



**EL PODER PÚBLICO COMO EXPRESIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE  
SOMETIDO POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Una referencia a la  
limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder en Colombia**

**CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA**

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE FILOSOFÍA  
DOCTORADO EN FILOSOFÍA  
SALAMANCA  
2018**



**EL PODER PÚBLICO COMO EXPRESIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE  
SOMETIDO POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Una referencia a la  
limitación de la discrecionalidad en el ejercicio del poder en Colombia**

**CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA**

**DIRECTOR  
JORGE JIMÉNEZ LEUBE PH.D**

**PRESTO AVAL EN CONFORMIDAD PARA DEPÓSITO**

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE FILOSOFÍA  
DOCTORADO EN FILOSOFÍA  
SALAMANCA  
2018**

**Para Jessica Tatiana: La razón de todo esfuerzo y el motivo de luchar por el presente.**

**Para Nidia: Cuando el amor por alguien se hace cada día más grande, vale la pena compartir la vida con esa persona; tu eres ese amor.**

**Para Pancho: Querido amigo, no pienses que te he olvidado.**

## **AGRADECIMIENTOS**

Especial agradecimiento al profesor Jorge Jiménez Leube por todos los aportes para la realización de la presente tesis doctoral, sin su consejo y ayuda hubiese sido imposible lograrlo; la experiencia académica y el conocimiento profundo de los temas por parte del profesor Leube, fueron de gran ayuda para la culminación de este largo proyecto.

## TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN	8
HIPÓTESIS DE TRABAJO Y PRINCIPALES OBJETIVOS A ALCANZAR	11
OBJETIVOS	13
OBJETIVO GENERAL	13
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
METODOLOGÍA	15
TÍTULO I: EL PODER PÚBLICO COMO EXPRESIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE	20
1. NOCIÓN DE PODER CONSTITUYENTE	22
1.1. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO DEL ESTADO	24
1.2. CARÁCTER SOBERANO DEL PODER CONSTITUYENTE	27
1.3. EL PODER POLÍTICO Y LA CONFORMACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y SOCIAL DE DERECHO	29
1.3.1. El Estado de Derecho y el sometimiento al orden jurídico	30
1.3.2. El poder político en el Estado Social de Derecho	33
2. NOCIÓN DE PODER PÚBLICO	37
2.1. NOCIÓN SUBJETIVA	39
2.2. NOCIÓN OBJETIVA	48
2.3. EL PODER PÚBLICO EN LAS CONFIGURACIONES ESTATALES	61
2.4. EL PODER PÚBLICO COMO DOMINACIÓN DEL ESTADO	62
2.5. EL PODER PÚBLICO COMO EXPRESIÓN DE POTESTAD PÚBLICA	66
2.6. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y LA NOCIÓN DE PODER PÚBLICO	68
2.7. VENTAJAS DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE PODER PÚBLICO	73
TÍTULO II: EL PODER PÚBLICO Y FUNCIONES ESTATALES	77
1. FUNCIÓN LEGISLATIVA: CREACIÓN DE LA LEY	78
2. FUNCIÓN EJECUTIVA: APLICACIÓN DE LA LEY	94
3. FUNCIÓN JUDICIAL: IMPOSICIÓN DE LA LEY	110
3.1. EL CONTROL CONSTITUCIONAL	111
3.1.1. Legitimidad del control de constitucionalidad	118
3.1.1.1. Legitimidad en sentido lato	121
3.1.1.2. Legitimidad en sentido estricto	123
3.1.1.3. Legitimidad material	131
3.1.1.4. Legitimidad formal	143

TÍTULO III: PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PODER Y POTESTADES PÚBLICAS	147
1. NOCIÓN DE PRINCIPIO LEGALIDAD	147
1.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRIMACÍA DE LA LEY: NO SOLO ES FORMAL	152
2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	161
3. LA JERARQUÍA NORMATIVA Y EL RESPETO DE REGULACIONES MATERIALES	168
3.1. FORMAS QUE DETERMINAN LA OBLIGATORIEDAD NORMATIVA	176
3.2. LA OBLIGATORIEDAD NORMATIVA Y LA IMPOSICIÓN POR LA FUERZA	182
3.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL SISTEMA NORMATIVO	187
3.4. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS Y SU POSITIVIZACIÓN EN TEXTOS ESCRITOS	194
4. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ESTADOS, PODER PÚBLICO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD	200
5. LAS POTESTADES PÚBLICAS SOMETIDAS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	220
6. SANCIONES POR INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	229
6.1. AUTOSANCIONES DEL PODER EJECUTIVO	230
6.1.1. La revocación directa	230
6.1.2. Sanciones disciplinarias	231
6.2. SANCIONES DE LOS JUECES	233
6.3. SANCIONES DEL LEGISLATIVO	238
TÍTULO IV: LA CÍCLICA RELACIÓN PODER PÚBLICO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD	243
1. LA OBLIGACIÓN DE OBEDIENCIA NORMATIVA	244
2. EL SOMETIMIENTO DE LA CREACIÓN DE LA LEY POR LA LEY	247
3. VALIDEZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: SUPREMACÍA NORMATIVA	253
3.1. FRENTE A LA ÉTICA Y LA MORAL	254
3.2. ACEPTACIÓN SOCIAL Y VALIDEZ	260
4. CONTROL DEL PODER PÚBLICO: EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	265
4.1. GARANTÍA FORMAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	266
4.2. LA VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS Y LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS DE PODER PÚBLICO	269
TÍTULO V: LIMITACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD: EXPRESIÓN DEL PODER PÚBLICO SUBORDINADO	271
1. NATURALEZA REGLADA DEL PODER PÚBLICO	272
2. FORMALISMOS EN LAS ACTUACIONES PÚBLICAS	274
3. SOMETIMIENTO A LA LEGALIDAD: EXPRESIÓN DE RITUALISMO	277

4. ACTOS DISCRECIONALES Y SU CARÁCTER REGLADO	279
5. ACTOS DE PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO: CONFIRMACIÓN DE LOS FORMALISMOS	281
6. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y NATURALEZA REGLADA DEL PODER PÚBLICO	289
7. EL PODER PÚBLICO REGLADO EN EL ORDEN JURÍDICO ESPAÑOL	293
8. LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA RECONOCE EL PODER PÚBLICO REGLADO	296
9. LOS ACUERDOS DEL ESTADO Y LOS FORMALISMOS EN EL PODER PÚBLICO	300
CONCLUSIONES	306
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	310

## INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

El Poder Público como expresión del Poder Constituyente, implica la expresión de autoridad dentro de las diferentes formas de Estado y de Gobierno que a lo largo de la historia se han podido determinar. Desde la época de los filósofos griegos como Platón y Aristóteles el estudio de la formas de Estado y de Gobierno ha sido una constante que se puede identificar de igual manera en filósofos e historiadores romanos como Polibio; circunstancia que no fue extraña en la edad media en pensadores tan importantes como Tomás de Aquino, pero que adquiere una connotación muy significativa a partir de Maquiavelo con la aparición del concepto de Estado moderno, el cual se ha mantenido hasta nuestros días a pesar de las variables que se puedan identificar.

En efecto, toda comunidad humana que implique organización y autoridad, necesariamente involucra un Poder Público, que de una u otra forma se va a concretar en las formas de Estado y Gobierno, los cuales van a tener una estrecha relación con el Principio de Legalidad, en cuanto a la existencia de regulaciones normativas que rigen toda la actividad pública dentro de dichos estados; lo que determina que la discrecionalidad pública se vea fuertemente limitada, así se considere que dicho Poder Público se expresa fundamentalmente en una Constitución, pero que en lo que corresponde a la presente investigación lo trataré desde la conformación del Estado de Derecho y Social de Derecho en sus diversas estructuras y determinado por el Principio de Legalidad.

Es claro que el Poder Público se enmarca dentro de las regulaciones normativas previstas en la Constitución, pero no solamente en ella, sino que en cualquier sentido lo encontramos dentro del Estado, quien es su vez determinado por otras normas que conforman legalidad en sentido genérico; en dichas circunstancias, la investigación identificará la noción de Poder Público, para hacer referencia a un poder dentro del Estado determinado por el Principio de Legalidad, lo cual limita la



discrecionalidad pública.

Implica lo anterior, que la noción de Poder Público necesariamente tiene que identificarse en las funciones del Estado (para algunos, poderes que conforman la noción de Poder Público), es decir, en las actividades legislativa, ejecutiva y judicial, las cuales están íntimamente relacionadas y se encuentran sometidas a la legalidad, por esta razón, el análisis se realiza dentro del funcionamiento del Poder Público desde la óptica de la aplicación del Principio de Legalidad, en el sentido del sometimiento a la ley, pero con una particular referencia a los criterios de validez de las normas para legitimar dicha subordinación y de esta manera justificar la limitación del ejercicio de dicho Poder Público.

Pero el sometimiento del Poder Público a la legalidad a través de la aplicación de regulaciones normativas, no ha sido uniforme ni se ha manifestado en un mismo concepto, en la medida que han existido corrientes de pensamiento que lo han abordado y aplicado de manera diversa, lo cual se concreta para el caso específico de la investigación, en el sentido que los criterios de validez y legitimidad han sido distintos.

Por lo anterior, he querido plantear los siguientes problemas de investigación:

1. ¿El Principio de Legalidad condiciona al Poder Público o, por el contrario, el Poder Público determina al Principio de Legalidad?,
2. ¿Cuál es la relación entre el Principio de Legalidad y el Poder Público?
3. ¿En qué medida el Principio de Legalidad limita la discrecionalidad de las autoridades públicas en el ejercicio del Poder Público?

Puesto que, es natural que la organización político administrativa de un Estado

contenga manifestaciones de poder, el cual debe estar regulado de una u otra forma por normas de distinta naturaleza, pero que para el caso de la presente investigación nos interesan las de carácter jurídico fundamentalmente (ya que pueden existir otras como las de orden moral, por ejemplo), en la medida que cualquier actuación de las autoridades públicas debe someterse a regulaciones jurídicas; sin embargo, el Poder Público también puede impactarlas, en la medida que la Función Legislativa, es decir, la producción de la ley y la Función Ejecutiva de aplicación de la misma, ejercen una clara determinación sobre ellas, como ocurre de la misma manera con la Función Judicial.

Implica entonces, una relación de subordinación entre el Poder Público y el Principio de Legalidad, que en nuestro parecer debe ser analizado desde la óptica de la validez de las normas para que el mismo sea legítimo y de esta manera determinar cuál prima sobre el otro, puesto que, la estrecha interrelación entre ellos no evidencia en algunos casos una clara distinción en su determinación; en efecto, se percibe una notoria tensión entre el Poder Público y el Principio de Legalidad, por lo que se hace necesario establecer el condicionamiento de uno respecto del otro y así determinar si las actuaciones en ejercicio de dicho poder dejan de ser discrecionales.

Por lo anterior, pretendo establecer cómo funciona la relación Poder Público y el Principio de Legalidad, en cuanto al impacto de uno respecto del otro, dentro de la forma Estado de Derecho y Estado Social de Derecho que nos asiste, para proponer un criterio adecuado de control de la actividad estatal a partir de las tensiones y dependencias que existen entre ellos, y así determinar cómo funciona la discrecionalidad en el ejercicio de dicho poder.

Significa lo anterior, que la investigación se justifica por la necesidad de establecer cómo opera el ejercicio del Poder Público frente a un adecuado control de legalidad, para lograr armonía en el funcionamiento del Estado.

## **HIPÓTESIS DE TRABAJO Y PRINCIPALES OBJETIVOS A ALCANZAR**

De la problemática de investigación propuesta, es procedente plantear algunas hipótesis de investigación que nos permitirán resolverla adecuadamente, así:

1. El Poder Público está condicionado por el Principio de Legalidad.

Cuando se expide una norma, la misma alcanza existencia e identidad propia, lo que implica que el Poder Público es condicionado por el orden legal, evidenciándose una relación de sometimiento al Principio de Legalidad y, en esta medida, todas las prerrogativas y potestades públicas deben subordinación a dicho principio.

2. En el evento en que se expide una regulación normativa, lo que se hace es crear sistemas de control de las prerrogativas públicas.

El Poder Público en su expresión de la Función Legislativa produce regulaciones legales en sentido genérico, que se hacen independientes y adquieren superioridad jerárquica frente a quien las genera, por cuanto que, al llegar una norma al mundo jurídico asume autonomía y subordina la actividad de quien las ha creado; es decir, que el Estado a través del Poder Público origina normas que lo subordinan y en esta medida se configura un auto control de su actuación.

3. De la misma manera, las normas que el Poder Público ha creado en ejercicio de la Función Legislativa, condicionan la actividad de quien las aplica y, en esta circunstancia, la Administración Pública se ve sometida al Principio de Legalidad.

De todas formas, cuando la Administración Pública ejecuta y aplica la ley, está determinando al Principio de Legalidad en el modo de aplicación.

4. Entre el Poder Público y el Principio de Legalidad existe una continua tensión para lograr superioridad jerárquica dentro de la estructura estatal.

El Poder Público en su expresión de la Función Legislativa, al expedir las regulaciones normativas generales, en principio estaría en la cúspide de la jerarquía de la estructura del Estado de Derecho, pero al concretarse el Principio de Legalidad, es decir, al entrar en funcionamiento la imposición de dichas normas, éste, de una u otra forma condiciona su actividad. En idéntico sentido ocurre con la actividad de la Administración Pública, ya que, cuando va a aplicar la ley se ve condicionada por ella, mostrando así una cíclica relación de jerarquía.

5. El Principio de Legalidad y el Poder Público mantienen un vínculo de interdependencia en cuanto a su existencia y control.

Lo anterior es así, pues el Poder Público concreta el Principio de Legalidad, cuando en ejercicio de la Función Legislativa crea la ley en sentido genérico, pero éste a su vez lo subordina y, sin embargo, sufre condicionamiento de aquel.

6. El sometimiento del Poder Público por el Principio de Legalidad determina la ausencia de discrecionalidad en su ejercicio.

En efecto, cuando las regulaciones normativas subordinan toda la actividad dentro del Estado, la discrecionalidad pierde preponderancia en el ejercicio del Poder Público.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL**

La investigación tiene por objetivo general, hacer un análisis del funcionamiento del Principio de Legalidad en sentido genérico frente al Poder Público, con el fin de establecer cómo se determina uno frente al otro; en efecto, dentro del Estado de Derecho o Social de Derecho, es evidente la existencia de un Poder Público que tiene de una u otra manera en las funciones, legislativa, ejecutiva y judicial sus formas de expresión; pero también es claro, que el Principio de Legalidad lo subordina para que dicho Estado funcione dentro de un orden legal predeterminado. En este contexto, es viable identificar cuál de ellos determina al otro, con el fin de proponer criterios adecuados de control de la actividad estatal.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Los objetivos específicos que se plantean en la presente investigación son los siguientes:

- Determinar el origen, desarrollo y situación del Poder Público como expresión del Poder Constituyente, para evidenciarlo en la organización del Estado de Derecho y Social de Derecho.
- Mostrar cómo las funciones, legislativa, ejecutiva y judicial constituyen expresión del Poder Público dentro la estructura del Estado de Derecho y Social de Derecho.
- Identificar de qué manera funciona el Principio de Legalidad en sentido genérico frente al Poder Público.

- Establecer mecanismos adecuados de control de legalidad en sentido genérico del Poder Público, con el fin de darle un sentido práctico a la investigación y evitar así la simple teorización del tema.
- Establecer la forma en que la discrecionalidad en el ejercicio del Poder Público es limitada por el Principio de Legalidad.

## METODOLOGÍA

En materia del diseño metodológico debemos partir de que todos los análisis en materia de pensamiento humano comparten criterios del legado filosófico, de la organización lógica, de la tónica aristotélica o de las grandes escuelas del lenguaje como Ludwig Wittgenstein; lo anterior es evidencia de lo que podríamos llamar un armazón de toda estructura producto del raciocinio.

En materia específica de la presente investigación, debo decir, que está enmarcada por el ejercicio dialogante del pensamiento, el cual enseñaba Santo Tomás de Aquino sobre cómo deben ponerse en relación las ideas, para poder evolucionar sobre ellas inspirados en la *lectio disputatio*, lo que implica que se deben recibir argumentaciones, posturas de pensamiento o criterios diferentes y concluir sobre los mismos.

Este método dialógico, lo traducimos en una metodología específica de la Filosofía del Derecho Dual, o lo que es lo mismo, la naturaleza Dual del Derecho y la Filosofía, en el sentido que existen verdades distintas en materia jurídica y de las realidades de los fenómenos subyacentes al pensamiento jurídico filosófico.

Entender el fenómeno de la Filosofía del Derecho en su esencia Dual, hace que comprendamos que es Pretensión; por lo tanto, tiene un contenido aspiracional. Con ello, hay un mínimo de moral en el derecho y esto implica una pretensión de corrección. Pero esta concepción de carácter abstracto e ideal del sistema jurídico hace que se relacione con un aspecto más empírico y tangible. En síntesis, es la idea de la naturaleza dual del derecho que ensañaba Borowsky: “el ejercicio de ponderación debe extenderse mediante un procedimiento metódico estricto hasta poder determinar el *quantum*, o grado y peso de afectación de cada principio, a fin de establecer de una manera precisa sus relaciones de precedencia, esto es, mediante la aplicación de la técnica de ‘proporcionalidad’” o subsunción como

mecanismos de concreción de una norma<sup>1</sup>.

Fundamentación que es plenamente aplicable tanto a la Filosofía del Derecho como a la Filosofía Política, por cuanto la existencia de criterios que se presenten como contradictorios, pueden ser enfrentados en un ejercicio dialogante de pensamiento, ya sea desde la perspectiva de la ponderación, la subsunción o el simple análisis comparativo por ejemplo (porque pueden existir otras posibilidades), con el fin de establecer criterios de verdad en uno y otro caso, como se hace en la investigación que me ocupa.

Del otro lado está la realidad de los hechos, pero no los hechos humanos simplemente estadísticos, los cuales no son parte significativa del interés de la Filosofía del Derecho (o tal vez no sea lo que más le preocupe), aunque sí constituyen el objeto de su regulación y análisis; sino de aquellos que determinan la realidad social, que luego impactan el Derecho y sirven para encaminar análisis argumentativos del mismo, en la expresión de una o unas corrientes filosóficas que lo sustentan.

En efecto, corrientes filosóficas y teóricas del Derecho como el Positivismo Jurídico, el Iusnaturalismo o el Realismo Jurídico, entre otras, se alimentan de criterios argumentativos que implican la dualidad mencionada, puesto que, necesariamente se deben confrontar, analizar y determinar sus verdades, teniendo en cuenta otras formas de pensamiento en un diálogo continuo.

Por tal razón y en lo que compete al análisis de la investigación, las realidades humanas encuentran complemento en su realización a través de actos institucionales; es decir, objetos concretos, como ocurre con el fenómeno del Derecho, el cual constituye la institución concreta, en la medida que su finalidad

---

<sup>1</sup> BOROWSKY, Martín. La restricción de los Derechos Fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, 2000, Año 20, no. 59, pp. 29-56.



no es otra que la regulación de actos humanos.

Así las cosas, la idea general de Dignidad Humana, Derechos Fundamentales, Principios Generales y mandatos, por ejemplo, se desarrollan en una simbiosis o en un diálogo permanente con los objetos institucionales; los cuales, en específico son el quehacer jurídico, y en tal razón del pensamiento jurídico filosófico.

Por tales circunstancias, en el marco metodológico de esa dualidad desarrollaré el siguiente plan de trabajo:

En el primer título denominado: “*El Poder Público como expresión del Poder Constituyente*”, haré un análisis de las nociones de Poder Constituyente y Poder Público, a partir de las distintas posturas argumentativas que se refieren al asunto; pero de igual manera presento los criterios personales que en mi parecer pueden ser importantes en la denominación de los conceptos.

Este título lo considero de vital fundamentación argumentativa para la investigación, ya que pretende sentar las bases del desarrollo del análisis que posteriormente se hará respecto de la relación entre Poder Público y Principio de Legalidad.

En el segundo título me adentraré en el estudio de Poder Público y las funciones estatales, en la medida que el mencionado poder se expresa en las denominadas funciones legislativa, ejecutiva o administrativa y en la judicial, constituyendo el marco de influencia del Principio de Legalidad en las actividades del Estado, por cuanto las regulaciones normativas, se hacen efectivas en las funciones del Poder Público.

Es importante indicar, que las funciones del Estado son independientes, aunque están asistidas de una estrecha relación, lo que hace que se colaboren

armónicamente para el adecuado funcionamiento del mismo; sin embargo en cualquier caso están sometidas por el Principio de Legalidad, en cuanto se desarrollan dentro del Estado de Derecho.

En el tercer título me ocuparé del estudio del Principio de Legalidad a partir de su noción y de sus expresiones normativas dentro del Estado de Derecho, las cuales incluyen a los Principios generales del Derecho como normas jurídicas sin que estén incluidos en textos legales escritos; pero además, de los controles constitucionales para la garantía del mentado principio y de las infracciones por su violación.

Este título aunque puede tener contenidos descriptivos, es fundamentalmente argumentativo y propositivo, por las posturas de fundamentación que contiene.

Por su parte, en título cuarto haré alusión a la relación entre el Poder Público y el Principio de Legalidad en lo que denominaré relación cíclica, con el fin de determinar quién o cual prima sobre el otro, por cuanto la vinculación entre los dos, los coloca en una constante pugna de supremacía, ya que si bien es cierto el Poder Público crea la ley, ésta lo condiciona al subordinar las actividades del Estado, entre ellas la propia producción legislativa.

Determinación de supremacía que en cuanto al Principio de Legalidad lo analizaré desde criterios de validez y legitimidad normativa, es decir, del por qué las normas jurídicas tienen tal carácter, diferenciándose de las de orden moral o ético, por ejemplo.

Finalmente, en el título quinto analizo el sentido práctico que puede tener la relación entre Poder Público y el Principio de Legalidad, en cuanto a la limitación de la discrecionalidad en el ejercicio de las funciones del Estado, especialmente la relacionada con el Poder Público Ejecutivo o Administrativo.

Este título es fundamentalmente argumentativo y propositivo, ya que planteo un criterio de ausencia de discrecionalidad en el ejercicio del Poder Público, lo que lleva a repensar la postura que prevé, que cuando el Estado actúa lo hace con fundamento en criterios discrecionales de prerrogativas o poderes unilaterales.

Como se puede observar, los títulos, tercero, cuarto y quinto, son fundamentalmente propositivos de criterios que analizarán el Poder Público, el Principio de Legalidad, y su relación de supremacía, así como la aplicación práctica de la misma

Por tal razón, la metodología planteada permite indicar: que teniendo en cuenta los problemas de investigación propuestos, las hipótesis y los objetivos indicados, el método de investigación es de orden analítico-propositivo, en la medida que se partirá del estudio de los conceptos de Poder Constituyente, Poder Público y Principio de Legalidad, para establecer cómo funciona la determinación entre uno y otro, es decir, se identificará cual es la relación de jerarquía entre los mismos, que implica la generación y control entre ellos.

Así las cosas, puedo referir que el método es igualmente inductivo, ya que a partir de conceptos particulares de Poder Constituyente, Poder Público y Principio de Legalidad, se identificará el funcionamiento entre ellos, proponiendo una forma adecuada de control entre los mismos, que permita optimizar el funcionamiento de la actividad estatal, ya que en última instancia es lo que se busca en casos como el que nos ocupa.

## TÍTULO I

### EL PODER PÚBLICO COMO EXPRESIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

El hombre por naturaleza ha sido un ser social<sup>2</sup>, lo que ha determinado su vida en relación con otros seres de su misma especie, permitiéndose una convivencia en comunidad; así, no se concibe al hombre en una existencia aislada, sino que por el contrario, los grupos sociales son los que han imperado a lo largo de la historia de la humanidad, en la medida que aventuras como las de Robinson Crusoe, lo que hacen es reflejar la necesidad de convivencia social, pues lo que buscó Robinson a lo largo de su permanencia en la isla perdida, fue tratar de lograr salir y encontrar vida social<sup>3</sup>.

Pero esa idea de convivencia del hombre en comunidad, ha llevado a que se establezcan modalidades de organización política, que han determinado la existencia de criterios de poder, formas de Estado y dentro de estos, sistemas de gobierno, por la necesidad de establecer un orden a dicha convivencia<sup>4</sup>, pues de lo contrario se presentaría un caos que llevaría a la barbarie y a la constante lucha entre los miembros del grupo social por lograr supervivencia dentro de su

---

<sup>2</sup> Aristóteles decía que el hombre es un ser que vive en comunidad, con el fin de lograr algún bien, siendo el mayor bien la comunidad política; en efecto, lo expresa en el libro primero de la Política cuando dice: *“Toda ciudad se ofrece a nuestros ojos como una comunidad; y toda comunidad se constituye a su vez en vista de algún bien (ya que todos hacen cuanto hacen en vista de lo que estiman ser un bien). Si pues todas las comunidades humanas apuntan a algún bien es manifiesto que el mayor bien entre todas habrá de estar enderezada la comunidad suprema entre todas y que comprende a todas las demás; ahora bien, esta es la comunidad política a la que llamamos ciudad”* (Aristóteles, 2004, p. 209).

<sup>3</sup> En efecto, expresiones tales como: el hombre es un ser social y no un ser solitario y aislado, evidencian que la interacción entre los seres es lo que prima en nuestra especie.

<sup>4</sup> BADÍA, Juan Fernando. Las formas históricas de poder político y sus legitimidades. *Revista de Estudios Políticos*, 1964, no. 138, p. 85-122: *“En concreto, podemos afirmar que no hay Estado o Poder institucionalizado sin una específica relación política o estructura de autoridad-obediencia juridizada, es decir, normativizada jurídicamente, o sea, sin una Constitución o leyes fundamentales.*

*Claro en tanto se producirá la adhesión de los miembros de la sociedad al tipo de orden cristalizado en la Constitución en cuanto se refleje las necesidades de interés público, o bien común de la sociedad en cuestión”.*

entorno<sup>5</sup>.

En efecto, consideramos que en el orden de existencia, han sido primero las estructuras de poder dentro de los grupos sociales que las organizaciones estatales<sup>6</sup>, ya que para hablar de estas en un sentido estricto, es necesario el cumplimiento de requisitos que no se evidenciaban de una manera clara en las primeras formas sociales<sup>7</sup>; esto es así, ya que dentro de todo grupo social es posible encontrar muestras de imposición de alguno o de algunos frente a los demás, para lograr tranquilidad y prosperidad en la convivencia<sup>8</sup>, constituyendo de esta manera alguna determinación de gobierno<sup>9</sup>, sin que ello implique la existencia

---

<sup>5</sup> Si ello no fuera así, es decir, que el hombre buscará convivir a través de formas organizadas, su existencia se limitaría al simple respeto de las leyes de la naturaleza y en esta medida, se mantendrían esas formas de subordinación que en la antigüedad llevó a que se esclavizara en su ignorancia; en este sentido lo muestra Bueno (1957, p. 9) lo deja ver de la siguiente manera: *“...el hombre primitivo construye su mundo sobre los datos de la realidad externa y se circunscribe a ellos, permitiendo que la naturaleza tenga sobre él la gran influencia que observamos en su contextura antropológica primitiva; llega a esclavizarse en la superstición que le impone la grandiosidad de las fuerzas naturales, cuyo origen probablemente desconoce, pero cuya manifestación no deja de sentir”*.

<sup>6</sup> Para algunos autores como Giambattista Vico la familia constituye un estadio si es que se puede llamar así, posterior al hombre salvaje y anterior al Estado como tal, pero de todas formas con alguna conformación de poder, es decir de mando y subordinación dentro de la misma; en efecto, Vico, Giambattista, *Il diritto universale - Dell'unico*, en cita que hace Bobbio (2014, p. 112), lo muestra de la siguiente manera: *“...nació la autoridad económica o familiar, por la cual los padres son soberanos en su familia. La libertad de los hijos está completamente en poder de los padres, por lo que estos tienen el derecho de vender al hijo... Los padres tienen la tutela de los hijos al igual que la tienen sobre su casa o sobre sus cosas. Así pueden disponer de ellos, los pueden ceder a otros imperativamente, como cualquier otra cosa de su pertenencia. De manera que las familias fueron un primero y pequeño esbozo de los gobiernos civiles”*.

<sup>7</sup> En efecto, se puede indicar que en el Estado existen unos elementos claramente determinados como son el pueblo, el territorio y el poder, que en las organizaciones sociales preestatales no son claramente determinados.

<sup>8</sup> Tal vez por esta razón filósofos como Sócrates concebían la formación del Estado a partir de las necesidades de asociación de los hombres para proveer su sustento; es decir, para lograr la tranquilidad de subsistencia.

<sup>9</sup> Naranjo (1987, p. 192), distingue las formas de Estado de los sistemas de Gobierno de la siguiente manera: *“La forma que reviste un Estado se refiere a los principios en virtud de los cuales se organizan y disponen los elementos que lo constituyen, esto es la población, el territorio y la autoridad o gobierno. En cambio los sistemas de gobierno se refieren a la organización y estructura interna de los órganos que emanan de la soberanía estatal, su órbita*

de una formalización estatal; lo que se sucede es que en las organizaciones estatales modernas, los sistemas de gobierno se encuentran o expresan en las estructuras del Estado.

Pero de todas formas, sea cual sea la estructura de Estado o el sistema de gobierno que exista, en cualquier caso se involucran criterios de Poder Público o Poder Constituyente, por tal razón, es preciso hacer una aproximación a la noción que lo determina, partiendo de las variables que seguidamente se desarrollan.

## 1. NOCIÓN DE PODER CONSTITUYENTE

La noción de Poder Constituyente ha de identificarse con la potestad que tiene el pueblo de establecer estructuras jurídicas, es decir, un ordenamiento normativo<sup>10</sup> que puede ser nuevo<sup>11</sup> o reformatorio del existente<sup>12</sup>, y que para alguna doctrina

---

*de acción, su competencia, su interrelación”.*

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. Teoría general del Estado, 2ª ed., Ediciones Coayacán, México, 2005, p. 21, identifica el Estado como un orden jurídico y en esta medida prevé: *“Es sabido que la esfera existencial del Estado posee validez normativa y no eficacia casual; que aquella unidad específica que ponemos en el concepto de Estado no radica en el reino de la realidad natural, sino en el de las normas o valores; que el Estado es, por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema; y sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento de que el Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad”*; en tal razón, el poder constituyente determina el Estado y de una u otra forma el ordenamiento, que en un criterio kelseniano se identifican y establecen una relación de interdependencia.

<sup>11</sup> NEGRI, Antonio. El poder constituyente, Libertarias Prodhufi, Madrid, 1994, p. 18, lo presenta en este sentido cuando se pregunta: *“¿Que es en la perspectiva de la ciencia jurídica, el poder constituyente? Es la fuente de producción de normas constitucionales, o bien el poder de hacer una constitución y de dictar después las normas fundamentales que organizan los poderes fundamentales del Estado: en otros términos, el poder de instaurar un nuevo ordenamiento jurídico, esto es, de regular las relaciones jurídicas en el seno de una nueva comunidad”*.

<sup>12</sup> ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Filosofía y teoría del Derecho Constitucional, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2015, p. 191, muestra el poder constituyente en las transformaciones de los ordenamientos jurídicos que identifica con el triunfo de las revoluciones, cuando expresa: *“El poder constituyente se pone en evidencia con las revoluciones triunfantes: Lo que ha sucedido es que la antigua constitución y las normas en ella fundamentadas, el antiguo orden jurídico como totalidad, ha perdido su eficacia y la conducta real de las personas ya no se ajusta a ese viejo orden. La constitución anterior y la norma fundamental*

ha e identificarse con el poder político.

Lo anterior implica, que el Poder Constituyente tiene la facultad de estructuración jurídica, es decir, de imponer regulaciones de dicho carácter que van a determinar todas y cada una de las actividades del Estado, en la medida que el pueblo se une para establecer conformaciones que buscan el orden, la protección, la convivencia y el beneficio de quienes lo integran<sup>13</sup>.

Pero en cualquier sentido, el Poder Constituyente implica la potestad del pueblo de implantar un orden jurídico que normalmente lo hace a través de una Constitución, el cual evidencia de una u otra manera el carácter político que le asiste, ya que se trata de la conformación de estructuras estatales, que en algunos eventos puede tener el carácter de fundacional y en esta medida ha de estar en superioridad del orden que crea; pero en otros casos, al tratarse de la modificación o la alteración de uno ya existente, tendrá que respetar el ordenamiento preestablecido<sup>14</sup>, por lo que pierde su naturaleza de originario y se convierte en

---

*en la que ella se basa han dejado de ser válidas por haber perdido su eficacia; y surge una nueva norma fundamental, una nueva constitución y un nuevo orden jurídico”.*

<sup>13</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, Fondo de Cultura Económica, 3ª reimpresión, México, 2013, p. 77, hace alusión a la conformación del estado civil, que lo puedo identificar con las conformaciones jurídicas derivadas del poder constituyente, en el sentido que el pueblo se une para buscar protección, ayuda o alguna clase de beneficio; que según dicho autor, dependiendo la corriente de pensamiento es posible encontrar distintas finalidades, así: “Según Hobbes, cuando se forma el estado civil los hombres renuncian a todos sus derechos naturales, excepto a uno (el derecho a la vida). Para Locke sucede lo contrario en el estado civil los hombres conservan todos sus derechos naturales excepto uno (el derecho a hacerse justicia por su propia mano). Locke sostiene que los hombres se juntan para salvar la vida pero también sus libertades y posesiones...”.

<sup>14</sup> La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-141 de 2010, cuando se refiere al poder constituyente lo referencia en dicho sentido cuando establece: “El poder constituyente originario tiene por objetivo el establecimiento de una Constitución, está radicado en el pueblo y comporta un ejercicio pleno del poder político, lo que explica que sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico, por lo que dichos actos escapan al control jurisdiccional. A diferencia del poder constituyente originario, el poder constituyente derivado, secundario o de reforma se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado para modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, de donde se desprende que se trata de un poder

derivado, constituido o lo que comúnmente se conoce como Poder Público.

Así las cosas, el Poder Constituyente comporta el carácter originario o fundacional y en esta medida superior al orden jurídico que establece<sup>15</sup>; circunstancia que le da la característica de poder soberano del pueblo, así dicho ordenamiento posteriormente lo condicione en el caso de la conformación de un nuevo ordenamiento a través del Poder Público<sup>16</sup>, como se desarrolla en la presente investigación.

En efecto, esa es la connotación de la investigación, en el sentido de determinar cómo el Poder Constituyente y posteriormente el Poder Público, son determinados por el ordenamiento jurídico en la expresión del Principio de Legalidad, sin que se afecten los criterios de soberanía que le asisten a dichos poderes.

## 1.1. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO DEL ESTADO

La noción de Poder Constituyente se evidencia en la creación y origen del Estado

---

*establecido por la Constitución y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma, de manera que, aunque es poder constituyente, se encuentra instituido por la Constitución, por lo que es derivado y limitado, así como sujeto a controles”.*

<sup>15</sup> Por tal circunstancia, alguna doctrina lo involucra como un poder prejurídico, en la medida que lo que hace es originar el ordenamiento de tal naturaleza y en tal razón no puede estar condicionado por lo inexistente, por lo que está creando; circunstancia distinta es el caso de la reforma del que está vigente, es decir de la estructuras previstas en la Constitución, que se condicionan por las regulaciones normativas de orden constitucional preestablecidas, pero que en mi parecer deja de ser poder constituyente originario y se convierte en derivado o Poder Público, el cual sí tiene una clara limitación del ordenamiento jurídico vigente.

<sup>16</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, no. 36 enero-junio 2017, lo plantea de esta manera cuando dice: *“El poder constituyente es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez. Esta potestad es la ‘suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico”.*



como fundante del mismo, es decir, en la conformación de sus estructuras jurídicas, lo que determina que tenga un carácter político, en el sentido de establecerlo, imponer su forma y el sistema de gobierno dentro del mismo<sup>17</sup>.

Cuando los individuos se unen y deciden establecer una organización que supera los simples conglomerados familiares o sociales, dotándola de regulaciones jurídicas, nos encontramos frente a una conformación de Estado; circunstancia que en mi criterio es connatural al hombre, ya que a lo largo de la historia de la humanidad ha sido una constante la perspectiva de asociación entre los individuos, que buscan algún beneficio común a partir de distintas formas de existencia en comunidad<sup>18</sup>.

Pero esas conformaciones de Estado se identifican por su carácter jurídico, ya que son organizadas a través de regulaciones normativas obligatorias que impactan todas las instituciones que se puedan establecer dentro del mismo; las cuales implican obligatoriedad, es decir, que están asistidas de exigibilidad y cumplimiento, el cual puede ser requerido por quienes detentan el poder dentro de dicho Estado.

El carácter jurídico en un Estado, se identifica obligatoriamente con la imposición de las regulaciones que lo rigen, que no solamente se perciben en normas, sino en todas las instituciones que lo conforman; superando de esta manera las de carácter familiar o social en un sentido preestatal.

Esto es así, que en un criterio kelseniano se identifica el derecho positivo con el

---

<sup>17</sup> En este sentido ver CASILLAS HERNÁNDEZ, Roberto. Poder constituyente originario en las estructuras políticas institucionales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

<sup>18</sup> SABINE, George. Historia de la teoría política, décimo tercera reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 19, lo muestra cómo la forma más importante de la adaptación humana al ambiente natural.

Estado, es decir con el ordenamiento jurídico como una esencia indisoluble entre uno y otro<sup>19</sup>, pero en cualquier caso, creado, establecido u originado por el Poder Constituyente que denota su carácter político, ya que la finalidad suprema de éste se identifica en la conformación de las estructuras estatales.

Lo anterior es de tal categoría, ya que el Poder Constituyente en su expresión de potestad, prerrogativa u omnipotencia del pueblo y para alguna doctrina de la nación<sup>20</sup>, tiene como finalidad la conformación del Estado, ya que éste constituye el instrumento a través del cual se realizan o concretan los bienes de los individuos, en el entendido de beneficios personales y colectivos, que es lo que se busca con las comunidades de personas.

En efecto, el Poder Constituyente en su condición de originario del Estado, persigue beneficio para los individuos que lo integran, sea como consecuencia del pacto o acuerdo a que se hace referencia en las teorías contractualistas<sup>21</sup>, o en las imposiciones unilaterales del individualismo del poder del Estado; pero que en cualquier caso, es la protección, la vivencia en comunidad y el beneficio de unos o de todos, lo que determina su formación por el Poder Constituyente<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. Teoría general del Estado, segunda edición, obra citada, p. 22 lo expresa de la siguiente manera: *“Si el Estado es un sistema normativo, tiene que ser el orden jurídico positivo, pues es imposible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera. Si el Estado fuese otra cosa que el sistema de normas jurídico-positivas, entonces sería tan difícil afirmar desde un mismo punto de vista y dentro de la misma esfera cognoscitiva que el Estado y el Derecho coexisten, como es difícil al jurista afirmar la validez de la moral y al moralista la validez del derecho positivo”*.

<sup>20</sup> SÁCHICA, Luis Carlos. Teoría del poder constituyente, tomado de Derecho Constitucional General, 4ª ed., Bogotá, Temis 1999, p. 66 dice: *“Los hombres que constituyen un Estado político, que lo fundan o sustituyen el existente por otro, ejercitan el poder constituyente. Quienes tienen esa capacidad, dentro de cada comunidad, son los titulares de poder constituyente. Los padres “fundadores”, los patricios, los padres de la patria. De manera que no hay titulares innatos ni gratuitos de ese poder, ni titulares abstractos y anónimos, ficticios, como el pueblo, la nación, el soberano”*.

<sup>21</sup> En este sentido ver los postulados de Hobbes, Locke y Rousseau por ejemplo, en las concepciones clásicas de contractualismo en la formación del Estado.

<sup>22</sup> Ver aquí los fundamentos previstos en las teorías de Emile Durkheim y Carlos Marx sobre el Estado que como lo plantea COLOMBO, Rafael. El Estado en la

## 1.2. CARÁCTER SOBERANO DEL PODER CONSTITUYENTE

El Poder Constituyente está asistido de una característica fundamental, la cual se identifica con el carácter soberano del pueblo, es decir, que sobre él no existe ningún poder superior y en esta medida su ejercicio no está condicionado por alguna potestad de mando, de imposición o de subordinación que lo determine.

Lo anterior es así, porque el Poder Constituyente está radicado en el pueblo que es el fundante del Estado y de sus estructuras jurídicas; por tal razón, la soberanía ha de predicarse del Poder Constituyente (o tal vez como lo plantearemos más adelante, la soberanía ha de atribuirse al pueblo) originario por encima del denominado Poder Público, que en mi parecer sí está sometido por criterios como el Principio de Legalidad, en la medida que no se trata de la conformación inicial del Estado, sino su reforma o reestructuración, que debe someterse al poder original y al Principio de Legalidad<sup>23</sup>.

De todas formas, se ha identificado poder soberano no solamente en la creación del Estado sino igualmente dentro del mismo, por lo que se puede afirmar, que el pueblo transfiere sus potestades a las estructuras jurídicas que crea para que sean ejercidas en el orden normativo preestablecido y es aquí donde entra en juego la sustentación fundamental de la tesis, en el sentido que el Principio de Legalidad o el orden jurídico establecido por el Poder Constituyente o por el poder

---

teoría social - una aproximación al pensamiento de Karl Marx y Emile Durkheim, en [www.rebelion.org/docs/28637.pdf](http://www.rebelion.org/docs/28637.pdf), p. 13 en referencia a Durkheim expresa: *"Nuestra concepción del estado no tiene nada de mística, ya que es esencialmente individualista"*.

<sup>23</sup> BODIN, Jean. Los seis libros de la República, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 47 dice: *"La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la república... Digo que este poder es perpetuo, puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o varios por tiempo determinado, los cuales, una vez transcurrido éste no son más que súbditos"*, y más adelante en la p. 49 expresa: *"La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo... No ocurre así con el príncipe soberano, quien sólo está obligado a dar cuenta a Dios..."*.

político determina al Poder Público<sup>24</sup>.

El poder soberano del pueblo implica que esté sobre cualquier orden jurídico, porque lo que hace es crearlo, originarlo, y en esta medida no se subordina a un poder previo, en la medida que es un poder fundante del Estado como lo planteaba Sieyés<sup>25</sup>.

He mencionado que el Poder Constituyente en su carácter soberano está en el pueblo, en su condición de originador natural del Estado, es decir, fundante del orden jurídico, dentro de sistemas democráticos como el que debe asistir a nuestras organizaciones políticas; pero esto no ha sido así en todo momento, porque en algunas formas de Estado, el Poder Constituyente soberano se ha radicado en la aristocracia, o en el rey, por ejemplo<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> MORAND DEVILLER, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 821, hace la referencia a que E. Laferrière decía: “Lo que caracteriza a la soberanía es que se impone a todos sin que se pueda reclamar de ella ninguna compensación”, por esta razón agrega: “...y justificar de esta manera la irresponsabilidad de la potestad pública: desde 1791, la Nación, como el Rey al que había sucedido, no podía “actuar mal” y ningún tribunal humano tenía competencia para juzgarlo”; por esta razón, se llegó a criterios tales como que, si causaba un daño a un particular no estaba obligado a repararlo.

<sup>25</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional, en Revista Lus et Praxis, vol. 15, no. 1 Talca 2009, p. 231, en referencia a Sieyés dice: “Para Sieyés, el poder constituyente es un poder soberano, el cual no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la Constitución; el poder constituyente es un poder pre-jurídico que actúa libre de toda forma y control. Tal concepción se agrupa en torno a dos ideas fundamentales: a) La existencia de un poder superior, previo a cualquier otro, que determina las normas jurídicas básicas de una sociedad política a través de un acto racional, debatido y sincrónico; y b) la potestad suprema que concreta el poder constituyente proviene del cuerpo político de la sociedad”.

<sup>26</sup> Así lo plantea BARRETO RODRÍGUEZ, José Vicente. El constituyente primario: una construcción filosófica de frontera entre la política y el derecho, en Revista Pensamiento Jurídico No. 34, cuando dice: “Utilizando la clasificación de Lassalle sobre constitución en sentido material, se tiene que el constituyente primario no necesariamente es el pueblo, y la historia ha mostrado como el monarca y la aristocracia, nobleza u oligarquía han sido generadores del orden social y por tanto, en alguna medida, detentadores de ese poder; sin embargo, si entendemos el constitucionalismo como un movimiento que busca la limitación al poder político, entonces el concepto de constituyente primario se orienta a conceder potestades al grupo, ya sea como pueblo, como nación, o incluso como raza o como clase social”.

Pero sea cual sea la noción de Poder Constituyente, o en quien o quienes se radica, es preciso afirmar, que tiene el carácter de soberano por provenir del pueblo y que el mismo origina al Estado y al Poder Público; soberanía que tiene unas implicaciones bien importantes, porque podría pensarse que dicho poder ilimitado se transfiere al Estado y en última instancia al Poder Público, lo que da una facultad de imposición omnímoda que puede permitir sustraerse al cualquier control de orden jurídico; por tal razón, más adelante haré un análisis de algunas formas de Estado(específicamente al Estado de Derecho y social de derecho) para hacer referencia al Poder Constituyente, al Poder Público y a la subordinación por Principio de Legalidad, para así verificar de esta manera si el poder soberano del constituyente primario se traslada de la misma forma al Poder Público.

