientes.

²² Véase la referencia en Allan R. Brewer-Carías “La Constitución de 1961 y los problemas del Estado Democrático y Social de Derecho,” en *Reflexiones sobre la Constitución (Tres décadas de vigencia)*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas 1991, p. 34.

Pero hemos dicho que el derecho administrativo en Colombia no sólo es el derecho de un clásico Estado de derecho, caracterizado conforme a los elementos antes analizados, sino que también conforme a la Constitución de 1991, es el derecho de un Estado democrático y social.

Ello deriva del propio artículo 1° de la Constitución que proclama que el Estado está organizado como una República “democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la dignidad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” He allí los valores fundamentales de este Estado democrático y social, que por supuesto ha condicionado todo el derecho estatal, incluyendo el derecho administrativo, como se aprecia de lo expuesto por el profesor Santofimio en este *Compendio*. Esos valores, además, se complementan con la declaración del artículo 2 de la Constitución, que refleja lo que expresan los preámbulos de muchas Constituciones contemporáneas y que señala que:

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

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

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

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

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

Allí, sin duda, está la fuente esencial de la normativa que conforma el derecho administrativo, que no sólo es un derecho formal relativo a los actos, contratos y recursos administrativos, sino un derecho material que regula las actuaciones del Estado y sus relaciones con los administrados. En esa normativa, por supuesto, la orientación constitucional es fundamental en cuanto a la finalidad del Estado. No olvidemos que lo que caracteriza al derecho administrativo en el panorama jurídico contemporáneo, es que regula

instituciones de carácter público colocadas por encima de los intereses colectivos, superiores y generales, que no son, precisamente, la suma de intereses individuales.²³

Respecto de esos intereses, la Constitución de Colombia de 1991 optó claramente por la vía de “la prevalencia del interés general” como uno de los fundamentos de la República, conforme al artículo 1º, lo que se repite incesantemente en el texto en otras normas y formas. Por ejemplo, al regular la propiedad indica que “el interés privado deberá ceder al interés público o social” y precisa que es “una función social” (Art. 58); al regular el espacio público, aclara que “prevalece sobre el interés particular” (Art. 82); y al regular la libertad económica señala que el Estado dirige la economía (Art. 334) y que la empresa tiene “una función social que implica obligaciones” (Art. 333). Además, para defender los intereses colectivos y de la sociedad, se consagró la figura del Procurador General de la Nación (Art. 277.2 y 277.3).

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

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

IX

Todo ese conjunto de normas que establecen los fines del Estado, además de imponerle obligaciones de todo orden, incluyendo las prestacionales, le confieren al Estado poderes y prerrogativas para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, los cuales por supuesto no desaparecen, pues también están y deben estar protegidos y garantizados. Por ello, el derecho administrativo además de ser el derecho de Estado democrático y social de derecho, es el derecho regulador de las relaciones entre las personas estatales y los administrados, en las cuales debe prevalecer un equilibrio entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los derechos e intereses individuales y privados que también debe garantizar.

²³ Véase Alejandro Nieto, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo,” *loc. cit.*, p. 890.

No hay que olvidar que si algo ha caracterizado al derecho administrativo durante toda su historia es esa ambigüedad básica de su concepción, que lo muestra, a la vez, como un instrumento para garantizar la acción administrativa y como un instrumento para garantizar la libertad; como un medio para la manifestación de la actividad gubernamental y la prevalencia de los intereses generales y colectivos, y como un medio de protección del administrado frente a la Administración. Por eso, mi apreciado amigo de tantos años, Fernando Garrido Falla señaló, con razón, que:

“el derecho administrativo encierra en su seno una oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita personaje de doble faz: de una parte, un conjunto de prerrogativas que sitúan a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares; de otra parte, la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal.”²⁴

En definitiva, el derecho administrativo siempre se ha explicado por el juego dialéctico de esos dos conceptos contrapuestos, por una parte, la prerrogativa administrativa y por la otra la garantía del administrado, de manera que como dijo mi profesor en París hace ya casi sesenta años, Marcel Waline, por una parte se evite el inmovilismo y la impotencia, y por la otra, la tiranía.²⁵

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

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

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

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

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

24 Véase Fernando Garrido Falla, “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales,” *loc. cit.*, p. 223.

25 Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris 1963, p. 4.