Pareciera una tautología, que como el Poder Constituyente es soberano por devenir del pueblo, el Poder Público al ser su expresión también lo es, y de esta forma el Principio de Legalidad no operaría de manera tan evidente como pareciera, y en tal medida, dicho poder subordinaría al Principio de Legalidad, generándose así un poder por encima de la ley en sentido general.

### **1.3. EL PODER POLÍTICO Y LA CONFORMACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y SOCIAL DE DERECHO**

El Estado de Derecho y social de derecho constituyen un tema trascendental en el desarrollo de la presente investigación, ya que se trata de identificar una conformación estatal sometida al ordenamiento jurídico o en los términos planteados del problema de investigación que se pretende dilucidar, del sometimiento a la legalidad en sentido genérico.

En efecto, es una clase de Estado en que el ejercicio de todas y cada una de sus

funciones está sometido a la ley, lo que determina que el Principio de Legalidad adquiera plena relevancia, por lo que pasaré a mostrar cómo se evidencia dicha subordinación al orden jurídico.

### **1.3.1. El Estado de Derecho y el sometimiento al orden jurídico**

El Estado de Derecho que implica el sometimiento del mismo a la legalidad en sentido genérico como lo he reiterado en este escrito<sup>27</sup>, determina que las estructuras estatales se conformen y actúen de acuerdo al ordenamiento jurídico, encuentra en estricto sentido sus orígenes en la necesidad de luchar contra los gobiernos de monarquías despóticas en los siglos XVIII y XIX y en la búsqueda de la garantía de derechos de los ciudadanos, encontrándose en la obra del profesor alemán Robert Von Mohl los primeros acercamientos al concepto<sup>28</sup>; pero que las referencias fácticas más directas en cuanto al sistema jurídico colombiano y creo que de alguna manera al español, las encontramos en los acontecimientos de la Revolución Francesa de 1789<sup>29</sup>.

En efecto, la Revolución Francesa, en la que entre otras circunstancias se puede evidenciar una clara inversión en las estructuras estatales respecto al orden

---

<sup>27</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis. Manual de Derecho Administrativo, 28ª ed., Editorial Civitas, Pamplona España, 2017, p. 24, lo identifica como la sumisión del poder al derecho, lo cual me permite indicar, que todas las funciones estatales están sometidas al Principio de Legalidad.

<sup>28</sup> Con VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y social de derecho, en Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, no. 20, diciembre de 2007, quien expresa refiriéndose al profesor Robert Von Mohl: *“El profesor determina dentro de las formas de Estado, el Estado de Derecho de los tiempos modernos y lo caracteriza así: Su esencia se sitúa en el hecho que protege y estimula el desarrollo de todas las fuerzas naturales, desarrollo reconocido por el pueblo como objetivo de la vida del individuo y el conjunto de la sociedad”*.

<sup>29</sup> Digo que las circunstancias fácticas más directas del origen del Estado de Derecho las encontramos en Francia, porque el mismo tuvo un marcado antecedente en las regulaciones del Derecho Administrativo, que como sabemos es el Derecho de la Administración Pública, el cual ha tenido una marcada referencia en nuestros sistemas jurídicos (me refiero al colombiano y al español).

jurídico y por tal al Principio de Legalidad, no son más que una muestra de la conformación del Estado de Derecho, ya que el poder despótico del rey es sometido al ordenamiento jurídico, siendo una muestra clara del germen de esta forma de Estado.

En la etapa previa de la Revolución Francesa en la que el monarca encarnaba el Estado y la soberanía en el mismo, existía una organización de supremacía del rey que implicaba que estuviera por encima de cualquier otra autoridad u órgano estatal, así como de toda regulación jurídica que pudiera existir, ya que encarnaba todos los poderes públicos<sup>30</sup>. En dicho sentido, el Estado encontraba su clara expresión en el rey no se sometido al derecho, ya que al estar por encima de éste lo colocaba fuera de las regulaciones obligatorias, por cuanto era quien las creaba y además aplicaba.

Pero cuando la Revolución invierte la estructura jerárquica de poder en el Estado y se coloca a la ley en un plano de superioridad respecto de quien gobierna, surge una clara expresión de la conformación del Estado de Derecho, porque las regulaciones jurídicas determinan el devenir de todos los órganos del Estado<sup>31</sup>. Ya no es el monarca o gobernante quien subyuga la ley sino al contrario, todas las actuaciones del Estado se desarrollan de acuerdo al orden jurídico.

---

<sup>30</sup> De aquí la famosa frase del Rey Luis 14 de Francia: El Estado soy yo.

<sup>31</sup> Entiendo que el sometimiento de todos los órganos y actividades del Estado a la ley no constituye la única expresión porque se estaría simplemente en lo que algunos han denominado Estado de legalidad y que Kelsen identificaba con el derecho, como lo expresa D'AURIA, Aníbal. Ciencia del derecho y crítica del Estado: Kelsen y los anarquistas, en Revista sobre Enseñanza del Derecho, año 6, número 12, ISSN 1667-4154, p. 12, cuando al referirse a la concepción de derecho en Kelsen indica: *"8. El Estado no es otra cosa que la personificación metafórica del derecho. En efecto al igual que una persona jurídica colectiva (por ejemplo una sociedad anónima) no es algo distinto que los reglamentos que la instituyen, el Estado no es algo distinto del orden jurídico vigente en una porción del globo. Erróneamente estamos acostumbrados a pensar al Estado como una realidad subyacente que crea o pone el derecho. Pero este dualismo es indefendible analíticamente"*.

Aunque el Estado de Derecho no se agota en el simple respeto de la ley sino que involucra otras características como la garantía de derechos, existencia de seguridad jurídica, normas preestablecidas, entre otras<sup>32</sup>, pero que en cualquier sentido conlleva a que el Estado se someta al orden jurídico y yo diría en lo que he venido indicando, al Principio de Legalidad<sup>33</sup>; así para algunos sea una interpretación restrictiva, porque como se indicó existen otras que lo determinan, sin embargo aunque considero el Principio de Legalidad una de las más importantes o significativas, en la medida que lo identifican.

El Estado de Derecho en cuanto a que está sub legem y que en estas circunstancias los órganos y autoridades públicas deben actuar secundum legem y no contra legem, implica que el Principio de Legalidad cobra vital importancia dentro del Estado de Derecho, por cuanto significa que el mismo (Principio de Legalidad), tiene su razón de ser dentro de esta clase de Estado, en la medida que condiciona toda actividad de quienes lo conforman, para que de alguna manera exista una forma de equilibrio entre todos ellos y en relación a los ciudadanos que lo integran<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Con VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Social de Derecho, artículo citado, p. 5 y ss identifica los siguientes elementos del Estado de Derecho: La existencia de una Constitución escrita, la separación de poderes, el Principio de Legalidad, garantía de los derechos fundamentales, seguridad jurídica y protección de la confianza, principio de proporcionalidad.

<sup>33</sup> Porque de todas formas así se trate de sistemas de gobierno con un alto poder centralizado, se ve limitado por la legalidad, como lo expresa FUKUYAMA, Francis. Orden y decadencia de la política, Editorial Ariel, Bogotá, 2016, p. 93 cuando al referirse al Estado Prusiano y a los poderes del emperador dice: *“En esa época, Alemania era una democracia incipiente; la Constitución de Bismarck, bajo la cual actuaba el nuevo Estado unificado alemán desde la época de 1870, preveía la existencia de un Reichstag (o parlamento) electo, pero otorgaba amplios poderes a un emperador no electo que ostentaba el mando del ejército y el derecho exclusivo de nombrar al canciller. La principal limitación al poder ejecutivo no era la democracia, la cual no surgiría hasta la república de Weimar, tras la primera guerra mundial, sino el hecho de que el emperador tuviera que gobernar a través de una administración muy institucionalizada que incorporaba un sistema legal muy desarrollado”*.

<sup>34</sup> Ver HAURIOU, Maurice. Principes de droit public, préface d’Oliver Beaud, Dalloz, Paris, 2010, p. 10 y ss, muestra cómo el orden jurídico lo que lleva es a un equilibrio dentro del Estado.



Equilibrio que se concreta de forma clara en las limitaciones al poder del Estado, cuando implica que debe actuar subordinado a la ley, pero además de acuerdo a la ley y alejado de la vulneración de la misma<sup>35</sup>; circunstancia que encuadra perfectamente en el objeto de esta investigación, en referencia a las relaciones del Poder Público expresado en cada una de sus ramas y el Principio de Legalidad<sup>36</sup>.

### **1.3.2. El poder político en el Estado Social de Derecho**

Cuando hacía referencia al Estado de Derecho lo identificaba como aquella forma de configuración estatal que estaba sometida al derecho, no solamente en un marco estrictamente normativo, es decir, del respeto por los actos expedidos formalmente por el Poder Público en ejercicio de la Función Legislativa, sino desde un punto de vista material en el sentido del contenido que implican tanto los actos como la actividad de legislación; pero además, por la existencia de separación de las funciones públicas, la seguridad jurídica y la garantía de derechos entre otras características.

Ahora, en el Estado Social de Derecho debo indicar, que aquellos elementos o características se mantienen, pero entra en juego la finalidad que ha de buscar para que las condiciones sociales de quienes lo integran sean cada día mejores y en esta medida los derechos que las contienen se vean realizados plenamente, sin que solamente se trate de un Estado asistencialista o benefactor<sup>37</sup>, sino que se

---

<sup>35</sup> MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y otros. Derecho Constitucional General, 2ª ed., Universidad de Medellín, Medellín, 2006, p. 403, ratifica en el Estado de Derecho la limitación del Poder Público.

<sup>36</sup> Bien dice ARNAIZ AMIGO, Aurora. Ciencia política: Estudio doctrinario de sus instituciones, Universidad Autónoma de México, México, 1999, p. 423, cuando expresa que el Estado se organiza en el derecho y que el ordenamiento positivo es el ordenamiento de aquel.

<sup>37</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-566 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se refiere al Estado Social de Derecho, así: *“El Estado Social de Derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su*

encamine en su estructura y funcionamiento al cumplimiento y garantía de los derechos sociales.

En efecto, el Estado Social de Derecho nace como una necesidad de garantía de los derechos sociales de las personas, para ir más allá de las previsiones de los estados liberales que se preocupaban fundamentalmente por los derechos civiles y políticos; en esta circunstancia, es la Ley Fundamental Alemana de 1939 la que lo consagra por primera vez, teniendo en cuenta el antecedente de la Constitución de Weimar de 1919 que hizo referencia a los derechos sociales<sup>38</sup>, y que correspondía a las pretensiones de Bismarck de la configuración de un Estado de servicio social<sup>39</sup>.

Pero se puede identificar un origen teórico del Estado Social de Derecho si es que puedo llamarlo así, en las concepciones que Herman Heller y Von Stein hicieron del mismo, ya que de una u otra forma conciben el Estado a partir de su fin<sup>40</sup> y no solamente de su estructuración política de poder<sup>41</sup>; circunstancia que en lo que

---

*propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado Social de Derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal”.*

<sup>38</sup> En ese aspecto ver a VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Social de Derecho, artículo citado, p. 11 y ss quien lo describe detalladamente.

<sup>39</sup> Con GÓMEZ ISAZA, María Cristina. La historia del Estado Social de Derecho, Revista Estudios de Derecho, vol. LXIII, no. 141, Universidad de Antioquia, abril de 2006, p. 88, lo describe así: *“La primera forma efectiva de socialización se desarrolló en Alemania con Bismarck y su Estado del servicio social, bajo este gobierno consagró un sistema de seguros sociales que pretendía auxiliar a los trabajadores en caso de accidentes de trabajo”*; quien además muestra un interesante recorrido del origen del Estado Social de Derecho desde la perspectiva económica y política.

<sup>40</sup> HELLER, Herman. Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, 7ª reimpresión, México, 2014, p. 257, reconoce que la cuestión del fin del Estado constituye el problema fundamental de la teoría del mismo.

<sup>41</sup> VILLAR BORDA, Luis. Estado de Derecho y Social de Derecho, de quien hemos citado reiteradamente su artículo por la concreción del tema, muestra cómo Von Stein es considerado precursor del Estado Social de Derecho, así: *“La idea del Estado social, propiamente tiene su origen, como la del Estado de Derecho, en Alemania y entre sus precursores más notables debe mencionarse a Lorenz Von Stein (1815-1890), para quien el fin*

competite a nuestra investigación se traslada al derecho español en la consagración que hizo la Constitución Española de 1931 al constitucionalizar los derechos sociales<sup>42</sup> y a Colombia en la Carta Política de 1991 cuando el artículo 1 contempla dicha clase de Estado<sup>43</sup>, a través de la referencia al contenido de garantía de derechos sociales<sup>44</sup>.

Implica lo dicho, que el Estado Social de Derecho además de reconocer los derechos civiles y políticos en una expresión de libertad, también se preocupa por los derechos sociales como manifestación de igualdad a través de garantizar ciertas condiciones de convivencia, que buscan equilibrar las circunstancias de desigualdad entre los más ricos y los más pobres; mostrando con ello a un Estado que se preocupa por las realidades sociales y no solamente se manifiesta como un ente político de poder en sentido abstracto<sup>45</sup>.

---

*primordial de la administración es la solución del problema social mediante la protección y asistencia a los más débiles. Von Stein, discípulo de la doctrina de Hegel, da cuerpo en el derecho administrativo a ideas sobre la intervención de un Estado de bienestar originadas en el pensamiento de Leibniz y Wolf.*

<sup>42</sup> En efecto, el artículo 46 de la Constitución Española de 1931, expresa: *“El trabajo en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección de la maternidad...”*.

<sup>43</sup> Por su parte el artículo 1 de la Constitución de Colombia de 1991 expresa: *“Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*, circunstancia que en cuanto a los derechos sociales se concreta en las previsiones del Capítulo 2 del Título Primero, artículos 42 y ss.

<sup>44</sup> Respecto de los derechos sociales en la Constitución de Colombia, ver TORRES ÁVILA, Jheison. El mandato del Estado Social de Derecho en la Constitución Colombiana, Ediciones USTA, Bogotá, 2012.

<sup>45</sup> Esa era la idea de Herman Heller, al concebir al Estado como un fenómeno real, como lo expresa DE LA CUEVA, Mario. La idea del Estado, 5ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 185, cuando dice: *“Incluimos a Herman Heller en las doctrinas académicas por su condición de maestro y escritor universitario, pero aclaramos que es uno de los pensadores que contemplaron el estado como un fenómeno real, con una realidad social, y en una proyección presente y futura. Consciente de la esterilidad de una ciencia puramente formal, criticó firmemente la teoría general del derecho y del estado del siglo XIX y el*

En efecto, el Estado Social de Derecho pretende aliviar las tensiones o conflictos que se manifiestan dentro del conglomerado social, a través de la supresión de las desigualdades que se presentan entre quienes lo integran<sup>46</sup>; o al menos llevarlas a su más mínima expresión y por tal razón, en ocasiones los contenidos constitucionales que evidencian esta modalidad de organización estatal, se quedan en lo que se ha denominado Estado ideal que no corresponden al que en la realidad se presenta.

Porque dentro del Estado Social de Derecho y las nuevas concepciones que se han denominado posmodernas, la desigualdad y la exclusión en principio están proscritas, para abrir paso a la igualdad a través de la garantía de derechos de los ciudadanos<sup>47</sup>, evitando así la exclusión y la discriminación, que era lo que ocurría en las formas estatales precedentes, pero que en lo que se conoce como Estado posmoderno pueden verse de alguna forma restauradas<sup>48</sup>.

Pero que en cualquier circunstancia evidencia el sometimiento del Estado al orden jurídico y a la legalidad en sentido genérico, que es lo que corresponde a la investigación que me ocupa desde la óptica de la subordinación del Poder Público a la ley.

---

*racionalismo decadente del neo-Kantianismo de las escuelas de Marburgo y de Viena, y acuño la frase clásica para caracterizar el pensamiento kelseniano: una ciencia del derecho y del estado sin derecho y sin estado”.*

<sup>46</sup> OLIVAS, Enrique. Problemas de legitimación en el Estado social, Editorial Trotta, Valladolid España, 1991, p. 12, identifica las tensiones en el grupo social y a las cuales se refiere el Estado Social de Derecho, como las escisiones y antagonismos en la relación interhumana, que es llevado al campo jurídico político.

<sup>47</sup> COELLO GARCÉS, Glicerio. El Estado democrático postnacional, Tirant lo Blanch, Valencia España, 2013, p. 179, lo muestra cómo un significado totalmente distinto al que tuvieron las sociedades antiguas.

<sup>48</sup> CHEVALLIER, Jacques. El Estado posmoderno, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 115, deja ver la crisis del Estado Social de Derecho, en lo que denomina Estado posmoderno, lo que ha llevado a una significativa reducción de los gastos sociales.

## 2. NOCIÓN DE PODER PÚBLICO

El poder y particularmente el Poder Público puede implicar mando, subordinación, obediencia o imposición de una persona o de varias frente a las demás; el cual se ejerce dentro del Estado, así en algún momento como ya lo indicamos se puede haber configurado en las agrupaciones sociales o familiares como etapas previas a la conformación del mismo.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española identifica el poder de la siguiente manera: “Del lat. vulg. \*potēre, creado sobre ciertas formas del verbo lat. posse 'poder1', como potes 'puedes', potēram 'podía', potuisti 'pudiste', etc.

*Conjug. modelo.*

*U. solo en 3ª pers. en acep. 6.*

1. *tr. Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo*
2. *tr. Tener la facilidad, tiempo o lugar de hacer algo*
3. *tr. Tener más fuerza que alguien, vencerlo luchando cuerpo a cuerpo*
4. *Ser más fuerte que alguien, ser capaz de vencerlo*
5. *Aguantar o soportar algo o a alguien que produzca rechazo*
6. *Ser contingente o posible que suceda algo*<sup>49</sup>.

La anterior consagración de poder, deja entrever diferentes posibilidades de significación del término, ya que es posible utilizarlo como una facultad de actuación, imposición a alguien, subordinación respecto de alguno o algunos y finalmente en cuanto a la probabilidad de ocurrencia de un evento; acepciones que las podemos encontrar en la definición de Poder Público en cuanto a la existencia de una imposición, subordinación u obediencia dentro del Estado y a través de un sistema de gobierno<sup>50</sup>; la cuales de una u otra forma implican mando.

---

<sup>49</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Poder [en línea]. Madrid: Autor, s.f. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=TU1KCfY%7CTU2nLT0>

<sup>50</sup> ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Filosofía o teoría del Derecho Constitucional, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2015, p. 166 se refiere al poder

En efecto, la comprensión del Poder Público se ha enmarcado en dichas expresiones, así se presenten variaciones desde la óptica que sea estudiado, como puede ser la filosofía del derecho o la filosofía política por ejemplo; pero que en cualquier caso ha de concebirse dentro del Estado y determinado por el derecho así sea de forma distinta, como lo plantean Bobbio y Bovero cuando indican que para el filósofo de la política lo importante está en la identificación entre poder de hecho y poder de derecho y para el filósofo del derecho lo que le interesa es el poder dentro del derecho, pero con el carácter de válido, es decir, dentro de la norma válida<sup>51</sup>.

Así las cosas, en cualquier sentido el Poder Público implica de una u otra forma dominación de un individuo o grupo de individuos respecto de los demás, bien sea en provecho propio o de la comunidad en general, en pro del bien particular o del bien común; pero dentro de regulaciones normativas y estructuras sociales, es decir del derecho y del Estado<sup>52</sup>.

---

político, que puede tener referencia en el Poder Público en los siguientes términos: *“Toda organización es un orden. Pero ¿en dónde reside el carácter político de dicho orden? En el hecho de que es un orden coercitivo. El Estado es una organización política, porque es un orden que regula, monopolizándolo el uso de la fuerza”*. Como se puede observar, el profesor Araujo Rentería concibe el Poder Público dentro del Estado y de alguna manera, en la medida que como lo afirma, es una organización política que monopoliza el uso de la fuerza y en tales circunstancias, en mi parecer, el ejercicio del Poder Público.

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelangelo. Origen y fundamentos del poder político, Editorial Grijalbo, México, 1984, p. 21, lo muestran de la siguiente manera: *“...para el filósofo de la política el problema principal es el de la distinción entre poder de hecho y poder de derecho; para el filósofo del derecho en cambio, el problema principal es el de la distinción entre norma válida y norma eficaz. Lo que quiere decir que una parte de la consideración de un poder sin derecho para llegar solo en un segundo momento a ponerse el problema del poder que asegure la efectividad. Es verdad que el poder sin derecho es ciego y el derecho sin poder que da vacío, pero también es verdad que la teoría política no puede dejar de tomar en consideración primeramente el nulo poder, independientemente de los llamados principios de legitimidad, es decir, de las razones que lo transforman en un poder legítimo, así como la teoría jurídica no puede dejar de tomar en consideración el sistema normativo en su conjunto, como una serie de normas una a otras vinculadas según un cierto principio de orden, independientemente del aparato de la fuerza predispuesto para su aceptación”*.

<sup>52</sup> VILLORO, Luis. El poder y el valor fundamentos de una ética política, Fondo de

Significa lo anterior, que tanto las organizaciones sociales que no constituían un Estado, como el propio Estado, han involucrado de una u otra manera estructuras de poder en la búsqueda de un orden dentro de los mismos, dando lugar a lo que se ha denominado Poder Público, el cual adquiere expresión en las funciones de su conformación, en la medida que éstas sirven de instrumento para que aquel se haga efectivo, por tal razón, haré un estudio de algunas expresiones de Poder Público.

## 2.1. NOCIÓN SUBJETIVA

La primera noción de poder ha de buscarse en el individuo, es decir en su capacidad de hacer algo y en su expresión de voluntad; por esta razón, tenemos que mirar dichos conceptos subjetivistas del poder, que luego se reflejarán en el Poder Público de un Estado, pero que se expresan de forma concreta en las denominadas funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

En efecto, el subjetivismo como fuente del poder, se determina desde las formas de conocimiento en las cuales el individuo tiene una participación fundamental, en la medida que es a partir de las experiencias de las personas que se logra identificar el sentido de las cosas, la realidad del mundo; que para el caso que nos ocupa serán las estructuras de poder que dependen del querer de quienes

---

Cultura Económica, 7ª reimpresión, México, 2012, p. 81, muestra cómo se concibe el poder en política y para ello dice: *“El poder, en este sentido, nace con el conflicto. Supongamos que, en la sociedad anterior, el jefe o el chamán pierde su capacidad de unir a los miembros de la tribu, no puede ya tampoco allanar sus diferencias. Surge entonces la lucha en el interior de la sociedad. Es el peor mal, porque consiste en la ruptura del vínculo social y su reemplazo por la violencia generalizada, que destruye la asociación misma y hace imposible la realización de cualquier bien común. Es entonces cuando puede darse un salto cualitativo: un individuo o un grupo de la sociedad impone su voluntad sobre el resto para acabar con todo conflicto. Contra el mal de la violencia colectiva impone la violencia de una parte sobre el todo. Sólo entonces ha nacido el poder político. Con él ha surgido el Estado”.*

conforman el grupo social<sup>53</sup>.

Así, tenemos que buscar las primeras formas de Poder Público, en las potestades de autoridad o de imposición de unos individuos frente a otros a través de circunstancias de dominación, con fundamento en distintas formas de justificación de dichas imposiciones, todas ellas encaminadas a mantener y garantizar una supuesta convivencia armónica de un grupo de individuos.

Es claro, que sea cual sea la forma de organización política y por tal de Poder Público, siempre va existir un interés general como fundamento de justificación del mismo; porque en cualquier caso es la convivencia y la protección lo que se debe perseguir dentro de las organizaciones sociales.

A pesar, que en algunos casos el interés particular constituya la razón de ser de las formas de Poder Público, tal vez como un reflejo de la idea inicial de poder; es decir, de imposición personal de un sujeto respecto de otro<sup>54</sup>. En efecto, si miramos la noción de poder, como noción, implica un alto grado de subjetividad en

---

<sup>53</sup> Es claro que una postura subjetiva del Poder Público, tiene sus raíces en la esencia de la noción subjetiva del conocimiento, el cual parte del yo y de sus experiencias en relación con el mundo externo. Husserl en su fenomenología, es claro en evidenciar tal circunstancia, como lo expresa SZILASI, Wilhelm. Introducción a la fenomenología de Husserl, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1959, p. 122, cuando dice: *“El ego puro constituye la unidad del yo empírico-mundano con el yo trascendental, del mismo modo que la experiencia constitutiva proporciona la unidad de la experiencia empírico -mundana con la experiencia trascendental. Con el término constitución hay que entender siempre dos cosas: Constitución de la unidad del yo y experiencia constitutiva del mundo unitario. En rigor bastaría hablar de experiencia constitutiva, ya que la unidad del yo se muestra también en esta experiencia particular”*.

<sup>54</sup> Michel Foucault, pretendió siempre hacer relevante cualquier forma de poder partiendo del individuo, como lo muestra NEGRI, Antonio. El poder constituyente, Libertarias / Prodhufi, Madrid, 1994, p. 50, cuando dice: *“A partir de este punto de vista, que hace radicar la cuestión del sujeto constituyente podemos proceder ulteriormente, siempre con Foucault. Él nos muestra efectivamente que el sujeto es, antes que nada, potencia, producción”*; lo que significa, que el Poder Público sea determinado por la capacidad del sujeto de generarlo en su expresiones iniciales, así posteriormente sea estructurado e institucionalizado, pero a partir de la conformación subjetiva inicial.



su conformación, porque es el poderío de un sujeto o unos sujetos frente a otros; pero si lo verificamos, como germen del Poder Público, necesariamente tenemos que decir, que la subjetividad en cuanto sujetos en ejercicio de potestades, prerrogativas o autoridad, de una u otra forma involucra criterios de interés general y/o interés público.

Lo anterior es así, porque el Poder Público, determina conceptos de interés general y de interés público, que para muchos por regla mantienen identidad, pero que en algunas ocasiones no; ya que el ejercicio del Poder Público es de interés público siempre, pero en ocasiones puede que no sea de interés general, es decir, que una actuación en ejercicio de Poder Público, puede involucran interés público, pero no interés general<sup>55</sup>.

Lo anterior es así, en la medida que el Poder Público y el interés público, constituyen expresión uno del otro, en cuanto a que son interdependientes entre sí, en la medida que el interés público constituye el ámbito de acción del Poder Público, por cuanto todo lo que atañe al Poder Público es de interés público, pero en mi parecer, no todo lo que sea de interés público es de interés general, ya que puede ser de interés particular pero relacionado con el Poder Público.

Sin embargo, la doctrina jurídica de española es de la tendencia de identificar el Poder Público con el interés general, con fundamento en las regulaciones que la

---

<sup>55</sup> Así, el poder para Max Weber es la imposición de voluntad, es decir, que en nuestro parecer, constituye una forma de dominación de un hombre frente a otro, respecto de su capacidad de obrar o de decisión. DREHER, Jochen. Fenomenología del poder, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2014, p. 22, lo muestra en los siguientes términos: *“Para Max Weber el poder es ‘la probabilidad que tienen un hombre o una agrupación de hombres de imponer su propia voluntad en una acción comunitaria, inclusive contra la oposición de los demás miembros, e independientemente de en qué se base esta probabilidad’ Weber, 1980, 1920, p. 28 y ss. Como es sabido, el concepto de poder de Weber es señalado como sociológicamente amorfo, con lo cual debe quedar claro que el poder puede tomar múltiples formas y puede expresarse de diferentes modos. Puede ser ejercido mediante la superioridad física, el conocimiento frente a la ignorancia, la violencia militar, etc.,- podríamos imaginar un gran número de variantes de su ejercicio-“.*

Constitución Española hace en tal sentido en artículos como el 34.1, 38, 44.2, 47, 103.1 y 128 por ejemplo; lo que les permite afirmar, que dicha identidad sirve para diferenciarlo de los intereses privados, en la medida que el Poder Público lo que hace es tutelar o proteger intereses de toda la colectividad y no de una persona o personas en particular<sup>56</sup>.

Pero sea que el Poder Público se identifique con el interés público o el interés general, en todo caso, en principio tiene un carácter subjetivo, en la medida que es ejercido por un sujeto de derecho público, como son las autoridades públicas, frente a los demás sujetos de derecho; implica lo anterior, que el carácter subjetivo del Poder Público, se concreta tanto en quien lo ejerce como frente a quien o quienes es ejercido.

En efecto, por tratarse de un poder asignado al Estado a través de sus estructuras de imposición, necesariamente es ejercido por las autoridades públicas, en la medida que es por intermedio de ellas que se concreta su ejercicio, siendo estas sujetos de derecho público<sup>57</sup>, que de una u otra manera convergen a los fines que el Estado ha previsto para el cumplimiento de los intereses generales que de todas formas son intereses públicos.

El carácter subjetivo del Poder Público, muestra la existencia de órganos estatales

---

<sup>56</sup> El hecho de la apertura o cierre de un establecimiento público de comercio, es una actividad que realiza una entidad del Estado en ejercicio de Poder Público y de interés público; pero esto no implica en todo momento una actuación de interés general, ya que se trata de un interés y afectación particular.

<sup>57</sup> Con PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, Alfonso y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. Manual de Derecho Administrativo, 5ª ed., vol. 1, Editorial Ariel, Barcelona 1998, p. 607, quien lo plantea en los siguientes términos: *“En esta significación más estricta, el interés general se identifica con el interés público y se contrapone, genéricamente, al interés particular o privado. En el Estado social y democrático de Derecho, sin embargo, y por las razones que ya nos constan (véase el apartado relativo al Estado social en el capítulo III), la contraposición entre ambos no es de naturaleza, no da lugar inexorablemente, en todos los supuestos, a una contradicción irreductible entre los mismos, en términos de bloques de intereses compactos, diferenciados, incompatibles y, por tanto, portadores de exigencias inconciliables”*.

con prerrogativas o potestades frente a los particulares, que evidencian el grado de superioridad y de imposición, es decir, una relación jerárquica sujeto público frente a sujeto particular<sup>58</sup>; así en determinados casos los sujetos de derecho o Poder Público se coloquen en igualdad de condiciones que los particulares para actuar a través de acuerdos como en principio ocurre en los contratos que celebra el Estado, pero específicamente cuando son regulados por normas idénticas siendo el caso de contratos entre particulares<sup>59</sup>.

De todas formas, el subjetivismo del Poder Público se evidencia en la actividad

---

<sup>58</sup> Así lo concibe Luciano Parejo Alfonso en el estudio preliminar de: MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 32, cuando al referirse al interés general que identifica con el interés público y expresión del Poder Público dice: *“El concepto de interés alude, pues, al hecho de estar una persona concernida por un objeto (sea éste una persona, una cosa o una relación) El interés surge cuando un objeto (material o moral) adquiere significación o relevancia para un sujeto, lo que implica que éste es valorado (sentido, reconocido, estimado) -sea por el mismo sujeto concernido, sea por otro distinto-positivamente, es decir, estimado como útil o beneficioso, lo que en definitiva vale decir: procurable para el ser del correspondiente sujeto”*.

<sup>59</sup> En la relación subjetiva de Poder Público, en la cual el sujeto público está en un plano de desigualdad superior frente al particular, es preciso identificar regulaciones que amparan tal situación, como lo expresa el profesor MAURER, Harmut. *Derecho Administrativo: Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 84, al referirse a la teoría de la subordinación, así: *“Esta teoría se remonta a la concepción del siglo XIX según la cual la Administración debía limitarse a la defensa frente a peligros y, con ello, a desarrollar actividad administrativa de intervención. Acierta a mostrar la superioridad del Estado y de los medios que tiene a su disposición. Sin embargo, con independencia del hecho de que tanto en el derecho privado como en el derecho público existen también, respectivamente, relaciones de superioridad/subordinación y de igualdad (como ocurre en las relaciones contractuales de Derecho público), esta segunda teoría no explica suficientemente las relaciones jurídicas que se entablan en el ámbito de la actividad administrativa de prestación”*. De todas formas hay que decir, que en el postulado de Maurer indicado anteriormente, la argumentación en el sentido de existir igualdad en las relaciones contractuales de derecho público, no es totalmente ajustada a la realidad jurídica, ya que si bien es cierto, en los contratos del Estado debería existir un acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes, no se configura igualdad en el nacimiento del contrato ni en la ejecución del mismo, en la medida que las administraciones públicas por regla general establecen las reglas del mismo y las normas legales le otorgan prerrogativas y/o potestades de le dan ventaja frente a los cocontratantes, en la medida que en muchas ocasiones le permiten tomar decisiones que afectan el contrato, sin la intervención del juez natural del mismo, constituyendo una clara expresión de Poder Público y de desigualdad en las actuaciones administrativas.

que desarrollan los órganos que integran el mismo frente a quienes va dirigido, en la medida que las estructuras estatales, deben buscar la protección de los derechos individuales en principio y colectivos o generales en última instancia de quienes integran el grupo social, sacrificando en determinado momento unos en favor de los otros, con fundamento en el criterio de interés general<sup>60</sup>.

Implica la existencia de intereses públicos, íntimamente relacionados con la actividad propia del Estado, los cuales se pueden constituir en intereses generales si involucran a todo el conglomerado social; pero que pueden ir en contra de intereses particulares y en esta medida, es preciso que el Estado y el Poder Público en particular establezcan criterios de primacía de unos frente a los otros, los cuales se determinan por relaciones de derecho, es decir, de regulaciones estatales de primacía.

Significa que el Poder Público con un criterio subjetivo del ejercicio del mismo, en principio lo que debe buscar es la protección de derechos de quienes integran el Estado y lo hace por intermedio de regulaciones legales en sentido genérico, por tratarse de un Estado de Derecho, pero además con un fin social de bienestar, al haber tornado hacia un Estado Social de Derecho; en esta medida, el Poder Público involucra finalidades propias del Estado, es decir finalidades públicas, que si atañen a toda la comunidad serán de interés general, pero que si son particulares y en relación con su actividad, serán únicamente de carácter público<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> En efecto, como ocurre en el sistema jurídico colombiano, en el Derecho Francés o en el Derecho Español, en la estructura legal germana existen contratos del Estado, que en principio serían expresión de Poder Público y de Derecho Público, su naturaleza y regulaciones son de Derecho Privado y en esta medida, se evidencia igualdad entre las administraciones públicas y los particulares, mostrando que el Estado en este caso se despoja de sus prerrogativas de Poder Público y actúa en igualdad de condiciones que las personas privadas.

<sup>61</sup> El carácter subjetivo del Poder Público, en el sentido de la relación entre quienes lo detentan y frente a quienes se ejerce, se fundamenta en la actividad desarrollada a través del derecho, en cuanto a la protección y primacía de derechos entre quienes conforman un Estado, lo cual se evidencia en el criterio de

En mi parecer, el ejercicio del Poder Público por un órgano del Estado, que se puede identificar con pretensiones propias de la actividad pública, que si bien es cierto se deben encaminar a satisfacer las necesidades de las personas, confluyendo con esto en criterios de un Estado bienestar o simplemente benefactor, se debe adecuar en principio con la actividad de mantenimiento y ejercicio de la actividad propia del Estado; circunstancia distinta es que partiendo de un criterio de interés público, se protejan intereses generales en la medida que el fin último del Estado es el bienestar de la comunidad y por tal razón, es posible afirmar, que con fundamento en la protección de derechos, intereses individuales o particulares, se llega a la protección del interés general y por tal del interés público<sup>62</sup>.

Significa entonces, que el Poder Público en un criterio subjetivo del mismo, así

---

la filosofía del derecho de Hegel, quien ve en el Estado a través del derecho un fin de protección de derechos individuales, pero sacrificables en razón de otros derechos, que en mi parecer serían aquellos que involucran intereses generales y en un determinado momento de carácter público por necesidades de Estado; como se muestra en SIEP, Ludwig. La actualidad de la filosofía práctica de Hegel - Hegel y el Holismo de la filosofía política, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 27, cuando dice: *“El concepto de Derecho de Hegel en la filosofía del Derecho es desde hace tiempo uno de los objetivos de la crítica. La escala de las pretensiones identificables con este concepto de Derecho va desde los derechos individuales sobre la propiedad y la libertad de conciencia hasta las pretensiones estatales para sacrificar la propiedad y la vida del ciudadano en casos de necesidad y así hasta el derecho de los Estados históricamente más avanzados de imponer a los demás su Constitución y cultura”*.

<sup>62</sup> SIEP, Ludwig. La actualidad de la filosofía práctica de Hegel - Hegel y el Holismo de la filosofía política, obra citada, p. 29, quien muestra la existencia de conflictos de intereses públicos e individuales, y el deber de protección que le asiste al Estado, pero que en mi parecer en el caso del Poder Público y la identificación de derechos de tal naturaleza, implica en primer lugar la protección de las prerrogativas que el Estado tiene para el ejercicio de dicho poder. En efecto, el profesor SIEP dice: *“Por otro lado, a los deberes de los que el Estado tan poco puede prescindir sin vulnerar los derechos fundamentales, pertenecen determinados fines estatales, como el Estado Social de Derecho o el mantenimiento del medio ambiente natural. Sin embargo, el carácter de estas obligaciones no siempre obedece al modelo de realización estatal de pretensiones individuales exigibles judicialmente. Autores como JEREMY WALDRON señalaron que esto tiene que ver usualmente con una mezcla de intereses individuales, utilización individual de bienes colectivos y frecuentemente de derechos de grupos”*.

como el poder político, implican no solamente la protección de intereses, sino que para lograr tal cometido, es necesaria la existencia de relaciones de autoridad, es decir, de imposición jerárquica de sujetos detentadores de poder, frente a sujetos subordinados por el mismo, que no es otra cosa que la expresión de autoridad, en el primer evento de carácter política y en el segundo, pública y específicamente administrativa<sup>63</sup>.

En efecto, el Poder Público debe referenciarlo con las llamadas funciones públicas, legislativa, ejecutiva y judicial, que constituyen ejecución del Poder Público y en esta medida, se ha de identificar con criterios de autoridad, de imposición de órganos con potestades unilaterales, en ejercicio del mentado poder; por tal razón, las regulaciones constitucionales determinan las relaciones de autoridad subjetiva del mismo, como se expresa en ordenamientos como el francés<sup>64</sup>, español<sup>65</sup> o el colombiano por ejemplo<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> MÉLIN SOUCRAMANIEN, Ferdinand y PACTET, Pierre. *Droit Constitutionnel*, 34<sup>a</sup> ed., Editorial Sirey, Paris, 2015, p. 9, identifica el poder político con relaciones de autoridad y que para nosotros, son plenamente aplicables al Poder Público, así: *“Le pouvoir politique est un phénomène d’autorité parmi d’autres mais particulièrement complexe”*.

<sup>64</sup> VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 17, identifica el Poder Público con el poder de la Administración, en los siguientes términos: *“Del estudio de las normas constitucionales anteriores a 1958, y en especial de las que son propias de las Constituciones de 1875 y 1946, era posible identificar los siguientes elementos:*

1. *En su esencia, la Administración es el ejercicio del poder ejecutivo, con exclusión de cuanto concierne a las relaciones del ejecutivo con los restantes órganos constitucionales del Estado y a las relaciones con los Estados o entidades de Derecho Internacional.*
2. *La Administración se lleva a cabo normalmente bajo un régimen de potestad pública mediante prerrogativas o sujeciones exorbitantes del derecho común.*
3. *En la medida en que la Administración opera excepcionalmente bajo el régimen del derecho común, no plantea problemas jurídicos específicos.*
4. *En consecuencia, podía definirse sintéticamente la Administración como el ejercicio del poder ejecutivo bajo un régimen de potestad pública”*.

Regulaciones que son ratificadas de una u otra forma por la Constitución Francesa de 1958 en diversas normas que ella contempla, como lo hace en el artículo 5 cuando expresa: *“Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l’État. Il est le garant de l’indépendance nationale, de l’intégrité et du respect des traités”*.

<sup>65</sup> En el Sistema Jurídico Español, se evidencia en el artículo 97 constitucional que establece que el Gobierno haciendo referencia al ejecutivo, dirige la política

Constituye entonces el Poder Público desde el punto de vista subjetivo, la expresión de imposición, de mando a través de las diferentes órganos que lo integran en sus sujetos de autoridad, como son la autoridad administrativa o ejecutiva ejercida por la Administración, la legislativa en su función de hacer la ley y la judicial en la actividad de resolver conflictos. Son por tanto tres funciones que conforman el Poder Público, como si se tratara del sentido religioso de las tres persona y un solo Dios verdadero, guardando las debidas proporciones y respeto.

Pero que no es el fin limitar el carácter público a la actividad administrativa, ya que en los demás eventos también lo tienen; solamente que se trata en cada caso de una función en ejercicio de Poder Público, así, en el ámbito administrativo cuando se refiere a la ejecución, siendo de una u otra forma expresión del poder a que nos venimos refiriendo, en cuanto que éste lo determina al establecer las estructuras, organización y funcionamiento del Estado, que han de corresponder a las formas del mismo y a los sistemas de gobierno, y que en cualquier caso no pierde su fundamentación subjetiva, en cuanto que proviene de la voluntad de los individuos; de la misma forma en el evento del legislativo, que siendo público se refiere a la función de crear la ley dentro y para el Estado y sus formas de gobierno, así como en el judicial en cuanto a resolver conflictos.

---

interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

<sup>66</sup> Por su parte en el derecho colombiano, tal circunstancia se muestra en el artículo 189 de la Constitución, que le da al Presidente de la República el carácter de máxima autoridad administrativa, lo que le permite entre otras cosas la función de representación administrativa de la Nación, como lo reconoce el Consejo de Estado de Colombia en su Sala de Consulta, mediante decisión de febrero 1º de 1993, Rad. 490. M. P. Roberto Suárez Franco, cuando expresa: *“La representación administrativa de la Nación corresponde al Presidente de la República por mandato de la Constitución Política. Ello se colige de varias normas incluidas en la Carta, entre otras, el artículo 189, en el que se enumeran sus funciones como jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa; pero específicamente la enunciada en el numeral 23 consistente en celebrar los contratos que le correspondan conforme a la ley”*.

Se presenta entonces, una relación de existencia entre los individuos y las estructuras de poder, en la medida que son los miembros del grupo social quienes las determinan ya sea de forma directa o indirecta. En el primer evento, en las organizaciones sociales donde no existen sistemas de representación popular, y de manera indirecta cuando a través de quienes son elegidos para desarrollar el poder político, establecen conformaciones estructurales de Poder Público.

Significa lo anterior, que no importa la forma de organización política o de Poder Público de que se trate, siempre va a ser determinada por realidades sociales que surgen de criterios individuales, en la medida que es el sujeto el que conforma las estructuras de poder, a través de organizaciones que de una u otra forma lo que hacen es evidenciar certeza en la conformación del Poder Público, es decir, que la organización es adecuada en cuanto provenga de la organización social integrada por individuos que son quienes la establecen<sup>67</sup>; y en esta medida, en todo momento se presenta una relación individuo y estructura de poder, que determinan potestades para el Estado y derechos para las personas<sup>68</sup>

## 2.2. NOCIÓN OBJETIVA

Así como el Poder Público puede tener un carácter subjetivo, en la medida que de una u otra forma determina relaciones entre individuos; también evidencia

---

<sup>67</sup> KOLAKOWSKI, Leszek. Husserl y la búsqueda de la certeza, Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 11, hace referencia a la importancia de la búsqueda de la certeza, en filósofos como Husserl, lo cual necesariamente debe ser llevado a todos los campos del conocimiento, como es la estructuración del Poder Público.

<sup>68</sup> DROMI, José Roberto. Derecho subjetivo y responsabilidad pública, Editorial Temis, Bogotá, 1980, p. 9 lo plantea así cuando dice: *“El sistema jurídico arbitra una serie de técnicas procesales para la tutela de las libertades públicas. Tales libertades, de contenido político, se traducen en derechos subjetivos. El presupuesto subyacente de la comunidad política está dado, precisamente, por esa relación dialógica poder y obediencia, siendo de aquel las prerrogativas y de esta las garantías, como dos extremos de la relación en los que se ubican, Estado e individuo, respectivamente”*.



características objetivas, en la medida que el mismo debe buscar finalidades de servicio público y de garantía de intereses generales, a pesar que en un momento dado, el interés público no coincida con el interés general como lo indiqué anteriormente, pero en todo caso el Poder Público debe buscar alejarse del interés particular y propender por el interés general.

En efecto, en principio los intereses privados están proscritos en el ejercicio del Poder Público, en la medida que los beneficios particulares deben ceder frente a las necesidades generales en el ejercicio de Poder Público y en esta medida, surgen nociones de servicio público y de interés general en el carácter objetivo del mismo<sup>69</sup>.

Pero dicho interés general o interés público puede estar determinado por intereses particulares, ya que son el germen de conformación del mismo, en la medida que su garantía tiene que constituirse en un fin estatal, es decir, que el interés público

---

<sup>69</sup> Sin embargo, existe alguna corriente que indica que los intereses particulares han de tener primacía dentro de un sistema jurídico; por lo que en mi parecer se pueden constituir en el objeto del interés y del Poder Público, en la medida que se determinarían en su fundamento de protección. CALSAMIGLIA, A. Ensayo sobre Dworkin, en DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, Editorial Ariel, Barcelona 1989, p. 16, realiza una reflexión al carácter individualista de la filosofía de Dworkin por la preeminencia que le da a la protección de los derechos particulares, frente los intereses generales; lo cual hace en los siguientes términos: *“La filosofía jurídica de Dworkin está fundamentada en los derechos individuales. Ello significa que los derechos individuales y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto son triunfos frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objeto social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho.*

*La filosofía política de Dworkin es antiutilitarista e individualista. En la base de las teorías utilitaristas se encuentran fines colectivos a los cuales se deben subordinar derechos individuales. Bentham -desde su específica perspectiva utilitarista- afirmó que la idea de unos derechos naturales individuales era un disparate en zancos. Dworkin rechaza el utilitarismo porque no se toma en serio los derechos y se alinea en esa dirección de pensamiento que opone al utilitarismo una auténtica teoría de los derechos. El planteamiento de Dworkin es cercano al pensamiento de Stuart Hampshire. Este autor en un libro reciente ha sostenido que durante décadas el utilitarismo ha sido una doctrina progresiva que ha facilitado y promovido la sociedad del bienestar, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un serio obstáculo para el progreso moral. Dworkin sostiene que, los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos. Una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos sociales”.*

y el interés general se conforman de intereses particulares, que reunidos lo determinan.

Significa lo anterior, que el interés general y el interés público se fundamenta en el respeto de intereses particulares e individuales, porque la generalidad está conformada por la individualidad en el campo de los derechos, pero además, porque en el caso específico del interés público, éste no solamente es de carácter general sino de igual manera particular, como ocurriría con la protección del derecho de propiedad, en el sentido que el mismo ha de tener una función social, lo cual refleja el carácter de interés general e interés público.

Pero cuando de manera particular a una persona se le afecta dicho derecho en beneficio de algún fin social general, como sería la expropiación de un bien para destinarlo a la construcción de una vía pública, se dice que el interés particular ha de ceder frente al interés general, lo que significaría que el interés general primaría en este caso; sin embargo, cuando existe la obligación del Estado de indemnizar o reparar la afectación patrimonial que se le pueda haber causado al particular con la privación del propiedad sobre el bien, el derecho o interés particular se sobrepone respecto del interés general y en esta medida, el interés público determina la obligación del Estado de reparar el daño causado, por la especial protección de los derechos individuales que le asiste<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> En efecto, la garantía de los derechos particulares, en expresión de fundamento del interés público, se determina en criterios de responsabilidad del Estado; como ocurre con la teoría del daño especial, por eventos de afectación de derechos particulares a través de actuaciones legítimas de las Administraciones Públicas, que es lo que sucede cuando en los casos de expropiación se tiene que reparar al particular, por haberse roto el principio del equilibrio frente a las cargas públicas, ya que a pesar de existir la obligación de soportar ciertas imposiciones del Estado, es necesario que las mismas se encuentren en equilibrio, pues de lo contrario y al hacerse más gravosa la situación del particular por la afectación de su patrimonio, existe la obligación de restablecimiento del mismo a través de la reparación, demostrándose así que el interés particular que en principio parece ser débil frente al denominado interés general, se fortifica, iguala y en determinados eventos le

Es que el subjetivismo e individualismo del Poder Público, constituye el fundamento de la objetivación del mismo, en la medida, que los derechos del conglomerado social, se conforman de derechos subjetivos o particulares, por cuanto de una u otra manera se radican en las personas que lo conforman.

Por tal razón, la teoría clásica de la actividad del Estado, ha determinado que la función primordial del mismo se encamina a la prestación de servicio público, como una obligación esencial que persigue satisfacer necesidades de las personas que conforman el grupo social, es decir, que se le identifica con el interés general, en contraposición con pretensiones particulares; criterios que se evidenciaron en ciertos momentos del devenir político de la sociedad.

En efecto, si verificamos dentro de la historia política de la humanidad, podemos darnos cuenta que han existido periodos en que dentro de la estructura y función del Estado, se pueden identificar momentos en que el interés particular ha primado sobre el interés general y la prestación del servicio público; pero en otras circunstancias, es el interés general y la noción de servicio público, los que han primado en las formaciones políticas estatales.

Lo anterior es así, que en sistemas políticos como el griego, en la forma de gobierno tiránico, eran los intereses particulares los que se anteponían a los de carácter general<sup>71</sup>; por el contrario en las conformaciones democráticas, era posible evidenciar de forma más clara intereses públicos generales, es decir, de toda la comunidad, por cuanto la mayoría determinaba la forma de gobierno en

---

supera.

<sup>71</sup> La tiranía en Grecia fue un sistema de gobierno muy popular, en el cual el gobernante se imponía por la fuerza, pero que en muchas ocasiones fue aceptado y reconocido por los habitantes griegos, en la medida que les generaba alguna estabilidad y tranquilidad frente a otras formas de gobierno.

provecho de ella misma<sup>72</sup>.

De la misma forma en la Roma de los emperadores tiránicos, como Nerón o Calígula es posible encontrar primacía de finalidades particulares; pero en la época de la República, es el interés público general y porque no decir los fines de servicio público los que priman<sup>73</sup>.

En el sistema jurídico francés, dentro de los sistemas jurídicos monárquicos es claro evidenciar los intereses particulares en las finalidades públicas del Estado, porque el monarca lo que perseguía era su beneficio particular; por el contrario, la Revolución Francesa lo que determinó fue un cambio en la estructura del poder del Estado y de una u otra manera en las finalidades del mismo, ya que el criterio utilidad pública, beneficio común y en particular el interés general son los que determinan el actuar del Estado<sup>74</sup>.

Intereses generales que son desarrollados por lo que alguna doctrina ha

---

<sup>72</sup> GAVIRIA DÍAZ, Carlos. La democracia en Grecia clásica y su relación con la democracia moderna, en criterio jurídico garantista 176. año 2, no. 3 julio - diciembre de 2010, ISSN 2145-3381, p. 2, expresa: “*Los griegos no tenían noción de la individualidad. Platón habla de la razón, de los instintos superiores y de los instintos inferiores pero no habla en ninguna parte de la voluntad; los griegos no conocían la voluntad que es un fenómeno típicamente occidental e individualizador*”, lo que significa, que esa voluntad general que se evidencia en la democracia no es más que el fruto de la conjugación de individualidades.

<sup>73</sup> En Roma, la tiranía ha de identificarse con la dictadura por cuanto se trataba de un sistema de gobierno impuesto por la fuerza por una persona llamada dictador, que reflejaba una forma de dominación unipersonal; por su parte en la República, el sistema cambia y deja de ser uni-personal para convertirse de una u otra forma en un sistema político plural, con la creación de las diferentes magistraturas.

<sup>74</sup> GUGLIELMI, Gilles y KOUBI, Geneviève. Droit du service public, 3<sup>a</sup> ed., Montchrestien, Paris, 2011, p. 43, lo refieren de la siguiente manera: “*L’essentiel de l’apport de la période révolutionnaire à la construction historique de la notion de service public tient sans doute au poids nouveau que les discours et les mots acquièrent dans l’espace de la parole publique. Émerge ainsi la consécration juridique de l’idée que le service public - entendu comme le service du bien commun selon l’expression ayant cours sous l’Ancien Régime, de l’utilité commune ou de l’utilité publique selon la phraséologie révolutionnaire ou de l’intérêt général ou public selon le vocabulaire de l’époque moderne constitue la mission de gouvernants et la justification des pouvoirs dont ils disposent*”.

identificado con poder gubernativo y poder administrativo; pero que además los identifica con los intereses públicos<sup>75</sup>, al cual corresponden las funciones estatales en un sentido amplio, es decir, actividades legislativas, judiciales y administrativas en pro del cumplimiento de dicho interés general.

Sin embargo como ya se indicó, el Poder Público no solamente busca la protección de intereses generales, sino que puede encaminarse a la garantía de derechos particulares en ejercicio de intereses públicos, ya que, el Poder Público y los intereses públicos involucran intereses particulares, como podría ser la garantía del derecho de propiedad, que el Estado realiza a través de legislaciones generales con sentido particular y que posteriormente hace efectivas por intermedio de la jurisdicción privada y de las autoridades administrativas<sup>76</sup>.

De todas formas, el carácter objetivo del Poder Público implica una reacción estructural de las formas de Estado en la que la persona era intrascendente a la finalidad del Poder Público, es decir, en la medida que no se constituía en el centro de la búsqueda del actuar público, es decir, que el interés general y la noción de servicio público brillaban por su ausencia; pero estas circunstancias van cambiando, como una evidencia de la realidad de pensamiento y de la realidad social. En efecto, no importa la tendencia de pensamiento, pues puede ser de corte de derecho natural o de carácter individualista por ejemplo, en uno u otro evento se busca que el Estado constituya sustento de beneficio general para quienes integran el grupo social, ya sea partiendo de las nociones de orden y poder divino o del acuerdo entre quienes son objeto del Poder Público, solo por

---

<sup>75</sup> GIANNINI, Massimo Severo. Derecho Administrativo, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991, p. 99, hace una clara relación a las funciones del Estado, pero todas ellas encaminadas al cumplimiento de intereses generales a través de la prestación de servicio público.

<sup>76</sup> *Ibídem*, p. 102, lo expresa de la siguiente manera: “La tutela de intereses singulares puede ser realizada, en primer lugar, por el poder legislativo. En nuestro derecho positivo, así como en otros, el parlamento elabora las leyes (art. 55 const.), y las leyes pueden ser incluso individualizadas y concretas”.

citar estas circunstancias.

En el primer caso, partiendo de una noción teocrática de Estado y Poder Público, en que toda organización política de quienes conforman un grupo social está determinada por el querer y poder de Dios y en este criterio, es la voluntad divina la que permite las conformaciones estatales así como las regulaciones de las mismas, que serán las que se identifican con el derecho natural, en cuanto que constituyen normas generales a las cuales debe sujetarse el derecho positivo; por lo que si en cualquier caso el Estado o el derecho las contrarían, existe la facultad de desobediencia frente al Poder Público o de sustraerse al respeto del orden jurídico<sup>77</sup>; implica lo anterior, que existe una relación directa entre el poder divino y en Poder Público, en la medida que éste es determinado por aquel, como si se tratara de una interdependencia en la que no existe intermediación, ya que la voluntad humana no se muestra importante, en la medida que es el querer de Dios el que permite la existencia de las estructuras estatales y en este mismo sentido el funcionamiento del Poder Público<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> OSORIO GÓMEZ, Felipe. Tendencias contemporáneas del derecho - Temas de Filosofía Política, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2012, p. 54, muestra cómo el carácter teocrático que se encuentra en San Agustín frente el Estado, el derecho y última instancia del Poder Público, son del orden voluntarista divino, en la medida que provienen de la voluntad de Dios. En efecto expresamente indica: *“Es San Agustín quien introduce en la concepción del orden normativo la superioridad del Derecho Natural como determinante del carácter jurídico de las órdenes del Estado. Así, ante la cuestión de la naturaleza del Derecho y la inquietud de lo que determinaría que ese Derecho tuviera que ser obedecido, Agustín de Hipona efectúa la diferenciación ente la norma jurídica y la orden de una banda de ladrones....Esta concepción del Derecho Natural contiene una impronta netamente voluntarista: los designios de Dios ponen en claro por encima de cualquier ley que reine entre los hombres, lo que es bueno o malo”*.

<sup>78</sup> En efecto, la noción Agustiniana del poder que es recogida por el Papa Gelasio I en la que se establece una distinción entre el poder divino y el poder humano, que para nuestro caso se ha de identificar con el Poder Público, en el que éste ha de estar subordinado de todas maneras a aquel, por cuanto deviene de Dios, muestra una estructura jerárquica en la conformación del poder, que no permite mayor intervención humana, en cuanto a que es Dios que expresando su voluntariedad, propicia el poder humano que estructurado en el Estado, se evidencia como Poder Público.

La anterior argumentación, la encontramos claramente consignada en los postulados de San Agustín, que de todas formas se refiere a nociones de interés general y porque no decir de servicio público, para evidenciar el carácter objetivo del Poder Público, cuando hace alusión a lo justo en el ejercicio de la actividad del Estado y su contraprestación por la actividad de los particulares<sup>79</sup>.

Pero la relación directa entre el Poder Público y el poder divino, tiene una variante bien interesante en el pensamiento de Tomás de Aquino, quien aceptando el origen divino del poder, lo considera como el producto de la necesaria relación entre hombres o personas que por naturaleza son sociales, pero además racionales y por esta circunstancia deciden asociarse y conformar las estructuras estatales que involucran criterios de Poder Público, buscando como finalidad el bien común.

En efecto, en el pensamiento tomista el individuo constituye el centro de la noción de bien común, pero no en una forma aislada sino en su integración social; lo que determina que la noción de bien común se constituya en la configuración objetiva del Poder Público, cimiento de las concepciones de interés general y servicio público, por cuanto que la funcionalidad del Estado y del príncipe gobernante se debe dirigir a propender por el beneficio de todos y no solamente del propio de quien ostenta el ejercicio del poder, que de todas maneras provienen de Dios y en esta forma lo adecuado es que su actividad se encamine a hacer bien y no mal, por derivarse del poder divino; sin embargo, cuando Dios dota al hombre de racionalidad, éste puede tomar caminos distintos a los predestinados de hacer bien, pero en cuanto a la función del Poder Público será el bien común el que debe

---

<sup>79</sup> Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico de los contratos, Editorial Temis, Bogotá, 2012, quien al referirse al principio del equilibrio económico de los contratos públicos muestra cómo la noción de justicia en San Agustín, determina la obligación del Estado de retribuir adecuadamente a quien presta un servicio público en nombre y representación de una entidad pública, lo cual demuestra criterios de justicia social.

primar, alejado de intereses individuales<sup>80</sup>.

Pero el criterio divino no es único, sino que por el contrario postulados estrictamente racionales y porque no decir humanos, muestran un concepto objetivo del Poder Público, expresado en las conformaciones de estructuras asociadas, que determinan expresiones de interés general y servicio público. En efecto, desde los postulados contractualistas generados con Locke, Rousseau, Hobbes y Kant, en las que el acuerdo entre los hombres determina la existencia de la institucionalidad en el Estado a través de las formas de gobierno, que muestran las concepciones de Poder Público, encontramos criterios tan interesantes como el de John Rawls, en el cual la existencia de consensos es el que sustenta el fundamento de la democracia, de la filosofía política y para nosotros del Poder Público.

Pero el contractualismo en Rawls, aunque en principio pareciera alejarse de las ideas Hobbesianas, en la medida que el beneficio común que se persigue en éste, no es el mismo que se involucra en aquel, por cuanto que dicho pensador parte de una noción individualista, es decir de reconocimiento y preponderancia de la persona humana dentro del conglomerado social; lo que sucede es que, a partir del criterio de justicia como imparcialidad, dicho criterio individualista lleva a subsumirse en criterios sociales de garantía de derechos, que parten de la noción

---

<sup>80</sup> El pensamiento tomista del bien común es una expresión de la filosofía aristotélica referida a la primacía del todo sobre las partes y en esta medida, para el caso que nos ocupa, el todo, lo general, ha de representarse en el bien común, para nosotros el carácter objetivo del Poder Público, expresado en el interés general y la noción de servicio público. OSORIO GÓMEZ, Felipe. Tendencias contemporáneas del derecho - Temas de Filosofía Política, obra citada, lo expresa de la siguiente manera: *“Como en Aristóteles, el bien común está referido a la ciudad, al todo; y éste, es superior a las partes que la componen. Ese bien común no debe entenderse como un asentimiento de la democracia. Es mejor, la finalidad del gobierno. Según Ruiz Miguel, “(...) (la noción del bien común como finalidad del poder) deja cierto papel al consenso popular, siempre mediado y dirigido por los estamentos superiores, la nobleza, el alto clero y, quizá, algunos ciudadanos notables, esto es, los más ricos burgueses o habitantes de los burgos o ciudades medievales”.*



de posición original, es decir, de una posición inicial de igualdad, que en términos de Poder Público implicaría interés general, que son reconocidos a través de la justicia<sup>81</sup>.

Sin embargo, en uno u otro sentido, en cualquier forma de contractualismo lo que se busca es el beneficio para los individuos, a través de las conformaciones estatales que involucran Poder Público expresado en interés general y servicio público. En efecto, cuando Hobbes se refiere al contrato, lo hace en el sentido de transferencia de derechos, es decir, en una recíproca cesión de los mismos; sin embargo, dicha transferencia no es absoluta, porque las partes en el mismo no pueden renunciar a la defensa o salvaguarda de alguno o algunos de ellos, por lo que significa que existe un pacto que busca en principio protección, seguridad, paz, en cualquier criterio beneficio común, que de todas maneras se logra en las organizaciones sociales que se realizan a través del convenio, que van a determinar estructuras estatales en pro de garantizar dicho pacto, lo que determina la existencia de interés general en la organización<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> BATTAGLINO, Vanesa Lorena. Igualdad y bienestar en la tradición Rawlsiana, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2014, p. 46, muestra en Rawls, cómo a partir de la idea de intereses particulares que poseen los miembros del grupo social, que se tornan mutuos, se llega a la idea de intereses generales, por cuanto los intereses propios van a llevar a que el conglomerado social busque el bienestar de sus miembros, que es lo que para nuestro caso se constituye en el interés general y la noción de servicio público. En efecto, expresamente manifiesta: “...El objeto primario de los principios de justicia es la estructura básica de la sociedad. En este contexto una sociedad es entendida como una asociación de personas, más o menos autosuficiente, que reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias, y que actúan conformes a ellas. Rawls la define como una empresa cooperativa para obtener ventajas mutuas, caracterizada por un conflicto y una identidad de intereses. La identidad de intereses reside en que la cooperación social hace posible para todos una mejor vida que la que cada uno podría tener si viviera sólo de sus propios esfuerzos; y hay conflicto porque las personas no son indiferentes de cómo se distribuyen los beneficios de su colaboración”.

<sup>82</sup> Con COPLESTON, Frederick. Historia de la filosofía, Editorial Ariel, Barcelona 1973, p. 45, quien lo muestra de la siguiente manera haciendo la referencia específica a Hobbes: “¿Cómo se realiza esta transferencia de derechos? Tiene lugar por acuerdo de cada hombre con cada hombre, como si cada cual dijera a cada uno de los demás, autorizo y renuncio a mi derecho a gobernarme a mí mismo en favor de este hombre, o de esta asamblea de hombres, a condición de que tú a su vez le cedas tu derecho y le autorices a actuar de la misma manera. Una vez hecho esto, la multitud unida en una persona, se llama sociedad,

El pacto o convención se evidencia de igual manera en Locke, quien partiendo de una circunstancia de naturaleza del hombre a la manera de Hobbes, se distingue porque no considera que el estado de guerra o conflicto que se pueda presentar en el mismo, sea inherente al hombre y a dicho estado, sino que se encuentra por fuera de él; es decir, por fuera del derecho y en esta medida la existencia del hombre en el estado de naturaleza, determina que los hombres convivan unidos por la razón, lo que determina que busquen unirse para lograr protección para el derecho inherente que les asiste, que no es otro que el de propiedad<sup>83</sup>. En Locke, el pacto es voluntario y determina que los hombres pasan del estado de naturaleza al de una organización social y posteriormente a una estructura estatal en nuestro parecer, cuando toman la decisión de unirse<sup>84</sup>.

En cualquier caso del pensamiento de Hobbes y de Locke, se evidencia un fuerte antecedente del criterio de interés general como expresión de lo que posteriormente se ha de concebir como Poder Público, en la medida que la conformación de agrupaciones sociales como resultado del pacto, del convenio entre individuos que buscaban beneficio común, determina la existencia de interés general y de una u otra manera de servicio público, ya que la conformación social

---

*civitas en latín. Y ésta es la forma en que surge el gran Leviatán, o para hablar con más reverencia el dios mortal al que debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y defensa”.*

<sup>83</sup> Tal vez por esta razón, es que se le ha tratado dar a Locke un corte individualista, en la medida de ser un defensor del derecho de propiedad, lo cual no es en estricto sentido cierto, ya que el concepto de propiedad para él implicaba conservación y en estas circunstancias es que los individuos concurrían al contrato, al pacto de vivir en comunidad.

<sup>84</sup> COPLESTON, Frederick. Historia de la filosofía, obra citada, p. 127 expresa: *“Por consiguiente Locke parte, como Hobbes, del estado de naturaleza, y permanecen en él hasta que por su propia voluntad se convierten en miembros de una sociedad política. Pero su idea del estado de naturaleza es muy distinta de la de Hobbes. De hecho, aunque no lo diga de un modo explícito Hobbes es el principal oponente que tiene en la mente en el segundo tratado. Existe una radical diferencia, según Locke, entre el estado de naturaleza y el estado de guerra. El estado de naturaleza, para hablar con propiedad, se caracteriza porque los hombres viven juntos según la razón, sin que haya en la tierra un superior común para dirimir los conflictos entre ellos. La fuerza cuando se ejerce fuera de la esfera del derecho, crea un estado de guerra; pero éste no debe identificarse con el estado de naturaleza puesto que constituye una violación de éste; es decir, de lo que éste debe ser”.*

a través de alguna estructura estatal se encargará de velar porque el beneficio de todos sea cumplido y esto no es más que el reflejo de una forma de Poder Público.

Pero ese interés general y noción de servicio público que hemos venido analizando hasta ahora como carácter objetivo del Poder Público, es una constante a lo largo de la historia política del Estado, en la medida que el beneficio común de los integrantes de la estructura social o estatal es el que debe primar como finalidad de Poder Público, sea cual sea la concepción de pensamiento político<sup>85</sup>, ya que de una u otra forma el Poder Público, debe ser una garantía de los derechos de todas las personas en un plano de igualdad, como fruto del consenso entre quienes conforman el grupo social<sup>86</sup>.

Implica lo dicho, que el carácter objetivo del Poder Público en los términos planteados, hace referencia al contenido de la noción, la cual se enmarca en una argumentación ontológica, es decir de fin, en cuanto a que toda actividad pública que implique el ejercicio de alguna potestad, debe encaminarse a lograr las finalidades del Estado, que en este caso las he determinado en el logro de intereses generales y la prestación adecuada de servicio público<sup>87</sup>; por esta razón,

---

<sup>85</sup> TURAINÉ, Alain. *Crítica de la modernidad*, 3ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 23 y ss, lo describe de una manera muy interesante, cuando muestra cómo se ha dado el desarrollo histórico del pensamiento político en la modernidad; que solo para hacer una referencia al criterio kantiano del bien determinado por la razón expresa: *“Lo que define el bien soberano, dirá así mismo Kant, es la unión de la virtud y la felicidad, es decir, de la ley y el individuo, del sistema y del actor. ¿Y cómo puede alcanzarse esa unión si no es elevando al hombre por encima de todas sus inclinaciones, por encima también de todo objeto o de toda conducta identificada con el bien, si no es elevándolo hacia lo que él tiene de universal, la razón, por la cual se establece la comunicación del hombre y el universo?”*.

<sup>86</sup> Con NUSSBAUM, Martha C. *Emociones políticas*, Editorial Planeta, Bogotá, 2014, p. 159, lo indica en este sentido: *“Los principios políticos deberían ser tales que pudieran ser objeto, potencialmente, al menos, de un consenso entrecruzado entre todos los ciudadanos razonables, es decir, entre todos aquellos que respeten a sus conciudadanos como sus iguales y estén dispuestos a acatar unos términos equitativos de cooperación”*.

<sup>87</sup> GARCÍA, Eloy. *Ferrero y la crisis de la legitimidad democrática: La democracia ante su momento maquiavélico*, Estudio introductorio a FERRERO, Guglielmo. *Poder: Los genios invisibles de la ciudad*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 27,

la esencia del concepto en cuanto a objetividad, se aleja de simples manifestaciones fenomenológicas de exterioridad, sino que se adentra en la razón de ser del mismo, es decir, de su contenido de beneficio para los integrantes del grupo social.

Así las cosas, el contenido objetivo del Poder Público constituye un fin de beneficio general que debe ser buscado y garantizado por quienes ejercen los poderes públicos, en favor de quienes son sometidos por dicho poder; es decir, que las autoridades públicas como titulares de dicho Poder Público, se constituyen en destinatarias de una obligación de garantía de los intereses de las personas que conforman la organización social, a partir de criterios generales y no de garantía de derechos particulares; circunstancia que muestra la muy antigua controversia que ha existido entre el interés particular de quienes detentan el poder, en contraposición de la búsqueda de beneficios para los integrantes de la comunidad, en este caso del Estado, que se logra con criterios de justicia<sup>88</sup>.

---

muestra los tópicos de estudio del poder, así: *“El Poder, entendido como el hecho de la dominación de unos hombres por otros hombres, ha sido objeto de estudio desde muy diferentes perspectivas. Simplificando al máximo, tres son las opciones que al respecto se ofrecen: la ontológica, que aspira a desentrañar su esencia; la fenomenológica, que atiende a sus manifestaciones existenciales, y una tercera, que, por tomar como referente las diferentes actitudes que los hombres mantienen frente al poder, cabría definir como patológica”*.

<sup>88</sup> VILLORO, Luis. El poder y el valor, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, p. 17, muestra los criterios subjetivos y objetivos del poder, como una clara controversia entre el interés particular de quienes lo detentan, frente a la necesidad de beneficio general a partir de nociones de justicia, así: *“En el libro primero de La República, Platón pone en boca de Trasímaco, en el diálogo con Sócrates, la siguiente afirmación: Aquí tienen mi pensamiento - le dice a Sócrates-. En cada Estado, la justicia no es más que la conveniencia del que tiene la autoridad en sus manos y, por consiguiente, del más fuerte... Esta es la tesis de Trasímaco. Y Sócrates sostiene en el diálogo la tesis exactamente opuesta. Sócrates dice: No, señores, la política es la justicia. En esta contraposición está todo el tema que va a desarrollar Platón a lo largo del diálogo de la República. El fin es la justicia. Si el Gobernante es verdaderamente moral, si es verdaderamente justo, el gobernante no buscará el poder porque buscará satisfacer una relación de justicia, y buscará, no el interés propio, sino el interés de la comunidad a la cal gobierna”*.

### 2.3. EL PODER PÚBLICO EN LAS CONFIGURACIONES ESTATALES

El poder político (constituyente) tiene su expresión en las diferentes formas de Estado y de gobierno, que determinan criterios de organización social, lo cuales están enmarcados por diversos criterios de conformación de poder, que van desde las formaciones teocráticas hasta las democráticas, todas ellas con evidentes presupuestos de dominación y subordinación de quienes ostentan la gobernanza frente a quienes son gobernados, con fundamento en postulados de autoridad, imposición o aceptación<sup>89</sup>.

Este acápite muestra como el Poder Público es consecuencia de toda organización de las personas como seres sociales, ya que de todas maneras, sea cual sea la forma de conformación en sociedad, es necesario que existan relaciones de poder para mantener el orden dentro del sistema.

Implica lo anterior, que el Poder Público se expresa dentro de la sociedad sea cual sea el origen del mismo; pero además, constituye el sustento de las demás formas de poder que se encuentran dentro de cualquier clase de Estado o de gobierno y en esta medida, era necesario referenciarlas para indicar que la investigación se encuadra en la relación entre Poder Público y Principio de Legalidad en el Estado de Derecho y actualmente en lo que se ha denominado Estado social y democrático de derecho<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> No en todos los eventos, el poder político es imposición sino que puede evidenciarse en la aceptación del pueblo a través de la conformación de un sistema de gobierno, a través de las democracias representativas por ejemplo.

<sup>90</sup> Considero que la denominación actual del Estado, al menos en el caso español y colombiano corresponde al de social y democrático de derecho, por la consagración y las garantías de los derechos sociales y por los múltiples mecanismos de participación ciudadana en la conformación y actividad del mismo; así CHEVALLIER, Jacques. El Estado posmoderno, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 275, hable de una crisis de la democracia cuando expresa: *“La concepción liberal de la democracia se volvió hegemónica a pesar de haber enfrentado durante el siglo XX varias versiones discrepantes, o incluso irreductiblemente opuestas:*

En efecto, la investigación parte de analizar el Poder Público y sus formas de expresión, es decir, lo que se ha denominado funciones legislativa, ejecutiva y judicial, para relacionarlo con el Principio de Legalidad, que nos lleve a establecer un control adecuado de los mismos y así establecer criterios de validez dentro del funcionamiento del Estado, que involucra de una u otra manera a quienes lo ejercen y frente a las personas que son ejercidos, es decir, a los sistemas de poder y ejercicio de los mismos, dentro de un Estado de Derecho o social y democrático de derecho como el que nos asiste<sup>91</sup>, en el cual existen pugnas por la primacía en la dominación de los diferentes estamentos que lo detentan, como se evidencia en los llamados choques o enfrentamientos entre las estructuras que lo integran<sup>92</sup>.

## 2.4 EL PODER PÚBLICO COMO DOMINACIÓN DEL ESTADO

Las formas de Estado y de gobierno sea cual sea el análisis que se haga de ellas, evidencian de una u otra manera poder; noción que como lo indicamos cuando nos referimos a su concepto puede derivar en multiplicidad de apreciaciones, tales como la capacidad de hacer algo, imposición de voluntad, sometimiento por la

---

*los modelos alternativos se hundieron en el curso de la última década, mientras que el modelo liberal se difundió en todo el mundo, apareciendo en adelante como el único concebible. La globalización aparece no solo bajo sus aspectos económicos, sino también bajo los políticos e ideológicos”.*

<sup>91</sup> Es el Estado de Derecho en principio y específicamente el social y democrático de derecho, el escenario propicio para analizar la relación entre Poder Público y Principio de Legalidad, ya que se determina en la subordinación de las actividades estatales a las regulaciones normativas obligatorias; tal vez es por esta razón que KELSEN, Hans. Teoría general del Estado, 2ª ed., Ediciones Coyoacán, México, 2005, p. 18, afirma que el Estado como objeto espiritual consiste en un sistema de normas.

<sup>92</sup> ABAD COCK, Jorge H. Poder y libertad, Medellín, 2016, p. 156, muestra como las regulaciones que él denomina reglas sirven para el control político, así: *“El desarrollo de las reglas para el ejercicio del poder político ha conducido, paso a paso, a mayores niveles de control entre quienes lo detentan y a la eliminación, en cuanto ello sea posible, de que quien legisle haga, y quien haga juzgue, salvando conflictos de poder”.*

fuerza, aceptación de autoridad, entre otras<sup>93</sup>.

Implica entonces, que el poder del Estado se institucionaliza en el Poder Público, en la medida que sus estructuras se ven reflejadas en las denominadas funciones que lo expresan, las cuales contienen la potestad de imposición frente a los particulares para el cumplimiento de los fines estatales previstos en regulaciones superiores, a través del ejercicio de la actividad propia de cada una de ellas<sup>94</sup>.

Así como el Poder Público se institucionaliza en el Estado<sup>95</sup>, dicho poder se

---

<sup>93</sup> En efecto, para muchos doctrinantes el poder político es símbolo de autoridad, como lo explican muchos tratadistas, como: MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand y PACTET, Pierre. *Droit constitutionnel*, 34ª ed., Editorial Sirey, Paris, 2015, p. 9, cuando explica el Poder Público a través de fenómenos de autoridad, al indicar: *“Ils se rencontrent constamment dans toutes les collectivités, dès lors qu’une personne ou un collège est en mesure d’imposer sa volonté à autrui. Ils impliquent donc nécessairement une double relation de commandement et d’obéissance et par là même une différenciation entre ceux qui commandent - ou qui, plus simplement et plus généralement, occupent une position dominante les mettant à même de faire prévaloir leurs vues - et ceux qui obéissent ou qui, plus simplement encore, ne sont pas en mesure de s’opposer à la volonté des premiers et doivent s’abstenir d’y faire obstacle”*.

<sup>94</sup> DREHER, Jochen. *Fenomenología del poder*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2014, p. 21, muestra distintas nociones de poder en los siguientes términos: *“Son múltiples los conceptos de poder en ciencias sociales y es particularmente difícil encontrar una definición unívoca del “poder” como fenómeno social. Es sabido que el filósofo de la vida Friedrich Nietzsche entiende a la voluntad como el verdadero motor del hombre, como una “voluntad de poder” (Wille zur Macht). En su opinión, los filósofos están especialmente predestinados a aplicar su voluntad porque “su conocer” es crear, su crear es legislar, su voluntad de verdad es voluntad de poder (Nietzsche, 1993, 1886, p. 145). El que expresa exitosamente su voluntad de poder es “el divergente, el hombre más allá del bien y del mal, el señor de sus virtudes, el soberano de la voluntad” (Nietzsche, 1993, 1886, p. 147). Ya Nietzsche ve en el individuo el potencial de ejercer el poder. La pregunta que surge ahora es ¿ hasta qué punto el ejercicio del poder emana de este último?. Al mismo tiempo, nos interesa el modo en que el sujeto se encuentra condicionado por estructuras de poder establecidas socialmente”*.

<sup>95</sup> El artículo 113 de la Constitución de Colombia contempla las ramas del Poder Público en los siguientes términos: *“Son ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.*

*Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.*

*Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”*.

De la misma forma, la Constitución Española y la Constitución Francesa por ejemplo, hacen referencia a las funciones del Poder Público, cuando regulan las instituciones legislativas, judiciales y administrativas, dentro de las estructuras

expresa a través de las funciones que lo expresan, las cuales le permiten ejecutar las actividades que lo llevan al cumplimiento de las finalidades buscadas por dicho Estado, funciones que también están asistidas de prerrogativas, en la medida que a través de ellas es que se evidencia el poder al cual me he venido refiriendo.

En efecto, cuando la Función Judicial, la legislativa o la administrativa, cumplen actividades dentro de los roles que les corresponden en la estructura y organización estatal, lo que están desarrollando y ejercitando es Poder Público, así lo hagan a través de lo que se conoce como servicio público<sup>96</sup>; puesto que cada una de ellas son instrumento de la actividad para el cumplimiento de los fines estatales, en la expresión de la función de servicio público, con un criterio de equilibrio entre unas y otras, que no es otra que la expresión de colaboración o equivalencia estatal<sup>97</sup>.

En el presente caso, la actividad de Poder Público la tendremos en cuenta fundamentalmente, en relación con la funciones de Poder Público del Estado, puesto que constituyen la aplicación más clara del poder político, en ejercicio de Poder Público. En efecto, cuando el órgano competente para expedir leyes cumple con su Función Legislativa, está evidenciando poder político, a través del ejercicio de Poder Público; de la misma forma, en los eventos en que la Administración Pública desarrolla Función Administrativa evidencia Poder Público, como resultado de poder político; además, cuando los actos de carácter legislativo y administrativo, son controlados por la estructura judicial, se muestra el ejercicio del

---

estatales de la organización política de cada uno de los estados.

<sup>96</sup> BURDEAU, Georges. Droit constitutionnel et institutions politiques, 15<sup>a</sup> ed., Librairie Générale des Droit et Jurisprudence, Paris, 1966, p. 15, hace referencia a la institucionalización del poder, con fundamento en la transferencia de las potestades de dominación de la persona de los gobernantes a una entidad que no es otra que el Estado.

<sup>97</sup> Ver GUGLIELMI, Gilles y KOUBI, Geneviève. Droit du service public, 3<sup>a</sup> ed., Montchrestien, Paris, 2011, donde se hace un estudio bien detallado sobre la teoría del servicio público.



control judicial a las demás actividades del Estado, como resultado de actividades de Poder Público.

Por tal razón, es posible afirmar, que el Estado a través del ejercicio del Poder Público que de una u otra forma es desarrollado por individuos que conforman el grupo social se puede tornar autoritario, en el sentido de imposiciones unilaterales que pueden dar lugar a la arbitrariedad y en esta circunstancia, es cuando el Principio de Legalidad entra en juego para realizar los controles jurídicos que corresponden con el fin de equilibrar las cargas, ya que las ventajas del Estado en el ejercicio de los poderes unilaterales son compensadas con el control respecto de los mismos<sup>98</sup>.

Significa, que sea cual sea la estructura de la organización del Estado en la expresión e institucionalización del Poder Público, la noción de poder ha de partir desde el individuo y de éste reflejarse al conglomerado social y a las formas de Estado y de gobierno, para que se configure una relación dialéctica del mismo; en la medida que dicha noción no puede ser una simple abstracción, sino que corresponde a una realidad fáctica. No es posible concebir una noción de Poder Público alejado del individuo y de la conformación social, en la medida que las relaciones sociales son las que determinan las estructuras de poder de una sociedad y por tal del Estado y no solamente estructuras invisibles que condicionan la actividad dentro de un Estado.

En efecto, como lo concibe Foucault por ejemplo y trayéndolo para el tema que me ocupa, no existen verdades permanentes, sino que estas dependen de los momentos históricos determinados, lo que significa que la realidad cambiante es la que determina las nociones de poder; pero dicha realidad está impactada por los

---

<sup>98</sup> Controles que pueden ser de diversa naturaleza, pero que para lo que me ocupa de la relación entre el Poder Público y el Principio de Legalidad, se especifica en el control de legalidad.

individuos y en esta medida, el poder y por tal razón las estructuras del Estado y las formas de gobierno se tornan subjetivas<sup>99</sup>; pero que en cualquier caso es determinada por el Principio de Legalidad en sentido genérico como lo entraré a especificar en el título siguiente.

## **2.5. EL PODER PÚBLICO COMO EXPRESIÓN DE POTESTAD PÚBLICA**

Dentro de la organización estatal, existen una serie de prerrogativas o poderes que les asisten a las entidades públicas, que las colocan en un plano de desigualdad superior frente a los particulares y que de una u otra manera constituyen ventajas en el ejercicio del Poder Público.

En efecto, dentro del funcionamiento del Estado no hay igualdad entre los particulares y las personas jurídicas de derecho público, en la medida que éstas están dotadas de potestades para el ejercicio de su actividad pública, especialmente relacionada con las competencias básicas del Estado, como son la Función Legislativa, administrativa y judicial; lo que lleva a que el mismo funcione en circunstancias especiales de favorabilidad respecto de los particulares, en la medida que los poderes que le asisten se evidencian de manera relevante en relación con los ciudadanos que hacen parte del conglomerado social.

Es clara la existencia de prerrogativas estatales, que necesariamente están fundadas en el Poder Público como podrá ser la función de legislación, en cuanto a que el órgano correspondiente dentro de la estructura estatal, tiene la facultad de hacer la ley, es decir, de imponer las regulaciones que rigen la organización, las actividades públicas y privadas; así como las relaciones entre quienes integran la persona jurídica Estado. De la misma forma, se presentan potestades en el

---

<sup>99</sup> Para verificar los equilibrios en la estructura estatal, ver HAURIOU, Maurice. Principes de droit public, Dalloz, Paris, 2010, p. 226, quien hace alusión a la existencia de equilibrios fundamentales sobre los cuales reposa la estructura del Estado y la Administración pública.

ámbito administrativo, ya que la Función Ejecutiva posee atribuciones que le permiten actuar con preponderancia respecto de las personas particulares<sup>100</sup>; circunstancia que no es extraña al funcionamiento judicial, en cuanto a que los jueces están dotados de claros poderes de orden público, que les permite resolver los conflictos entre quienes son miembros de la organización persona jurídica pública Estado<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Un claro evento de la superioridad de las administraciones públicas lo encontramos en la institución de la revocación directa de los actos administrativos, a través de la cual una entidad pública tiene la facultad o el poder de sacar de la vida jurídica un acto administrativo sin que exista ninguna solicitud, pero sí cumpliendo el Principio de Legalidad y del debido proceso. Esta prerrogativa está prevista en el Derecho Colombiano en el artículo 93 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, constituye el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; mientras que en el Derecho Español se contempla en la Ley 39 de 2015 artículo 109, que corresponde a la norma de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>101</sup> Cuando un juez de manera oficiosa asume el control de legalidad de una norma, no es más que una muestra de Poder Público de superioridad, como ocurre con lo previsto en el artículo 136 del Código de lo Contencioso Administrativo Colombiano que consagra: *“Control inmediato de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento”*.

O como sucede en el Sistema Jurídico Español respecto a lo previsto por la Ley de lo Contencioso Administrativo en cuanto al cumplimiento de las sentencias, cuando en el artículo 108 expresa: *“1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:*

*a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.*

*b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada”...*

## 2.6. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y LA NOCIÓN DE PODER PÚBLICO

La Corte Constitucional de Colombia ha sido reiterativa en la consagración del Poder Público del Estado y ha prestado significativa atención a la protección de los postulados de la Constitución de 1991, en el sentido de reconocer independencia entre sus ramas, siempre y cuando exista una colaboración armónica para cumplir con el mandato del artículo 103 superior, que reconoce tal independencia pero propende por la interrelación entre ellas<sup>102</sup>.

En este sentido, el mandato constitucional es claro en determinar que la estructura del Estado Colombiano se configura a partir del reconocimiento de los poderes o ramas del Poder Público, las cuales no están aisladas sino que han de funcionar y coexistir en estrecha relación para cumplir la consagración de colaboración armónica en el cumplimiento de los fines del Estado, como claramente lo ha reconocido la Corte Constitucional<sup>103</sup>.

Dicha vinculación de colaboración entre los diferentes poderes públicos es lo que nos ha llevado al análisis de la relación existente entre los mismos y el Principio de Legalidad en sentido genérico, como una garantía de existencia a partir de

---

<sup>102</sup> El artículo 113 de la Constitución de 1991 consagra de manera expresa los poderes públicos del Estado en los siguientes términos: *“Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.*

*Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.*

<sup>103</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-246 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, lo determina de la siguiente manera: *“Si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del Poder Público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales. Colaboración armónica que no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse que cada uno de ellos ejerce funciones separadas”.*

regulaciones normativas que determinan control de las actividades del Estado para el cumplimiento de los fines del mismo.

La Corte Constitucional de Colombia en su jurisprudencia reconoce la independencia de la Función Legislativa, cuando muestra las potestades, actividades y autonomía del Congreso en su calidad de máximo órgano de dicha rama, que lo torna específico frente a los demás que integran el Poder Público, es decir, la judicial y la administrativa o ejecutiva<sup>104</sup>; lo cual hace de la misma forma con la judicial<sup>105</sup> y la Función Administrativa o ejecutiva<sup>106</sup>, aceptando la autonomía que les ha otorgado la Constitución como integrantes del Poder Público<sup>107</sup> e

---

<sup>104</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-172 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo, así lo deja ver cuando expresa: *“El Congreso de la República ha sido dotado por la Carta Política de: (i) plena autonomía y capacidad para darse su propia organización mediante reglamentos, quedando excluida la posibilidad de intromisión o interferencia por parte de cualquier otro órgano y proscribiendo, en especial, que el Gobierno pueda intervenir en tales materias; (ii) autonomía financiera, pues las Cámaras tienen la facultad de dictar su propio reglamento así como de administrar sus propios servicios y el personal que los presta; (iii) amplias facultades a favor de las Mesas Directivas del Senado y de la Cámara del mismo modo que a favor de la Comisión de Administración del Senado -que constituye el órgano superior administrativo del Senado- para cumplir tareas de gran importancia en relación con el funcionamiento administrativo del Congreso. De otra parte, (iv) la Ley 5ª o Estatuto Orgánico del Congreso regula con detalle lo relacionado con los servicios administrativos del Senado y le otorga extensas atribuciones a la Mesa Directiva del Senado que abarcan incluso la posibilidad de determinar mediante resolución otras funciones en cabeza de algunas instituciones como son la Comisión de Administración y el Director General, eso sí, bajo el supuesto de que las funciones atribuidas no fueren de competencia legal de otra autoridad. (v) La Ley 5ª de 1992 le confiere también amplias facultades a la Mesa Directiva de la Cámara en aspectos legislativos y administrativos. Además, posteriores modificaciones a la Ley 5ª atribuyen, por ejemplo, a la Mesa Directiva de la Cámara la posibilidad de solicitar ante la Plenaria de la Cámara de Representantes una evaluación del trabajo realizado por el Director Administrativo de la Corporación. Este último tiene la obligación de rendir informes a la Mesa Directiva sobre su desempeño en campos cruciales para la buena marcha del Congreso como lo son licitaciones, contratación, ordenación del gasto, ejercicio de la representación legal, entre otras”*.

<sup>105</sup> La Rama Judicial está prevista en el título VIII, artículos 228 de la Carta Superior Colombiana.

<sup>106</sup> El título VII, artículos 188 y ss. de la Constitución Política de Colombia consagra la Rama Ejecutiva del Poder Público, haciendo una especial referencia a la institución del Presidente de la República y sus funciones, en su calidad de máxima autoridad administrativa.

<sup>107</sup> La independencia de las funciones judicial y administrativa dentro del Estado Colombiano se fundamentan en lo previsto en los artículos 209 y 228 constitucionales, que a la letra dicen: *“ARTÍCULO 209. La función administrativa está al*

instrumentos para el cumplimiento de los fines de Estado Social de Derecho<sup>108</sup>.