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

El principio que mi gran amigo de tantos años, Jesús González Pérez nos descubrió a los administrativistas en su bellissimo discurso de incorporación a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid sobre “El Principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo,”²⁶ encuentra en la Constitución de Colombia una consagración excepcional, que ha debido contribuir a superar ese mal atávico de los funcionarios que ven en el administrado un “enemigo” y si a éste se le ocurre ejercer un recurso o queja, a veces ven un “criminal,” que hay que perseguir. La buena fe también se aplica como principio a la Administración, pero no como presunción, sino como deber para evitar cargas innecesarias al administrado o malos entendidos por las ambigüedades de los actos administrativos.

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

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

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

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

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

26 Véase Jesús González Pérez, *El Principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madrid 1983, 156 p.

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

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

En efecto, luego de precisar la Constitución el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado “por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Art. 90) como una garantía fundamental de los administrados frente a los privilegios de la Administración, el texto también garantiza el derecho de propiedad, precisando, sin embargo, en primer lugar, que debe cumplir una función social; y en segundo lugar, que cuando resulte un conflicto entre los derechos de los particulares y una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, “el interés privado deberá ceder al interés público o social” (Art. 58). Dicha prevalencia, sin embargo, no puede implicar sin más el desconocimiento del derecho de propiedad y la irresponsabilidad del Estado, pues entonces no habría equilibrio entre prerrogativas y garantías.

Sin embargo, en esta materia, la Constitución colombiana prevé dos figuras que realmente llaman la atención: en primer lugar, la expropiación en vía administrativa, como una excepción a la garantía judicial que es la contrapartida de la potestad expropiatoria; y en segundo lugar, la “expropiación sin indemnización,” como otra excepción, esta vez a la garantía patrimonial, sin la cual no hay expropiación, sino confiscación. Estas disposiciones, dijo en su momento Rafael Nieto Navia “permiten establecer o cohonestan la arbitrariedad del Estado”²⁷ rompiéndose el mencionado equilibrio esencial del derecho administrativo que otras normas de la Constitución establecen, entre prerrogativas de la Administración y las garantías ciudadanas.

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

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

Esta disposición, en efecto, consagra en forma absoluta el efecto no suspensivo de los recursos contencioso-administrativos, que si bien es cierto que fue siempre el principio general tradicional en Colombia y en el mundo jurídico contemporáneo, comenzó a encontrar fórmulas inversas como por ejemplo, en España, desde la Ley 62-1978 sobre

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

protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que estableció, en vía contencioso-administrativa, el carácter suspensivo de los recursos, en la orientación de lo que el artículo 55 del anterior Código Contencioso-Administrativo de Colombia estableció en vía administrativa, y al cual han apuntado las nuevas tendencias del contencioso-administrativo.²⁸

X

De lo antes expresado sobre la constitucionalización del derecho administrativo colombiano, una conclusión surge de inmediato, y es que para cuando se sancionó la Constitución quizás no había otro país de habla hispana en el cual el derecho administrativo hubiera alcanzado un grado tal de constitucionalización como sucedió en Colombia, siguiendo nuestra disciplina, allí, las orientaciones generales que hoy en día tiene en el mundo jurídico contemporáneo y que, como hemos visto, lo configuran como un derecho del Estado democrático y social de derecho, con las suficientes bases constitucionales, conforme a la realidad colombiana, para mantener el equilibrio necesario entre los poderes y prerrogativas de la Administración y los derechos y garantías de los administrados.

Ese esquema de constitucionalización del derecho administrativo, que encontró cabida en la Constitución colombiana, ha sido precisamente la herramienta fundamental que Jaime Orlando Santofimio ha tenido durante toda su labor de investigación sobre nuestra disciplina, los cuales sin duda han condicionado esta obra sobre *Compendio de derecho administrativo* que ahora tengo el honor de prologar, y en la cual analiza todas las instituciones fundamentales de la misma, sobre la base de las regulaciones constitucionales.