En el Sistema Jurídico Español se reconoce de la misma manera los poderes públicos del Estado por parte del Tribunal Constitucional, otorgándoles independencia, autonomía y colaboración, en los términos de las regulaciones de la Constitución de 1978 que consagra los poderes legislativo, ejecutivo y judicial<sup>109</sup>, en nuestro parecer, como la fundamentación básica de la organización

---

*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.*

*Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.*

*ARTÍCULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será descentrado y autónomo”.*

<sup>108</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-247 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo lo presenta así: *“El ordenamiento constitucional colombiano impone, en relación con la división del poder: (i) un mandato de separación de las ramas del Poder Público, del que se desprende el ejercicio de un poder limitado, susceptible de control y organizado en distintas instancias encargadas de diferentes funciones; (ii) un mandato de integración del Poder Público con otros órganos diferentes a los que integran las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, que se expresa en aquellas disposiciones que reconocen funciones a órganos no adscritos a las ramas del Poder Público tal y como ocurre, entre otros, con la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del estado Civil, y la Contraloría General de la República, entre otros; (iii) un mandato de colaboración armónica que comprende no solo a los órganos que conforman las ramas ejecutiva, legislativa y judicial sino a todos los demás que les han sido asignadas funciones necesarias para la materialización de los fines del Estado, con lo que se asegura la especialización funcional y sin que ello signifique desplazamiento, subordinación o reducción de un órgano a la condición de simple instrumento de los designios de otro; y finalmente, (iv) un mandato de ejercicio de controles recíprocos. La articulación de la separación funcional y la colaboración armónica no puede implicar (i) la imposición de pautas rígidas que eliminen las formas de interacción entre órganos, (ii) la autorización para que un órgano asuma las funciones que a otro le corresponden o (iii) la disolución de las responsabilidades de un órgano mediante la fijación de competencias concurrentes no previstas en la Constitución”.*

<sup>109</sup> En efecto, el Título IV, artículos 97 y siguientes de la Constitución de España de 1978 hace referencia a la Rama Ejecutiva; por su parte el Título III, artículos 66 y siguientes al poder legislativo y el Título VI, artículos 117 y ss. al poder judicial; que como se puede percibir claramente están dotados de autonomía, pero con una estrecha relación de funcionamiento dentro de la competencia que le corresponde al Estado.

estatal<sup>110</sup>, pero que en cualquier caso implica el otorgamiento de poderes unilaterales a cierto órganos del Estado en ejercicio de soberanía del mismo.

En efecto el Tribunal Constitucional Español ha dicho desde tiempo atrás en este sentido:

*“La noción de «poderes públicos» que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo. Esta noción no es sin duda coincidente con la de servicio público, pero lo «público» establece entre ambas una conexión que tampoco cabe desconocer, pues las funciones calificadas como servicios públicos quedan colocadas por ello, y con independencia de cuál sea el título (autorización, concesión, etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los «poderes públicos». Esta relación se hace tanto más intensa, como es obvio, cuanto mayor sea la participación del poder en la determinación de las condiciones en las que el servicio ha de prestarse y en la creación, organización y dirección de los entes o establecimientos que deben prestarlo. Cuando el servicio queda reservado en monopolio a un establecimiento cuya creación, organización y dirección son determinadas exclusivamente por el Poder Público, no cabe duda de que es éste el que actúa, a través de persona interpuesta, pero en modo alguno independiente. La necesidad de hacer más flexible el funcionamiento de estos entes interpuestos puede aconsejar el que se dé a su estructura una forma propia del derecho privado y que se sometan a éste los actos empresariales que debe llevar a cabo para el ejercicio de su función, pero ésta, en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, según dispone el art. 53.1 de ésta y, en consecuencia, los ciudadanos protegidos también frente a ella con los instrumentos que el ordenamiento les ofrece para salvaguardarla de sus derechos fundamentales frente a los actos del poder. Sólo un razonamiento puramente formalista, a partir de categorías*

---

<sup>110</sup> En lo referente a los criterios del Poder Público del Estado, ver a título de ejemplo: Tribunal Constitucional sentencia 81 de 22 de junio de 2017, sentencia 73 de 8 de junio de 2017, sentencia 70 de 05 de junio de 2017, sentencia 101 de 25 de mayo de 2016, sentencia 73 de 14 de abril de 2016, sentencia 28 de 18 de febrero de 2016, sentencia 272 de 17 de diciembre de 2015, sentencia 237 de 19 de noviembre de 2015, sentencia 230 de 05 de noviembre de 2015, sentencia 196 de 24 de septiembre de 2015 entre otras.

*dudosamente utilizables en un Estado que se define como «social y democrático de Derecho» puede calificar como simple «denuncia» lo que la Ley (art. 25.3 de la Ley 4/1980) denomina «recurso»<sup>111</sup>.*

Se trata entonces, de un criterio orgánico para la asignación del poder de soberanía del Estado, el cual se distribuye en ciertos órganos que en principio se identifican con las ramas o poderes que lo conforman, es decir, la ejecutiva, legislativa y judicial; pero que a su vez se puede ver representado con los entes o entidades que los integran y en esta medida pareciera verse diseminado en un sinnúmero de personas jurídicas públicas, que sin embargo hacen parte de dicha distribución del Poder Público.

Lo anterior es así, porque el Poder Público en la atribución que se le puede hacer a la rama o poder ejecutivo por ejemplo, implica la existencia de órganos que lo conforman e intervienen en su ejercicio; circunstancia que puede ir más allá, ya que en algún sentido pueden estar presentes los particulares en su realización y sin embargo dicho Poder Público no se encuentra diluido en sub poderes si es que puedo llamarlo así, ya que dichos órganos hacen parte del poder ejecutivo que se presenta como unidad frente a los otros que lo conforman.

Como se puede observar, en cualquier evento se trata de una conformación del Poder Público en sus distintas funciones, ramas o poderes, que desarrollan una actividad determinada con fundamento en las regulaciones constitucionales, siendo expresamente reconocidos y protegidos por los tribunales o cortes constitucionales en su función de guardianes y protectores de la norma

---

<sup>111</sup> Tribunal Constitucional Español, sentencia 35 de 11 de mayo de 1983, Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por los Magistrados don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente y don Antonio Truyol Serra.



fundamental<sup>112</sup>, que en este caso adoptan en principio un criterio orgánico para su determinación, es decir, se identifica en las ramas o poderes públicos.

Significa lo anterior, que la existencia de los mentados poderes se encuentra dentro de un concepto general de Poder Público que los involucra, con un sentido de unidad dentro de la independencia que les asiste; es como si se tratara de tres personas distintas en la conformación de unidad, haciendo el símil con la consagración religiosa cristiana a que hice referencia, ya que se presenta una coexistencia de interdependencia que involucra criterios unificadores pero a la vez diferenciadores.

En efecto, no se puede hablar de ninguno de ellos fuera del concepto general de Poder Público, pero a su vez cada uno mantiene una estructura de existencia propia que lo hace diferente a los demás que lo integran, se trata entonces de una triada perfectamente organizada dentro del Estado de Derecho, como lo han reconocido los tribunales constitucionales tanto de Colombia como de España<sup>113</sup>.

## **2.7. VENTAJAS DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE PODER PÚBLICO**

En cualquier sentido, la noción de Poder Público implica prerrogativas unilaterales del Estado que le otorgan ventajas que son reconocidas por la Corte

---

<sup>112</sup> En el Derecho Colombiano, la Constitución de 1991 otorga a la Corte Constitucional la guarda de la Constitución en los siguientes términos: “ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:...”. Por su parte, la Constitución Española de 1978 lo contempla en el artículo 161 cuando otorga las competencias al Tribunal Constitucional.

<sup>113</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-0312 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reconoce la existencia de las ramas del Poder Público, dentro de la unidad del mismo en un ejercicio de control mutuo, cuando dice: “El principio de la separación de los poderes surge como resultado de la búsqueda de mecanismos institucionales enderezada a evitar la arbitrariedad de los gobernantes y a asegurar la libertad de los asociados. Por esta razón, se decide separar la función pública entre diferentes ramas, de manera que no descansa únicamente en las manos de una sola y que los diversos órganos de cada una de ellas se controlen recíprocamente”.

Constitucional de Colombia en su reiterada jurisprudencia, y que en igual sentido es contemplado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

En efecto, el ejercicio del Poder Público determina una de superioridad del Estado en cumplimiento de sus facultades que lo colocan en un plano de desigualdad superior, habilitándolo para la realización de actividades unilaterales como consecuencia del ejercicio de dichas prerrogativas. En esta medida, puede realizar una actividad expedita y ágil para el cumplimiento de los cometidos estatales.

Así por ejemplo, en la actividad administrativa le es posible tomar decisiones sin necesidad de acudir a las otras ramas del Poder Público, sino que sus prerrogativas le permiten desarrollar sus funciones de manera independiente como ocurre en las actividades de policía administrativa en la que se encarga de la conservación del orden dentro del conglomerado social.

Si por alguna circunstancia, para mantener la seguridad ciudadana es necesario decretar la permanencia en sus hogares de las personas (toque de queda), la autoridad pública lo puede hacer sin mayores trámites y aprobaciones, porque está investida de mando, de imposición derivado del Poder Público como lo ha consagrado la Corte Constitucional<sup>114</sup>, y que de una u otra manera se puede

---

<sup>114</sup> La Corte Constitucional de Colombia la concebido la noción de autoridad pública como una expresión de poder de mando o imposición cuando ha dicho en la sentencia C-816 de 2011, M. P. Mauricio González: *“El propio nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) define los conceptos de “autoridad” y de “sentencia de unificación” presentes en el artículo 102 demandado. 1. El concepto de “autoridad” tiene diverso alcance en la Constitución Política. Tradicionalmente se asocia a quien se encuentra legalmente investido de poder coactivo, jurisdicción o mando. Cuando se alude a las “autoridades de la República”, como instituidas para proteger los derechos de los habitantes de Colombia (CP, art. 2) o se expresa que ninguna “autoridad del Estado” podrá ejercer funciones no atribuidas por el orden jurídico (CP, art. 121); o cuando se determina la procedencia de la acción de tutela en relación con la conducta lesiva los derechos fundamentales a cargo de “cualquier autoridad pública” (CP, art 86), la norma superior utiliza tal concepto en su sentido lato. La disposición demandada, y en general el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo hace en un sentido estricto: las “autoridades” a que se refiere la disposición acusada son los organismos y entidades encargadas del adelantamiento de actuaciones administrativas, cualquiera sea la rama del poder, el órgano autónomo o el nivel*

identificar con una gestión pública que tiene el carácter de administrativa para el caso planteado<sup>115</sup>.

Es claro, que cuando el Estado a través de sus diferentes ramas o poderes públicos ejerce una prerrogativa no está en igualdad de condiciones que los particulares, sino que si se puede denominar, configura una posición dominante que lo pone en ventaja frente a los particulares y que le permite desarrollar de forma ágil su actividad colocándolo en superioridad; justificada en cualquier caso por la función de servicio público que desarrolla<sup>116</sup>.

Pero dichas ventajas del Estado en el ejercicio del Poder Público son reconocidas igualmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, quien además las garantiza en sus múltiples decisiones sobre la protección de la actividad de las autoridades públicas y para el caso específico de las inmunidades parlamentarias<sup>117</sup>.

---

*territorial al que pertenezcan, incluidos los particulares habilitados para tales cometidos”.*

<sup>115</sup> Ver IVANEGA, Miriam Mabel. Control público, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2016, quien hace un interesante análisis de las autoridades públicas desde la óptica de la Administración y la gestión pública.

<sup>116</sup> La Corte Constitucional de Colombia concibe la posición dominante como una superioridad, que si bien es cierto la ha desarrollado de forma muy clara en asuntos de actividades empresariales, la podemos traer a colación para el tema que estamos desarrollando, solo en el sentido de las prerrogativas estatales; en efecto en sentencia C-1041 de 2007 siendo magistrado ponente Luis Eduardo Montealegre Lynett expresa: *“La posición dominante, consiste en una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología. El Estado, en virtud del artículo 333 Superior “por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.*

<sup>117</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España, en Foro Nueva Época, no. 14/2011, p. 21, hace una referencia a las prerrogativas de los miembros de las Cortes

Significa que el Poder Público determina ventajas traducidas en beneficios para el Estado en el ejercicio de su actividad, los cuales han sido aceptados por los tribunales constitucionales tanto de España como de Colombia, en cuanto a que sus prerrogativas unilaterales han sido reconocidas constantemente, determinando una distinción de jerarquía entre los individuos y el Estado, que de todas formas ha de verse compensada para que exista un equilibrio en la relación entre unos y otros, a través de diversos mecanismo de control de la actividad de las entidades que conforman la estructura estatal como lo analizaremos más adelante<sup>118</sup>, dentro de las cuales está la competencia de control que ejercen dichos tribunales constitucionales a las funciones del Estado<sup>119</sup>.

---

Generales, que demuestran las ventajas que les asisten dentro del Estado, así: “A título previo conviene recordar la doctrina constante del Tribunal en relación a las prerrogativas de los miembros de las Cortes Generales. La razón de ser de estas garantías debe situarse en la necesidad de proteger de forma cualificada la libertad, autonomía e independencia de los órganos constitucionales, interés superior del ordenamiento de todo Estado democrático de derecho (Art.1.1. CE) e instrumento imprescindible para garantizar la efectiva separación entre los distintos poderes del Estado. Esta protección jurídica cualificada se articula constitucionalmente... mediante el tratamiento de situaciones subjetivas no parangonables con las ordinarias, puesto que se atribuyen a los miembros de las Cortes Generales no en atención a un interés privado de sus titulares, sino a causa de un interés general, cual es el de asegurar la libertad su libertad e independencia en tanto que reflejo de la que garantiza al órgano constitucional al que pertenecen”.

<sup>118</sup> El equilibrio en la relación Estado individuo ha sido reconocido como un principio de Derecho Público, según la consagración que hace HAURIUO, Maurice. Principes de Droit Public, préface d’Oliver Beaud, Editorial Dalloz, Paris, 2009, p. 541.

<sup>119</sup> En el caso del sistema jurídico español, SALAS, Javier. El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 2, no. 6, septiembre-diciembre 1982, analiza la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional Español, de acuerdo a la consagración prevista en la Constitución Española de 1978 y específicamente hace referencia a su relación con los poderes públicos en una actividad de control, pero sobre todo de independencia al haber sido previsto al margen del poder judicial, como ocurre en el caso del ordenamiento jurídico colombiano.

## TÍTULO II

### EL PODER PÚBLICO Y FUNCIONES ESTATALES

He venido indicando que las funciones de Poder Público se identifican en las ramas o poderes que integran el mismo y en esta medida la actividad legislativa, judicial y administrativa son desarrolladas en el marco del Estado de Derecho, es decir, sometidas a lo que he denominado Principio de Legalidad en sentido genérico.

En efecto, las funciones de Poder Público se ejercen por las autoridades de tal naturaleza dentro de las regulaciones legales que incluyen las constitucionales, las cuales las determinan y las hacen ajustadas al ordenamiento jurídico<sup>120</sup>, pero además las enmarcan dentro del Estado de Derecho y social de derecho<sup>121</sup>; por tal razón he realizado un análisis de dichas formas de Estado para indicar que el Principio de Legalidad se encuadra de una u otra forma en las mismas, en la

---

<sup>120</sup> Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-284 de 2015, M. P. Mauricio González ha identificado el concepto amplio de ley en las diferentes regulaciones normativas de las autoridades de Poder Público, cuando expresa: *“Esta expresión, contenida en el artículo 230 ha sido entendida “en un sentido material” de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimientos o las formas fijadas con ese propósito. En ese sentido la “ley” incluye no solo las normas dictadas por el Congreso de la República sino también -y entre otros cuerpos normativos- los Decretos expedidos por el Presidente de la República, así como las disposiciones adoptadas -en desarrollo de sus atribuciones constitucionales- por el Consejo Nacional Electoral (Art. 265), la Contraloría General de la República (Art. 268), el Banco de la República (Arts. 371 y 372) y el Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257). El amplio concepto de ley, necesario para comprender todas las formas de regulación que prevé la Carta, no implica que entre sus diferentes componentes no existan las relaciones jerárquicas propias de un ordenamiento escalonado”*; las cuales necesariamente van a incluir a las de orden constitucional, para no limitarla al concepto de ley en sentido formal sino que ha de determinarse en las regulaciones materiales.

<sup>121</sup> El Estado de Derecho es aquel sometido a la legalidad en sentido genérico, es decir, que las funciones estatales se subordinan al orden jurídico como lo expresa MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo, 25ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra España, 2006, p. 33 cuando dice: *“El Estado de Derecho implica, pues, que todas las actuaciones públicas estén basadas en un orden preestablecido de normas...El Estado de Derecho supone que sus normas se mantengan vivas, en vigor, hasta tanto no sean derogadas o modificadas”*.

medida que el Poder Público se ejerce dentro del Estado y por tal razón he considerado pertinente desarrollar el título anterior.

## 1. FUNCIÓN LEGISLATIVA: CREACIÓN DE LA LEY

Una de las funciones sustanciales de un Estado es crear la ley, al menos la ley positiva en sentido formal y genérico<sup>122</sup>, por la obligación que le asiste de regular las relaciones entre quienes conforman dicho Estado, con el fin de garantizar la convivencia entre ellos, lo cual hace a través de normas que están contenidas en las regulaciones legales en sentido genérico<sup>123</sup>, y que en principio estarán asistidas de validez por haber sido expedidas por los órganos competentes a través del trámite previamente establecido, es decir desde una óptica formal<sup>124</sup>, pero que también puede ser desde criterios objetivos de contenido<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Entiéndase por ley para este caso, como el acto del órgano público en la mayoría de los casos el Congreso o Parlamento, encargado de expedir los actos que por mandato constitucional son denominados leyes, a través del procedimiento previamente establecido para crearlas y que de una u otra manera implican regulación de relaciones entre los miembros del Estado, ya sean de carácter público o privado.

<sup>123</sup> Tal vez es que por esta razón algunos teóricos del derecho, hacen referencia a que las personas viven en un mundo de normas, en la medida que toda actividad privada o pública (fundamentalmente la pública) está regulada. En este sentido BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, 3ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2007, p. 3, quien expresa: *“El enfoque que aquí se sigue para el estudio del derecho es el normativo. Con esto quiero decir que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos jurídicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa. Nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas”*; normas, que en principio están contenidas en la ley, pero que en estricto sentido se van a encontrar en otros actos como los administrativos o en la misma estructura política, social, religiosa, económica etc. del Estado.

<sup>124</sup> He de indicar, que desde el punto de vista positivo la validez hace referencia a la conformidad de la norma con otra de rango superior, dentro del criterio de jerarquía normativa; en este sentido, significa que existe una presunción de validez de las normas, que puede ser desvirtuado a través del ejercicio del control judicial de legalidad, que involucra la validez de las mismas.

<sup>125</sup> Aunque en el acápite posterior de la investigación nos adentraremos de forma específica sobre la validez, puedo indicar, que el concepto de validez normativa ha

Lo anterior es así, si entendemos la Función Legislativa desde la perspectiva de Poder Público como expresión de poder político o constituyente y la ubicamos dentro de las estructuras estatales; sin embargo, es posible hacer un análisis teórico de las regulaciones provenientes no solo del órgano, es decir, en sentido formal, sino de la actividad generada dentro de las conformaciones estatales.

Cuando hablamos de la Función Legislativa formal, tenemos que hacer referencia a la actividad del Congreso o el Parlamento, como órganos naturales para la expedición de leyes; pero es posible encontrar otras entidades de carácter público, con capacidad de formación de la ley, como puede ser el gobierno en el sector ejecutivo al proferir actos con fuerza de ley<sup>126</sup>; por el contrario, si la referencia es al contenido o aspecto objetivo de la ley, se ha de entender que las regulaciones de las relaciones sociales, no solamente provienen de los órganos con capacidad de proferir leyes en sentido formal, sino de circunstancias, fácticas, sociales, políticas, religiosas etc., económicas que son las que las determinan.

En este acápite haré una primera referencia a la formación de la ley en sentido

---

tenido una profunda discusión y de esta manera se han propuesto criterios distintos sobre el mismo; esto es así, que Habermas por ejemplo, hace alusión al consenso, a la aceptación de las normas como criterio de validez, a partir de un discurso racional que llevará a la legitimidad. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 23, al referirse a la validez en Habermas expresa: *“Habermas, en cambio, habla de validez y facticidad para acabar entendiendo que ambas forman una síntesis cuya clave está en un tercer elemento que poco a poco va ocupando la plaza de ambas: la legitimidad”*.

<sup>126</sup> En el sistema jurídico colombiano, se asigna facultad al Presidente de la República para expedir actos con fuerza de ley, en los casos de los decretos leyes o decretos extraordinarios y en el evento de los decretos legislativos de los estados de excepción; de igual manera, cuando se hace referencia a los denominados reglamentos autónomos, en que se expiden actos generales por el ejecutivo en desarrollo directo de la Constitución, considero que se está frente a un acto con fuerza de ley y en este caso, no solo es competencia del Presidente de la República únicamente, sino de otras autoridades.

formal, ya que en capítulo posterior me adentraré al contenido objetivo de la misma, cuando el análisis sea del Principio de Legalidad y de la validez de ella, es decir, de la ley. En el sistema colombiano corresponde al Congreso hacer las leyes<sup>127</sup>, y en esta medida, se encarga de realizar las regulaciones respecto de las cuales existe reserva de ley, en el sentido que deban estar determinadas por un acto del Congreso o Parlamento expedido con la forma de ley<sup>128</sup>.

En el sistema jurídico español existe una competencia estatal de legislar, en la medida que el Congreso de los Diputados está facultado para expedir leyes a través de trámites preestablecidos<sup>129</sup>; pero dicha competencia no solamente se reserva al legislativo nacional, sino que está asignado igualmente al orden territorial, en la medida que las comunidades autónomas tienen la potestad de legislar en asuntos relacionados con cada una de ellas<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> El artículo 150 de la Constitución de Colombia, otorga la competencia o facultad legislativa al Congreso de la República y en esta medida, expide las diferentes leyes que es posible dictar dentro del ordenamiento jurídico, a través del procedimiento previsto en los artículos 151 y 157 en tratándose de leyes ordinarias, y de otras normas cuando se está en el ámbito de leyes especiales.

<sup>128</sup> No todos los asuntos que sean regulados por el Estado obedecen a reserva de ley, sino que pueden ser objeto de otros medios de actuación, como los actos administrativos. Ha de aclararse que la reserva de ley establece exigencia de regulación, pero también puede ser facultativo, en el sentido que sin existir prohibición en el asunto, se expida una ley con objeto específico.

<sup>129</sup> El artículo 81 y ss de la Constitución Española de 1978 establece la potestad de legislar del Estado cuando hace referencia a las diferentes clases de leyes y a la competencia de las Cortes para dictarlas, así como la posibilidad de delegación en dicho ejercicio.

<sup>130</sup> Como se contempla en el artículo 150 de la Constitución Española de 1978, que expresamente hace referencia a la coordinación en la competencia en asuntos legislativos entre el orden central y las facultades del Estado en expresión de las Cortes Generales y las competencias de las comunidades autónomas; lo que muestra la expresión de un Poder Público en el orden territorial, ya que la función de legislar, que como expresión del poder político o constituyente, por regla general está en el nivel nacional, en la medida que tal prerrogativa conlleva una clara expresión de dicha clase de poder, que de manera común se conoce como soberanía.



Pero sea cual sea el sistema jurídico de que se trate, la función de legislar en sentido formal, por regla general está reservada al Estado<sup>131</sup>, como expresión del poder político en el Poder Público, es decir, en conformaciones de derecho, en la medida que si el poder político ha de depender de las estructuras sociales que determinan sistemas de gobierno<sup>132</sup>, el Poder Público se configura dentro de la ley, es decir, de regulaciones normativas<sup>133</sup>.

En efecto, Kelsen cuando se refiere a la ley, al derecho y al Estado los identifica de la siguiente manera: La ley la involucra en la norma jurídica como expresión de actos humanos<sup>134</sup>, el derecho por su parte, lo determina como el objeto de la

---

<sup>131</sup> Regulaciones que en principio han de corresponder a una claridad de contenido semántico, es decir, a que el texto debe ser fácilmente comprensible para la aplicación al asunto determinado, en el sentido de una comprensión evidente; pues en determinadas circunstancias, es necesario de interpretaciones para llegar al entendimiento de la regulación. Ver MARMOR, Andrei. La pragmática del lenguaje del derecho: ¿Puede implicar el derecho más de lo que textualmente dice?, en Derecho, interpretación y convencionalismo, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2014, p. 25 y ss, en que se hace una interesante reflexión sobre el contenido del derecho, que en una de sus expresiones es la ley.

<sup>132</sup> PALACIOS MEJÍA, Hugo. Introducción a la teoría del Estado, Editorial Temis, Bogotá, 1980, p. 6, cuando se refiere al poder político, dice: *“La mayoría de los tratadistas norteamericanos y muchos franceses definen lo político como lo relativo al poder. Por su puesto hay múltiples divergencias cuando se requiere fijar el contenido del término poder. Pero en general los autores aludidos afirman que son políticos aquellos fenómenos sociales en donde se manifiesta el poder; la aparición del poder sería entonces el punto de vista para seleccionar el objeto de las diversas ciencias que se ocupan de la política”*. Poder político que se institucionaliza en el Estado, donde deja de ser simple conformación social y encuentra coercibilidad a través de regulaciones jurídicas.

<sup>133</sup> *Ibíd*em, p. 21, muestra cómo Kelsen identifica el Estado con el derecho, circunstancia que puede permitir una primera aproximación al concepto de que el Poder Público como expresión del poder político o constituyente, institucionalizado en el Estado, está en el derecho, se identifica con el derecho.

<sup>134</sup> KELSEN Hans. *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, 12ª reimpresión, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2007, p. 15, expresa: *“La teoría pura del derecho ha sido la primera que ha visto claramente el problema de la realidad específica del derecho como problema de la positividad del derecho y ha procurado solucionar este problema. Ella ve la positividad del derecho en el hecho de que las normas jurídicas son establecidas mediante actos humanos que se ejecutan en la realidad natural pero que están reglados por normas superiores...”*.

ciencia jurídica, que no es más que una ciencia social normativa<sup>135</sup>; y el Estado lo enmarca dentro de un orden jurídico, por lo que se trata de un Estado de Derecho<sup>136</sup>; significa que la ley, el derecho y el Estado están estrechamente relacionados, que su existencia en mi parecer y en lo previsto en la teoría pura del derecho de Kelsen tienen una interdependencia necesaria, llegando al punto que al definir Estado, lo hace a través de Estado de Derecho y el derecho lo expresa como el objeto de la ciencia del derecho, que no es otra cosa que una ciencia normativa, es decir, de la ley.

Y si el derecho se determina en la ley, la función de legislar se contiene no solamente en los actos del Congreso o Parlamento, en cuanto a la creación de normas que implican regulaciones de la conducta humana como lo expresa Kelsen, sino en otros actos y en relación a distintas autoridades, en el caso referido a los jueces, los servidores públicos administrativos e incluso a los particulares, cuando a través de los contratos crean normas, así sea con un sentido restrictivo entre las partes que intervienen en el contrato.

En efecto, si bien es cierto la función de legislar dentro del Estado corresponde al parlamento por regla de principio en la medida que es su actividad natural<sup>137</sup>,

---

<sup>135</sup> *Ibíd*em, p. 16, refiere: “Con la distinción entre ley natural causal y la proposición jurídica como ley jurídica normativa, y entre el principio de causalidad y el de imputación, establece la teoría pura del derecho el fundamento metodológico de la ciencia del derecho en tanto ciencia social normativa”.

<sup>136</sup> *Ibíd*em, p. 36, lo presenta de la siguiente manera: “Pero la teoría pura del derecho muestra que el Estado, en tanto ordenación de la conducta humana, solo puede ser un orden coactivo y por consiguiente un orden jurídico, que por lo tanto todo Estado es, en sentido amplio, un Estado de Derecho y que la palabra Estado de Derecho, según el uso tradicional de la palabra, significa un orden coactivo solo relativamente centralizado que prevé ciertas garantías típicas para la juridicidad de los actos de aplicación del derecho y para la libertad individual de los sujetos sometidos al derecho, es decir, que aquí la palabra estado es usada en un sentido más restringido”.

<sup>137</sup> La función de legislar ha sido y es de vital importancia dentro de un Estado, ya que de una u otra forma las leyes son las que legitiman un sistema de gobierno y un Estado de Derecho; Maquiavelo por ejemplo, concibe en la actividad de crear leyes una forma de restablecer una sociedad que se ha corrompido, como lo muestra SABINE, George H. Historia de la teoría política, 1ª reimpresión

dicha facultad está en cabeza de otras autoridades públicas como son los jueces y los servidores administrativos. Cuando un juez profiere una sentencia, a través de la cual resuelve un conflicto, lo que puede estar realizando es la creación de una regulación para un caso determinado, que es obligatoria en principio para quienes participaron en el litigio<sup>138</sup>; pero cuando el juez profiere una decisión con carácter general que va a afectar al conglomerado social, es aún más claro el Poder Público de legislación, ya que establece regulación en muchas ocasiones impersonales que afectan a todos los ciudadanos<sup>139</sup>.

---

colombiana, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1998, p. 274: *“Un segundo principio general, que Maquiavelo da continuamente por supuesto, es la suprema importancia que tiene en la sociedad el legislador. Un estado afortunado tiene que ser fundado por un solo hombre y las leyes y el gobierno por él creados determinan el carácter nacional de su pueblo. La virtud moral y cívica surge de la ley y, cuando una sociedad se ha corrompido, no puede nunca reformarse por sí misma, sino que tiene que tomarla en sus manos un legislador que puede restaurarla a los sanos principios establecidos por su fundador”.*

<sup>138</sup> Tal vez, por tratarse de una solución de un conflicto, se podrá decir que no se trata de legislar; pero si lo entendemos como lo hacía Kelsen en el sentido de crear normas, que para nuestra argumentación las identificamos en un carácter particular, pues tengo que decir, que se trata de una actividad de legislar así sea con un carácter concreto.

<sup>139</sup> Cuando la Corte Constitucional de Colombia declara inexecutable o inconstitucional una ley y en la sentencia establece una regulación sobre determinado asunto, mientras el Congreso legisla de forma natural respecto del tema, lo que está haciendo es legislar; de la misma manera, en el caso que el máximo Tribunal Constitucional del sistema jurídico colombiano indica que una ley es ajustada a la Constitución, pero que habrá de entenderse en algún sentido, no es otra cosa que el ejercicio de función de legislar. En la sentencia C-820 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional en la parte resolutive dice: **“Declarar EXEQUIBLE el artículo 25 del Código Civil, por los cargos formulados en la demanda, salvo las expresiones “sólo” y “con autoridad”, que se declaran INEXEQUIBLES. La exequibilidad se condiciona en el sentido de entender que la interpretación constitucional que de la ley oscura hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio y general”**, negrilla fuera de texto. De la misma forma, cuando el Código de lo Contencioso Administrativo de Colombia, reguló a través de la Ley 1437 de 2011 la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a las actuaciones administrativas, la Corte Constitucional declaró executable la norma, pero bajo el entendido de que también se extenderían en primer lugar las sentencias de dicha Corte; en la sentencia C-634 de 2011, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte dijo: **“Declarar EXEQUIBLE el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”**, por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las

Pero si en muchos casos, las decisiones de los jueces pueden constituir evidencia de Función Legislativa de contenido particular; también es posible conformar regulaciones generales que se identifican con la naturaleza de la ley en sentido objetivo; es decir, impersonal, general y abstracta, por tratarse de regulaciones que en principio corresponden a la órbita propia del Congreso o Parlamento, hay ocasiones en que las decisiones de los jueces constituyen jurisprudencia obligatoria para otros jueces y autoridades administrativas, dando lugar a lo que se conoce como precedente jurisprudencial, en el cual las decisiones jurisdiccionales adquieren un carácter de obligatoriedad en un plano de igualdad que la ley<sup>140</sup>, así el artículo 230 de la Constitución colombiana de 1991 diga que quien obliga es la

---

*sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad".* Pero un caso bien importante de la función de legislar, lo hizo la Corte Constitucional, en el caso del matrimonio de las parejas del mismo sexo, cuando indicó, que si el Congreso de Colombia no había regulado el asunto a 20 de junio de 2003, dichas parejas podían ir donde un notario y contraer matrimonio; en efecto al sentencia expresó: *"PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión "un hombre y una mujer", contenida en el artículo 113 del Código Civil. SEGUNDO.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión "de procrear", contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas. TERCERO.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión "de un hombre y una mujer" contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales. CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas. QUINTO.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual".* (Negrilla fuera de texto).

<sup>140</sup> En el sistema jurídico colombiano, se ha dado un fuerte criterio de incorporación de obligatoriedad a las decisiones judiciales, para que el precedente jurisprudencial tenga que ser cumplido por los jueces y las autoridades administrativas, como se evidencia en múltiples sentencias de la Corte Constitucional, tales como: sentencia C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia T-123 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia C-120 de 2003; sentencia T-1130 de 2003; sentencia 442 de 2005 entre otras; criterios que son igualmente adoptados por la doctrina como en el caso de LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2006.

ley y que la jurisprudencia es un simple criterio auxiliar para los jueces<sup>141</sup>.

Si el mandato del artículo 230 constitucional expresa que lo obligatorio es la ley y no la jurisprudencia, para que una regulación legal que implique darle exigibilidad a las decisiones de los jueces, no sea contraria al mandato de la Carta superior de Colombia, implica que en las sentencias se encuentren normas con el mismo carácter que la ley, pues de lo contrario la norma que así lo prevea sería inconstitucional<sup>142</sup>; de la misma manera se permite la argumentación, para el evento de los precedentes jurisprudenciales en desarrollo de las sentencias de la Corte Constitucional.

En igual sentido, en el caso de los actos administrativos es posible encontrar regulaciones generales que de una u otra forma se pueda evidenciar Función Legislativa, en cuanto a que constituyen el ejercicio de una actividad que en principio sería del Congreso o parlamento, pero que en ejercicio de la distribución de competencias se ha asignado a los órganos administrativos y que sin embargo es una clara expresión de regulaciones generales a las cuales se les ha denominado actividad administrativa. Entiendo que esta argumentación puede tener mucha resistencia, puesto que tradicionalmente se concibe una clara distinción entre el acto administrativo y la ley; pero la hago en un sentido de la existencia de regulaciones generales obligatorias, que por esta razón adquieren la naturaleza de normas jurídicas.

---

<sup>141</sup> El artículo 230 de la Constitución de Colombia de 1991 contempla: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los Principios generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*.

<sup>142</sup> La Ley Colombiana 1437 de 2011, que constituye el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla la institución de la extensión de la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado en las actuaciones administrativas, en sus artículos 10 y 102, han sido declaradas exequibles, a pesar de lo consagrado en el artículo 230 constitucional, que establece la supremacía de la ley respecto de la jurisprudencia.

En efecto, las autoridades administrativas, pueden expedir regulaciones con un contenido y carácter idéntico a los actos del Parlamento, en el sentido de regulaciones generales, que pueden tener la naturaleza de actos con fuerza de ley<sup>143</sup> o actos típicos administrativos<sup>144</sup>, de contenido regulatorio idéntico a la ley en sentido formal.

Es claro que los actos administrativos tienen o muestran un contenido regulatorio y de esta manera se identifican con la función de legislar, en la medida que son expresión de la voluntad de la ley o el desarrollo de la misma, pero con determinación de ella<sup>145</sup>; teniendo en cuenta que en última instancia lo que se

---

<sup>143</sup> En el sistema jurídico colombiano, es posible que el ejecutivo dicte actos con fuerza de ley, como en el caso de los denominados Decretos Leyes o Decretos Extraordinarios; de la misma forma ocurre en el evento de los Decretos Legislativos en los estados de excepción. Dichos actos tienen un control jurisdiccional idéntico a las leyes en sentido formal.

<sup>144</sup> Tanto en el orden jurídico colombiano como español, encontramos de una forma muy clara determinados los mecanismos de actuación de la Administración, dentro de los cuales se identifican los actos administrativos, como expresión de voluntad de las autoridades administrativas, que en la ley colombiana se regulan en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando el artículo 42 expresa: *“Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada.”*

*La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”.* Por su parte el Derecho Español hace referencia los actos administrativos en la Ley 30 de 1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo, en el artículo 53 cuando dice: *“Producción y contenido. 1. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido. 2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos”.*

<sup>145</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del acto administrativo, Editorial Iustel, Madrid, 2005, p. 57, evidencia el carácter regulatorio del acto administrativo en los siguientes términos: *“El carácter regulador de su contenido es, sin duda, la característica más importante del concepto estricto de los actos administrativos y la que puede parecer, aparentemente, más ajena a nuestro sistema, resultando, por ello, imprescindible descifrar con precisión y explicar con claridad en qué consiste. Cuando desde el notable consenso doctrinal que hoy existe, se habla del carácter regulador de los actos administrativos, o que se quiere destacar particularmente (específicamente) es que los actos administrativos deben dirigirse precisamente a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, consecuencia que consistirá en la creación, la modificación o la extinción de un derecho o de un deber, o en su declaración”*

contiene en el acto es una expresión de la voluntad de la ley y no de la Administración como se ha creído en algunos espacios doctrinarios y jurisprudenciales<sup>146</sup>, por cuanto que el acto administrativo al estar determinado y ser expresión de los actos del Congreso o Parlamento en ejercicio de su función de legislar desde una perspectiva regulatoria (la ley), adquieren la misma naturaleza que las leyes y por tal razón se convierten en expresión de su voluntad<sup>147</sup>.

Alguna parte de la doctrina indica, que en los actos administrativos no existe facultad regulatoria, en la medida que ésta corresponde a la ley y que como aquellos no son más que la expresión de la voluntad contenida en la misma, el contenido de regulación y por tal razón, el carácter normativo se evidencia únicamente en los actos del Congreso o Parlamento<sup>148</sup>.

---

*vinculante, o, también, en cuanto se reconoce la existencia de actos administrativos reales, a la determinación jurídica de una cosa”.*

<sup>146</sup> La doctrina jurídica tradicional ha definido el acto administrativo como expresión de voluntad de las autoridades administrativas y en esta circunstancia, lo han separado y diferenciado de la ley. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Acto y Procedimiento administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 45, son una clara muestra de ello, cuando al definir el acto administrativo, dicen: *“La definición que aquí se propone es la siguiente: acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictada por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos. Analicemos cada uno de los elementos de esta definición.*

*Se incluye en la definición el término resolución y se especifica que tiene eficacia vinculante para limitar el concepto de acto administrativo a la decisión administrativa que resuelve con carácter vinculante para sus destinatarios sobre una situación jurídica concreta”.*

<sup>147</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del acto administrativo, obra citada, lo plantea de la siguiente manera: *“La única voluntad que manifiestan los actos administrativos es la voluntad de la Ley, que la Administración debe cumplir estrictamente, con independencia de que la similitud de su contenido -un mandato o regulación- con el que es propio de los negocios jurídicos privados haga conveniente distinguirlos de otras manifestaciones de la Administración que no alteran ningún tipo de relación jurídica (por ejemplo, aquellos actos que solo acreditan un hecho). Pero en los actos administrativos no se ejercita un supuesto poder administrativo de auto configuración, que no existe, ni puede existir, al estar sometida la Administración al Principio de Legalidad y carecer de otra voluntad que la voluntad de la Ley, aun disponiendo en ocasiones de un margen de decisión para poder alcanzar el objetivo de interés público fijado en el caso”.*

<sup>148</sup> *Ibídem*, p. 57, hace referencia al carácter regulador de los actos administrativos, en el sentido de la necesidad de encontrar en los mismos, los efectos de crear, modificar o extinguir derechos; pero que en algunas actuaciones

La anterior argumentación es parcialmente correcta, en la medida que si bien es cierto, los actos administrativos contienen una expresión de voluntad contenida que formalmente por el mandato constitucional se denominan leyes<sup>149</sup>; también es cierto, que en aquellos encontramos expresiones de decisión en el sentido de reconocer derechos, modificarlos a extinguirlos, así sea como manifestación de voluntad de la ley.

Lo que sucede, es que el acto administrativo en su contenido sí puede incluir regulaciones, pero es distinta la circunstancia, en el sentido de si las mismas implican una expresión de voluntad, de querer, de juicio de la propia Administración representada en las entidades públicas o si por el contrario, se trata de expresión de voluntad legal, que es lo que consideramos acertado.

Implica lo anterior, que el carácter regulador o normativo de lo que denominamos acto administrativo, ha de encontrarse en el contenido del mismo, es decir, en su carácter objetivo y no en su expresión formal, de cómo y quién lo profiere o trae al mundo del derecho.

Significa, que si legislar consiste en la expedición de normas, de regulaciones; tenemos que afirmar, que dicha prerrogativa se encuentra en la autoridades administrativas, porque en ejercicio de Poder Público, expiden regulaciones normativas, con un carácter idéntico a los actos del Congreso o Parlamento; es

---

de la Administración no se encuentran por la ausencia de voluntariedad en ellas.

<sup>149</sup> La Constitución de Colombia de 1991 en el artículo 157 establece los requisitos para que un acto del Congreso se considere ley, así: *“Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:*

- 1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.*
- 2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas cámaras.*
- 3. Haber sido aprobado en cada cámara en segundo debate.*
- 4. haber obtenido la sanción del Gobierno”.*



decir, que les asiste la obligatoriedad y el contenido de constitución de derechos y obligaciones que puede tener una extensión particular o general en cuanto al ámbito de aplicación<sup>150</sup>.

De todas formas y para corroborar la argumentación anterior, la Constitución Política de Colombia de 1991, ha otorgado a las autoridades administrativas la facultad de expedir actos con fuerza de ley<sup>151</sup>, los cuales son controlados en su constitucionalidad de forma idéntica a lo que ocurre con los actos del Congreso<sup>152</sup>, dejando ver de esta manera que se trata de una típica Función Legislativa.

---

<sup>150</sup> La distinción que se venía dando entre la ley como acto del Congreso o Parlamento y el acto administrativo, en su calidad de acto de las autoridades administrativas, por ser la primera de alcance general y el segundo de orden particular, ya no se puede seguir manteniendo, en la medida que hay leyes en sentido formal de contenido particular y actos administrativos generales; más aún, la diferencia que la ley desarrolla la Constitución y el acto administrativo lo hace respecto de la ley, no es un argumento fuerte de distinción, en la medida que en el sistema jurídico colombiano por mandato constitucional, existen actos generales que profiere el ejecutivo, que desarrollan directamente la Constitución, como lo establece el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, al hablar de la acción nulidad por inconstitucionalidad, cuando expresa: *“Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.*

*También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.*

*PAR. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional.*

*Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.*

<sup>151</sup> El artículo 150 constitucional en el numeral 10, contempla que el Congreso puede revestir al Presidente de la República hasta por seis meses para expedir actos con fuerza de ley, cuando las necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje; de la misma manera los artículos 212 y siguientes hasta el 2015 de la Carta Política de Colombia, hacen referencia a los estados de excepción y a las facultades del ejecutivo de expedir actos con fuerza de ley para conjurar la crisis.

<sup>152</sup> El artículo 241 de la Constitución de 1991 de Colombia, prevé la competencia para decidir las demandas de inconstitucionalidad en contra de las leyes, pero también respecto de los actos con fuerza de ley dictados por el ejecutivo.

En el sistema jurídico español, las regulaciones del ejecutivo se tornan de una u otra forma idénticas a lo que ocurre en el derecho colombiano, ya que las autoridades administrativas tienen facultad de expedir actos de contenido regulatorio, es decir normativo<sup>153</sup>; pero además, la propia Constitución contempla la posibilidad de que el gobierno profiera actos con fuerza de ley<sup>154</sup>. Por dichas razones es igualmente pertinente afirmar, que la Función Legislativa está en cabeza de las autoridades administrativas.

De todas formas, dentro de la estructura del Estado, las funciones parecen estar claramente separadas, en la medida que al Congreso o Parlamento por regla general le corresponde expedir actos con las formalidades previstas para tener el carácter de leyes en sentido formal<sup>155</sup> y en esta medida, el poder político adquiere su clara expresión de crear actos regulatorios de las personas naturales, jurídicas, públicas o privadas<sup>156</sup>.

Es la actividad propia del poder político expedir actos con las formalidades de ley, en ejercicio de una atribución que tiene un contenido regulatorio en la Constitución, ya que implica una competencia que el mandato constitucional

---

<sup>153</sup> La Ley 30 de 1992 española de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo, en el Título V, Capítulo II, contiene la regulación de los requisitos y procedimientos para la expedición de los actos administrativos.

<sup>154</sup> En efecto el artículo 82 de la Constitución Española de 1978 expresa: “1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.  
2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo...”.

<sup>155</sup> El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, claramente expresa que le corresponde al Congreso hacer las leyes, lo que significa que es una competencia general legislativa, es decir, que el órgano dentro del Estado para legislar es el Congreso.

<sup>156</sup> En la Constitución Española de 1978 artículo 66 se expresa: “1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado. 2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado...”.

consagra como parte de la estructuración del Estado y la independencia que debe existir entre las formas de poder que lo integran<sup>157</sup>, así se deban colaborar armónicamente<sup>158</sup>.

En efecto, en la distribución de las competencias propias del Estado, se le ha dado al legislativo la facultad de hacer leyes en sentido formal; lo que significa, que expide actos con carácter normativo a los cuales se someten las demás ramas del Poder Público en ejercicio de sus funciones estatales y en esta medida, dicho poder político adquiere una preponderancia muy fuerte dentro de la estructura de aquel, ya que si crea las regulaciones que determinan imposiciones de obligatorio cumplimiento, su posición es de superioridad frente a los demás poderes y en principio respecto de la ley, porque él es quien la crea (circunstancia que se verifica en esta investigación).

La distribución de competencias determina la división de poderes que en la clásica conformación del Estado le otorga al poder político la potestad legislativa, de tal forma, que se evidencia un monopolio del mismo en la producción de la ley, en el

---

<sup>157</sup> El artículo 114 de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece la función de hacer las leyes al Congreso en los siguientes términos: “*Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.*”

*El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes”.*

<sup>158</sup> La Carta Fundamental de Colombia de 1991, ha consagrado independencia entre lo que ha llamado ramas del Poder Público, que para nosotros en la presente investigación, las identificamos con el poder político y el Poder Público. En efecto el artículo 113 constitucional lo indica, así: “*Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.*”

*Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”;* circunstancia que es aún más clara en el Sistema Jurídico Español, ya que el numeral segundo del artículo primero de la Constitución de 1978, hace referencia a que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado; siendo esto especificado en lo previsto en el título III, artículos 66 y ss que hace referencia las Cortes Generales, el título IV, artículos 97 y ss, que contiene la regulación sobre el Poder Judicial.

sentido de que quien la produce es el propio Estado a través del legislador, que representa el poder político encarnado en el Congreso o Parlamento<sup>159</sup>.