Para acometer su propósito, Santofimio dividió la obra en dos grandes partes, una Parte General sobre el derecho de la Administración Pública; y una Parte Especial, sobre el derecho de la Administración pública y su especificidad

En cuanto a la Parte General, que es el grueso de la obra, sobre el derecho de la Administración Pública, el autor acometió el estudio de nuestra disciplina en cuatro partes fundamentales: el régimen general del derecho administrativo y de la Administración Pública, el régimen de la actividad de la Administración Pública, el régimen de la organización administrativa, y el régimen de los medios para la actividad administrativa.

En la Primera parte, que la identificó como Introducción, el autor estudia los siguientes aspectos:

En primer lugar (*Capítulo I*), el concepto del derecho administrativo, haciendo referencia, entre otros aspectos, a los principales criterios doctrinales surgidos de la búsqueda histórica de sustantividad para los conceptos de Administración Pública y derecho administrativo; para concluir formulando una propuesta operativa de un concepto de derecho administrativo.

En segundo lugar (*Capítulo II*), estudia el surgimiento de los tipos de sometimiento de la Administración Pública al derecho, con especial referencia histórica y actual al sometimiento de la Administración Pública colombiana al ordenamiento jurídico y su

²⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Procedimiento Administrativo*, Madrid 1990. p. 120; *Nuevas Tendencias en el Contencioso-Administrativo en Venezuela*, Caracas 1993, pp. 158 y siguientes; y 195 y siguientes.

derecho sustancial, analizando el surgimiento y desarrollo del Consejo de Estado en Colombia.

En *tercer lugar (Capítulo III)*, estudia de los fundamentos del sistema del ordenamiento jurídico de la Administración, con especial referencia a las fuentes del derecho administrativo, comenzando por la Constitución como norma suprema. En ella, Santofimio identifica los fundamentos del sistema sobre la base de los principios y valores que de la misma derivan, algunos de los cuales hemos destacado antes en este Prólogo como insertos en la Constitución de 1991; y que son: el Estado de derecho con los principios de legalidad, de la prevalencia del interés general, de la responsabilidad, de la prevalencia y el respeto a los derechos fundamentales, de la división de poderes, del control de la actividad pública; el Estado democrático con los principios de la soberanía popular, de la participación, del pluralismo, y de la integración por la vía electoral; el Estado social de derecho, con los principios de la solidaridad, y del orden económico y social justo; y el Estado unitario.

Sobre esta base constitucional, en el *Compendio* luego se estudian las otras fuentes fundamentales del derecho administrativo: la ley, el acto administrativo, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, el precedente y la costumbre

En *cuarto lugar (Capítulo IV)*, estudia los sujetos de la relación jurídico-administrativa en el ordenamiento jurídico, con énfasis en el análisis de la subjetividad de la organización administrativa y el muy importante tema de la personalidad jurídica en el derecho público, o del Estado, y su incidencia en el derecho administrativo. En la relación jurídica administrativa en el *Compendio* Santofimio también analiza lo que denomina “el sujeto pasivo de la relación jurídico administrativa” en referencia a la persona particular y el ciudadano, y además a las personas jurídicas de derecho privado y de derecho público.

En la Segunda parte, sobre la actividad de la Administración Pública y sus instrumentos jurídicos, el autor estudia los siguientes aspectos;

En primer lugar (*Capítulo V*), estudia el régimen de la auto-tutela de la administración, es decir, sobre la Administración Pública y su capacidad de tutela autónoma de los bienes jurídicos atribuidos.

En segundo lugar (*Capítulo VI*), estudia las potestades materiales de la Administración, con particular énfasis en los conceptos de discrecionalidad, ponderación y proporcionalidad, y la precisión necesaria sobre el tema de los conceptos jurídicos indeterminados, y sobre la razonabilidad.

En tercer lugar (*Capítulo VII*), estudia la actividad de la Administración Pública y sus principales manifestaciones, distinguiendo fundamentalmente entre la actividad ordenadora y de intervención en la actividad de los particulares (policía); la actividad de prestación de servicios públicos, la actividad de fomento, la actividad de intervención, control y vigilancia, la actividad normativa y reguladora, la actividad planificadora y programadora y la actividad económica y de banca central

En cuarto lugar (*Capítulo VIII*), estudia los instrumentos jurídicos vinculados a la actividad de la Administración Pública, es decir, los instrumentos jurídicos de acción, omisión y actividad de la Administración Pública.

En quinto lugar (*Capítulo IX*), estudia el procedimientos administrativo de formación de las decisiones administrativas, de tanta importancia en Colombia, identificando, entre otras, las cláusulas constitucionales del Estado social de derecho y de Estado democrático en la base de los procedimientos administrativos; los principios generales de los

procedimientos administrativos a la luz de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, tales como los principios de la prevalencia del interés general, de legalidad, y el marco sustancial vinculante de la Convencionalidad, y del debido proceso; y todos los otros clásicos principios del procedimiento administrativo: economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y transparencia, de contradicción, de presunción de buena fe o de tutela a la confianza pública, igualdad, participación, moralidad y responsabilidad.

En esta parte Santofimio analiza con detalle tanto el procedimiento administrativo de formación de las decisiones administrativas, con el estudio del derecho de las formas de su iniciación, con especial énfasis en el derecho de petición; las diversas fases del procedimiento administrativo común y principal en la Ley 1437 de 2011 hasta su fase decisoria final, con referencia al régimen del silencio administrativo, y al régimen de los recursos administrativos de impugnación. El estudio abarca también el régimen de los procedimientos administrativos especiales en la Ley 1437 de 2011, con especial referencia, entre otros, al procedimiento administrativo especial sancionatorio

En sexto lugar (*Capítulo X*) estudia el régimen de los actos administrativos en el sistema del ordenamiento jurídico, partiendo del origen de la noción, y analizando tanto los de contenido individual, con sus elementos de existencia y validez (sujetos, objeto, causa o motivo, finalidad, formalidades, mérito), como los de contenido general (reglamento) y colectivo. El estudio se completa con el análisis de la presunción de legalidad de los actos administrativos y de su eficacia con referencia a su firmeza y ejecutoriedad, y a los casos de pérdida su fuerza ejecutoria; y con el estudio de la revocatoria de los actos administrativos

En séptimo lugar (*Capítulo XI*) estudia el régimen de los contratos estatales, partiendo de la investigación sobre el surgimiento de la teoría sobre el contrato estatal, y analizando sucesivamente las diversas aproximaciones al concepto, partiendo del concepto material a partir de la interrelación del régimen jurídico de los contratos estatales, el derecho civil y comercial, y formulando una propuesta vinculada a las ideas de conmutatividad y reciprocidad negocial. Se analizan además, en la obra, los requisitos de existencia del contrato estatal, sus presupuestos de validez propios de todo contrato, y su finalidad, interpretación, integración, calificación y coligación, el régimen de su ineficacia e invalidez, el equilibrio económico del contrato estatal, la liquidación del contrato estatal, y la potestad sancionadora de la Administración en la contratación.

La octavo lugar (*Capítulo XII*), estudia el tema de las víctimas y la responsabilidad del Estado en el contexto de la base constitucional del Estado social y democrático de derecho, y en particular a la luz del artículo 90 Constitucional, que se refiere al daño antijurídico. Analiza, además, los temas de la imputación y de la reparación integral.

En noveno lugar (*Capítulo XIII*), el autor estudia el régimen de control judicial a la actividad administrativa, haciendo particular referencia a las bases constitucionales de la conformación del control contencioso administrativo en el Estado de derecho, partiendo del impacto general que ha tenido el sistema jurídico continental o europeo de influencia francesa. En esta parte, el autor estudia, en particular, el papel de la jurisdicción contencioso administrativo en el control constitucional y de legalidad del ordenamiento jurídico conforme a lo preceptuado en la Constitución, y frente al control de convencionalidad; las acciones o medios de control propiamente de la jurisdicción contenciosa administrativa (acción de nulidad, acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción de reparación directa y el contencioso mixto de constitucionalidad y legalidad); las acciones constitucionales como instrumentos de la jurisdicción contencioso

administrativa (acciones constitucionales objetivas, acciones constitucionales de protección a los intereses colectivos, y acciones constitucionales subjetivas); el control cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa; y la excepción de inconveniencia.