Pero como lo indique anteriormente, la función de crear normas no es exclusiva del legislativo, ya que el Poder Público y que para este efecto lo identificaremos como administrativo, también tienen competencias de dictar actos con fuerza de ley como ocurre con los denominados decretos legislativos y los decretos leyes, que tienen específica consagración tanto en el sistema jurídico español como en el colombiano.

Lo anterior es así, que el ejecutivo tiene la competencia de dictar actos con fuerza de ley en los eventos de los decretos legislativos<sup>160</sup>, los decretos leyes o extraordinarios<sup>161</sup> y los denominados reglamentos autónomos para el caso del

---

<sup>159</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael. En estudio preliminar de BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 14, deja ver la Omnipotencia del legislador como una facultad propia del Estado dentro de la distribución de poderes que le asiste en sus distintas formas, como puede ser el democrático. En efecto lo expresa de la siguiente manera: *“El dogma de la omnipresencia del legislador que aparece con el tránsito a la modernidad, estará determinado en un primer momento a un tipo de Estado, el Estado absoluto, si bien evolucionará con éste. En esta evolución destaca el paso de una concepción absolutista... a una liberal (protección frente a las arbitrariedades de los distintos poderes, incluido el legislativo, a través de diferentes mecanismos constitucionales, tales como la separación de poderes o el principio de representatividad... Junto a esta evolución señalada por Bobbio podría describirse un tercer paso consistente en la aparición del sistema democrático... El sentido del monopolio estatal de la producción jurídica varía con la formación de este planteamiento del Estado, ya que son todos los ciudadanos los que participan en su poder”*.

<sup>160</sup> Cuando el Capítulo 6 de la Carta Política de Colombia de 1991 hace referencia a los estados de excepción, otorga competencia al Ejecutivo para expedir actos con fuerza de ley, que son denominados decretos legislativos, encaminados a solucionar temas en relación con la conmoción interior, guerra exterior o emergencia económica.

<sup>161</sup> Por su parte el artículo 150 de la Constitución en el numeral 10 contiene la regulación indicada a decretos leyes en los siguientes términos: *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ... 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”*.

sistema jurídico colombiano<sup>162</sup>; circunstancia que es similar en el Derecho Español, como ocurre con los decretos legislativos<sup>163</sup> y los decretos leyes<sup>164</sup>.

De la misma forma, la facultad de proferir actos con fuerza normativa, es decir, de regulaciones obligatorias, la encontramos en las decisiones de los jueces, específicamente de las denominadas altas cortes cuando profieren sus sentencias; puesto que regulan asuntos cuando el legislador no lo ha hecho o cuando le otorga un tiempo para hacerlo al declarar inexecutable o inconstitucional una ley en sentido formal.

Es claro que la facultad de legislar está en el Parlamento o Congreso; pero el control de constitucionalidad, es decir, la vigilancia en el sentido del respeto de la

---

<sup>162</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Reglamentos autónomos, en VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 963; concibe a los reglamentos autónomos como desarrollo directo de la Constitución en un plano jerárquico normativo igual que la ley con sentido formal, pero en este caso expedidos por el ejecutivo; en efecto lo expresa de la siguiente manera: *“Con fundamento en las diversas posiciones doctrinarias, los reglamentos autónomos pueden definirse como los actos generales dictados por el ejecutivo, u otra autoridad con competencia constitucional para expedir reglamentos, para ejercer funciones que la Constitución Política les confiere de manera directa, es decir, sin condicionamiento a la existencia previa de una ley y sin subordinación a ella, por lo cual constituyen una excepción al régimen general de los reglamentos, que implica su condicionamiento y subordinación a la ley”*.

<sup>163</sup> La Constitución Española de 1978 en el artículo 85 contempla los decretos legislativos como las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada.

<sup>164</sup> El artículo 86 de la Constitución de España expresa sobre los decretos leyes: *“1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho Electoral General.*

*Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.*

*3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”*.

jerarquía normativa constitucional le corresponde a la Corte Constitucional o Tribunal Supremo, que es quien verifica la concordancia de la ley formal con los mandatos superiores de la Carta Política; y que si por alguna circunstancia, encuentra alguna vulneración de las regulaciones constitucionales, declarará inconstitucional la norma legal formal y podrá regular así sea temporalmente el asunto, mientras el legislativo profiere la norma que corresponda<sup>165</sup>.

En el mismo sentido ocurre cuando una ley es declarada ajustada a la Constitución, pero la Corte Constitucional determina dicha constitucionalidad con referencia a alguna interpretación normativa y en esta medida, lo que está es legislando en dicho sentido porque establece regulaciones que se tornan obligatorias en tanto el legislador natural toma alguna decisión sobre dicho asunto, es decir, expide una ley en sentido formal<sup>166</sup>.

## **2. FUNCIÓN EJECUTIVA: APLICACIÓN DE LA LEY**

Cuando se hace referencia a la noción de Poder Público, en muchas ocasiones se le identifica con la actividad de lo que se conoce como rama ejecutiva o rama administrativa, en la medida que se considera como ejercicio del mismo, las diferentes actuaciones desarrolladas por las entidades públicas administrativas.

Por esta razón, la Función Administrativa se contiene en los diferentes mecanismos de actuación de la Administración como son: los actos, los contratos, hechos, omisiones, operaciones y vías de hecho administrativas<sup>167</sup>; que en la

---

<sup>165</sup> Ver sentencia Corte Constitucional de Colombia C-820 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy.

<sup>166</sup> Ver sentencia C-634 de 2011, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva; aquí declaró ajustada a la Constitución la norma legal formal, pero en el sentido previsto en la decisión.

<sup>167</sup> Para identificar cada uno de los mecanismos de actuación de las entidades públicas administrativas, ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 2014; VIDAL

presente investigación no constituyen el objeto central de estudio, sino que sirven de referencia para analizar las potestades públicas en ejercicio y expresión el poder político o constituyente.

En efecto, cuando una entidad pública actúa, expresa, muestra o refleja prerrogativas unilaterales de superioridad frente a los particulares miembros del grupo social, como ocurre en dos eventos clásicos de la función o actividad administrativa, que corresponde a los actos y los contratos administrativos. En el caso de los actos administrativos, la prerrogativa pública es clara, ya que la superioridad de la entidad del Estado es evidente, por el carácter unilateral del mismo que refleja la naturaleza de acto de autoridad, en el sentido de imposición de la Administración frente al particular<sup>168</sup>.

Es claro, que en la expedición de un acto administrativo, la voluntad que se expresa en el mismo en principio es unilateral, ya sea de la propia entidad pública o de la ley por intermedio de la Administración, sin que sea necesaria la participación voluntaria de contenido particular. En efecto, por regla general, la voluntad de los particulares no se involucra en el objeto de un acto administrativo<sup>169</sup>, así lo haga en el trámite de formación del mismo, es decir, en el

---

PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, 14<sup>a</sup> ed., Editorial Legis, Bogotá, 2016; PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. Manual de Derecho Administrativo, 5<sup>a</sup> ed., vol. 1, Editorial Ariel, Barcelona 1998; DUPUIS, Georges. Droit administratif, 9<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, Paris, 2004; entre otros autores.

<sup>168</sup> Desde la teoría clásica francesa de los actos de la Administración, se concibieron los actos de autoridad, como prerrogativas de las entidades públicas, en las cuales se permitía la imposición unilateral frente a los particulares, es decir, la resolución de algún asunto, sin que fuera necesario la intervención de los miembros de la sociedad a través de alguna expresión de voluntariedad, sino que por el contrario, se ejercía alguna resolución que implicaba vinculación de las personas, pero no se tenía en cuenta su consentimiento, ya que la actuación era estrictamente unilateral. Constituye una expresión distinta de lo que se conoce como negocio jurídico y se constituye en acto jurídico.

<sup>169</sup> En todo caso, existen algunas posturas doctrinarias que indican que el contrato estatal puede tener la naturaleza de acto administrativo, teniendo en cuenta el

procedimiento administrativo.

Puede que el acto administrativo sea el fruto de la intervención de los particulares, como es posible que ocurra en el caso de la solicitud que una persona natural formule ante una entidad pública pidiendo el reconocimiento de un derecho laboral prestacional, lo que significa que la función y el procedimiento administrativo se derivan de la petición del particular; pero cuando se va a decidir lo requerido, la voluntad que se expresa es la de la Administración o de la ley, según el concepto que se derive del mismo, es decir del acto administrativo; por tal razón, el acto en cuanto a su naturaleza mantiene el criterio de unilateralidad.

Por tal razón, la unilateralidad es la primera expresión de Poder Público en los actos administrativos, ya que los mismos dependen en cuanto a su existencia de la voluntad de la Administración y no del particular, lo que significa que se derivan de un poder unilateral de la persona jurídica del Estado, en la medida que las entidades públicas los pueden proferir, sin esperar la intervención en cuanto a voluntad del particular, de otra administración pública o de un juez, como ocurre en el caso de las personas privadas, que en la mayoría de los eventos están sometidos a las autoridades administrativas o a los jueces para decidir un asunto, teniendo que buscar su autorización con el fin de realizar determinada actividad<sup>170</sup>.

La unilateralidad de los actos administrativos, es el reflejo del Poder Público del

---

momento del perfeccionamiento del mismo; en tal sentido ver: GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos administrativos, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2015; BACA ONETO, Víctor Sebastián. La invalidez de los contratos públicos, Thomson-Civitas, Navarra España, 2006.

<sup>170</sup> Si un particular pretende desarrollar una construcción, necesariamente tiene que obtener la licencia respectiva, que es expedida por la autoridad administrativa correspondiente; quien expedirá el acto con carácter unilateral, así provenga de la solicitud de quien pretende la misma, lo que evidencia, que se trata de un poder de la entidad pública, en la medida que es su decisión o la de la ley, la que determina la autorización.



Estado en cuanto a su facultad decisoria, en la medida que no tiene que esperar intervenciones de quienes va dirigido el acto, sino que su querer o el de la ley es el que prima, por tratarse del ejercicio de facultades o prerrogativas públicas que de una u otra forma evidencian poder político, en cuanto a que se derivan del mismo, ya que el legislador por regla general le ha otorgado la competencia y la forma de ejercerla<sup>171</sup>.

Significa lo anterior, que el ejercicio del Poder Público en expresión de Función Administrativa, está determinado por el poder político a través de un medio como es la ley, que lo hace eminentemente reglado y alejado de cualquier discrecionalidad, ya que tiene que estar sometido a ella desde su competencia, ejercicio y efectos<sup>172</sup>; ley que expresa la función de legislar con un carácter normativo, que en muchas ocasiones se convierte en el ejercicio de creación de normas superiores o lo que alguna doctrina denomina la metanorma constitucional<sup>173</sup>.

Es la ley la que determina el ejercicio de dicho Poder Público en Función

---

<sup>171</sup> En efecto, cuando el poder político a través del órgano del Estado correspondiente, permite que una autoridad administrativa, profiera un acto administrativo en ejercicio de Poder Público, lo que hace es darle competencias para tal actividad, a través de uno de los medios adecuados para ello, como puede ser la ley; que de una u otra forma va a determinar un equilibrio en la función administrativa como lo denomina Hauriou, al referirse a dicho equilibrio dentro del sistema jurídico. Ver HAURIOU, Maurice. Principes de Droit Public, préface d'Oliver Beaud, Dalloz, Paris, 2010, p. 29.

<sup>172</sup> Pareciera que la función pública de dictar o proferir un acto administrativo, constituye un ejercicio de discrecionalidad de la Administración por el carácter unilateral de mismo, lo cual no es cierto, en la medida que el poder político a través de la legalidad y en general de la potestad normativa que le asiste, hace que el Poder Público expresado en el mismo sea eminentemente reglado, lo que determina la inexistencia o limitación de dicha discrecionalidad en la actividad y función administrativa de Poder Público, como se analizará en detalle más adelante

<sup>173</sup> Para ver lo que significa la metanorma constitucional y su fundamentación, ver: CANDAMIL PINZÓN, José Gerardo. De la grundnorm a la metanorma constitucional, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2014.

Administrativa, argumentación que no desconoce el criterio del carácter unilateral que le pueda asistir, ni el desarrollo del poder político que le ha de corresponder, en la medida que al otorgar una potestad unilateral a una entidad pública, lo que hace es ejercerla a través de ella y en este sentido el carácter de Poder Público no se pierde, sino que la expresión del mismo se hace particular por quien ejercer el mismo.

Dentro de dichas potestades que la ley ejerce a través de las entidades públicas, como consecuencia de la Función Administrativa encontramos entre otras, las que las administraciones públicas desarrollan en asuntos de la expedición de actos administrativos estrictamente unilaterales o las previstas en los contratos del Estado, donde se evidencia una clara expresión del ejercicio de Poder Público.

En efecto, los denominados actos administrativos están asistidos de atributos, es decir de características propias, las cuales reflejan Poder Público, por cuanto las entidades del Estado tienen la potestad de manifestar ciertas decisiones frente a su existencia y efectos<sup>174</sup>, como ocurre con la ejecutoriedad, ejecutividad o la revocación de los mismos<sup>175</sup>.

Cuando hablamos de ejecutoriedad, se hace referencia a la potestad que tienen las administraciones públicas de hacer cumplir por ellas mismas las decisiones que son proferidas, es decir, sin tener que acudir ante un juez para que a través de un procedimiento judicial, se cumpla el objeto contenido en el acto<sup>176</sup>; lo cual va en íntima relación con la ejecutividad, ya que en ésta, la entidad pública cumple

---

<sup>174</sup> Digo que manifestar ciertas decisiones, porque como se indicó anteriormente, la voluntariedad en los actos administrativos no se encuentra en las entidades públicas sino en la ley.

<sup>175</sup> Sobre atributos de los actos administrativos, ver FOILLARD, Philippe. *Droit administratif*, Paradigme Publications Universitaires, Orleans 2004, p. 179 y ss.

<sup>176</sup> La ejecutoriedad es una clara manifestación de Poder Público unilateral de la Administración, en la medida que constituye una prerrogativa de finalidad de los actos administrativos, en el sentido de hacer cumplir las decisiones tomadas.

materialmente la decisión por intermedio de un procedimiento administrativo<sup>177</sup>, de forma directa<sup>178</sup> o de manera indirecta<sup>179</sup>, pero en uno u otro caso, sin tener que comparecer ante la jurisdicción.

Pero en cualquier sentido de la ejecución del acto administrativo, se encuentra expresión de Poder Público, por el carácter de poder unilateral de la Administración, que de una u otra forma contiene finalidades de intereses generales, por tratarse del ejercicio de servicio público, que es la característica fundamental de la actividad que desarrollan las personas jurídicas del Estado.

Como se puede observar, en el nacimiento y los efectos del acto administrativo, lo que se percibe claramente es el Poder Público y el ejercicio del mismo, el cual se puede visualizar de la misma manera en los eventos de extinción de ellos; es decir, cuando salen de la vida jurídica, que en el caso de actuaciones administrativas se evidencia en la revocatoria directa, en la medida que constituye otra expresión de los actos administrativos.

Lo anterior es así, por cuanto la revocatoria directa se expresa en el poder unilateral que una entidad pública tiene para sacar de la vida jurídica un acto, sin tener que acudir a la jurisdicción, es decir, sin ser necesario demandarlo ante el contencioso administrativo por constituir una prerrogativa de Poder Público.

---

<sup>177</sup> La ejecutividad es un concepto de materialización de actos administrativos, en la que el Poder Público deja de ser una simple atribución de prerrogativa de las administraciones públicas y pasa a ser un concepto material de ejecución, en que la entidad que dicta el acto lo cumple o hace cumplir directamente.

<sup>178</sup> La ejecutividad directa implica que la autoridad pública o la entidad administrativa que profiere la decisión, la hace cumplir a través de sus propios servidores, así como ocurre cuando una municipalidad ordena el cierre de una vía pública y por intermedio de sus funcionarios hace efectiva la decisión.

<sup>179</sup> En la ejecutividad indirecta se debe acudir a un autoridad administrativa distinta a la que expide el acto para hacerlo cumplir; en todo caso, se trata de una autoridad administrativa y no jurisdiccional, la que desarrolla materialmente el objeto de la decisión.

Cuando se acude a un juez para solicitar la nulidad de un acto administrativo, no existe expresión de Poder Público, por cuanto es una facultad que está en cabeza de los particulares fundamentalmente<sup>180</sup> y no contiene poderes unilaterales de la Administración; circunstancia distinta puede ocurrir en los casos del pronunciamiento respecto de la solicitud de nulidad, en que el juez investido de Poder Público, decide si saca un acto administrativo del orden jurídico.

Pero en el caso del retiro del acto por parte de la propia Administración, como consecuencia de una decisión unilateral, de oficio o a petición de parte, sí constituye manifestación de Poder Público de una entidad del Estado, en la medida que es la prerrogativa propia del ente público, que a través de otra decisión de voluntariedad, sea propia o de la ley, determina la salida del acto del orden jurídico existente. En este caso, no importa si el acto está afectado de ilegalidad, es decir, de contrariedad del orden jurídico, como ocurre en la anulación, ya que, es posible su retiro así sea ajustado al sistema de regulaciones legales, en la medida que el poder que le asiste a las administraciones públicas, le permite extinguir el acto válido y no solamente el acto inválido<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> En el sistema jurídico colombiano como el español, las entidades públicas también pueden solicitar la nulidad de un acto administrativo, en dos circunstancias particulares: en el ejercicio de las acciones públicas, como en el caso del recurso contencioso de simple nulidad, en el cual, cualquier persona puede impugnar la legalidad de un acto general cuando está incurso en una causal de nulidad del mismo, prevista en el artículo 137 del Código de lo Contencioso Administrativo; de la misma forma, es posible que una entidad pública demande de nulidad un acto expedido por ella misma, cuando no se permite su revocación. En este caso hace uso del recurso contencioso denominado acción de lesividad.

<sup>181</sup> El artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, contiene las causales de revocatoria de los actos administrativos, incluyendo una causal de legalidad, como es la de que se viole la Constitución o la ley en sentido formal; de la misma manera, contiene causales de mérito u oportunidad, en cuanto a que el acto atente contra el interés público o social o cause agravio injustificado a un tercero. En el sistema jurídico español, la Ley de Procedimiento Administrativo, prevé la facultad de revocación de actos administrativos desfavorables a las entidades públicas; en el artículo 105

En el evento de los contratos del Estado el Poder Público se expresa con mayor claridad, en la medida que las entidades públicas están asistidas de unas prerrogativas que las colocan en un plano de superioridad frente a los particulares, permitiéndosele expresar decisiones sin tener que acudir al juez propio o natural del pacto, desvirtuando de alguna manera uno de los principios que asiste a la teoría de los contratos, como es el de la igualdad entre las partes que intervienen en el mismo<sup>182</sup>.

En efecto, cuando se celebra un contrato privado, las partes están en un plano de igualdad, en la medida que por regla general los contratos son conmutativos y sinalagmáticos, lo que determina obligaciones y derechos entre las mismas, con una expresión de equivalencia<sup>183</sup>; lo cual no ocurre de la misma manera en los

---

dice: *“Revocación de actos y rectificación de errores. 1. Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”*.

<sup>182</sup> Cuando el contrato es definido por un acuerdo de voluntades, la regla es que quienes la expresan estén en un plano de igualdad, lo que determina que cualquier conflicto sea sometido a la jurisdicción, ya que ninguna de las partes está en posibilidad de resolver de manera unilateral algún asunto derivado del contrato. El Código Civil de Colombia define el contrato de la siguiente manera: *“Art. 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”*; por su parte, el Código Civil Español, lo hace en el siguiente sentido: *“Art. 1254. El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*; así, el Código Civil Español consagra la misma fundamentación del acuerdo de voluntades cuando se refiere a la noción de contrato.

<sup>183</sup> El hecho de que los contratos privados sean en principio sinalagmáticos y conmutativos, determina un grado de equivalencia e igualdad en los derechos y obligaciones que surgen del mismo; pero de igual manera, el régimen jurídico que se aplica al contrato entre particulares en cuando a poderes y prerrogativas; es decir, que ninguna de las partes está investida de potestades unilaterales que le permita alguna ventaja frente a la otra. (Solo por excepción, es posible alguna ventaja de una parte, como es el caso por ejemplo del contrato de mandato, en que el mandante puede terminar el contrato de manera unilateral al mandatario, sin tener que acudir al juez).

contratos públicos, pues a pesar de tener en principio un carácter conmutativo y sinalagmático, por existir derechos y obligaciones que también son equivalentes en expresión de igualdad, el régimen jurídico aplicable a los mismos, coloca a las partes en un plano de desigualdad, en la medida que otorga prerrogativas o poderes unilaterales, fundamentalmente a la Administración, que le permiten decidir en el contrato sin tener que buscar el consentimiento del particular o la intervención de la jurisdicción<sup>184</sup>.

Lo anterior es así y el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que constituye el Estatuto de la Contratación Pública de Colombia consagra los poderes que poseen las entidades del Estado en los contratos que celebran, con una finalidad de cumplimiento de los mismos en el sentido de ejecutar un objeto contractual, pero también de lograr las finalidades de la conformación estatal en forma general y de las entidades públicas en particular<sup>185</sup>; por cuanto dichas prerrogativas lo que

---

<sup>184</sup> Tal vez por esta razón el Estatuto de Contratación Pública de Colombia define el contrato, no como un acuerdo de voluntades, sino como un acto jurídico que genera obligaciones entre las partes; en efecto el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dice: *“De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se definen a continuación....”*; por su parte la Ley de Contratos de España, define el contrato público o administrativo de una forma que en mi parecer no dice nada para la determinación de su naturaleza jurídica, ya que cuando la Ley 30 de 2007 en el artículo segundo se refiere al objeto de la misma, expresa que son contratos del sector público, los contratos onerosos cualquiera que sea su naturaleza jurídica; en efecto el artículo 2 contempla: *“Ámbito de aplicación. 1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.*

*Están también sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 17, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 274.*

*La aplicación de esta Ley a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la disposición final segunda”.*

<sup>185</sup> El artículo segundo de la Constitución Colombiana consagra los fines del

permiten a las Administraciones Públicas es velar por el cumplimiento de los contratos sin tener que acudir a un juez, para que en ejercicio de su función jurisdiccional, tome las medidas que corresponden como consecuencia del procedimiento administrativo que se desarrolla<sup>186</sup>.

En efecto, cuando se celebra un contrato en que es parte el Estado, se está desarrollando Función Administrativa y en tal medida, Poder Público como expresión del poder político; de la misma manera, en el evento de tener que llevar las controversias que se susciten con el mismo ante un juez, lo que éste desarrolla es función jurisdiccional, en manifestación de Poder Público como consecuencia del ejercicio de poder político; es decir, que en uno y otro evento lo que se está ejerciendo es Poder Público.

Lo que sucede en el procedimiento de contratación pública, es que cuando se le otorgan unas potestades específicas a las entidades del Estado, el Poder Público que de por sí se encuentra inmerso en dicho procedimiento, se hace particular

---

Estado en los siguientes términos: *“ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados 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.*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”;* por su parte la Constitución Española de 1978 lo hace de la siguiente manera: *“Artículo 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político...”*, norma que se complementa con lo previsto en el numeral 2 del artículo 9 que establece: *“...2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social...”*.

<sup>186</sup> El texto refundido de la Ley de Contratos de España en el artículo 210 contempla las prerrogativas o potestades que tienen las administraciones públicas en el procedimiento de contratación, así: *“Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

para el trámite de cada contrato y se efectiviza cuando las personas jurídicas públicas expresan decisiones sin tener que someterse a un procedimiento jurisdiccional, como sí le toca al particular que interviene en el mismo.

En efecto, la Ley de Contratos de Colombia al igual que la española<sup>187</sup> han establecido unos poderes a favor de la parte pública en la contratación del Estado, que evidencian un criterio de Poder Público<sup>188</sup>, con el fin de que el cumplimiento en el mismo sea efectivo, ya que tener que acudir a un juez se convierte en un

---

<sup>187</sup> Ver artículo 210 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011.

<sup>188</sup> La Ley 80 de 1993 que constituye el Estatuto de Contratación Pública de Colombia, en el artículo 14 establece las prerrogativas de las Administraciones Públicas, así: *“De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

*1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.*

*En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.*

*Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.*

*2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

*Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.*

*En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.*

*Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.*



trámite dispendioso y desgastante, que entorpecería la Función Administrativa de contratación y específicamente el cumplimiento de los fines del Estado, que no son otros que el beneficio de la comunidad.

Por tal razón, es pertinente afirmar, que el contrato deja de contener criterios de expresión de voluntariedad de las partes que intervienen en el mismo y lo que se determina es una manifestación de unilateralidad contemplada en la ley, en la medida que los poderes o potestades a que hace referencia el Estatuto de Contratación Público, no se derivan del acuerdo de voluntades sino de las prescripciones normativas<sup>189</sup>; criterio que en algunos doctrinantes ha llevado a indicar que el contrato tiene la naturaleza jurídica de acto administrativo<sup>190</sup>, que para del asunto que nos ocupa de la expresión de Poder Público a través de la Función Administrativa adquiere mayor relevancia<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Es claro que las potestades en los contratos del Estado no expresan acuerdo entre partes, sino el mandato legal, en la medida que para ser incorporadas en un contrato, es necesario que la ley lo autorice y en el caso del sistema jurídico colombiano, para los contratos que el propio Estatuto de Contratación indica, si no se incluyen se consideran incluidas. Solo por excepción, es posible que del acuerdo de las partes en el contrato, surjan poderes unilaterales de las Administraciones Públicas, como en el caso de las cláusulas de multas o la penal pecuniaria que nacen del pacto y no de la ley, aunque es necesario que la ley lo permita por razón del principio de habilitación legal.

<sup>190</sup> Para el caso del contrato como acto administrativo, ver: BACA ONETO, Víctor Sebastián. La invalidez de los contratos públicos, Thomson-Civitas, Navarra España, 2006, GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos Administrativos, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2015.

<sup>191</sup> La teoría clásica francesa respecto de los mecanismos de actuación de las entidades públicas, que distinguía los actos y los contratos administrativos a partir de los actos de autoridad los primeros y los actos de gestión los segundos, ya no resiste argumentación, en la medida que en los actos de autoridad, las entidades públicas se imponían al particular a través de actos administrativos, evidenciando un plano de desigualdad superior favorable a las Administraciones Públicas; por el contrario, en los actos de gestión existía un criterio de igualdad que se reflejaba en los contratos, en la medida que constituían acuerdo de voluntades, por esta razón se asimilaban a los actos entre particulares; pero que como quedó evidenciado, esa igualdad no es prevista en los contratos del Estado, ya que las prerrogativas o poderes públicos, otorgan ventajas a una de las partes que intervienen en el

En efecto, cuando en el contrato público o administrativo se encuentran contenidos que no provienen en estricto sentido del acuerdo de voluntades, sino de la expresión de legalidad, lo que se evidencia son criterios de Poder Público, puesto que el legislador ha determinado que los acuerdos cedan ante la regulación normativa y en esta medida, es la potestad de configuración que posee el Estado en dichos asuntos, la cual prima sobre los acuerdos de quienes intervienen en el contrato.

Lo anterior es así, ya que el principio de la habilitación legal es el que prima en la actividad contractual, en la medida que las normas de contratación con antelación a la existencia del contrato determinan los contenidos del mismo, como ocurre con las mal denominadas cláusulas excepcionales, ya que éstas no nacen del acuerdo entre quienes intervienen en el acto jurídico sino de la ley y cuando el legislador respecto de un contrato determinado no ha hecho pronunciamiento si se deben incluir o no, no está dado que las partes las establezcan como integrantes del mismo, porque debe existir una norma que lo permita<sup>192</sup>, en la medida que se trata del ejercicio de Poder Público<sup>193</sup>.

---

procedimiento de contratación.

<sup>192</sup> En el sistema jurídico colombiano, cuando en un contrato público no se incluye una cláusula excepcional, el Estatuto de Contratación consagra para ciertos contratos, que si no se pactan se consideran pactadas y para otros contratos lo prohíbe expresamente; pero cuando se trata de aquellos en que la ley de contratación ni lo prohíbe expresamente pero tampoco lo permite, se pensaría que el acuerdo entre las partes daría lugar a su inclusión, lo cual no es así, ya que la jurisprudencia del Consejo de Estado con fundamento en el principio de la habilitación legal, indica que no se pueden acordar, como lo hace en la sentencia Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia no. 1996-08183 de 24 de enero de 2011, M. P. Enrique Gil Botero.

<sup>193</sup> Como lo prevé la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-620 de 9 de agosto de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, cuando expresa: *“Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del Poder Público de la administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos,*

Así las cosas, el ejercicio natural del Poder Público dentro de la estructura de la organización del Estado de Derecho es el de aplicación de la ley y por tal razón es que usualmente se le ha denominado poder ejecutivo, en el sentido de hacer práctica las regulaciones establecidas por el legislativo; lo que significa que en principio parece existir un criterio jerárquico superior de quien hace la ley frente a quien la ejecuta.

En efecto, cuando el legislativo establece regulaciones que el Poder Público administrativo ha de cumplir, lo está condicionado en su ejercicio, ya que le determina su actuación, circunstancia que es reconocida en el mandato constitucional, cuando se otorgan atribuciones al Presidente de la República en el sistema jurídico colombiano<sup>194</sup> o al Presidente del Gobierno Español en referencia con el cumplimiento de la ley<sup>195</sup>.

Se trata entonces de un ejercicio o actividad práctica de cumplimiento de los actos del legislativo por parte del Poder Público administrativo, reflejando una prerrogativa de imposición del primero respecto del segundo en cuando a que se

---

*permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado.*

*Al respecto esta corporación ha señalado que las cláusulas exorbitantes implican el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato”.*

<sup>194</sup> El artículo 180 numeral 10 de la Constitución de Colombia contempla la obligación del Presidente de la República de promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento; consagración que no es otra cosa que el ejercicio por parte del Poder Público de los actos de aplicación de la ley en sentido general, lo cual incluye los actos del legislativo, pero a su vez de sus propios actos cuando tienen fuerza de ley, así como los provenientes de la actividad judicial en los casos en que esté legislando.

<sup>195</sup> De la misma forma, el artículo 97 de la Constitución Española de 1978, establece que al Gobierno le corresponde ejercer la función ejecutiva de acuerdo a la Constitución o a la ley; circunstancia que determina el ejercicio de la aplicación de las regulaciones del legislativo.

debe cumplir la expresión de voluntad contenida en la ley<sup>196</sup>.

Pero no se trata de un cumplimiento automático de la voluntad del legislador, ya que el Poder Público administrativo se puede sustraer al cumplimiento estricto de una norma cuando la misma es contraria a la voluntad del mismo Poder Público legislativo, como consecuencia de la jerarquía normativa existente, haciendo a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad<sup>197</sup>, que aunque la Corte Constitucional de Colombia en alguna doctrina ha dicho que solo corresponde al ejercicio de la actividad jurisdiccional<sup>198</sup>, en otra y en mi parecer constituye la argumentación acertada, es igualmente una facultad de la autoridades administrativas en ejercicio de Poder Público<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> BODENHEIMER, Edgar. Teoría del derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 15, identifica el poder como una expresión de voluntad llevada a la práctica por otro, cuando dice: *“en sentido sociológico, el poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos”*; que para el asunto que venimos tratando, es el poder administrativo aplicando voluntad del poder legislativo.

<sup>197</sup> Ver QUINCHE, Manuel. Derecho Constitucional, Editorial Temis, Bogotá.

<sup>198</sup> Es que el Código de lo Contencioso Administrativo de Colombia lo prevé de esta manera, cuando el artículo el artículo 148 indica: *“Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”*.

<sup>199</sup> Sentencia C-122 de 2011 de fecha 01 de marzo de 2011, de la Corte Constitucional de Colombia, M.P Juan Carlos Henao, reconoce que las autoridades administrativas pueden ejercer la excepción de inconstitucionalidad, cuando expresa: *“La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...” Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por*

En efecto, cuando una norma es contraria a otra de rango superior dentro de la jerarquía normativa, la misma debe salir del ordenamiento jurídico por vía de acción a través de su impugnación ante el juez correspondiente; pero igualmente, es posible que por intermedio de la excepción de inconstitucionalidad se inaplique dicha norma por parte de la autoridad pública que ha de cumplirla, sin que esto constituya el retiro definitivo del ordenamiento jurídico<sup>200</sup>.

El Derecho Español no es ajeno a la circunstancia planteada anteriormente y en esta medida las normas violatorias de otras, bien sean constitucionales o legales en sentido formal, han de salir del ordenamiento jurídico por vía de acción en la competencia que corresponde al Tribunal Constitucional<sup>201</sup>; y por la vía de excepción que en mi parecer es identificable en el sistema jurídico ibérico, cuando una autoridad pública, no tiene que estar obligada al cumplimiento de normas que están asistidas de inconstitucionalidad e ilegalidad.

En efecto, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico español, existe una

---

*inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son interpartes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto”.*

<sup>200</sup> De lo que se trata en este caso es de dejar sin efectos la norma jurídica, como si se tratara de una suspensión provisional, que se ha denominado inaplicación, por ser contraria a otra norma de rango superior.

<sup>201</sup> El artículo 161 de la Constitución Española de 1978, en el numeral 1, literal a consagra las competencias del Tribunal Supremo, en asuntos de declaratoria de inconstitucionalidad de leyes cuando contempla: “El recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaratoria de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

separación de los poderes y competencias con un antecedente muy fuerte en el sistema francés, donde el legislativo hace la ley es decir para lo que a nuestra investigación correspondería al ejercicio de Poder Público como expresión del poder político, y a la Administración que en nuestras palabras se identifica con el Poder Público administrativo, le asistiría el deber de ejecución material<sup>202</sup>; parecería una obligación simplemente objetiva de aplicación, lo cual no es cierto, ya que la obligatoriedad de las normas está determinada por su identificación con el Principio de Legalidad, en el sentido de respeto jerárquico de las mismas, para determinar exigibilidad.

De todas formas, la regla general es que el Poder Público administrativo tiene un fuerte sentido de aplicación de los actos del poder legislativo; lo que habrá que determinar son las circunstancias en que opera dicha actividad ejecutiva, teniendo en cuenta marcos de legalidad en el Estado Social de Derecho como hemos podido analizar.

### **3. FUNCIÓN JUDICIAL: IMPOSICIÓN DE LA LEY**

En la relación que venimos tratando entre el Poder Público en la expresión de sus diferentes ramas y el Principio de Legalidad, respecto de la subordinación que el segundo tiene frente al primero, es preciso indicar, que al Poder Público judicial le corresponde velar por la garantía del Principio de Legalidad a través de la resolución de conflictos jurídicos, que no es otra cosa que la imposición de normas jurídicas en sus distintos niveles jerárquicos, las cuales son de obligatorio cumplimiento tanto para dicho Poder Público como para los demás.

---

<sup>202</sup> Ver PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I: Parte general, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 69, que hace referencia a la inaplicación de los reglamentos contrarios a norma superior, competencia que es atribuible a las autoridades administrativas, pero que tienen una consagración específica en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que trae a colación de manera particular el profesor Parada y que dice: *“Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”*.

Circunstancia que determina que al resolver un conflicto jurídico, lo que se busca es proteger y garantizar el ordenamiento de tal naturaleza, es decir, el Principio de Legalidad, en cuanto a que el ordenamiento jurídico corresponde a las diferentes regulaciones normativas que subordinan todas las actividades de Poder Público.

Pero la actividad del judicial en cuanto a resolver conflictos y garantizar el ordenamiento jurídico se realiza por intermedio de los controles que dicho Poder Público realiza respecto de la función de los demás, inclusive de sus propias actuaciones, a través de los denominados control constitucional y control de legalidad en sentido estricto, que involucran lo que he querido denominar como control de legalidad con un carácter genérico.

En efecto, las normas jurídicas que contienen la expresión del Principio de Legalidad son exigibles a todos los poderes públicos del Estado a través del control constitucional y el de legalidad, por esta razón, a continuación haré un análisis de cada uno de ellos, así:

### **3.1. EL CONTROL CONSTITUCIONAL**

Dentro de la jerarquía de la denominada pirámide kelseniana la Constitución ocupa el lugar superior, luego encontramos la ley en cuanto acto formal del Parlamento y finalmente el acto administrativo; jerarquía que ha de ser respetada por las normas de rango inferior respecto de las de grado superior y en esta medida es que el control constitucional se refiere a la garantía de superioridad de la Constitución<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), en escritos sobre la democracia y el socialismo, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Madrid, 1988, p. 109 y ss, en cita que hace FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan. Dos modelos de constitucionalismo,

Significa, que para lograr el respeto de las normas constitucionales superiores debe existir un mecanismo que efectivice la jerarquía normativa, siendo éste el denominado control de constitucionalidad, que no es otro que la facultad que tiene en principio el Poder Público judicial de verificar que las normas jurídicas de rango inferior estén acordes con la regulaciones normativas constitucionales, es decir, que las acaten y las cumplan en los términos de obligatoriedad por ellas previsto<sup>204</sup>.

Digo que en principio el control de constitucionalidad corresponde al Poder Público judicial, por cuanto que el mismo se concreta en el sometimiento de la ley, es decir, del acto proferido por el legislativo a través del procedimiento previsto para su producción a la verificación de su concordancia con la Constitución por parte de la jurisdicción; pero dicha facultad también es posible encontrarla en los otros poderes públicos como el administrativo por ejemplo, que tienen la competencia de verificación cuando en su actividad administrativa y al detectar la discordancia con un mandato constitucional puede abstenerse de aplicar la norma legal formal.

En el primer caso se está frente al control de constitucionalidad por vía de acción y en el segundo por vía de excepción, por cuanto que inicialmente se debe

---

Editorial Trotta, Madrid, 2012, p. 32, lo plantea de la siguiente manera: *“Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad etc., La Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución no es entonces únicamente una regla procedimental sino también una regla sustantiva; y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formuladas en la Constitución”*.

<sup>204</sup> Se trata de garantizar la supremacía obligatoria de la Constitución, como lo expresa ARAUJO RENTERÍA, Jaime. *Filosofía o teoría del Derecho Constitucional*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2015, p. 255, al referir: *“La constitución, como ley fundamental del estado tiene la máxima fuerza jurídica, por lo mismo, ninguna otra norma del orden jurídico puede imponerse a ella. En caso de que una norma de inferior jerarquía se oponga a la constitución, aquella pierde su validez”*.



presentar ante el juez constitucional la cuestión de inconstitucionalidad a través de la acción o demanda correspondiente<sup>205</sup>; pero de todas formas, es posible que dicho control se realice sin que se haya presentado un asunto o demanda de inconstitucionalidad, sino que como consecuencia de una actuación judicial o administrativa la autoridad pública correspondiente inaplica por vía de excepción una ley por ser contraria a la Constitución<sup>206</sup>.

Para alguna doctrina el control constitucional se expresa en la facultad que tienen algunos órganos del Estado de sacar de la vida jurídica una ley por ser contraria a la Constitución<sup>207</sup>; circunstancia que no es tan exacta, por cuanto sacar de la vida jurídica una norma es el resultado, es decir, la consecuencia del mismo, pero además éste no se limita a las leyes como actos formales expedidos por el Parlamento o Congreso, sino igualmente a los actos con fuerza de ley como son los decretos leyes o los denominados reglamentos autónomos.

En efecto, los decretos leyes tanto en el sistema jurídico español como el colombiano, adoptan la fuerza normativa legislativa de manera excepcional<sup>208</sup>, y

---

<sup>205</sup> El artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991, contempla las competencias de la Corte Constitucional en lo que hace referencia a la vía de acción.

<sup>206</sup> Artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 de Colombia consagra: *“Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”*.

<sup>207</sup> Ver ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. Teoría constitucional y ciencia política, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 372, lo plantea de esa manera cuando se refiere al concepto de control constitucional.

<sup>208</sup> El artículo 86 de la Constitución Española de 1978 contempla la facultad del Gobierno de dictar actos legislativos de manera excepcional y con carácter provisional, ya que se debe someter al debate y votación del Congreso de los Diputados quien lo convalidará o lo derogará y aquí surge una inquietud en el sentido que el Congreso lo que está haciendo en estricto sentido es un control respecto de los decretos legislativos, que en este caso me parece es de orden político más que constitucional, por el carácter que tiene el mismo.

de alguna manera sustituyen en la Función Legislativa al Parlamento o Congreso<sup>209</sup>; pero su control constitucional es idéntico al que se realiza respecto de una ley en sentido formal, por cuanto se concreta en la comparación directa entre el decreto con fuerza ley y la norma constitucional superior, sin que exista entre ellos en principio una con carácter legal formal como acto expedido por el legislativo.

Los denominados reglamentos autónomos corresponden a aquellos desarrollos directos de la Constitución por parte del Poder Público administrativo<sup>210</sup>, con el carácter de actos con fuerza de ley, que a diferencia de los decretos leyes no necesitan de autorización por parte del legislativo, sino que se fundamentan en la propia autorización constitucional<sup>211</sup>; pero que son objeto de control constitucional por parte del Poder Público legislativo y para tal efecto, en el sistema jurídico colombiano se ha previsto una acción o recurso contencioso con el fin de efectivizar dicho control<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> En el sistema jurídico colombiano, los decretos leyes están previstos en el artículo 150 numeral 10, cuando se otorga la potestad al Congreso para revestir al Poder Público administrativo representado en el Presidente de la República hasta por el término de seis meses para dictar actos con fuerza de ley, siendo necesario que dichas facultades sean solicitadas, es decir, que la iniciativa está en el administrativo y no en el legislativo.

<sup>210</sup> No se olvide que la Constitución por regla general se desarrolla a través de leyes, es decir, de actos expedidos por el Parlamento o Congreso a través del procedimiento previsto para hacer la ley.

<sup>211</sup> Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Los reglamentos autónomos, en VIII Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 933 y ss.

<sup>212</sup> La Ley 1437 de 2011 de Colombia que constituye el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla en el artículo 135 la nulidad por inconstitucionalidad de actos generales que en mi parecer corresponden a los reglamentos autónomos, en los siguientes términos: *“Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución. También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del*

Debo destacar, que la Corte Constitucional de Colombia cuando se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 que consagra en mi parecer el control respecto de los reglamentos autónomos por parte del Consejo de Estado y no de la Corte Constitucional<sup>213</sup>, indicó que a dicho Tribunal le corresponde el control respecto de actos de carácter general dictados por autoridades públicas distintas al Gobierno Nacional, con el carácter o contenido material de ley, es decir, aquellos asuntos que la regulación constitucional ha previsto como propios de ley ordinaria o ley especial<sup>214</sup>.

Argumentación del máximo órgano constitucional de Colombia que en mi percepción se queda corta y se torna ambigua respecto de la identificación del

---

*Gobierno Nacional...".*

<sup>213</sup> Debo recordar que el control constitucional en Colombia es de carácter difuso, en el sentido que no es realizado únicamente por la Corte Constitucional, sino que es posible por otras autoridades públicas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 05 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa cuando dijo: *"Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado "control concentrado" o austriaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (Art. 237-1). Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 4o superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional"*.

<sup>214</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-400 de 2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, hizo referencia a los actos de contenido material de ley en los siguientes términos: *"5.5. Así, en virtud de la potestad legislativa que ejerce el Congreso, corresponderá a esta corporación el estudio de constitucionalidad de los asuntos con contenido material de ley, esto es, (i) con fuerza de ley ordinaria, dispuestos de manera expresa por la carta política (artículo 150); y (ii) con fuerza de ley especial, referidos a materias estatutarias y orgánicas específicas (artículos 151 y 152), las cuales comportan una mayor exigencia de aprobación. En este ámbito, serán también de su conocimiento los decretos o actos cuya expedición, de ordinario o de manera transitoria, la Constitución le atribuye a otros órganos distintos del Congreso de la República, siempre que regulen asuntos sometidos a reserva ordinaria o especial de ley, así su denominación suponga aparentemente el conocimiento y decisión de otra autoridad constitucional"*.

concepto de fuerza material de ley, ya que en la sentencia C-400 de 2014 lo identifica con las regulaciones propias o concernientes a los actos de ley, es decir, a los reservados a la ley ya sea ordinaria o especial, como actos proferidos por el legislativo<sup>215</sup>; lo cual más que ser un criterio material de ley, se puede identificar con un criterio orgánico porque se trata de actos expedidos por el legislativo en asuntos de su competencia, es decir, a él asignados, que en un momento dado se pueden confundir con la noción de reserva de ley.

Considero que el concepto material de ley hace alusión a regulaciones jurídicas y por tal obligatorias, que contienen desarrollos directos de la Constitución que pueden ser dictadas no solamente por el legislativo, sino por otros órganos del Poder Público como puede ser la Administración<sup>216</sup>; pero que encuentra

---

<sup>215</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano, 6ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2015, p. 541, muestra cómo las leyes son una clase de normas jurídicas expedidas por el Congreso, es decir, por el órgano que por naturaleza es competente para proferirlas, a través del trámite previsto en la Constitución para su creación.

<sup>216</sup> Así lo ha previsto la propia Corte Constitucional de Colombia en otras decisiones, como es la sentencia C-284 de 13 de mayo de 2015, M. P. Mauricio González, al expresar: *“Esta expresión, contenida en el artículo 230 ha sido entendida “en un sentido material” de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo el procedimientos o las formas fijadas con ese propósito. En ese sentido la “ley” incluye no solo las normas dictadas por el Congreso de la Republica sino también -y entre otros cuerpos normativos- los Decretos expedidos por el Presidente de la República, así como las disposiciones adoptadas - en desarrollo de sus atribuciones constitucionales- por el Consejo Nacional Electoral (Art. 265), la Contraloría General de la República (Art. 268), el Banco de la Republica (Arts. 371 y 372) y el Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257). El amplio concepto de ley, necesario para comprender todas las formas de regulación que prevé la Carta, no implica que entre sus diferentes componentes no existan las relaciones jerárquicas propias de un ordenamiento escalonado. Esas relaciones -necesarias para definir la validez de las normas- se establecen a partir de criterios relativos (i) a su contenido dando lugar, por ejemplo, a que las leyes aprobatorias de tratados en materia de derechos humanos, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas ostenten una especial posición en el ordenamiento jurídico; (ii) al órgano que la adopta de manera tal que, por ejemplo, una ley adoptada por el Congreso se superpone a un decreto reglamentario expedido por el Presidente de la República; o (iii) al procedimiento de aprobación conforme al cual normas con un procedimiento agravado de expedición tienen primacía respecto de otro tipo de leyes, lo que ocurre por ejemplo en la relación entre los actos legislativos y las leyes aprobadas por el Congreso. En adición a ello, existen variadas competencias normativas de las entidades territoriales que, en virtud de las reglas que rigen la armonización del principio unitario y autonómico, se encuentran en una relación o de coexistencia, o de complementariedad o de subordinación, con las atribuciones*

especificidad en la institución de la reserva de ley, en el sentido que hay asuntos que solo pueden ser regulados por una ley como acto propio del legislativo<sup>217</sup>.

Pero en cualquier evento, el control constitucional lo que busca es mantener la intangibilidad de la Constitución de los ataques que puede sufrir por parte de las autoridades en el ejercicio de sus competencias de Poder Público, lo que significa de una u otra forma el mantenimiento del Principio de Legalidad, en la medida que cualquier norma derivada de la actuación de los poderes públicos debe estar acorde a las regulaciones superiores de la Carta Política y Jurídica o de lo contrario se afectará su validez y se configurará una violación de dicho principio, en este caso a través de la norma constitucional<sup>218</sup>.

Considero así, que el control de constitucionalidad sea cual sea su modalidad o el órgano que lo ejerza, tiene como finalidad primordial mantener incólume el Principio de Legalidad aplicando la ley en sentido genérico, en el entendido de norma obligatoria para este caso con el carácter de constitucional y que en principio es ejercido por el Poder Público judicial, pero que en la estrecha relación que existe con los demás poderes públicos lo pueden desarrollar los demás, para garantizar la supremacía de la Constitución<sup>219</sup>, que debe ser una premisa

---

*de autoridades del orden nacional. Las normas adoptadas por las autoridades de Municipios, Distritos o Departamentos en ejercicio de las competencias previstas directamente por la Carta, por ejemplo en los artículos 300, 305, 313 y 315, se encuentran entonces también comprendidas por el concepto de "ley" del artículo 230 de la Carta".*

<sup>217</sup> Ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-507 de 16 de 2015, M. P. Mauricio González.

<sup>218</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido de forma reiterada la supremacía de la Constitución; en tal sentido ver entre otros los siguientes fallos: Sentencia C-445/96, M. P. Hernando Herrera Vergara; sentencia C-560 de agosto 4 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz; sentencia C-1290 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, sentencia C-415 de junio 6 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo; entre otras.

<sup>219</sup> Bien dice VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés y otros. Derecho Procesal Constitucional, Editorial Legis, Bogotá, 2015, p. 205 que: "La supremacía constitucional es un principio básico y elemental de todos los medios de control constitucional. Todo proceso de esta naturaleza tendrá en su contenido el determinar el acatamiento del acto impugnado a lo

necesaria dentro del Estado Social de Derecho<sup>220</sup>.

### 3.1.1. Legitimidad del control de constitucionalidad

Una pregunta bien interesante en el asunto que venimos tratando es el de la legitimidad del control de constitucionalidad, por cuanto el mismo es ejercido por regla general por una Corte o Tribunal Constitucional, es decir, un reducido número de personas que tienen la facultad de sacar de la vida jurídica actos proferidos por el Poder Público legislativo, que en principio y en un sentido político democrático constituyen representación de las decisiones mayoritarias, en la medida que han sido elegidos por el voto popular de los ciudadanos, en tanto que los miembros de los tribunales constitucionales se designan de formas distintas pero en ningún caso por el voto popular (al menos en los sistemas jurídicos español y colombiano)<sup>221</sup>.

Pero además, la legitimidad del control constitucional se puede cuestionar desde

---

*ordenado por la carta magna: una Litis de carácter constitucional.*

*Todo acto de autoridad que sea contrario a la constitución debe ser combatido, corregirse y abolirse”.*

<sup>220</sup> HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio. Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional Colombiana, en Revista Principia Iuris, julio-diciembre 2009, Tunja - Colombia, ISSN 0124-2067 p. 102, expresa la razón de ser del control constitucional dentro del Estado Social de Derecho, así: “Es acá donde encuentra su razón de ser el control de constitucionalidad, entendiéndolo como el ejercicio de valorar la congruencia entre las reglas y principios constitucionales y las normas de inferior jerarquía, realizándose esta actividad con fuerza jurisdiccional y valor de cosa juzgada, esta función realizada por el órgano de control de constitucionalidad es simplemente la consecuencia necesaria de tener una norma de valor jurídico, pues de nada sirve una regla de derecho si no existe quien sancione su incumplimiento, así la estabilidad de la democracia y del Estado Social de Derecho pasará por la efectividad del control constitucional”.

<sup>221</sup> El artículo 239 de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece que los magistrados de la Corte Constitucional son nombrados por el Senado de la República, es decir, por el Poder Público legislativo para un periodo de ocho años de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte suprema de Justicia y el Consejo de Estado; por su parte, la Constitución Española de 1978 contempla en el artículo 159 que los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Rey, de los cuales cuatro son a propuesta del Congreso, cuatro del Senado, dos del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

el punto de vista de los procedimientos establecidos para su realización y desde la óptica del contenido del mismo, es decir, desde su sustantividad, por cuanto que la discordancia de una ley con respecto de la Constitución puede ser determinada por un control denominado procedimental o por otro de orden sustancial o material<sup>222</sup>, los cuales son objeto de análisis en este acápite de la investigación.

De todas formas y para que sea posible determinar la legitimidad del control constitucional es preciso identificar en qué consiste la noción de legitimidad y para ello es preciso indicar que el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define lo legítimo como: *“legítimo, ma. Del lat. legitĭmus. 1. adj. Conforme a las leyes. 2. adj. lícito (ll justo). 3. adj. Cierto, genuino y verdadero en cualquier línea”*.

Por su parte la Corte Constitucional de Colombia concibe la legitimidad desde la óptica del Estado Social de Derecho, como: *“La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales”*<sup>223</sup>.

Como se puede observar, se trata de una legitimidad vista desde dos puntos de vista, el primero desde el acceso y ejecución del poder con un sentido democrático es decir de las mayorías y el segundo, a partir de la resolución de las dificultades

---

<sup>222</sup> Ver LINARES, Sebastián. La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes, Marcial Pons, Madrid, 2008.

<sup>223</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-068 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, donde se puede ver que la legitimidad está íntimamente ligada con el ejercicio del poder dentro del derecho, es decir de la legalidad en sentido genérico; lo que significa para el interés que nos asiste en la investigación, que el mismo está dentro del marco del Principio de Legalidad.

desde la justicia social y el derecho; criterios que muestran el sentido político y jurídico en el mismo.

En efecto, cuando se hace referencia al criterio democrático de la legitimidad se está en el campo de la participación ciudadana que a través de los medios que le ha otorgado la ley en sentido genérico interviene en la conformación del poder, como puede ser el voto que determina la elección de autoridades de las diversas ramas del Poder Público<sup>224</sup>; de la misma manera, al hacer alusión a la legitimidad desde la perspectiva jurídica se está refiriendo a las actuaciones de Poder Público acordes al Principio de Legalidad con un carácter genérico, ya que no es otro el fundamento de ser ajustadas al derecho y a la justicia.

Así las cosas, de los criterios expuestos por la Corte Constitucional la legitimidad se puede identificar en un sentido estricto con la participación de la voluntad democrática que determina mayorías en la conformación del Poder Público y en un sentido que voy a denominar lato, en cuanto a la conformidad con el derecho, es decir con el Principio de Legalidad, llevándonos al campo de la validez.

La legitimidad en sentido estricto presenta serios cuestionamientos respecto a la actividad de control de constitucionalidad, en la medida que como lo indiqué en acápite precedente no es ejercido por las mayorías, sino por personas designadas o elegidas a través de mecanismos distintos al voto popular por ejemplo; argumentación que no es tan exigente respecto a la denominada lata, por cuando la misma implica la concordancia con el Principio de Legalidad en un clara expresión de respeto del derecho y la justicia, es decir a que sea válido.

---

<sup>224</sup> El artículo 40 de la Constitución de Colombia de 1991 establece por ejemplo, que todos los ciudadanos pueden intervenir en la conformación del poder político, siendo elegidos o eligiendo a sus representantes en el legislativo; circunstancia que es idéntica en el sistema jurídico español cuando la Constitución de 1978 en el título III artículos 68 y ss hace referencia a las Cortes Generales y su forma de elección.



Analicemos entonces la legitimidad del control de constitucionalidad desde los distintos aspectos a que se ha hecho referencia anteriormente, así:

#### **3.1.1.1. Legitimidad en sentido lato**

He venido indicando que el control de constitucionalidad lo puedo clasificar como legítimo desde un criterio lato, por cuanto ha de estar de acuerdo con el orden jurídico, es decir provenir del derecho y ejercerse acorde con el mismo, dando lugar a que se pueda identificar como válido, ya que el criterio jurídico de validez se identifica en la concordancia con normas jurídicas, es decir obligatorias, de rango superior.

Implica lo anterior, que se trata de una legitimidad formal que si bien es cierto analizaré más adelante, por ahora digo se identifica en el respeto y concordancia con normas jurídicas superiores sin entrar a analizar el contenido de las mismas, es decir, su materialidad; por tal razón, la legitimidad lata del control de constitucionalidad es la simple constatación de que esté previsto normativamente y se ejerza dentro de regulaciones con el mismo carácter.

Para el caso que nos ocupa, es preciso indicar, que tanto la Constitución Española como la Carta Superior de Colombia consagran el control de constitucionalidad de manera expresa cuando en su articulado así lo prevén; que para el caso colombiano el artículo 241 expresa:

*“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

*1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*

2. *Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
3. *Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*
4. *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
5. *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
6. *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.*
7. *Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.*
8. *Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.*
9. *Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
10. *Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.*
11. *Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva...<sup>225</sup>.*

Por su parte en el sistema jurídico español se encuentra regulado en el artículo

---

<sup>225</sup> Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que ha de leerse para lo que nos ocupa en estricta concordancia con el artículo 4 de la misma Carta Superior, que hace referencia a la supremacía de la Constitución respecto de cualquier otra norma jurídica.

161 constitucional, que hace referencia a la competencia del Tribunal Constitucional, la cual incluye el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, entre otras, lo que determina una legitimación formal o legal del control constitucional que determina validez del mismo<sup>226</sup>.

Se trata entonces de una legitimidad fundada en las competencias que la ley en sentido genérico otorga a uno o unos órganos del Estado de verificar y realizar la protección de las normas constitucionales frente a las demás normas jurídicas, en el entendido de concordancia entre unas y otras, lo cual es consecuencia de la jerarquía normativa entre ellas; significa, que se trata de un control fundado en la habilitación o reserva de ley en sentido genérico, por cuanto está previsto en norma jurídica y de una u otra manera reservado a norma jurídica dentro de la distribución de competencias de los diversos poderes públicos en el Estado de Derecho<sup>227</sup>.

Constituye una legitimidad de consagración, ya que una norma de orden constitucional o legal en sentido formal prevé la existencia del control constitucional, sin que por ahora sea preciso ocuparme de su contenido porque lo haré más adelante

### **3.1.1.2. Legitimidad en sentido estricto**

Cuando hago referencia a la legitimidad en sentido estricto me ocupo de verificar si el control constitucional corresponde al querer de las mayorías en el entendido democrático del término, es decir, si lo podemos identificar con decisiones que

---

<sup>226</sup> Ver artículos 161 y ss de la Constitución Española de 1978.

<sup>227</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, obra citada p. 261, muestra las diferentes funciones de los poderes públicos en el Estado de Derecho en un sentido de respeto normativo, a través de las diversas formas de comunicación que implica cada una de ellas.

impliquen la expresión de voluntad popular o si por el contrario corresponde a manifestaciones de grupos o sectores sociales que por alguna circunstancia son investidos del ejercicio del Poder Público de control constitucional.

Así como sucede con el Poder Público legislativo que normalmente ejerce una representación del pueblo y es investido de la facultad de expedir regulaciones normativas con el carácter formal de ley, se podría esperar que los tribunales constitucionales encarnaran y ejercieran su competencia de guarda de las normas constitucionales como consecuencia de la expresión democrática del pueblo, dando lugar a una legitimación estricta del control constitucional, porque corresponde a la expresión de las mayorías democráticas, es decir, a un consenso general.

Significa lo anterior, que el control debería ser ejercido por las mayorías y no por un grupo pequeño de magistrados que conforman las cortes constitucionales o cuando el control es difuso como en el sistema jurídico colombiano, por parte de un funcionario investido de jurisdicción, que pueden y puede sacar de la vida jurídica una norma por ser contraria a las regulaciones constitucionales, siendo que la misma ha sido dictada por un poder como es el legislativo que constituye la voluntad mayoritaria del pueblo.

Parece un contrasentido que una minoría como se ha de concebir un tribunal constitucional para el ejercicio del control a que nos hemos venido refiriendo, pueda sacar de la vida jurídica una norma que ha sido expedida por el Congreso que encarna mayorías en el ejercicio de la voluntad democrática y su función natural es hacer la ley a la cual está sometiendo el control de constitucionalidad.

Pero la anterior argumentación no es tan clara, porque el control constitucional se determina legítimo en sentido estricto, así no lo parezca, por cuanto al igual que cuando el poder legislativo expide una ley formal, expresa voluntad mayoritaria

desde dos puntos de vista, el primero en la medida que las decisiones son colegiadas y en esta medida la mayoría determina el control y el segundo, porque los tribunales constitucionales como en el caso colombiano involucran la voluntad mayoritaria del pueblo cuando son elegidos para los cargos, así sea de manera indirecta<sup>228</sup>.

Sin embargo, es preciso que analicemos más detalladamente las mayorías democráticas en el ejercicio de la función de expedir leyes y las que se configuran en el control constitucional, es decir, en el acto que es objeto de control y en el ejercicio del control para determinar la existencia de una legitimidad, porque como lo he venido indicando desde tiempo atrás, ha surgido la duda de la legitimidad del control constitucional en cuanto al ejercicio del mismo por los tribunales o cortes constitucionales, en la medida que se ha considerado de alguna manera como un control político<sup>229</sup> y no como un control de derecho o si lo puedo llamar jurídico<sup>230</sup> y en esta medida debería ser ejercido por quien o quienes representan las mayorías dentro del Estado.

Significa que las inquietudes respecto de la legitimidad en sentido estricto en cuanto a quién ejerce el control de constitucionalidad se derivan de dos aspectos que corresponden a la existencia o no de un fundamento democrático en el sujeto que lo realiza (sujeto en cuanto al órgano que lo realiza) respecto a la

---

<sup>228</sup> En el ordenamiento jurídico colombiano, los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República que hace parte del Poder Público legislativo y que es elegido por voto popular. En España es el Rey quien designa los magistrados del Tribunal constitucional, sin que olvidemos que el monarca conlleva la voluntad popular.

<sup>229</sup> Ver SCHMITT, Carl. La defensa de la Constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, al referirse al guardián de la Constitución hace referencia al Presidente del Reich por ser el elegido mayoritariamente.

<sup>230</sup> KELSSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, plantea que el control de la Constitución debía ser ejercido por un Tribunal Constitucional, es decir, de naturaleza jurídica y no política.

representación o no de mayorías dentro del Estado y a la naturaleza del mismo, es decir, si se trata de un control político o jurídico<sup>231</sup>.

El primer evento corresponde a la legitimidad en sentido estricto, es decir, de quien ejerce el control de constitucionalidad, (el segundo lo trataré en la legitimidad material) el cual que se viene analizando en este acápite, que determina un criterio subjetivo en el concepto de mayorías indicado, por cuanto se trata de cómo se adquiere la competencia de Poder Público para realizar el control de constitucionalidad, el cual está en estricta relación con el órgano o sujeto que expide el acto controlado.

En esta medida, quien ejerce el control de constitucionalidad debe estar asistido de una legitimidad democrática para el mismo, ya que se trata en principio de un control negativo en cuanto que puede dar lugar a que salga de la vida jurídica un acto expedido por el Poder Público legislativo o el Poder Público administrativo, los cuales han adquirido la competencia para expedir regulaciones normativas legales por la voluntad de la mayoría democrática en el Estado al haberlos elegidos popularmente<sup>232</sup>.

Significa lo anterior, que si la autoridad que expide el acto que es objeto de control de constitucionalidad tiene una investidura democrática en cuanto a su elección por mayorías, de esa misma manera lo debería tener quien realiza el mentado control, porque de lo contrario se estará vulnerando la voluntad popular contenida en la elección del Congreso y de la máxima autoridad administrativa, en la medida

---

<sup>231</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 237 y ss, hace un análisis del constitucionalismo y democracia, indicando como la Corte Constitucional de Colombia ha ido ganando terreno en el control político especialmente en asuntos de derechos sociales.

<sup>232</sup> No se olvide que tanto el Congreso o Parlamento como el Presidente de la Republica son elegidos por voto popular lo cual refleja mayorías democráticas en su conformación; circunstancia que es similar en el sistema español.

que la minoría estaría determinando el actuar de la mayoría, surgiendo así un grave inconveniente respecto de la fuerza vinculante de las decisiones de la mayoría respecto de la minoría y en tanto sea posible que la segunda pueda sacar de la vida jurídica una norma expedida por la primera, se estará frente al poder superior contramayoritario que vulnera principios democráticos<sup>233</sup>.

Significa entonces, que como los tribunales constitucionales no son elegidos por la decisión mayoritaria de las personas, en la medida que por regla general no devienen del voto popular, circunstancia que sí ocurre en el caso del legislativo y el administrativo, no existiría legitimación en sentido estricto para que dichos órganos dentro de la estructura del Estado ejerzan el control de constitucionalidad y en esta medida, correspondería realizar el control a uno con la misma forma de designación democrática.

Pero si se analiza con detalle la argumentación de una supuesta falta de legitimación en sentido estricto de la Corte o Tribunal Constitucional para ejercer el control constitucional por no ser elegidos sus integrantes por las mayorías y en esta medida vulnerar criterios democráticos, se puede verificar que esto no es así y que el fundamento mayoritario de legitimidad se encuentra tanto en la designación de los magistrados como en el ejercicio de dicho control.

En efecto, puede que los integrantes de la Corte o Tribunal Constitucional no sean elegidos por voto directo como se hace en el caso de los miembros del

---

<sup>233</sup> LINARES, Sebastián. La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 241-242 expresa al respecto: *“En la literatura política contemporánea, el problema de la dificultad contramayoritaria ha sido abordado normalmente como un conflicto que enfrenta a dos posiciones categóricas irreconciliables. De un lado, están aquellos que defienden que, en las circunstancias de la política, las mayorías democráticas deben tener la última palabra institucional. Así, esta postura rehúsa aceptar el control judicial de las leyes en el marco de una constitución rígida (Waldron, 1993a; 1999a). Del otro lado, están aquellos que consideran que los derechos reconocidos en la constitución son - y deben ser - cartas de triunfo respecto de cualquier pretensión mayoritaria que pretenda ignorarlos o conculcarlos. Para esta posición, las constituciones rígidas y los sistemas robustos de revisión judicial de las leyes resultan justificables” (Dworkin, 1977; 1996).*

Congreso, Parlamento o el Presidente de la República, pero esto no les quita legitimidad en su ejercicio de control constitucional por ausencia de una mayoría democrática, por cuanto son designados por un órgano que sí fue elegido directamente por el pueblo a través del acto de votación y en estas circunstancias, la investidura de mayoría se traslada a los integrantes del órgano de control constitucional.

Significa, que es una expresión democrática indirecta de elección como ocurre usualmente en los estados modernos, por cuanto no es posible siempre la elección por voto directo, ya que el número de personas y las conformaciones estructurales de la organización estatal no lo permiten y se hace necesario por tanto establecer formas de elección indirectas, como en el caso de los miembros de los tribunales constitucionales.

Pero dichas modalidades de designación no le quitan el carácter mayoritario, por cuanto que quien las realiza ha sido elegido o designado por mayorías, adquiriendo una investidura para realizar elecciones indirectas cumpliendo con ello con el criterio democrático exigido; lo que muestra que la legitimidad democrática en sentido estricto respecto del control constitucional se cumple plenamente, ya que en el caso colombiano los Magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República que a su vez lo ha sido por voto directo del pueblo y en tal modo la representación directa de unos genera la representación indirecta de los otros, pero en cualquier caso se trata de expresión democrática.

Para el caso del sistema jurídico español, los integrantes del Tribunal Constitucional son designados por el Rey a propuesta del Congreso, Senado, el Gobierno y el Consejo del Poder Judicial, todos ellos representando de una u otra manera la mayoría democrática del pueblo español y trasladando sus investiduras a quienes conforman el alto tribunal que guarda la Constitución de este país.



En el mismo sentido de la designación ocurre con las decisiones que se toman en ejercicio del control constitucional, en cuanto se puede sacar de la vida jurídica una norma con el carácter de ley en sentido formal al ser un acto expedido por el legislativo o por el ejecutivo, que conllevan la voluntad popular por haber sido elegidos por la mayoría democrática y si se declara la inconstitucionalidad se podría pensar que la voluntad minoritaria estaría primando sobre la mayoritaria, lo que haría ilegítimo el control.

Lo anterior no es así y con un argumento muy similar al que propuse en los acápites precedentes, la voluntad en el acto de declaratoria de inconstitucionalidad de una ley refleja la voluntad mayoritaria democrática, por cuanto el Tribunal o Corte Constitucional manifiesta el querer popular de manera indirecta, al haber sido investida de la competencia para hacerlo a través de las formas previstas en la ley en sentido genérico<sup>234</sup>, que conforman la representación popular y por tal su voluntariedad decisoria en este caso de protección de la Constitución<sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup> Se trata de una democracia indirecta que no es otra cosa que la representación popular como mecanismo decisorio dentro del Estado, cuando por diversas circunstancias no es posible hacerlo a través de formas directas de decisión, el cual ha sido utilizado desde la antigüedad como lo expresa KAUSKY, Karl. *Parlamentarismo y democracia*, Editorial Nacional, Madrid, 1982, p. 109, cuando dice: *“Desde remotos tiempos y ya en el periodo de los bárbaros, nos encontramos con huellas de instituciones representativas.*

*De hecho a medida que se extiende el ámbito de los asuntos públicos, a medida que su círculo de acción se dilata y resulta imposible despachar estos asuntos celebrando asambleas populares donde todos pueden participar, se vio cada vez más nítidamente la necesidad que las asambleas generales fuesen sustituidas por otras en que sólo tomaran parte algunos representantes de la comunidad”.*

<sup>235</sup> Tengo que decir que la representación como forma democrática es la manera que por regla general los pueblos actuales toman las decisiones, por cuanto la modernidad y el desarrollo impiden decisiones directas de las comunidades nacionales; es decir, que la democracia indirecta es la que prima actualmente y para esto ver: SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional: Una radiografía teórica*, 3ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2013, p. 129, quien expresa: *“En la democracia moderna, las principales decisiones políticas son adoptadas por representantes electos y no por los ciudadanos. Teóricamente estos representantes no son delegados que representan intereses particulares sino que representan intereses generales”.*

Se trata entonces el control constitucional de decisiones mayoritarias democráticamente indirectas, que buscan la protección de la Constitución de vulneraciones realizadas por el Poder Público legislativo a través de normas con el carácter de ley en sentido formal; adquiriendo de esta manera una legitimidad en sentido estricto como la he venido denominado, por cuanto es la mayoría democrática quien lo ejerce a través el órgano correspondiente y las decisiones que se toman.

Así las cosas, no puede pensarse que como el control de constitucionalidad es ejercido por un grupo de magistrados o por un juez en particular, se estén violando contenidos democráticos y por tal razón vulnerando la soberanía popular<sup>236</sup>, en la medida que dichos criterios se mantienen a través de la representación, es decir, de la designación de personas para la realización de actividades que en principio le corresponderían al pueblo pero que por distintas circunstancias no lo puede hacer directamente<sup>237</sup>; lo que determina que no sea cierta la afirmación de que cuando un juez declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica, se está contrariando la voluntad de la mayoría que ha sido expresada a través del legislativo o del administrativo, ya que en cualquier caso se está frente a una representación popular, por cuanto el pueblo no legisla directamente sino que lo hace por intermedio del Parlamento o Congreso<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> Es conocida la expresión de Hobbes que la soberanía corresponde a quien ejerce el control y en estas circunstancias, podría parecer que el pueblo ha perdido su poder soberano el cual es trasladado a los jueces en este caso a quienes ejercer el control constitucional.

<sup>237</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 129, expresa: *“La democracia moderna es, inevitablemente, representativa... Existe una democracia representativa cuando quienes participan en las deliberaciones que conducen a la adopción de las decisiones colectivas son personas que han sido elegidas con esa finalidad”*.

<sup>238</sup> BICKEL, Alexander. The least dangerous branch, en cita que hace SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 193, plantea que cuando un juez declara la inconstitucionalidad de una norma se está contrariando la voluntad de los representantes del pueblo y por tal de la mayoría;

Considero que existe una legitimidad del control constitucional en lo que he denominado sentido estricto, sin que se vulneren postulados democráticos, cuando un Tribunal Constitucional saca de la vida jurídica una norma de tal carácter por contrariar la Carta Superior, por cuanto se está expresando voluntad mayoritaria en el ejercicio del poder soberano del pueblo, que ha investido a ese juez para realizar una actividad que en principio le corresponde, pero que no puede ejercer directamente; es decir, que lo ejerce a través de la representación<sup>239</sup>, y que lo único que evidencia es que el Estado y la actividad del mismo esté sometida al derecho o a la legalidad en sentido genérico, en este caso a la Constitución<sup>240</sup>; pero que no puede realizar directamente el pueblo por una imposibilidad material, teniendo en cuenta las modernas estructuras estatales, sin que esto afecte la sustancialidad democrática de las mayorías<sup>241</sup>.

### 3.1.1.3. Legitimidad material

La legitimidad material hace referencia al objeto del control de constitucionalidad,

---

argumentación que pierde peso en el ámbito de la democracia representativa, por cuanto tanto quien expide la norma como quien ejerce el control actúan como representantes del pueblo.

<sup>239</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución, en CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 220, identifica esta postura cuando menciona: *“En contra de esta conclusión suelen esgrimirse algunos argumentos típicos. Quizá el más usual es el que nos recuerda, por un lado, que la opinión de la mayoría de los ciudadanos no se refleja sin distorsiones en la mayoría de sus representantes; y por otro que, si de credenciales representativas se trata, en la mayoría de los sistemas los jueces constitucionales no está totalmente desprovistos de ellas (puesto que suelen ser elegidos por órganos que ostentan a su vez una representatividad de primer o de segundo grado)”*.

<sup>240</sup> Se trata entonces del Estado y en este caso el Poder Público legislativo sometido al derecho, pero además en el derecho porque se expresa a través del mismo; ver SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 93.

<sup>241</sup> Bien dice BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia, 8ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 51: *“Si por democracia directa se entiende estrictamente la participación de los ciudadanos en todas las decisiones que le atañen ciertamente la propuesta es insensata. Es materialmente imposible que todos decidan todo en sociedades cada vez más complejas como las sociedades industriales modernas...”*.

es decir, a lo que es exigible de concordancia entre la norma legal respecto al contenido de la Constitución, es decir, que las regulaciones normativas del Poder Público legislativo y en determinados casos el administrativo, deben ajustarse a estipulaciones y prescripciones que se encuentran en el contenido superior de la Carta Política.

Significa lo anterior, que las normas jurídicas deben estar acordes con los principios, reglas y valores previstos en la Constitución desde un criterio sustancial, en el entendido que la misma los ha preestablecido y por tal razón son exigibles dentro del Estado de Derecho a través del control de constitucionalidad, que es realizado por regla general por un Tribunal o Corte Constitucional como órgano distinto a quien expide el acto controlado.

En este caso es necesario precisar una circunstancia que dará claridad a la legitimidad del control de constitucionalidad desde el punto de vista material, la cual corresponde al cuestionamiento de por qué el juez constitucional puede sacar de la vida jurídica una norma expedida por legislativo o el administrativo en su función de legislar, siendo que ha sido expedida por quien encarna la voluntad popular; cuestionamiento que se puede expresar en: por qué los contenidos normativos legales tienen que someterse a los contenidos constitucionales siendo que han sido proferidos por el Poder Público legislativo en ejercicio de la voluntad popular.

Lo anterior nos lleva a indicar, que dentro del Estado de Derecho existen normas jurídicas de jerarquía superior<sup>242</sup>, las cuales se encuentran previstas en la

---

<sup>242</sup> Hago referencia a normas jurídicas en el sentido de obligatoriedad de las mismas y por esta razón, oponibles o exigibles, de las cuales ha de estar dotada una constitución como lo expresa PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales, 2ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 111, cuando dice: *“Que una Constitución es normativa o, mejor dicho, que está dotada de un contenido material sustantivo que se postula como vinculante significa que, además de regular la*

Constitución y que han de ser respetadas por las de inferior jerarquía desde un criterio material o sustancial, en el entendido que tiene que existir concordancia entre la regulación legal y las prescripciones, principios reglas y valores previstos en el texto constitucional<sup>243</sup>.

Pero si esto es así, el cuestionamiento formulado anteriormente alcanza plena validez, ya que no parece justificable que cuando una norma legal que es expedida por el Poder Público facultado para hacerlo y que representa la mayoría política democrática, tiene que subordinar su expresión de voluntad al contenido de una regulación que ha sido producida en momentos y circunstancias distintas, es decir, desde una sustancialidad diferente.

En tal sentido es preciso indicar, que las regulaciones constitucionales corresponden a un momento político determinado<sup>244</sup>, es decir, que en las mismas se incluyen contenidos vigentes a las circunstancias fácticas en que el acto constitucional llega al mundo del derecho, que dan lugar a la materialidad de la norma superior y de una u otra forma al modelo de control de constitucionalidad, que se adopta por la voluntad popular democrática; las cuales entran en contradicción o lo que alguna doctrina denomina tensión, con las regulaciones legales que de la misma forma corresponden a un momento político determinado, que no se identifica con el de la regulación constitucional. Esto es lo que en términos concretos corresponde a lo que se regula en el texto legal frente al de

---

*organización del poder y de las fuentes del Derecho - que son dos aspectos de una misma realidad-, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles”.*

<sup>243</sup> Ver QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano, 6ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2015, p. 40, sobre los contenidos de una Constitución.

<sup>244</sup> Utilizo el término momento político determinado para evidenciar circunstancias fácticas generadoras de regulaciones constitucionales, que no son otra cosa que la expresión de la voluntad democrática de las mayorías, es decir, de poder, que en palabras de Bobbio en referencia a Max Weber uno se identifica con el otro; ver BOBBIO, Norberto y BOVERO Michelangelo. Origen y fundamentos del poder político, Editorial Grijalbo, México, 1984, p. 25.

carácter constitucional<sup>245</sup>.

No es otra la tensión o contradicción material entre las regulaciones legales y constitucionales que determinan el control de constitucionalidad, por esta razón, el juez o tribunal constitucional encargado de verificar la concordancia material entre la norma legal y la constitucional, deberá tener en cuenta las circunstancias fácticas que determinaron a cada una de las mismas y como muy seguramente son distintas, los contenidos de una y otra se contradicen, por tal razón entrará a declarar la inconstitucionalidad de la regulación legal, pero con un alto grado de subjetividad ya que las condiciones que he denominado políticas se tornan diferentes<sup>246</sup>.

Se trata entonces de circunstancias vigentes al momento de la creación de la norma constitucional las que determinan que la norma legal salga de la vida jurídica<sup>247</sup>, en la medida que fueron las que fundamentaron el contenido de la regulación vulnerada, por tal razón y como se trata de un análisis iusfilosófico-

---

<sup>245</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 183, a quien hemos seguido muy de cerca en este tema, lo identifica como la tensión general entre el constitucionalismo y la democracia respecto de qué puede decidir el legislativo y que no por las limitaciones del control constitucional, sin que se afecten postulados democráticos. Específicamente dice: “*Detrás de esta tensión general se encuentra el problema que nos ha acompañado desde el inicio de nuestro recorrido: ¿hasta qué punto es posible limitar, no solamente desde el punto de vista procedimental (como decidir) sino también desde el punto de vista material (que cosa se decide o como se decide), la soberanía popular sin desnaturalizarla? O, desde el punto de vista del ideal constitucional ¿cuánta libertad positiva pueden soportar los límites que impone la constitución rígida?*”

<sup>246</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, obra citada, p. 272, lo identifica como el estado de cosas, que lleva a la discrecionalidad del juez.

<sup>247</sup> Pareciera un criterio weberiano donde las circunstancias fácticas determinan el control de constitucionalidad, lo cual en cierto sentido es así, pero no es el eje central de lo que nos interesa, porque se trata de la legitimidad del mismo a partir del contenido tanto de la norma constitucional respecto de la legal, es decir, de las regulaciones previstas en cada uno de los textos enfrentados; pero para ver la legitimidad del poder político y en tal medida el control de constitucionalidad desde un análisis social si es que lo puedo llamar así, ver WEBER, Max. Economía y sociedad, edición preparada por Johannes Winckelmann, nota preliminar de José Medina Echavarría, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

político el que nos ocupa y no de orden sociológico, me concentraré estrictamente en el contenido de las regulaciones constitucionales y su adopción democrática en su relación con el control de constitucionalidad para determinar la legitimidad del mismo.

Así las cosas, debo decir, que el contenido de las regulaciones constitucionales determinan que como resultado del control de constitucionalidad una norma legal en sentido formal, es decir, expedida por el Congreso o Parlamento salga de la vida jurídica, por existir una violación material, es decir del contenido constitucional, lo que hace que el Poder Público legislativo tenga que someterse de manera estricta al mismo; siendo preciso indicar entonces, que no es posible contradecir una norma superior, ya que la norma legal se debe ajustar a ella y en esta medida, nos encontramos frente a regulaciones preestablecidas que condicionan y determinan el ejercicio legislativo, constituyendo de una u otra manera una limitación a dicho Poder Público en su expresión democrática.

La anterior argumentación, evidencia que el contenido sustancial constitucional ha de ser respetado y limita el ejercicio legislativo (mayoritario democrático), por cuanto consagra principios, valores y reglas encaminadas a garantizar derechos de diversa naturaleza entre ellos los fundamentales, que deben ser respetados como premisa primordial del Estado de Derecho<sup>248</sup>, con la finalidad de mantener

---

<sup>248</sup> Aunque la noción de derecho fundamental puede tener algunas variables, considero de interés traer a colación lo que plantea BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 77-78, en referencia a lo expresado por Rober Alexy y otros doctrinantes, así: *“En esta investigación partiremos del concepto de derecho fundamental como un todo (Grundrecht als Ganzes), que designaremos mejor como derecho fundamental en sentido lato, formulado por Robert Alexy para esclarecer la estructura de cada uno de los derechos fundamentales. De acuerdo con este concepto, todo derecho fundamental se estructura como un haz de disposiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental”*; más adelante agrega: *“M. Medina Guerrero sostiene que todo derecho fundamental puede entenderse como un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación - conectado con el ámbito material que da nombre al derecho- que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares...y L. Agukar Luque sostiene que los*

un equilibrio en las relaciones de poder entre las minorías y las mayorías, en la medida que su titularidad radica en unos como en los otros<sup>249</sup>.

Por tal razón, se han identificado unas regulaciones normativas constitucionales de referencia, que constituyen un marco estable, para algunos inmutable, al cual se tienen que someter materialmente las leyes en sentido formal y que corresponden a las normas de derecho fundamental<sup>250</sup>, es decir, aquellas que consagran los derechos fundamentales y que por constituir la sustancialidad en las regulaciones normativas superiores no pueden ser modificadas sino a través de procedimientos bien rigurosos.

Pero dicha concepción entra en choque con los poderes democráticos en cuanto a que se está limitando el querer de las mayorías, pero no solo de las mayorías, sino de las actuales, porque se ha de reconocer que dichos contenidos sustanciales son determinados de una u otra forma al momento de traer a la vida jurídica la regulación constitucional y pueden no corresponder al tiempo en que se expide la regulación legal formal; además, porque quien verifica el respeto de la norma de carácter superior es el Tribunal Constitucional quien hace las interpretaciones correspondientes para establecer la concordancia y en esta medida su actuar en

---

*derechos fundamentales constituyen básicamente un derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actualizar con carácter puntual ante las posibles restricciones que en su ámbito de agere licere se produzcan por vía de una actuación de los poderes públicos”.*

<sup>249</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho, cita que hace VÁSQUEZ, Rodolfo. Justicia constitucional, derechos humanos y argumento mayoritario, en Normas, razones y derechos, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 243, lo presenta de la siguiente manera. *“Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos incluso frente a la voluntad popular... El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales concedidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías”.*

<sup>250</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales, obra citada, p. 79 las identifica con las proposiciones de deber ser que han de contener las disposiciones iusfundamentales de la Constitución.



gran sentido se torna subjetivo<sup>251</sup>.

Por tal razón, el control de constitucionalidad en un criterio de legitimidad material, previsto como la verificación de la concordancia sustancial de las normas legales respecto de las constitucionales, es decir en el contenido o respecto del “que” de la regulación, se torna controversial especialmente en una postura de campos o asuntos que son intocables dentro del texto superior y han sido denominados como el coto vedado<sup>252</sup> o lo indecible<sup>253</sup>, para determinar la garantía de los derechos fundamentales previstos, porque lleva a la inmutabilidad tanto de las regulaciones constitucionales como legales y en esta medida pareciera que el orden jurídico y político se estatizara en el sentido de una quietud inexorable.

Todo gira en torno a regulaciones que en función del reconocimiento de derechos fundamentales predeterminan el ordenamiento jurídico y que, cualquier regulación legal en contrario se torna inconstitucional así haya sido expedida en el ejercicio del poder de las mayorías democráticas; es una confrontación del contenido normativo que pone en evidencia la pugna entre la decisión mayoritaria que podrá incluir muy seguramente intereses de la comunidad, respecto de los particulares que han de estar previstos en los derechos fundamentales que se deben respetar.

En efecto, dicho choque o contradicción no es más que la expresión de la pugna que se presenta entre los derechos subjetivos de las personas porque a eso hacen referencia los derechos fundamentales, respecto de los intereses de la

---

<sup>251</sup> La indeterminación normativa, especialmente en el orden constitucional exige su interpretación y es donde entra en juego la discrecionalidad del juez constitucional en el ejercicio del control que realiza; para identificar clases de normas, ver: FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis. Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos, Marcial Pons, Madrid, 2011.

<sup>252</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho, ética y política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 631 y ss.

<sup>253</sup> FERRAJOLI. Luigi. Principia iuris: Teoría del derecho y la democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 773 y ss.

comunidad, es decir, los de orden democrático en el entendido del criterio mayoritario que son jerarquizados por la consagración constitucional, así como por el juez en el ejercicio del control de constitucionalidad y que es a lo que hace referencia la subjetividad que mencioné anteriormente.

En cuanto a la pugna de derechos subjetivos dentro de los cuales están los fundamentales<sup>254</sup>, respecto a intereses generales, se ha identificado como una manifestación de tensión entre la órbita privada en lo referente a los derechos y la órbita pública en alusión a los intereses generales; como si se tratara de dos ámbitos plenamente separables y que de una u otra manera se contraponen.

Así las cosas, con la existencia de un marco de relación normativa sustancial constitucional que no se puede tocar por regulaciones legales en principio de carácter democrático mayoritario, los derechos subjetivos primarían respecto de los intereses públicos de la colectividad y en esta circunstancia, podría pensarse que al orbita privada a que hice referencia prevalece sobre la pública, desvirtuando postulados como el que indica que dentro de un Estado de Derecho han de primar los intereses generales y que el interés particular tiene que ceder ante el interés general.

Es una concepción que pareciera contrariar los criterios democráticos de las mayorías en pro de las minorías para garantizar el ejercicio del control constitucional y darle de esta manera legitimidad, lo cual adquiere mayor evidencia con respecto a quien lo ejerce, que en principio no representa a las mayorías pero en cambio quien expide la ley sí y sin embargo, es posible que como consecuencia de dicho control una norma legal con el supuesto carácter mayoritario en una voluntad democrática, sea sacada de la vida jurídica.

---

<sup>254</sup> Identifico los derechos subjetivos en el entendido de pertenecerle a la persona, al sujeto y en esta medida se incluye a los de carácter fundamental por ser propios de ella.

Significa que el carácter preferente de los derechos subsiste respecto de la voluntad política democrática y que el ordenamiento jurídico en la interrelación normativa legal - constitucional se estructura a partir de la primacía de regulaciones constitucionales subjetivas en el entendido de derechos fundamentales, que se constituyen en un bloque inamovible de contenidos previstos en la Constitución que subyugan la actividad legislativa y en esta medida limitan la voluntad del pueblo, que puede estar encaminada a la protección de minorías principalmente, en cuanto a la voluntad democrática contenida en los mismos como a los derechos reconocidos o protegidos<sup>255</sup>.

En efecto, los contenidos constitucionales inamovibles lo que generan es una pugna con el sentido democrático que pueden tener las decisiones normativas legislativas, porque al concretarse el control constitucional pueden prevalecer criterios particulares, en el sentido que las normas legales salen del mundo jurídico por ser contrarias material y sustancialmente a las regulaciones superiores preestablecidas, como consecuencia de la decisión de un órgano que en principio no representa a toda la colectividad.

Pero la argumentación presentada anteriormente no es del todo correcta ni aceptable por las siguientes razones: toda Constitución desde el punto de vista normativo ha de contener principios y valores al lado de las reglas particulares, que estén asistidos de una característica normativa<sup>256</sup>, es decir, de

---

<sup>255</sup> ALEXY, Robert. La doble naturaleza del derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2016, p. 14, reconoce el carácter normativo tanto de las reglas como de los principios.

<sup>256</sup> Esto se puede identificar en DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, 3ª reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona España, 2015, p. 211, cuando al referirse al fundamento constitucional del gobierno de Estados Unidos dice: *“La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución, y particularmente el “Bill of Rights”, está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común”*.

obligatoriedad<sup>257</sup> y que han de condicionar la actividad legislativa, como una forma de mantener el orden jurídico que de todas maneras tiene que ser respetado por quien dice ejercer la voluntad mayoritaria democrática, en el entendido que la mayoría tiene que actuar en el marco de alguna referencia normativa; pero además, se debe encaminar a la garantía de derechos que tienen que estar previstos en el texto constitucional, con el fin de permitir una adecuada convivencia social, en la medida que éste debe ser el fin primordial del Estado y por tal de la comunidad.

No puede ser que el Poder Público legislativo en la expresión del poder político de la voluntad mayoritaria, no esté circunscrito por regulaciones normativas de contenido en su actuación, ya que toda sociedad debe mantener ciertos criterios que tienen un carácter moral y que se incluyen en la Constitución como principios y valores que determinan la actividad legislativa<sup>258</sup>, en cuanto a que están asistidos de obligatoriedad y en este sentido es que los considero normativos, ya que de manera coercitiva limitan o controlan la voluntad de la mayoría para alejarla de la arbitrariedad y que en alguna expresión se concreta en la garantía de derechos como lo hemos indicado anteriormente<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> COMANDUCCI, Paolo. Assaggi di metaetica due en cita que hace SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada p. 92, muestra el valor positivo y normativo de la Constitución, determinado en un contenido axiológico que condiciona el ejercicio de la actividad legislativa.

<sup>258</sup> CALSAMIGLIA, A. en el prólogo de DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, 3ª reimpresión, obra citada, p. 7, muestra cómo Dworkin ataca al positivismo jurídico con el argumento de la distinción entre normas, directrices y principios, lo que deja ver la existencia de contenidos axiológicos en las normas como las de carácter constitucional.