En la *Tercera Parte* del compendio, relativo a la organización para la acción de la Administración Pública y el cumplimiento de sus finalidades, Santofimio estudia el régimen de la organización territorial y administrativa colombiano en los diferentes niveles para efectos de la acción administrativa (*Capítulo XIV*), distinguiendo conforme a lo establecido en la Constitución de 1991, ante todo, un *Orden territorial Nacional* conformado por la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, integrada por un Sector Central conformado por la Presidencia y Vicepresidencia de la República; los Consejos Superiores de la Administración; los ministerios y departamentos administrativos; y las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica; y un Sector Descentralizado por servicios, conformado por los establecimientos públicos; las empresas industriales y comerciales del Estado; las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; los institutos científicos y tecnológicos; y las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta.

Además del Orden Nacional, el autor estudia el régimen de la organización administrativa en los demás Ordenes Territoriales Departamental, Municipal; Distrital, Provincial, Regional, Indígena, todos establecidos para el cumplimiento de los cometidos estatales y la prestación de servicios. Por último, en materia de organización, también se analiza el Sistema Nacional de Control Interno y el tema de las Funciones administrativas por particulares.

En la *Cuarta parte*, sobre los medios para la acción de la Administración Pública, estudian los siguientes aspectos:

En primer lugar, (*Capítulo XV*), estudia el régimen de la función pública junto con los fundamentos convencional y constitucional de la actividad laboral del Estado, las diversas modalidades de los servidores públicos, entre ellas, los empleados públicos (incluidos los de carrera) y trabajadores oficiales; y el régimen de la Seguridad Social

En segundo lugar (*Capítulo XVI*), estudia el régimen del patrimonio, y los bienes públicos, con referencia a la integración del patrimonio público: dominio eminente, territorio estatal (continental, insular y marítimo), subsuelo, espacio aéreo, segmento de la órbita geoestacionaria, espectro electromagnético; con especial mención a las potenciales afectaciones de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de noviembre de 2012, *Diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)*. Analiza, además, el régimen de los bienes públicos (de uso público, fiscales, ejidos, baldíos), y sobre ellos, la clarificación y deslinde de las tierras de dominio de la Nación, la recuperación de baldíos, y los instrumentos administrativos y judiciales para la defensa de los bienes públicos.

En la llamada *Parte especial del Compendio*, relativo al derecho de la Administración Pública y su especificidad, finalmente el profesor Santofimio analiza los siguientes aspectos:

En primer lugar (*Capítulo I*), el tema de la incidencia de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los procedimientos administrativos, es decir, en general, el tema de la gobernanza electrónica conforme a la cláusula del Estado social y democrático de derecho, y su incidencia en la conformación de los contenidos del derecho

administrativo, en especial del derecho a la información y la comunicación, y en el procedimiento administrativo. .

En segundo lugar (*Capítulo II*) analiza la libertad de expresión y su garantía sustancial bajo preceptos convencionales y constitucionales en el Estado democrático de derecho, con un análisis particular de diversos casos paradigmáticos en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado.

En tercer lugar (*Capítulo III*), estudia los fundamentos del derecho urbanístico y territorial en el contexto del régimen constitucional del Estado social y democrático de derecho, su relación con el derecho de propiedad y la libertad económica, y la sujeción de estas al concepto y reglas de la planeación urbana y territorial.

Y en cuarto lugar (*Capítulo IV*), estudian los incentivos y beneficios fiscales para la inversión ambiental, con particular referencia a las herramientas para la complementación de la protección del ambiente en el derecho colombiano y el régimen de las sanciones administrativas.

XI

Se puede estar o no de acuerdo con la sistemática adoptada por el autor para la configuración de este Convenio, pero lo cierto es que en una forma u otra cumple a cabalidad su cometido de exponer en forma sucinta y con la extensión necesaria, todos los aspectos medulares de nuestra disciplina.

Se trata, como lo apreciará el lector, de una obra que es en cierta forma una “cosecha” que recolecta el profesor Santofimio Gamboa, como fruto de su incesante siembra académica, tanto docente, de investigación, profesional y judicial, que los administrativistas del Continente, además de los colombianos, le debemos agradecer.

Obras de esta naturaleza enriquecen nuestra disciplina, y dejan testimonio hacia el futuro de su progreso.

Nueva York, julio de 2017