<sup>259</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los derechos y sus garantías: Conversación con Mauro Barberis, Editorial Trotta, Madrid, 2016, p. 108: *“Es cierto, el constitucionalismo, ya lo he dicho otras veces, equivale a un conjunto de vínculos y límites a la democracia política, esto es, a la omnipotencia de las mayorías. Sin embargo, en su modelo garantista representa también, en un análisis más de fondo, una garantía, un reforzamiento y una refundación de la propia democracia política. Es en primer lugar una garantía: sin límites ni controles, el poder político de las mayorías puede destruir la democracia... Es en segundo lugar un reforzamiento: sin garantía de los derechos de libertad - de expresión, de prensa, de asociación y de reunión- y de los derechos sociales a la salud y sobre todo a la educación, no habrá tan poco ejercicio consciente e informado de los*

Y digo morales porque la sustancialidad en los principios y valores no es más que la manifestación de un criterio moral que existe dentro del grupo social, el cual debe ser expresado en las regulaciones jurídicas ya sean de orden constitucional o legal en sentido formal<sup>260</sup>, que pueden darse dentro de la conformación estatal o ser previos a la misma, pero que en cualquier caso condiciona la actividad pública legislativa y que como son incluidos en las regulaciones constitucionales legitiman el control de constitucionalidad en sentido material.

En efecto, los principios y valores pueden ser previos a las conformaciones estatales o generarse dentro de su existencia, pero de todas formas tienen que ser previstos en la regulación superior para que determinen el control de constitucionalidad<sup>261</sup>, el cual se legitima por dos circunstancias: la primera por cuanto adquieren fuerza obligatoria al ser consagrados en norma constitucional, es decir, al ser exigibles a través del control que nos ha venido ocupando y la segunda, porque la consagración se justifica en cuanto a que dichos contenidos axiológicos constitucionales se concretan y tienen como finalidad la garantía de derechos, sin que esto implique que lo subjetivo prime respecto del interés general

---

*derechos políticos”.*

<sup>260</sup> JAIME C., Miguel H. El derecho implícito, Editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 116, en referencia a Dworkin dice: *“Muchos abogados se resisten a hablar de derechos morales, aunque les resulta fácil hablar de lo que está bien o mal que haga el gobierno, porque suponen que los derechos, si es que existen, son una especie de cosas fantasmales...No permite decir, sin riesgo de que produzca extrañeza, que la fuerza y el carácter de los derechos pueden variar de un caso a otro y de un omento a otro de la historia”.*

<sup>261</sup> Se trata entonces de la fuerza normativa de dichos principios y valores, con fundamento en su consagración constitucional y que es lo que determina la fuerza obligatoria de la Carta Superior, como lo muestra: PRIETO SANCHÍS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación, en GASCÓN ABELLÁN, Marina, Argumentación Jurídica, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 18, cuando menciona: *“Puede parecer una obviedad, pero no lo es: el primer requisito del Estado constitucional de Derecho consiste en el reconocimiento de la fuerza normativa de la constitución, precisamente como norma suprema que condiciona la validez de todas las demás normas y que además es capaz de imponerse en cualquier clase de conflicto jurídico en que alguno de sus preceptos resulte relevante”.*

legislativo que involucra voluntad de mayorías<sup>262</sup>.

Es claro, que la voluntad de las mayorías tienen como fundamento la garantía de intereses individuales que se conjugan en la voluntad popular<sup>263</sup>, porque no debe olvidarse que las partes integran el todo y en esta medida la voluntad popular está integrada por voluntades individuales<sup>264</sup>, que no hacen más que buscar al garantía de sus derechos; lo que sucede es que no se pueden expresar individualmente, sino que se tienen que consensuar en la voluntad y el interés general.

Lo que pasa es que para deslegitimar el control de constitucionalidad, se ha creído que lo individual y lo general son conceptos excluyentes, al decir, que se están vulnerando criterios democráticos cuando un juez que no representa supuestamente la mayoría puede sacar de la vida jurídica un acto que ha sido expedido en ejercicio de dicha voluntad; argumentación que en mi parecer no es tan clara, porque considero que dichos conceptos más que generar exclusión lo que muestran es inclusión y que uno es fundamento del otro, ya que la voluntad mayoritaria se fundamenta en las de carácter individual, lo que ocurre es que se evidencia como unidad y en esa medida pareciera que las excluyera; pero esto no es así, por el contrario, la de carácter general se alimenta de las individuales y las toma para alcanzar sustancialidad, es decir, para existir.

---

<sup>262</sup> Se trata de todas formas de contenidos morales aceptados por la colectividad para determinar validez y por tal legitimidad; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 89: *“La tesis general sería que el derecho es tanto más válido, tanto más justo, cuanto más institucionaliza los procedimientos decisorios del discurso moral. Ese es el contenido moral implícito en las cualidades formales del derecho. Ese es el vínculo que une inescindiblemente derecho y moral precisamente en el tema de la validez jurídica”*.

<sup>263</sup> Es que la voluntad individual se conjuga en la de la mayoría, inclusive desde la conformación del cuerpo político, como lo expresa LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil, Editorial Porrúa, México, 1997.

<sup>264</sup> Tal vez aquí sería procedente traer a colación el criterio aristotélico del todo y las partes a que hace referencia en la Metafísica V, 26, 1023b 30, solo para referir la voluntad general compuesta de voluntades individuales.

De todas formas, los contenidos materiales de la Constitución deben ser respetados en el marco del Estado de Derecho, que para el caso de la investigación que me ocupa se trata de una expresión de la primacía del Principio de Legalidad en sentido genérico respecto de la actividad legislativa que es donde se concreta el control de constitucionalidad; obviamente sin desconocer las múltiples confrontaciones o tensiones que se presentan y que cuestionan su legitimidad, por la relación tan particular y hasta cierto punto contradictoria entre dicho control y las decisiones democráticas<sup>265</sup>.

#### **3.1.1.4. Legitimidad formal**

En lo que hace referencia a la legitimidad formal del control de constitucionalidad, lo identifico con las ritualidades, procedimientos o tramites que se deben surtir en los actos de creación de las normas constitucionales y las de carácter legal formal que determinan que las segundas han de ajustarse a las primeras so pena de correr peligro de ser sacadas del ordenamiento jurídico.

En efecto, en la mayoría de los sistemas jurídicos se ha previsto un formalismo más exigente para traer al mundo del derecho las normas constitucionales, que el requerido para las de carácter legal en el sentido de los actos expedidos por el Parlamento<sup>266</sup>; circunstancia que ha llevado a que se cuestione la legitimidad del control constitucional, porque supuestamente no existe justificación que determine la existencia de mayor o menor rigorismo formal en uno u otro evento, más que el

---

<sup>265</sup> COLÓN RÍOS, Joel I. La constitución de la democracia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 33: *“El dilema constitucionalismo/democracia, la idea de que el constitucionalismo y la democracia están en tensión o en conflicto (el primero apunta hacia un poder político limitado por una constitución suprema, la segunda insistiendo en el poder político ilimitado del soberano popular) no es solo una cuestión de interés para la teoría constitucional. De hecho, el problema ha sido objeto de tratamiento judicial en varios casos en los que, de una u otra manera, los jueces vinieron llamados a examinar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico en cuestión”.*

<sup>266</sup> En algunos casos como Inglaterra o Nueva Zelanda no ocurre y la ritualidad es idéntica o similar.

procedimiento democrático de la mayoría.

En un criterio argumentativo procedimental o formalista, la decisión de mayoría democrática debe ser suficiente para determinar la legitimidad de una norma expedida en ejercicio del Poder Público legislativo, sin que sea necesario establecer procedimientos distintos a través de normatividad constitucional<sup>267</sup>, lo que significa, que los contenidos materiales de las normas constitucionalizadas no son los que determinan la concordancia entre la norma legal formal y la de la Carta Superior, sino la simple decisión que establezca un derecho y que ha sido tomada con un criterio democrático mayoritario.

Significa que en un conflicto normativo entre una regulación legal expedida por el legislativo y una de carácter superior, quien ejerza el control de constitucionalidad debe preferir aquella que haya sido el fruto de la mayoría democrática, sin tener en cuenta criterios de sustantividad material, es decir, de contenido; en esta circunstancia los criterios a que hicimos referencia respecto del coto vedado y lo indecible como sustancialidad en la garantía de derechos pierde fuerza argumentativa, ya que si quien establece el derecho obedece a la mayoría, tiene la facultad de hacerlo y no estaría vulnerando normatividad constitucionalidad, porque la misma debe primar<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> LINARES, Sebastián. La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes, obra citada, p. 37, expresa: *“El exponente más conspicuo de esta posición es Jeremy Waldron. Según Waldron, la regla de la mayoría (expresada en las elecciones y el procedimiento legislativo) es la única que, visto los desacuerdos, reconoce y toma en serio el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente en pie de igualdad con la de cualquier otro. Y Esto no significa caer en el procedimentalismo radical. Si El procedimiento democrático tiene prevalencia, dice Waldron, es porque valoramos la igual dignidad y autonomía de las personas...Si el procedimiento democrático tiene primacía sobre las cuestiones sustantivas, precisamente, es porque éste se basa en el valor de la igual dignidad y autonomía personal, que subyace a cualquier concepción liberal de los derechos”*.

<sup>268</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución, en Neoconstitucionalismo(s), obra citada, p. 219, expresa: *“El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad - o incluso meramente la mayoría de sus miembros- establezca que es el contenido de sus derechos: porque, por discutibles e infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material”*.



Esto es, que no interesa el contenido normativo sino el procedimiento para la adopción, que deberá corresponder a criterios de mayoría democrática y en esta medida como una norma legal se expide por el parlamento que representa la voluntad popular, no se legitimaría un control de constitucionalidad de carácter sustancial, en la medida que terminaría primando el procedimentalismo de la decisión a través de la simple mayoría<sup>269</sup>.

Por tal razón, no se justificaría un control de constitucionalidad respecto de normas adoptadas a través de la forma prevista para que el legislativo que encarna la mayoría democrática las traiga al mundo del derecho y en esta medida, las ritualidades contempladas para lo que se denomina norma ordinaria y norma constitucional deberían ser idénticas en cuanto expresen voluntad democrática; pero que en mi concepto no debe ser tan estricta tal argumentación, ya que desconocer el control de constitucionalidad desde el punto de vista formal, es argumentativamente frágil, pero también inconveniente.

La fragilidad radica, en que la existencia de formas de expresión de voluntad democrática mayoritaria se encuentran tanto en la expedición de normas de carácter legal como constitucional, es decir, que el procedimentalismo lo hallamos en unas como en las otras; lo que sucede, es que dentro de un Estado de Derecho deben existir pesos y contrapesos que se evidencian en los controles que los poderes públicos ejercen entre sí para garantizar dos cosas fundamentales, en primer lugar el propio Estado de Derecho y en segundo lugar los derechos de las personas, que pueden ser vulnerados con la expedición de los actos denominados ley en sentido formal.

---

<sup>269</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional, obra citada, p. 190, lo muestra de la siguiente manera: *“Una decisión es legítimamente democrática si se respetaron las reglas que nos dicen quien está autorizado para decidir y como debe hacerlo... Desde un punto de vista estrictamente democrático, el respeto de los procedimientos constituye la única fuente de legitimidad de la decisión”*.

Por tal razón, no es posible identificar desde una óptica formal la voluntad del legislador con el control de constitucionalidad, porque no se pueden separar de su sustancialidad, ya que en uno y otro caso se están refiriendo a derechos; en el primero a su existencia, reconocimiento y en el segundo a la vulneración de los mismos, por la contradicción normativa que se puede presentar dentro del sistema jurídico<sup>270</sup>.

Esto es así y por tal razón no se puede indicar que al existir voluntad democrática mayoritaria en el acto del legislativo, no debería existir control de constitucionalidad o un órgano como el Tribunal Constitucional para ejercerlo, porque en mi parecer también encarnan voluntad democrática quienes lo realizan como lo presenté en acápite anterior y en esta razón, existiendo criterios democráticos en los dos casos llega al escenario la sustancialidad, que al ir ligada a la formalidad determina legitimidad del control de constitucionalidad, en la medida que los derechos entran en juego respecto de reconocimiento y vulneración y es preciso unas formalidades especiales para su garantía.

No se puede desconocer y menos evitar las contradicciones legislativas que se presentan en el mundo jurídico<sup>271</sup> y la necesidad de establecer un orden para el mantenimiento del Estado de Derecho dentro de una lógica argumentativa de realidades estructurales del mismo, lo que determina que se trate de regulaciones institucionalizadas<sup>272</sup>, donde la jerarquía normativa constitucional ha de relucir

---

<sup>270</sup> *Ibíd*em, p. 268-269: “una decisión será democrática y constitucionalmente legítima si y solo si ha sido adoptada de conformidad con los procedimientos democráticos (legitimidad formal) y, al mismo tiempo, respeta los límites de contenido impuestos por la constitución (legitimidad sustancial)”.

<sup>271</sup> RATTI, Giovanni. El gobierno de las normas, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 212, reconoce la existencia de dichas contradicciones pero también lo hace respecto de la existencia de bases comunes del derecho, que para el caso que no ocupa las identifico con los derechos, porque tanto en las regulaciones legales formales como constitucionales los encontramos.

<sup>272</sup> ATRIA, Fernando. Creación y aplicación del derecho: Entre formalismo y

como si se tratara de la soberanía de la Constitución<sup>273</sup>, para que se garantice el Principio de Legalidad en sentido genérico, es decir, la primacía de las normas dentro de todo el ordenamiento jurídico respecto del Poder Público, que es lo que nos ocupa en sentido estricto dentro de la presente investigación.

### **TÍTULO III**

#### **PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PODER Y POTESTADES PÚBLICAS**

Un tópico fundamental en la presente investigación corresponde a la determinación del Poder Público por el Principio de Legalidad, en el sentido que las regulaciones normativas someten la actividad de las ramas o poderes que lo componen, por esta razón, es preciso realizar un estudio detallado tanto del principio como de la subordinación que realiza respecto de dicho poder.

#### **1. NOCIÓN DE PRINCIPIO LEGALIDAD**

La noción de Principio de Legalidad constituye un aspecto de significativa relevancia que debe tener la presente investigación, para determinar cómo opera dentro del el ejercicio del Poder Público, en cuanto la existencia de relaciones de subordinación entre uno y otro, teniendo en cuenta que el desarrollo argumentativo del mismo ha tenido múltiples directrices dentro de la noción de Estado de Derecho.

En efecto, el Estado de Derecho ha determinado que las estructuras que lo conforman estén subordinadas a algún sistema normativo que regula y controla su actuación<sup>274</sup>; llevando a que criterios de fuerza y arbitrariedad sean proscritos y

---

escepticismo, en *Lagunas del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 45.

<sup>273</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil -ley, derechos, justicia-*, Editorial Trotta, Valladolid España, 1995, p. 12.

<sup>274</sup> Una de las mayores conquistas que se pueden identificar dentro del Estado, es

remplazados por aquellos que se ajustan a la normatividad establecida para controlarlos<sup>275</sup>; lo anterior es así, que en las grandes transformaciones del Estado uno de los aspectos más relevantes ha sido la forma en que el derecho opera dentro del mismo, como ocurrió por ejemplo con la Revolución Francesa de 1789, en que el Estado monárquico autocrático, pasó a ser de orden popular y de una u otra forma nacional, y en que la inversión de la posición del derecho dentro de la forma de organización jerárquica, evidenció un cambio sustancial del Estado a partir de la supremacía del derecho en la conformación del mismo<sup>276</sup>, partiendo de la soberanía de la ley y no del monarca o gobernante<sup>277</sup>.

---

la existencia de regulaciones normativas que subordinan las actividades que se desarrollan dentro del mismo.

<sup>275</sup> DÍAZ, Elías. Curso de filosofía del derecho, Marcial Pons, Madrid, 1998, lo muestra en los siguientes términos: *“Para empezar habrá que señalar desde esta otra perspectiva más interna (estructural), que, además de la moral, la fuerza derivada de aquel poder es lo decisivo para el derecho: algo ya se ha hablado de ello asimismo en las páginas precedentes. Jurídicamente se puede obligar por la fuerza a que alguien respete, y que restaure y compense en caso de negación, los derechos y libertades de los demás: es la fuerza actuando para hacer valer el Derecho. Aparece, pues, como Derecho, es Derecho, aquel conjunto de normas cuyo cumplimiento puede hacerse efectivo incluso por la fuerza, aquellas normas que - en cuanto sistema- logran hacerse obedecer en un grupo social teniendo tras de sí la fuerza de la coacción-sanción formalizada e institucionalizada”*.

<sup>276</sup> Es claro que en la Revolución Francesa, lo que sucedió fue una inversión de la estructura jurídica dentro del Estado, ya que el Rey y para este caso lo llamo la Administración, que poseía todas las prerrogativas y facultades de poder, es decir, hacía la ley, la aplicaba y resolvía conflictos; es sometido por la normatividad que se expide o crea por un órgano distinto a quien la aplica y decide lo conflictos que se presentan dentro de las relaciones privadas y públicas.

<sup>277</sup> CASAGNE, Juan Carlos. El Principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Editorial B de F, Buenos Aires, 2016, p. 147, quien muestra el gran cambio dado con la Revolución Francesa en cuanto a la supremacía de la ley frente a los poderes públicos y en tal medida al surgimiento de la soberanía legal. En efecto, el profesor Casagne dice: *“La Revolución Francesa no provocó, como efecto inmediato, la caída de la monarquía pero produjo un profundo cambio en las relaciones entre la Asamblea y el Rey que, de algún modo, vaticinaba el avance posterior del legislativo sobre las potestades del monarca, bastante menguadas luego del advenimiento al trono de Luis XVI...”*

*Este cambio tuvo consecuencias trascendentes en las concepciones políticas que después se proyectaron en gran parte del mundo jurídico decimonónico. La primera fue la consagración de la soberanía de la ley como producto de los representantes del pueblo, concebida como la representación total...”*

Cuando en la organización y estructuración del Estado se indica que el derecho debe subordinar todas las actividades que se desarrollan dentro del mismo<sup>278</sup>, implica que existen regulaciones que están determinando todas las funciones estatales, es decir, el Poder Público; regulaciones que no son más que la manifestación del Principio de Legalidad tanto en las actividades como en los poderes del Estado; circunstancia que se puede evidenciar en cualquier forma de gobierno como pueden ser los democráticos e inclusive los despóticos, ya que en este caso se convierte en un instrumento de validación del poder<sup>279</sup>, como ocurrió supuestamente con el nacional socialismo en Alemania, en donde el excesivo culto al criterio de que la ley es la ley, llevó a que se cometieran muchas atrocidades<sup>280</sup>.

Significa lo anterior, que el Estado de Derecho contiene al Principio de Legalidad, en la medida que éste, necesariamente se expresa dentro de aquel; pero además, porque dicho principio constituye el fundamento del mismo, es decir, que un Estado se configura como de derecho, en cuanto esté asistido, contemple y garantice el Principio de Legalidad<sup>281</sup>; argumentación que llevó a alguna doctrina a

---

<sup>278</sup> Para tener una aproximación más clara sobre lo que significa Estado y Estado de Derecho, ver: PALACIOS MEJÍA, Hugo. Introducción a la teoría del Estado, Editorial Temis, Bogotá, 1980.

<sup>279</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 5ª ed., Editorial Civitas, Navarra España, 2005, p. 56, lo muestra de la siguiente forma: *“En la concepción originaria, la Ley no tendría otro objeto (art. 4 de la Declaración de Derechos de 1789) que asegurar la coexistencia de las libertades de los ciudadanos entre sí, garantizar, en definitiva, la libertad y la igualdad. Es sobre esta técnica de la legalización del poder sobre la que se forma todo el Derecho Público moderno desde las turbulencias iniciales de la Revolución”*.

<sup>280</sup> Ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Escritos sobre filosofía del derecho, Ediciones Rosaristas, en Nacismo, Derecho y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1999, p. 234 y ss, donde se hace un interesante análisis de los criterios positivistas en el sistema de gobierno nazi.

<sup>281</sup> Se debe hacer claridad, que la noción de Estado de Derecho en cuanto subordinación normativa del mismo, ha tenido variables significativas, en criterios de Estado Social de Derecho, Estado democrático de derecho, por ejemplo; pero que alguna doctrina ha identificado en formas estatales modernas y posmodernas, como lo hace: CHEVALIER, Jacques. El Estado posmoderno, Universidad

identificar al Estado con el derecho<sup>282</sup>.

No puede ser otra la configuración del Principio de Legalidad en el Estado de Derecho, en el sentido de que las funciones estatales y en tal medida el Poder Público, deben respeto y subordinación a una configuración normativa; de la misma manera es preciso determinar, cómo se muestra dicha supremacía y respecto a qué normatividad es que existe la subordinación, es decir, a qué corresponde el Principio de Legalidad y como se refleja en la actividad del Estado.

Lo anterior es así, sin que la presente investigación tenga la intención de adentrarse en los distintos criterios que puedan existir frente a la noción de norma o su distinción con las disposiciones (si es que la hay), como lo plantean algunos autores<sup>283</sup>, sino que busca determinar cómo los principios con un carácter normativo y específicamente el Principio de Legalidad, condicionan y determinan

---

Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 13, cuando dice: *“En el presente libro nos preguntaremos sobre el alcance de las transformaciones por las que atraviesan, a diferentes escalas, todos los estados y que actualmente cuestionan los principios sobre los cuales fue construida la figura del Estado. Dichas transformaciones son indisociables de mutaciones más complejas. Todo parece indicar que las sociedades contemporáneas conocieran en este principio del siglo XXI, una transformación profunda de sus principios de organización: metamorfosis que afectan, poco o mucho, y bajo formas diferentes, a todas las sociedades, más allá de la diversidad de los contextos locales. Estas evoluciones atañen a todos los niveles del edificio social y afectan el conjunto e instituciones (económicas, culturales, políticas...)”*.

<sup>282</sup> Ver KELSEN, Hans. Teoría general del Estado, obra citada, p. 18 y ss.

<sup>283</sup> ÁVILA, Humberto. Teoría de los principios, traducción de Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 29, quien se esfuerza por identificar la distinción entre norma y disposición diciendo: *“Las normas no son textos ni el conjunto de ellos, sino el sentido construido a partir de la interpretación de textos normativos. De ahí la afirmación de que las disposiciones constituyen el objeto de la interpretación; y las normas, su resultado. Lo importante es que no existe correspondencia entre norma y disposición, en el sentido de que siempre que haya una disposición habrá una norma, o siempre que haya una norma deberá haber una disposición que le sirva de soporte”*. Argumentación que nos merece reserva, ya que se debe entender la norma como la existencia de regulación de carácter obligatorio en la estructura jurídica que puede estar contenida en un texto o no estarlo, pero que en cualquier caso hace parte de dicho sistema jurídico; por tal razón y en asunto del cual nos ocuparemos más adelante, los Principios generales del Derecho, estén o no contenido en la instrumentalidad de un texto contienen o constituyen normas, por contener regulaciones de carácter obligatorio.

al Poder Público<sup>284</sup>.

De tal forma, la noción de Principio de Legalidad se concreta en la existencia de regulaciones normativas que condicionan y subordinan el Poder Público y en esta medida las funciones de las distintas ramas que lo integran, sin que se limite a la Administración Pública como se hace en algunos casos<sup>285</sup>; de la misma manera que no se puede restringir a la ley en el criterio de acto expedido por el Parlamento sino en relación a normas jurídicas, es decir, obligatorias, que pueden ser dictadas por otros órganos del Poder Público y en tal razón, alguna doctrina en lugar de referirse al Principio de Legalidad lo denomina de juridicidad<sup>286</sup>.

Concepto que ha sido recogido por la Corte Constitucional de Colombia, como una obligación de todas las autoridades públicas de respetar la ley en sus actuaciones, es decir, en el ejercicio de Poder Público, porque a eso es a lo que se refieren las mismas<sup>287</sup>, dando lugar a que si se presenta una vulneración de la misma, se

---

<sup>284</sup> ESSER. Josef. Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privat-rechts, 4ª tir. Tübingen: Mohr, Siebeck, 1990; en cita que hace ÁVILA, Humberto, obra citada p. 33, reconoce el sentido normativo de los principios cuando alude: “Los principios son aquellas normas que establecen fundamentos para encontrar un determinado mandamiento”.

<sup>285</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo), Editorial Reus, Madrid, 2016, p. 165, lo identifica de esta manera cuando expresa: “En el modelo de Estado surgido de la Revolución francesa el Principio de Legalidad significaba, fundamentalmente, el monopolio atribuido al parlamento para el dictado de normas generales y obligatorias (legicentrismo) que implicaba, además, el sometimiento del ejecutivo a la ley”.

<sup>286</sup> DUPUIS, Georges. Droit administratif, 9<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, Paris, 2004, p. 83, así lo denomina cuando indica: “L’Administration, quelle que soit sa puissance, est soumise au droit, á tout le droit et non seulement aux lois votées par le Parlement. Les autorités administratives ne sauraient pas meme violer leurs propres décisions : legem quam ipse facisti, selon l’adage. Tel est le principe de juridicité. Il signifie qu’il y a obligation d’agir conformément aux différents éléments de l’ordre juridique. Toute violation est une irrégularité susceptible, sous certaines conditions, d’être sanctionnée”.

<sup>287</sup> Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-710 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño: “El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o

genere un procedimiento sancionatorio, que para el caso que nos ocupa se evidencia en la nulidad por ilegalidad del acto proferido en contradicción con la regulación normativa superior.

### **1.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRIMACÍA DE LA LEY: NO SOLO ES FORMAL**

El Principio de Legalidad ha tenido múltiples configuraciones dentro del Estado de Derecho, partiendo de la estructuración simplemente jerárquica de la concepción Kelseniana, en que se expresa una pirámide normativa de respeto de normas de rango superior por aquellas que ostentan una posición inferior dentro de la mentada estructura<sup>288</sup>.

Así, las normas de rango constitucional tienen supremacía respecto de aquellas de carácter legal y estas frente a las de orden administrativo<sup>289</sup>; pero todas ellas sometiendo la actividad estatal y en específico al Poder Público, representado en las autoridades del mismo orden que las desarrollan. En este caso, la jerarquía

---

*establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas”.*

<sup>288</sup> Es el clásico positivismo, en el cual el sistema de jerarquía de normas se evidencia en las que conforman el derecho en sentido de creación formal del mismo.

<sup>289</sup> En la estructura piramidal Kelseniana, en la cúspide estará la Constitución, seguidamente la ley y finalmente el acto administrativo, con las debidas clasificaciones que doctrinariamente se ha hecho en cada caso; porque a manera de ejemplo, las leyes pueden ser de jerarquía distinta como ocurre en el sistema jurídico colombiano, en el cual las leyes ordinarias deben someterse a las leyes orgánicas en temas de presupuesto, ordenamiento territorial, reglamento del Congreso, por ejemplo. Respecto de los actos administrativos, existen unos de carácter general que determinan a otros de orden particular, como puede ser un acto que autorice una licencia urbanística, respecto del acto general plan de ordenamiento territorial, que establece en qué lugares es posible desarrollar determinadas obras.



normativa es simplemente formal, ya que las de rango superior determinan a las de rango inferior, puesto que por regla general intervienen en su creación, es decir, en su producción, estableciendo requisitos para que lleguen a la vida jurídica<sup>290</sup>.

Se trata entonces de una relación de procedimiento, en la medida que es la forma la que determina la jerarquía normativa y en esta medida, el respeto entre una y otra se limita a criterios de ritualidad en la creación, dando lugar a lo que se denomina la garantía del debido proceso en la actuación estatal<sup>291</sup>.

En este evento, nos enfrentamos a la existencia de regulaciones formales que se expresan en normas y que someten a su imperio la actividad estatal<sup>292</sup>; evidenciando un claro positivismo jurídico de carácter formal<sup>293</sup>, en que la norma

---

<sup>290</sup> GUASTINI, Ricardo. Derecho, Interpretación y Estado, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2014, p. 18, lo muestra así: *“Jerarquías estructurales o formales, es decir, referidas no al contenido de las normas, sino a la estructura del ordenamiento: son las que existen entre las normas sobre la producción jurídica (en sentido estricto) y las normas cuya producción está disciplinada por éstas. En otras palabras, dos normas, N1 y N2, mantienen entre ellas una relación jerárquica estructural o formal, cuando una de ellas es una norma que disciplina la producción de la otra. Entonces, si N1 es una norma sobre la producción jurídica y N2 es una de las normas cuya producción es regulada por N1, diremos que N1 es estructural o formalmente superior a N2”*.

<sup>291</sup> Esto es así, ya que por regla general, la norma de rango superior establece ciertos requisitos para producción de las normas de rango inferior, como garantía y seguridad jurídica en el sistema normativo y así no dejar a la arbitrariedad la generación del derecho.

<sup>292</sup> Es un cúmulo de reglas formales que son expedidas a través de los procedimientos establecidos para hacer las leyes dentro de cada ordenamiento jurídico y tal vez, es por esta razón que BOBBIO, Norberto, Teoría general del derecho, 3ª ed., obra citada, p. 3, hace referencia a la existencia de una multiplicidad normativa en los siguientes términos: *“El enfoque que aquí se sigue para el estudio del derecho es el normativo. Con esto quiero decir que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conductas. Partimos, por tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa”*.

<sup>293</sup> FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 30, evidencia el carácter formal del positivismo y por tal del Principio de Legalidad, en los siguientes términos: *“El primer nexo, estructural, entre positivismo jurídico y Estado de Derecho, se funda en el Principio de Legalidad...En el primer*

está determinada por el procedimiento para su formación y la jerarquía entre ellas se condiciona por la existencia de ritualidades previamente establecidas para su creación, es decir, que unas son determinantes respecto de las otras; pero todas ellas reguladoras de las funciones de las autoridades públicas y en esta medida del Poder Público<sup>294</sup>.

Implica entonces, que unas normas con carácter jurídico constituyen fundamento de creación de otras normas que adquieren la misma naturaleza y por tal razón, es una relación en la que el derecho se determina por el propio derecho<sup>295</sup>; siendo necesario evidenciar quién y cómo se realiza la producción o expedición de las normas que determinan la creación de las demás a las que podemos denominar normas fundantes<sup>296</sup>.

---

*significado, como norma de reconocimiento del derecho existente, el mismo equivale al principio de positividad: es derecho todo y solo aquello que es puesto o producido a través del ejercicio de poderes conferidos por la ley y en las formas, cualesquiera que fueren, establecidas por ella. En este sentido -lato, débil o formal- el principio está en la base de todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso en los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente o una forma legal que condiciona la validez de su ejercicio”.*

<sup>294</sup> En el sistema jurídico colombiano por ejemplo, la Constitución prevé el procedimiento para la formación de las leyes en los artículos 150, 151 y 157 cuando se trata de leyes ordinarias; pero en el artículo 152 hace referencia a las denominadas orgánicas, que en asuntos específicos como la actividad legislativa, condicionan la expedición de otras normas y en esta medida se profirió la Ley 5 de 1992 que constituye el reglamento del Congreso, al cual debe adecuarse toda actuación que involucre la creación de una ley. En este caso el derecho y por tal el Principio de Legalidad es condicionado por él mismo, en sentido formal.

<sup>295</sup> Esa es la fundamentación clásica de la teoría Kelseniana, en la cual el derecho es creador del propio derecho, pero desde un punto de vista formal, ya que se trata de normas que dan lugar a la creación de otras normas, a través de un procedimiento previamente establecido.

<sup>296</sup> Que en la teoría pura del derecho de Kelsen se podrían identificar de una u otra forma con la Grundnorm o esa metanorma fundamental; así, alguna doctrina indique que no se trata de una norma fundamental suprapositiva, en la medida de que no se trata simplemente de una norma superior en sentido formal, sino que el análisis para determinar su esencia debe ir más allá de la simple categorización formal, en este sentido ver: CANDAMIL PINZÓN, José. De la grundnorm a la metanorma constitucional, obra citada, quien lo expresa de la siguiente manera, refiriéndose a Beuchot, sobre los comentarios que éste hace de la grundnorm: “Es decir, Beuchot da opiniones no reflexiones racionales y confunde el positivismo en filosofía con el

En efecto, las normas que determinan las demás son creadas por alguna autoridad dentro de la conformación estatal, en la medida que las mismas se evidencian en el Estado de Derecho, es decir, el que está sometido al Principio de Legalidad; por esta razón, es requisito necesario para la existencia de las mismas la organización estatal y dentro de ésta, la distribución de las competencias para su creación, es decir, que corresponda a un componente de la estructura de poder la creación de dichas normas a las que le he dado la denominación de fundantes<sup>297</sup>.

Que para lo que corresponde a la investigación que nos ocupa, es el poder político o constituyente en cabeza de pueblo inicialmente y luego en el Parlamento o Congreso como su forma de representación, quienes tienen la potestad de su creación, en la medida que a través de la expedición de normas llámense constitucionales, fundamentales o de carácter superior en obediencia jerárquica, determinan la obligatoriedad en las formas de creación de las demás.

Cuando en un sistema jurídico se establecen trámites estrictos de formación normativa, se evidencia una estructura jerárquica piramidal que determina que el Principio de Legalidad se exprese en términos formales, como manifestación de la postura kelseniana del derecho creando derecho, es decir, la norma determinada por otra norma en cuanto a su producción; pero que en cualquier sentido ha de estar sometido a lo que Kelsen denomina norma fundamental, que para lo que nos

---

*positivismo jurídico, y lo que es peor, olvida el peso de la grundnorm en la estructura de la teoría pura del derecho dando a entender que su creación obedeció a una razón de refutación entre académicos, para concluir que se trata de una norma fundamental suprapositiva (que no lo es), que prescribe, es decir que tiene contenido (que no lo tiene pero lo tiene todo), que no es un precepto como lo fue para Kant (cree que es solo un imperativo categórico), y para terminar la crítica, que es una hipótesis que sostiene el orden jurídico”.*

<sup>297</sup> Necesariamente tendrá que pensarse en la existencia de normas que se identifiquen con la existencia del Estado, es decir, concomitantes a su creación y a la conformación el denominado Estado de Derecho, que para alguna doctrina se llega al punto de identificar el Estado con el derecho.

ocupa la identificamos con aquella que determina la creación en una secuencia lógica de respeto de unas y otras<sup>298</sup>.

Significa, que el orden jurídico y por tal el Principio de Legalidad, expresado de manera estricta en normas de carácter formal, es coherentemente estructurado a partir del respeto y jerarquía de unas y otras, desde el punto de vista de la causalidad procedimental en su formación, es decir, de respeto por la norma previa que ha establecido el fundamento de creación, en criterios tales como competencia o procedimiento<sup>299</sup>.

Significa, que solamente el respeto por la norma anterior, que ha establecido parámetros de formación de la norma subsiguiente es el que determina la jerarquía dentro del sistema jurídico, lo cual se refleja en el Principio de Legalidad respecto del control del Poder Público, en la medida que cualquier expresión del mismo, tiene que estar sometida a la ley en sentido formal, ya que en todo caso,

---

<sup>298</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la teoría pura del derecho?, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2007, p. 20, muestra cómo la norma fundamental es la presuposición hipotética de todo conocimiento dentro de una construcción escalonada del ordenamiento jurídico; lo cual hace en los siguientes términos: *“Para la contestación de esta cuestión la teoría pura del derecho utiliza la idea de norma fundamental como presuposición hipotética de todo conocimiento jurídico. La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico. De ella se puede deducir la validez de las normas jurídicas pero no -como se ha sostenido erróneamente- el contenido de las mismas...la teoría pura del derecho investiga (lo que antes de ella no había sido investigado) la estructura lógica de los órdenes jurídicos dados y llega de esta manera a la concepción a la construcción escalonada del orden jurídico, concepción que es de fundamental importancia para el conocimiento esencial del derecho”*.

<sup>299</sup> MAYNES GARCÍA, Eduardo. Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2002, p. 12, deja ver cómo en el positivismo que hemos denominado formal, no existen mayores valoraciones de contenido que puedan determinar validez, sino que parecer ser una simple relación normativa procedimental en nuestro parecer. En efecto el filósofo del derecho mexicano dice: *“De acuerdo con la primera acepción del término positivismo jurídico “positivista” es el que adopta frente al derecho, una actitud no valorada o aestimativa, y para distinguir un precepto jurídico de otro no jurídico se basa, exclusivamente en datos verificables. (Por ejemplo, el de que los preceptos de la primera especie provengan de determinados “órganos” que, al formularlos, se ajustan a procedimientos previamente establecidos y el de que esas normas sean efectivamente observadas durante cierto tiempo por determinado grupo social”*.

ha de existir un procedimiento previamente establecido para su realización, en los términos del denominado debido proceso.

En un criterio de positivismo formal, es claro que los poderes político y público están claramente sometidos a normas de rango superior, respecto de las que profieren dichos poderes, como ocurre con lo previsto por la Constitución Política de Colombia cuando hace referencia a la jerarquía normativa de respeto por las de carácter superior<sup>300</sup>, tomando como referencia la supremacía de la Carta Política, o la obligatoriedad de las autoridades administrativas de someterse a la Constitución y a la ley en el ejercicio de su actividad<sup>301</sup>.

De la misma forma, en el sistema jurídico español es evidente la jerarquía normativa positiva formal, ya que la Constitución de 1978 lo prevé, cuando en el artículo noveno establece la garantía del Principio de Legalidad, lo cual implica el sometimiento a la ley de las actuaciones surtidas en ejercicio del Poder Público y del poder político<sup>302</sup>; y que referido al desarrollo del sometimiento formal de los poderes públicos a la legalidad, se concreta en las regulaciones que hacen

---

<sup>300</sup> El artículo 4 de la Constitución de Colombia de 1991 dice: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

*Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.*

<sup>301</sup> Por su parte el artículo 123 constitucional de Colombia expresa en este sentido, que los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad; pero además, que ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

<sup>302</sup> La Constitución Española de 1978 en el artículo noveno establece en este sentido lo siguiente: *“Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*

*2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

*3. La Constitución garantiza el Principio de Legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.*

normas como la Ley de Procedimiento Administrativo en lo referente a la expedición de actos administrativos<sup>303</sup>.

En dicho evento, se mira el cumplimiento de las ritualidades establecidas en la norma superior para la expedición del acto, es decir, que el procedimiento de formación esté acorde con el debido proceso previamente establecido, lo cual determina el cumplimiento del Principio de Legalidad y la existencia de validez y eficacia de la actuación en ejercicio de Poder Público, sin tener en cuenta criterios sustanciales de contenido; en este caso, la legalidad se determina por la concordancia entre el ritualismo previamente establecido por una norma y el cumplimiento del mismo por parte de la autoridad pública que interviene en la actuación. Es una simple identificación de actuaciones y la expresión de las mismas en la actividad pública sea cual sea su naturaleza, en el sentido si es del orden administrativo, judicial, legislativo como formas de manifestación de Poder Público y poder político.

---

<sup>303</sup> La Ley 39 de 2015 sustituyó a la Ley 30 de 1992 como norma de régimen de procedimiento administrativo en España, contemplando de manera particular las formalidades, ritualidades y en general el debido proceso que ha de surtirse en el ejercicio del Poder Público por las administraciones públicas, como consecuencia de la obligación de respeto al Principio de Legalidad y para tal fin en el artículo primero establece: “*Artículo 1. Objeto de la ley.*

*1. La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria.*

*2. Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”.*

A pesar de que la norma antes transcrita hace referencia a los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, la misma se debe contextualizar desde un punto de vista formal, en la medida que las regulaciones aluden a los trámites para su formación, como se puede evidenciar de los contenidos del título II respecto de la actividad de las administraciones públicas.

Pero la estructuración formal de la norma en cuanto al respeto por las ritualidades previamente establecidas para la creación de la misma, no puede constituir el fundamento esencial para determinar su validez, en la medida que se trata simplemente del procedimiento para su formación y en esta circunstancia, la validez será igualmente formal y no de contenido o sustancial.

En efecto, el formalismo en la estructuración de las regulaciones normativas, no corresponde a un criterio sustancial de validez de las mismas, por cuanto simplemente hace referencia al respeto por los trámites previamente establecidos para su formación o lo que se ha denominado el debido proceso en la actuación de Poder Público<sup>304</sup>.

En un positivismo de sentido estricto, el Principio de Legalidad tiene una significativa expresión en el respeto formal de normas de carácter superior, ya que se trata de una simple concordancia normativa estructural, donde la norma posterior de carácter inferior debe concordancia respecto a la anterior; es como si se tratara de una relación causa - efecto, donde sin entrar a concebir supuestos y consecuencias jurídicas en sentido normativo como lo haremos posteriormente, sí es posible indicar como causa, la que da origen y permite la existencia de otra, y

---

<sup>304</sup> KAUFMANN, Arthur. Filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 210, se refiere a la ley en sentido formal en los siguientes términos: *“Se distinguen los siguientes tipos de fuentes del derecho: a) La ley en sentido material. Es la norma jurídica general expedida por el Estado o por cualquier asociación llamada a emitir leyes. Dentro de ella se encuentra: aa) la ley en sentido formal, es decir, el precepto jurídico fijado y publicado por los órganos estatales que, de acuerdo con la Constitución, están facultados para ello con la observancia de la forma dispuesta. Depende del trámite legislativo especial que tenga que seguir; en las democracias está llamado a producir leyes en sentido formal sólo el pueblo (referéndum), la mayoría de las veces por medio de su representante el parlamento, el legislativo y no el ejecutivo (¡principio de la división de poderes!). cuando en el orden jurídico se habla de ley (por ejemplo, el artículo 103 párrafo 2 G: punibilidad determinada legalmente), en caso de duda se hace referencia a una ley formal; bb) los decretos, es decir, los preceptos jurídicos generales emanados de un gobierno o una autoridad administrativa legitimada para ello con base en una autorización (formal) legal (por ejemplo, los decretos de ejecución o de cumplimiento; se habla aquí también de una fuente del derecho derivada); cc) los estatutos autónomos: por ello se entiende una norma jurídica general, emanada de una pequeña unidad existente dentro del Estado que está dotada con capacidad para dictar normas (por ejemplo, los estatutos locales de los municipios)”*.

como efecto, la norma creada que tienen que ajustarse a la anterior por ahora desde un punto de vista formal.

No se trata de relaciones objetivas de contenido, sino simplemente ritualismos que identifican un sistema de concordancia en la creación de las normas, en el sentido de adecuaciones a los trámites previamente establecido por la misma ley en sentido genérico, lo que determina la existencia de debidos procesos en el ejercicio del Poder Público; circunstancia que lleva a identificar el respeto del Principio de Legalidad, en un simple ejercicio de confrontación normativa por la existencia temporal de las mismas.

En efecto, dicho ejercicio implica que en los procedimientos de actuación por parte de las autoridades que ejercen Poder Público, se debe tener en cuenta los antecedentes normativos que determinan los actos proferidos en el ejercicio del mismo, como ocurre en las actuaciones administrativas por ejemplo, que para el caso colombiano ha de tenerse como referencia la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código del Procedimiento Administrativo y en el caso español, se tiene la Ley 39 de 2015, que constituye la regulación de procedimiento administrativo.

El Código de Procedimiento Administrativo en el sistema jurídico colombiano se encuentra consagrado en la parte primera de la Ley 1437 de 2011, la cual contiene todos los trámites que deben surtir las autoridades administrativas en los procedimientos que realizan<sup>305</sup>; criterio que es aplicado de forma similar por la Ley Española de Procedimiento Administrativo<sup>306</sup> y que de no cumplirse pueden dar

---

<sup>305</sup> La legislación colombiana prevé un procedimiento administrativo general previsto en el Código de Procedimiento Administrativo; sin embargo, en el caso de existir una norma expresa que regule un procedimiento determinado se debe aplicar la de carácter especial, como es el caso de asuntos disciplinarios o tributarios por ejemplo.

<sup>306</sup> El artículo primero de la Ley 39 de 2015 lo expresa de la siguiente manera:  
"Artículo 1. Objeto de la ley.  
1. La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos



lugar a la violación del Principio de Legalidad, configurándose una causal de nulidad de los actos expedidos que la propia norma mencionada consagra expresamente<sup>307</sup>. Pero el respeto por los procedimientos y ritualidades se observa no solamente en los trámites administrativos, ya que en el ejercicio de la Función Legislativa también han de cumplirse formalismos estrictos, que de no hacerse se puede incurrir en una violación de reglas constitucionales o legales de jerarquía superior que pueden llevar a la inexecuibilidad o inconstitucionalidad de las mismas<sup>308</sup>.

## 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional tanto de Colombia como de España ha sido significativamente garante y respetuosa del Principio de Legalidad, teniendo en cuenta que la Corte y el Tribunal Constitucional son los guardianes de la Constitución, es decir, de las normas de rango superior consagradas en la Carta

---

*administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria.*

*2. Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”.*

<sup>307</sup> El artículo 137 del CPCA de Colombia establece las causales de nulidad de los actos administrativos por violación del Principio de Legalidad desde el punto de vista formal o de la transgresión del debido proceso, cuando hace referencia a la vulneración de las normas en que debería fundarse el acto, así como la expedición irregular del mismo y la violación del derecho de audiencias. En este caso lo que se verifica es que la actuación administrativa, que no es otra cosa que la expresión del Poder Público, cumpla las ritualidades previamente establecidas por la ley.

<sup>308</sup> La Constitución en los artículos 150 y ss y la Ley 5 de 1992 que constituye la Ley Orgánica del Congreso de Colombia, establece las ritualidades que deben cumplirse en la expedición de las leyes. De la misma forma, la Constitución Española de 1978 y el Reglamento del Congreso de los Diputados en el artículo 109 y siguientes, que trae a colación el procedimiento legislativo común contemplan los procedimientos para la formación de la ley.

Política<sup>309</sup>, y en el caso de existir contradicción entre una norma con los mandatos constitucionales, aquella tendrá que salir del ordenamiento jurídico.

Debo hacer claridad en el sentido que la competencia de la Corte Constitucional para sacar del mundo del derecho una norma, se concreta cuando hay discordancia entre una de carácter legal en el sentido de acto expedido por el Congreso, es decir por el Poder Público legislativo y en algunos casos de actos con fuerza de ley proferidos por la rama o poder ejecutivo, y una de carácter constitucional, lo que nos lleva a las declaratorias de inexecutable o inconstitucionalidad; puesto que si se trata de controversia entre un acto administrativo y una ley, a quien le asiste la facultad de control y de llevar fuera del mundo jurídico a la regla de carácter inferior es al Consejo de Estado. En cualquier caso, se trata de garantía del Principio de Legalidad en sentido genérico como lo he venido trabajando en esta investigación, que incluye normas constitucionales y legales formales.

En estas circunstancias, la jurisprudencia constitucional se ha convertido en una clara muestra de la supremacía del Principio de Legalidad respecto del Poder Público en el Estado de Derecho y ahora en el denominado Estado Social de Derecho, ya que cuando se pronuncia respecto de la constitucionalidad de una norma legal formal, lo que está evidenciando es una clara determinación de la legalidad en sentido genérico en alusión de las actividades del Estado y en el caso que nos ocupa de manera especial de la Función Legislativa<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> El artículo 241 de la Constitución de Colombia de 1991 establece: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo...”; circunstancia que se torna idéntica en la Constitución Española de 1978, cuando en el artículo 161 establece la competencia del Tribunal Constitucional entre otras cosas para: “a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada...”.

<sup>310</sup> Esto se evidencia en las competencias dadas a la Corte Constitucional de Colombia por el artículo 241 Superior, las cuales involucran la facultad para

No sobra advertir, que en otros aspectos como la garantía de derechos y específicamente los de carácter fundamental, el Principio de Legalidad en sentido genérico es claramente protegido por la jurisprudencia constitucional, ya que se han protegido de manera constante a través de la acción de tutela o recurso de amparo como se denomina en algunos ordenamientos jurídicos<sup>311</sup>.

En lo que hace referencia a la Función Legislativa, la jurisprudencia constitucional verifica que las normas de carácter legal expedidas por el Parlamento se ajusten a la Constitución y en esta medida nos enfrentamos a lo que tratamos en el acápite correspondiente al control de constitucionalidad, que en cuanto al Principio de Legalidad en sentido genérico es la concordancia de la norma legal formal con las regulaciones superiores constitucionales.

En efecto, dentro de la jerarquía normativa las de carácter constitucional están por encima en un rango de obligatoriedad que las de carácter legal formal<sup>312</sup>; por esta razón, ha de existir congruencia entre las segundas respecto de las primeras y en esta medida, el Principio de Legalidad entra a funcionar adecuadamente, porque una actividad de Poder Público como es la legislativa se somete a la legalidad, que no es más que la expresión de la separación de poderes dentro del Estado de Derecho, ya que quien ejerce el control es otra rama de dicho Poder Público<sup>313</sup>.

---

declarar la inexecutable o inconstitucionalidad de las leyes.

<sup>311</sup> El artículo 86 constitucional establece: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”*.

<sup>312</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis. Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos, obra citada, p. 135, muestra cómo el derecho es un sistema normativo dinámico que se ordena jerárquicamente; lo que permite justificar la estructura de respeto y subordinación de unas normas respecto de otras y en tal razón, de un Poder Público en cabeza del legislativo en relación al Principio de Legalidad en sentido genérico.

<sup>313</sup> Con la Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-710 de 2001, M. P.

En efecto, cuando se habla de jerarquía normativa lo que se puede percibir es que una rama del Poder Público como es la legislativa expide unas normas, que se someten respecto de otras y que aunque podría pensarse de que se trata de la misma actividad de hacer la ley en sentido genérico<sup>314</sup>, no es tal dicha realidad, ya que el sometimiento normativo se garantiza por un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, que para el caso que nos ocupa es la judicial en cabeza de la Corte Constitucional en principio.

Pero sea cual sea la argumentación, la ley formal es el producto de una función de Poder Público y el control ejercido por la Corte o Tribunal Constitucional, es igualmente realización de dicho poder, pero con una connotación especial, que está determinada y se ejerce dentro y para garantizar el Principio de Legalidad<sup>315</sup>;

---

Jaime Córdova Triviño, cuando expresa: *“La consagración constitucional del Principio de Legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de Derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*.

<sup>314</sup> Me refiero en este caso a regulaciones jurídicas, es decir, obligatorias, ya sean de carácter constitucional o legal formal.

<sup>315</sup> Dicha argumentación se ve claramente en el criterio de la Corte Constitucional de Colombia respecto de los límites que tiene la denominada configuración legislativa por el Principio de Legalidad, como lo hace en la sentencia C-387 de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, cuando dice: *“El Principio de Legalidad se constituye en uno de los primeros límites constitucionales a la potestad de configuración legislativa en el diseño de las causales para la aplicación del principio de oportunidad. Para que las mismas se ajusten al artículo 250 de la Constitución, ha señalado esta Corporación, “deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria. En virtud del carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad acogido por el constituyente, al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.” Ha reconocido la jurisprudencia constitucional que la aplicación por el fiscal del principio de oportunidad en los casos señalados por el legislador implica un ejercicio de “discrecionalidad reglada” que le impone no solamente una evaluación acerca de la aplicación de las causales legales para que opere dicho mecanismo, sino que deberá determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia*

lo que significa, que la Función Legislativa que implica la creación de regulaciones normativas, está sometida a la actividad constitucional que igualmente constituye la producción de normas jurídicas con la especialidad de tener una jerarquía superior a las anteriores y que el ejercicio de tal control en nuestro parecer, no es más que la expresión del Principio de Legalidad<sup>316</sup>.

Ha sido una constante en la jurisprudencia constitucional que el principio de la jerarquía normativa sea respetado, el cual en mi concepto refleja el Principio de Legalidad, en el que al existir incompatibilidad entre una norma inferior y una superior, que para lo que me ocupa se determina entre la norma legal formal y la constitucional, la que esté en situación de subordinación tendrá que salir del ordenamiento jurídico; salida que no es más que la concreción de una vulneración del mentado Principio de Legalidad, el cual es esencial y fundante del Estado de Derecho<sup>317</sup>.

---

*(consecuencias de la aplicación del principio), debiendo constatar el respeto también por las garantías del investigado”.*

<sup>316</sup> La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-415 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo, muestra el carácter normativo de la Constitución cuando expresa: *“La noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 4 de la Constitución Política indica: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado: La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4”.*

<sup>317</sup> Así lo ha planteado la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-054 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, al contemplar: *“El principio de supremacía constitucional cumple una función integradora del orden jurídico. La Constitución fija el modelo de Estado como democrático y social de Derecho, determina los valores fundantes de dicho modelo,*

De la misma manera, cuando la jurisprudencia constitucional se pronuncia respecto derechos y específicamente los denominados fundamentales, lo que está haciendo es garantizar el Principio de Legalidad, ya que la jerarquía normativa a la que hacía referencia anteriormente se ve claramente realizada, por cuanto todas las funciones de Poder Público han de estar sometidas a la legalidad en sentido genérico<sup>318</sup>.

---

*propugna por la primacía de la dignidad humana, la justicia y la eficacia de los derechos fundamentales, así como garantiza el pluralismo, la participación, el aseguramiento de la igualdad de oportunidades para todas las personas y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Estos principios esenciales, junto con otros, cumplen una función central frente al sistema de fuentes: otorgan unidad de sentido a las diferentes normas jurídicas, las cuales se tornan en instrumentos para la garantía concreta de los principios fundantes del Estado Constitucional. En otras palabras, los principios en comento son el fin último de la aplicación del derecho y la interpretación jurídica subyacente. Las normas jurídicas, así comprendidas, deben actuar coordinada y unívocamente, a fin de mantener la vigencia de los principios constitucionales. De lo que se trata, en últimas, es que la interpretación de las normas responda a una suerte de coherencia interna del orden jurídico en su conjunto, vinculado a la realización de los principios centrales del Estado Social y Democrático de Derecho”.*

<sup>318</sup> La subordinación de todas las actividades de Poder Público a la legislación, en este sentido a la ley y por tal al Principio de Legalidad, es una constante dentro de la jurisprudencia constitucional, como se observa en lo prescrito por la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-816 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo, al expresar: *“Por oposición a las fuentes materiales, que determinan el contenido de los preceptos legales, históricamente la doctrina ha entendido las fuentes formales del derecho objetivo como los procesos de creación de normas jurídicas cuyos elementos condicionan la validez de las reglas resultantes, trátase de la legislación, la jurisprudencia o la costumbre. La sujeción del ciudadano y del poder al orden jurídico es condición esencial de existencia del Estado de Derecho. El derecho legislado, con la Constitución Política como norma de normas en la cúspide del orden jurídico interno, constituye la fuente formal primaria de nuestro sistema de derecho. En tal sentido, la Constitución -art 4, inc 2- dispone: “Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes (...)”. Y todas las personas -particulares y servidores públicos- son responsables de su infracción (CP 6, 95). La primacía de la Legislación como fuente del ordenamiento jurídico, es regla de los estados democráticos y constitucionales que dan prevalencia a las reglas de conducta dictadas por los representantes del Pueblo o el propio Pueblo soberano para regular el poder y la libertad, a través de los procesos legislativos ordinarios o constituyentes, esto es, de la Legislación como principal fuente formal del Derecho. El poder vinculante de la Legislación, como fuente primaria del derecho, es indiscutible. De este modo, la actuación de las autoridades -para el caso administrativas y judiciales-, se ha de regir por lo dispuesto en las reglas constitucionales, legales o reglamentarias que conforman el sistema jurídico (CP 121 y 123), a cuya cabeza la Constitución ostenta supremacía normativa, goza de eficacia directa y es principio de interpretación de todo el ordenamiento. La Constitución dispone que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley” (CP, 121). Específicamente, las autoridades administrativas -como todo servidor público- toman posesión del cargo jurando “cumplir y defender la Constitución” y ejercen sus funciones “en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento” (CP 122 y 123.2). Así,*

Es claro por ejemplo, que cuando se decide una acción de tutela o recurso de amparo sobre un asunto de salud, en el cual una autoridad administrativa niega el servicio a una persona que lo requiere, lo que se está afectando es el Principio de Legalidad, ya que muy seguramente ha de existir una norma jurídica que lo reconozca<sup>319</sup>.

Lo que sucede en el derecho español es idéntico a lo que ocurre en el sistema jurídico colombiano, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha sido muy

---

*la idea del Estado de Derecho se concreta para la administración en el Principio de Legalidad, según el cual la actividad administrativa se halla sometida a las normas superiores del ordenamiento jurídico, no pudiendo hacer u omitir sino aquello que le está permitido por la Constitución, la Ley y los Reglamentos pertinentes. La efectividad de tal principio, como deber ser, busca asegurarse a través del control de legalidad, en prevención de actuaciones ilegales o arbitrarias del Poder Ejecutivo o de las autoridades que realizan la función administrativa. Respecto del poder judicial, la Constitución ha dispuesto el funcionamiento "autónomo" de la administración de justicia y ha instruido a los servidores judiciales que "sus actuaciones son independientes" (CP, art 228). En cuanto a los jueces, la Carta Política repite el mandato superior de subordinación al orden jurídico, disponiendo para ellos que en sus providencias "sólo están sometidos al imperio de la ley" (CP 230). Tal aserto lo reitera el inciso segundo de la misma norma superior, referido a la "jurisprudencia" -junto con la doctrina, la equidad y los Principios generales del Derecho- como "criterios auxiliares" del ejercicio de la función judicial. Así, la disposición constitucional expresa que la jurisprudencia tiene para los mismos jueces que la producen un valor de fuente auxiliar de su labor de interpretación del derecho, no estando la autoridad jurisdiccional sujeta en principio a las reglas de decisión con base en las cuales otros jueces hayan fallado casos anteriores. En principio, las disposiciones del artículo 230 de la Constitución Política tienen como destinatarios a las autoridades del Poder Judicial, pero son reiteración de enunciados genéricos que sientan el principio de supremacía de la Constitución sobre la ley y cualquiera otra norma (CP, art. 4), la obligación para toda persona de cumplimiento de la Constitución y la ley (CP, art. 95, inc. 3) o la sujeción de todo servidor público a la Constitución, la ley o el reglamento en el ejercicio de sus funciones (CP, art. 123, inc. 2). En suma, la Constitución Política está disponiendo que, en el orden jurídico, la Ley ocupa el lugar preeminente del sistema de fuentes del derecho en todos los ámbitos de su aplicación, entendida en su acepción genérica y más comprensiva de derecho legislado y escrito, a cuya cabeza se halla la propia Constitución como Ley Superior. Con fundamento en lo anterior, el demandante insiste en que el deber constitucional de las autoridades administrativas de ejercer sus funciones con arreglo a lo previsto "en la Constitución, la ley o el reglamento" (CP 123.2), se opone a la posibilidad de reconocerle obligatoriedad a la jurisprudencia. En otras palabras, que sus actuaciones relativas al reconocimiento de derechos a los administrados no han de estar regidas por decisiones judiciales precedentes -criterio auxiliar-, así lo haya ordenado por el Legislador en los términos del artículo 102 de la Ley 1427/11 demandado, en virtud de la primacía de la Ley como fuente del derecho".*

<sup>319</sup> Ver sentencias de la Corte Constitucional de Colombia sobre el derecho a la salud: T-036 /17, M. P. Alejandro Linares Cantillo; T-121/15, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-94 de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo; T-062/17, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-036/17, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

estricta en la protección del Principio de Legalidad, en la medida que al ser España un Estado de Derecho, la primacía de la legalidad se debe evidenciar en todas las actuaciones de los poderes públicos, yendo desde las cuestiones de constitucionalidad hasta los recursos de amparo para la protección de derechos fundamentales.

En efecto, el Tribunal Constitucional Español verifica el cumplimiento de normas jurídicas de rango superior constitucional, a través de las cuestiones de constitucionalidad, es decir, de la confrontación de la norma legal formal con las de orden superior de la Carta Política, lo que determina que al existir alguna contradicción entre una y otra, la de menor jerarquía saldrá del ordenamiento jurídico<sup>320</sup>.

Por otra parte y cuando se refiere a derechos fundamentales, el recurso de amparo es el mecanismo adecuado que el Tribunal Constitucional tiene a su disposición para hacer efectivo el Principio de Legalidad<sup>321</sup>, que no viene siendo sino una verificación del respeto del mencionado principio, en el sentido de normas legales que consagran los derechos que pueden ser vulnerados por la actuación de una autoridad en ejercicio de Poder Público.

### **3. LA JERARQUÍA NORMATIVA Y EL RESPETO DE REGULACIONES MATERIALES**

---

<sup>320</sup> Ver STC, 228/2016, recurso de inconstitucionalidad 1442-2015, presentado por el Presidente del Gobierno en contra de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2014, no es más que el ejercicio de comparaciones normativas, para determinar si una norma legal se ajusta a constitucionalidad. Ver además las siguientes sentencias: 227 de 2016, cuestión de inconstitucionalidad 905-2014; sentencia 217 de 2016, recurso de inconstitucionalidad 4621-2016; sentencia 2015 de 2016, recurso de inconstitucionalidad 7466-2015, entre otras.

<sup>321</sup> Ver: sentencia 220 de 2016, recurso de amparo 7463-2014; 219 de 2016, recurso de amparo 7461-2014; sentencia 208 de 2016, recurso de amparo 3691-2015, entre otras.



Es claro que las regulaciones normativas devienen de ciertas formas y formalidades que determinan el cumplimiento del principio del debido proceso como se analizó anteriormente, lo cual implica el acatamiento del Principio de Legalidad; pero en el mismo sentido, dichas regulaciones normativas se asisten de contenidos que deben estar acordes a las regulaciones sustanciales de otras normas previamente establecidas y en esta medida, han de cumplir con los presupuestos previstos en las mismas.

Significa lo anterior, que una norma posterior tiene que sujetarse a los contenidos consagrados en otra de carácter anterior que la determina, para cumplir con el respeto de la estratificación de la misma y en estricto sentido con el Principio de Legalidad, en la medida que la garantía de éste se identifica con el acatamiento de la jerarquía normativa<sup>322</sup>.

Quiere decir, que la estructura de fuentes del derecho está conformada por la estricta relación de los actos provenientes del Poder Público, que de una u otra forma determinan la existencia de respeto material entre unos y otros en relación con la interdependencia para su existencia. En efecto, las normas previamente establecidas obedecen a estipulaciones de orden sustancial, en el sentido que regulan situaciones materiales, es decir, de la realidad jurídica y no solamente del procedimiento de formación de otras normas; por esta razón, la norma posterior tiene que ajustarse a la regulación o consagración material a que hace alusión la norma de referencia.

---

<sup>322</sup> En este y en el caso de los formalismo en la expedición de normas en ejercicio de Poder Público, nos encontramos frente a criterios de fuentes del derecho, en la medida que se trata de la creación de las mismas, que pueden ser jurisdiccionales o administrativas, pero en cualquier caso se trata de actos dentro del ordenamiento jurídico y por esta razón es preciso afirmar con BOBBIO Norberto. Teoría general del derecho, Editorial Temis, obra citada, p. 160: “*No hemos dicho hasta ahora que se entiende por fuente. Podríamos aceptar aquí una definición muy conocida. Fuentes del derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas*”.

Si una norma previamente establecida contempla la inviolabilidad de la propiedad privada, cuando una autoridad pública de cualquier orden vaya a dictar un acto que haga referencia a dicha situación jurídica, tendrá que ajustarlo a lo previsto en la misma, pues de lo contrario estará vulnerando la jerarquía normativa y de esta manera el Principio de Legalidad<sup>323</sup>.

Significa lo dicho, que el entramado normativo dentro de la organización político administrativa que se puede presentar en un Estado de Derecho, ha de implicar el respeto no solamente de las formalidades y las formas de las normas de carácter superior, sino también de su contenido material, para que se pueda indicar que existe un sistema jurídico respetuoso del Principio de Legalidad<sup>324</sup>; esta circunstancia se presenta en las diferentes formas de conocimiento jurídico como puede ser el Derecho Administrativo, en su calidad de regulador de la Administración Pública en cuanto a su funcionamiento y estructura<sup>325</sup>.

---

<sup>323</sup> *Ibíd*em, p. 167, hace referencia a los contenidos materiales de las normas, en el sentido de límites a la producción normativa, que en algún sentido lo refiere a la creación de leyes, pero que es perfectamente aplicable a la producción de cualquier acto en ejercicio de Poder Público y que específicamente lo refiere de la siguiente manera: “Los límites con los cuales el poder superior restringe y regula el poder inferior son de dos tipos diferentes: a) relativos al contenido, y, b) relativos a la forma.

Por eso se habla de límites materiales y de límites formales. El primer tipo de límites tiene que ver con el contenido de la norma que el inferior está autorizado para dictar... los límites de contenido pueden ser positivos o negativos, según que la Constitución le imponga al legislador ordinario dictar normas en una materia determinada (mandato de ordenar), o bien le prohíba dictar normas en una determinada materia (prohibición de ordenar o mandato)...”.

<sup>324</sup> En este caso, para que se trate de un sistema debe existir una integración de respeto entre normas, en el sentido de ajustarse unas y otras a las prescripciones previamente establecidas por la jerarquía determinada en relación con el Principio de Legalidad; circunstancia que permite indicar con ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos, 3ª reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 96, cuando al hacer alusión a los derechos humanos, expresa: “La fundamentación de los derechos humanos es con esto la fundamentación de la necesidad de un sistema de derecho con un determinado contenido y una determinada estructura”.

<sup>325</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 4, al mostrar el pensamiento sistemático del Derecho Administrativo, lo evidencia desde la jerarquía normativa,

Así, entonces, el sentido normativo del contenido en el respeto al Principio de Legalidad, implica una determinación material del ejercicio del Poder Público, por cuanto la sustancialidad de los actos conlleva al respeto de unos por otros, a partir de las regulaciones previamente establecidas; que si son desconocidas originan la vulneración de la jerarquía normativa, configurando una invalidez de los mismos, por la violación de las normas superiores<sup>326</sup>.

En el sistema jurídico español, el Poder Público está determinado por el Principio de Legalidad, en cuanto existen normas previamente establecidas que condicionan otras normas o actos proferidos en ejercicio de dicho poder y que constituyen expresión del poder político, como ocurre en el otorgamiento de autorizaciones urbanísticas por ejemplo<sup>327</sup>.

Es claro que la vulneración normativa de la sustancialidad está determinada por la violación de contenidos, que constituyen una modalidad del Principio de

---

cuando dice: *“La dimensión sistemática del Derecho administrativo y de sus bases constitucionales se halla condicionada por la estructura normativa de la Constitución. Así, en primer lugar, es de destacar que la Administración se halla sujeta a tres principios o clases de vinculación: la GG; el sometimiento a la ley y al derecho que luce en el art. 20.II GG, y la vinculación a la garantía de tutela judicial (art. 19:IV GG)”*.

<sup>326</sup> En efecto, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, que constituye el Código de Procedimiento Administrativo Colombiano, establece como causal de nulidad de los actos administrativos la violación de las normas superiores en que debería fundarse el acto, lo que implica una vulneración directa de las mismas, por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea; causal de nulidad que en cualquier caso implica una afectación material normativa, ya que los defectos procedimentales se controlan a través de la causal de nulidad denominada expedición irregular.

<sup>327</sup> En la regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo Española, se contempla una relación jerárquica de contenido, cuando se establece la obligación de respeto material, en lo consagrado en el artículo 47 numeral 2 de la Ley 39 de 2015 que establece: *“Artículo 47. Nulidad de pleno derecho... 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*.

Legalidad<sup>328</sup>, a la par de las formalidades como presupuestos de normas o actos de rango inferior; pero que en cualquier sentido hacen referencia a la conformación del mencionado principio, que en todo caso es uniforme, es decir, unívoco en su estructuración y conformación.

Significa lo anterior, que no compartimos la distinción del Principio de Legalidad como lo plantea alguna doctrina, en el concepto de mera y estricta legalidad<sup>329</sup>, porque en la medida que la legalidad ha de tenerse como el respeto de normas superiores sin importar el carácter de unas y otras; lo que implica que el principio se determine no solamente por el respeto de la ley en sentido de acto expedido por el Congreso o Parlamento respecto de la Constitución, sino también de actos administrativos de rango superior, Principios generales del Derecho y demás actos que en ejercicio del Poder Público como consecuencia del Poder Político puedan

---

<sup>328</sup> FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos, Editorial Trotta, Madrid, 2014; identifica el Principio de Legalidad dentro del respeto de contenidos de normas superiores en un sentido sustancial, cuando en la página 30 expresa: *“El segundo significado, que supone la positividad requerida por el anterior, el Principio de Legalidad la primera garantía contra el arbitrio: es derecho válido todo y solo aquel producido a través del ejercicio de poderes que, además, subordinados a la ley, no solo en cuanto a las formas sino también en lo relativo a los contenidos de su ejercicio. En este sentido -estricto, fuerte o sustancial- el principio está en la base, solamente de los ordenamientos en los que también el poder legislativo está subordinado a límites y a vínculos sustanciales como los impuestos por la Constitución”*. En este punto observamos que nuestro planteamiento puede tener alguna similitud a lo preceptuado por Ferrajoli, en cuanto a que el Principio de Legalidad implica respeto de normas sustanciales superiores en lo referente a contenidos, pero nos apartamos en la argumentación que hace respecto a que la garantía contra el arbitrio puede ser la positividad sustancial, ya que la positividad formal también lo es, en la medida que los formalismos previamente establecidos dan lugar al respeto de derechos que han sido consignados en normas de tal naturaleza y que conforman de una u otra manera unidad de superioridad con los contenidos.

<sup>329</sup> FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos, obra citada p. 30 es de este criterio cuando expresa: *“Según se verá mejor en el próximo capítulo, en el que será redefinido como primer postulado del estado constitucional de derecho, aquel puede ser articulado en dos principios - el de mera legalidad y el de estricta legalidad- que tienen dos significados distintos, aunque conectados por el hecho de que el primero es un presupuesto del segundo”*.

se proferidos<sup>330</sup>.

Ha existido una marcada tendencia a la reducción del Principio de Legalidad, por el respeto de la jerarquía normativa de derecho en sentido de los actos proferidos por la voluntad humana<sup>331</sup> que se expresan en instrumentos escritos<sup>332</sup>, lo cual no corresponde a la esencia de lo que contiene el mismo, ya que la estructura jerárquica de normas se ha de determinar por la obligatoriedad de la mismas; la cual, si bien es cierto proviene en principio de la forma tradicional de poder que ha sido constituido como legislativo o público en la expresión de cada uno de ellos, es

---

<sup>330</sup> Pareciera que el Principio de Legalidad como ha venido siendo expuesto por la doctrina, solo hace referencia a las formas legales y constitucionales, que de una u otra manera se instrumentalizan en formas escritas y en estas circunstancias provienen del querer humano, pero consideramos que es posible identificar el mencionado principio en otras normas que por constituir rango superior lo determinan aunque pueden no ser escritas o resultado del querer humano. (Más adelante desarrollaré esta argumentación en el sentido de la positivización de los Principios generales del Derecho).

<sup>331</sup> KELSEN, Hans. ¿Qué es la teoría pura del derecho?, obra citada, p. 16, distingue la ley natural y la ley jurídica normativa, de la siguiente forma: *“Con la distinción entre ley natural causal y la proposición jurídica como ley jurídica normativa, y entre el principio de causalidad y el de imputación, establece la teoría pura del derecho el fundamento metodológico de la ciencia del derecho en tanto ciencia social normativa”*. Como se puede observar, se trata de una clara distinción entre las normas de carácter positivo, en el sentido de una típica creación del hombre, que se distinguen de las que pueden haber sido establecidas por un orden superior y que para este caso se determinan por el derecho natural.

<sup>332</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, deja ver un criterio que sigue los postulados del positivismo jurídico del Kelsen, con algunas variantes, que el propio Ferrajoli denomina una teoría del derecho positivo moderno, lo cual hace en los siguientes términos: *“La teoría del derecho aquí elaborada pretende ser una teoría del derecho positivo moderno y, al mismo tiempo, de las formas jurídicas de la democracia. Su tercera parte está dedicada al Estado de Derecho: en primer lugar, al paradigma del estado legislativo de derecho basado en el Principio de Legalidad como una norma de reconocimiento del derecho vigente; y después al paradigma del estado constitucional de derecho basado en la rígida subordinación de las leyes mismas a los principios constitucionales como normas de reconocimiento de su validez”*. Se trata entonces, de un positivismo el cual se sustenta en la pre-existencia de un ordenamiento que encuentra su variante en el reconocimiento de principios de orden constitucional, pero que se hacen derecho positivo en la consagración dentro del texto de una Constitución.

decir, en la expedición de leyes y actos administrativos por ejemplo.

Pero es claro, que existen otras formas normativas que no están contenidas en la instrumentalidad ordinaria de las mismas, como son los Principios generales del Derecho, que no se expresan en muchos casos de forma directa como contenido del Principio de Legalidad, sino que su manifestación se encuentra en la consagración que de los mismos realizan las normas escritas<sup>333</sup>.

Pareciera como si se tratara de una expresión en el Principio de Legalidad de manera indirecta, ya que de todas formas los Principios generales del Derecho están inmersos en la ley que la voluntad de las personas ha querido expresar a través de diferentes medios como pueden ser la Constitución, la ley en el sentido de acto del legislativo o los denominados actos administrativos; lo cual no corresponde una correcta estructuración del principio, en la medida que el mismo se identifica como una unidad teórica y conceptual, pero además de orden práctico en su aplicación, sin que sea necesario una distinción que se torna superficial y poco coherente.

En efecto, el Principio de Legalidad hade concebirse en su unidad, en el sentido de respeto por normas de jerarquía superior, sin que sea necesario distinguir las en constitucionales, legales o administrativas, que correspondería a las que se han

---

<sup>333</sup> El artículo 29 de la Constitución de Colombia establece, que toda actuación en ejercicio de Poder Público, tiene que estar sometida a regulaciones previamente establecidas, con el fin de garantizar criterios de seguridad jurídica y confianza legítima; en el mismo sentido de acatamiento de un principio, como el previsto en el artículo 13 de la Carta Superior, en cuanto a la igualdad de las personas ante las autoridades públicas y los procedimientos en ejercicio de Poder Público. En el mismo sentido, la Constitución Española de 1978 cuando en el título I artículo 10 contempla los derechos y deberes fundamentales en los siguientes términos: *“Artículo 10. De los derechos y deberes fundamentales. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y el orden social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

denominado estrictamente positivas y las involucradas en consagraciones de principios que no han sido positivizados; sino que todas ellas hacen parte de sistemas estructurales de normas que han de ser acatadas por las autoridades públicas en ejercicio de Poder Público; por tal razón, alguna doctrina ha convenido utilizar un criterio más amplio al de legalidad para hacer referencia a la juridicidad, que involucra a la ley en sentido formal en cuanto a la norma expedida por el legislativo, antecedente de otra norma proferida igualmente por el Parlamento; pero de la misma manera, de la ley en sentido material en que confluyen criterios de identificación de contenidos<sup>334</sup>.

La pregunta sería, que es lo que hace que una regulación o normatividad se convierta en obligatoria para el ejercicio del Poder Público y de esta manera se convierta en expresión del Principio de Legalidad?. La respuesta ha sido muy diversa dentro de la doctrina y en esta medida encontramos criterios de fuerza, instrumentalización en textos constitucionales, legales en sentido de actos del Parlamento, administrativos; pero también en la aceptación de la comunidad, entre otras, y que para lo que corresponde a nuestra investigación lo identificaremos posteriormente, como la relación entre Poder Público y Principio de Legalidad desde criterios de aceptación y validez que desarrollaremos más adelante.

Pero que en una postura argumentativa tradicional, se ha tratado de involucrar en las regulaciones estrictamente positivas de consagración en textos constitucionales, actos del legislativo y del Poder Público ejecutivo en los llamados actos administrativos, en cuanto a que existe un marcado arraigo de instrumentalización escrita del derecho, tal vez por la garantía de seguridad y estabilidad jurídica dentro del orden social; pero que en todo caso no se aleja de

---

<sup>334</sup> Así lo plantea COMADIRA, Julio. Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 125, donde se puede identificar que la juridicidad a que hace referencia constituye una legalidad en sentido amplio, que identifica tanto lo formal como lo sustancial en la jerarquía normativa y portal, en el sometimiento del Poder Público a la misma.

criterios de fuerza, coacción y acatamiento por medios que en muchas ocasiones se tornan arbitrarios y alejados del Principio de Legalidad.

Es que no se debe desconocer, que así se trate de la garantía de un orden jurídico, la obligatoriedad del mismo está sustentado en la fuerza, que no solo ha de ser concebida con la arbitrariedad o la brutalidad si es que se puede utilizar este término, sino con criterios de coercibilidad, que pueden tener otros contextos, tales como políticos, religiosos o de pensamiento.

Pero como han sido las regulaciones y sometimiento del Estado a las reglas positivizadas, contenidas en textos constitucionales las que en el derecho moderno han expresado con mayor fuerza el Principio de Legalidad, seguiremos en el acápite siguiente con su estudio.

### **3.1. FORMAS QUE DETERMINAN LA OBLIGATORIEDAD NORMATIVA**

Siempre ha existido el interrogante de por qué una norma es obligatoria, es decir, exigible coercitivamente respecto de quienes están obligados a cumplirla; circunstancia que le da el carácter jurídico y la distingue de otras normas como las de orden moral, social o cultural por ejemplo.

En efecto, la obligatoriedad normativa constituye un tema fundamental dentro del estudio del derecho<sup>335</sup>, puesto que es la característica que identifica el mismo, en la medida que hace diferente sus regulaciones de cualquier otra, puesto que pueden ser impuestas a través de distintos medios de exigibilidad, que en cualquier sentido implican coacción o lo que algunos denominan coerción<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> ALEXY, Robert. El concepto y la naturaleza del derecho, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 56 indica: *"Parece ser un hecho empírico que el derecho generalmente incluya la aplicación de la coerción basada en las decisiones de los agentes que representan la comunidad jurídica"*.

<sup>336</sup> *Ibídem*, p. 56: *"De acuerdo con Kelsen, el concepto de norma o la categoría llamada <deber*



De todas formas, es posible encontrar criterios que identifican el derecho y las normas jurídicas con argumentaciones que no involucran la coerción o como la he denominado coacción<sup>337</sup>, en el sentido de que pueden existir normas jurídicas que de por si no conlleven la noción de coercibilidad<sup>338</sup>; argumentación que no puede tomarse en estricto sentido, pues considero que una norma para tener el carácter jurídico debe llevar implícita la coercibilidad en cuanto pueda ser exigible, es decir obligatoria.

Lo anterior es así, ya que una norma de por si en algún momento es posible que no contenga un mandato, exigencia, imposición o reconocimiento de un derecho que implique una obligatoriedad automática, en la medida que se puede tratar de simples regulaciones descriptivas y entonces, los partidarios de la extrema no coercibilidad podrían decir, que es una norma jurídica que no está asistida de obligatoriedad; pero esto no es tan simple, porque a pesar de no contener un mandato por ejemplo, sino una simple descripción como se indicó, no le quita el carácter de obligatoria, ya que puede hacerse cumplir por el Estado a través del Poder Público correspondiente, por tratarse de norma jurídica en el momento que sea necesario.

---

*ser> es el género próximo, y el concepto de coerción, la diferencia específica del derecho (Kelsen, 1992: 26). Este es un caso claro en el que se incluye el concepto de coerción dentro del concepto del derecho”.*

<sup>337</sup> Debo aclarar que los conceptos coerción y/o coacción los identifiqué con exigibilidad e imposición por la fuerza, que no solo debe ser física, sino que puede tener otras connotaciones que van más allá del simple concepto de ella (de la fuerza).

<sup>338</sup> ALEXY, Robert. El concepto y la naturaleza del derecho, obra citada, p. 57, hace referencia a la existencia de dos criterios en este sentido como son: la coerción extrema en cuanto a que toda norma jurídica implica coerción y la extrema falta de coerción, en la que no es necesario que una norma esté asistida de esta característica para ser jurídica y que por tal razón, que la aplicación coactiva no puede ser una motivación para cumplir el derecho u obedecerlo como lo expresa el doctrinante alemán.

Significa que el carácter obligatorio le pertenece, corresponde y hace parte de su naturaleza al constituir un atributo propio de lo jurídico, lo que implica que la obligatoriedad es intrínseca a la regulación y no extrínseca a la misma<sup>339</sup>; si esto no fuera así, no tendría el carácter jurídico y tendría que dársele otra denominación<sup>340</sup>, como es el caso de las normas éticas, que si bien es cierto pueden tener algún grado de obligatoriedad, no es posible su exigencia a través de mecanismos coactivos expresados en la fuerza que asiste a las normas que integran el derecho<sup>341</sup>.

Podría pensarse que las normas jurídicas al ser obligatorias y exigibles coercitivamente, pueden afectar derechos como el de la libertad, ya que al ser impuestas y exigibles por la fuerza lo estarían limitando o anulando; hecho o circunstancia que no es cierto, ya que el derecho lo que hace es permitir la realización de la libertad en un marco de relaciones interpersonales de igualdad, puesto que impide que se genere arbitrariedad en los vínculos de actuación entre las personas naturales, jurídicas o morales<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> Lo intrínseco de la obligatoriedad no se contradice con lo extrínseco de a quien le corresponde hacer efectiva la misma, ya que se trata por regla general de un órgano distinto a quien lo produce; en efecto, si corresponde al legislativo a través de parlamento la creación normativa, es al Poder Público administrativo a quien le asiste la competencia para su aplicación y en esta medida concretar la obligatoriedad.

<sup>340</sup> Tal vez para poder afirmar desde la óptica de la obligatoriedad como lo hacían los romanos, que las normas jurídicas corresponden al *ius perfectum* en contraposición a *ius imperfectum*.

<sup>341</sup> BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, p. 159, en referencia a Christian Thomasius expresa que las reglas jurídicas se distinguen de las de orden ético por regular acciones externas e intersubjetivas, especificándolo de la siguiente manera: “a) *La exterioridad de la acción distingue el Derecho de las normas del honestum, las cuales regulan las acciones internas, o sea, las acciones que afectan únicamente al sujeto agente.*

b) *La intersubjetividad distingue las normas jurídicas de las del decorum porque, aunque ambas regulan acciones a un sujeto diferente del agente, solo las primeras regulan acciones intersubjetivas, es decir, acciones en las que el otro (el destinatario de la acción) aparece como sujeto titular de una pretensión sobre dicha acción, mientras que las segundas regulan acciones externas pero no intersubjetivas, en las que falta una relación de reciprocidad”.*

<sup>342</sup> En este aspecto puedo traer a colación la argumentación de Kant quien

Así las cosas, la obligatoriedad es la característica fundamental del derecho y por tal de las normas jurídicas, sea cual sea la concepción o fundamentación que se tome en cuenta para sustentarlo<sup>343</sup>, pues en algunos eventos se ha considerado que las mismas contienen en sus regulaciones normativas un elemento esencial de su estructura como es el coercibilidad, es decir, que la obligatoriedad hace parte de la misma norma<sup>344</sup>; por el contrario, hay postulados en el sentido de concebirlas como aquellas que regulan la utilización de la fuerza dentro de la sociedad, lo que significa, que la coacción es el medio que se utiliza para hacer efectivo el derecho y por tal razón la obligatoriedad sería extrínseca<sup>345</sup>.

Algunas corrientes de pensamiento expresan que no debe descartarse el sentido de consenso que ha de existir en la fuerza coercitiva de las normas jurídicas, es

---

reconocía la obligatoriedad como una característica del derecho y sin embargo consideraba que no afectaba la libertad tan preciada para él; en efecto, BOBBIO, NORBERTO. El positivismo jurídico, obra citada y a quien venimos siguiendo en este asunto, p. 161, cita un fragmento de la metafísica de las costumbres, así: *“la resistencia opuesta a aquello que impide un efecto sirve para auxiliar dicho efecto y se complementa con él. Ahora bien, todo lo injusto es un impedimento para la libertad en cuanto que ella está sometida a leyes universales y la constricción es en sí misma un obstáculo o resistencia que se opone a la libertad. Por consiguiente: cuando un cierto uso de la propia libertad es un impedimento para la libertad según las leyes universales (esto es injusta), entonces la constricción contraria a ese uso, en cuanto sirve para impedir un obstáculo puesto a la libertad, se acuerda con la propia libertad según leyes universales, o sea, es justa. El Derecho, pues va unido, según el principio de contradicción, a la facultad de obligar a quien lo contradice”*.

<sup>343</sup> VON IHERING, Rodolfo. El fin del derecho, Editorial Cajica, México, 1961, p. 441, define: *“El derecho es la forma que adopta la garantía de las condiciones vitales de la sociedad, fundada en el poder coercitivo el Estado”*; definición que determina en mi parecer, una estrecha relación entre el derecho es decir, entre la norma jurídica, el poder, en este caso el Poder Público y el Estado, que es donde se realiza el derecho como consecuencia del ejercicio del dicho Poder Público.

<sup>344</sup> Por tal razón KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia?, Editorial Ariel, Barcelona España, 2008, p. 183 dice: *“No nos preguntamos si el Derecho positivo es válido, ya que de hecho la teoría del Derecho positivo presupone que lo es, y ello constituye un rasgo esencial del Derecho positivo. Los actos que crean las normas (prescripciones, órdenes) del Derecho positivo significan subjetivamente que estas prescripciones deben obedecerse”*.

<sup>345</sup> VÁZQUEZ, Rodolfo. Normas, razones y derechos, obra citada, p. 40 dice: *“El derecho no es solo un conjunto de normas que imponen obligaciones, con la garantía externa de un cuadro coactivo, sino un conjunto de normas que facultan al cuadro administrativo para imponer sanciones, incluso coactivamente, a otros sujetos, los cuales son o están obligados por las normas jurídicas precisamente por ser el objeto de actos de coacción”*.

decir, de la aceptación de la comunidad para que se puedan aplicar por la fuerza, ya que esta circunstancia es la que le da la competencia a quienes desarrollan la actividad de aplicación de tales regulaciones, en la medida que si no existe la aceptación social se deslegitimaría la exigibilidad, porque en cualquier sentido, la fuerza obligatoria no deja de ser un concepto abstracto que necesita aplicación práctica, la cual se logra en los desarrollos de quienes las aplican<sup>346</sup>; argumentación que para alguna doctrina se torna frágil, ya que la fuerza obligatoria del derecho se perdería por el simple hecho de que cualquier persona se aparte de su aceptación, y la juridicidad normativa dependería de la simple voluntariedad de las personas, quienes podrían por conveniencia expresar un querer contrario a las regulaciones de derecho; criterio que en mi parecer se solucionaría con un sentido democrático, en el cual la aceptación de la mayoría le daría la exigibilidad a la norma, lo que implicaría que la sustracción a la aceptación de uno o unos, no le quitaría la obligatoriedad.

Sin embargo, considero que un criterio muy fuerte para determinar la obligatoriedad de las normas jurídicas es el de la legitimidad<sup>347</sup>, ya que una regulación determina exigibilidad en cuanto a que sea legítima, es decir, que esté de acuerdo con los criterios que el orden social ha previsto para ser considerada como tal, los cuales están en estrecha relación con la legalidad y la validez, en el sentido de una legitimidad ajustada a las previsiones establecidas para la generación de las normas, las cuales pueden ir desde los criterios simplemente formales de actos expedidos por el Poder Público legislativo, que en el Parlamento

---

<sup>346</sup> DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia, 3ª reimpresión, Editorial Gedisa, Barcelona España, 2008, p. 86, lo muestra de esta manera cuando expresa: *“Defiendo la siguiente sugerencia de cómo podríamos describir nuestro concepto del derecho: para nosotros, la discusión legal se lleva a cabo sobre una base de consenso acerca de que si existe derecho, éste proporciona una justificación para el uso del poder colectivo contra ciudadanos o grupos”*.

<sup>347</sup> WEBER, Max. Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 25, expresa: *“Al lado de los otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que debe ser, acrecienta la probabilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable”*.

encuentran su escenario natural a través de un procedimiento previamente establecido, hasta los contenidos de las mismas para tornarse imperativas en el orden jurídico<sup>348</sup>.

Como se puede observar, existen distintos conceptos que determinan la obligatoriedad de las normas jurídicas; pero en todo caso, existe en principio, un criterio que lo voy a denominar unificado, en el cual las formas que determinan la coercibilidad, se contienen en normas por regla general positivizadas en textos escritos, ya sean de orden legal como actos propios del parlamento o en sentido general como pueden ser los de rango constitucional, ya que de una u otra forma, la intervención de los poderes públicos en la producción normativa con un carácter jurídico, se hace a través del formalismo de la escrituralidad, que no es otra cosa que el fundamento simbólico que caracteriza al derecho<sup>349</sup>.

Y ese simbolismo presentado a través de formas escritas en textos legales desde un punto de vista genérico, es lo que permite afirmar que la norma es válida y en esta media obligatoria ya que debe estar asistida de dicha ritualidad, porque la existencia de regulación es lo que la determina que sea válida y en tal media obligatoria como lo plantea Kelsen<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Con HIERRO, Liborio. La eficacia de las normas jurídicas, Editorial Ariel, Barcelona España, 2003, p. 123, quien lo muestra desde una legitimidad legal-racional, así: *“La conclusión sería que no es tanto la efectividad social de cualquier criterio de legitimidad la que motiva el cumplimiento de las normas jurídicas, sino la efectividad social de un criterio de legitimidad legal racional”*.

<sup>349</sup> CIARAMELLI, Fabio. Instituciones y normas, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 72: *“De este modo, el orden jurídico de las normas se muestra arraigado en el sistema simbólico de los significados sociales, o sea, en las representaciones colectivas que, precisamente por preceder a las singularidades individuales, logran socializarlas”*.

<sup>350</sup> KELSEN, Hans. Validez y eficacia del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 49, quien lo presenta de esta forma: *“1. Cuando se quiere decir que una norma jurídica o un orden jurídico compuesto por normas jurídicas existe en una comunidad humana, se dice que esta norma es válida o este orden jurídico es válido para esa comunidad. En este sentido la validez es la existencia del derecho...El derecho, cuyo concepto está aquí presupuesto, es un orden coactivo de conducta humana, esto es, un conjunto de normas que enlazan a determinadas circunstancias, en especial, a determinadas conductas humanas como condición, determinados actos coactivos como consecuencia”*.

En efecto, dicha postura de fundamentación se puede observar en el Estado de Derecho que es el que nos permite la argumentación de la investigación, ya que principios como el de la seguridad jurídica y el de legalidad nos llevan a tal afirmación<sup>351</sup>, porque de lo contrario se estaría frente a incertidumbre y en muchos casos a la arbitrariedad, ya que si no hay una norma previamente establecida en un texto legal, se puede generar abusos en su aplicación coactiva, pero sobre todo a que no fuera posible hablar de normas jurídicas y mucho menos válidas.

### **3.2. LA OBLIGATORIEDAD NORMATIVA Y LA IMPOSICIÓN POR LA FUERZA**

La imposición por la fuerza de las normas jurídicas, me parece un criterio limitado, porque se trata de una expresión que puede estar contenida en el mundo del derecho, pero que no es la esencia del mismo, ya que es posible que esté fuera de él, en el sentido de que en muchas ocasiones lo que se evidencia es una violación de las reglas normativas a través de la utilización de mecanismos que la contienen, como en el caso de la vulneración de un derecho de propiedad, despojando violentamente a una persona de sus pertenencias y en esta medida lo que se configura es una violación de la ley.

Significa lo anterior, que la fuerza es un medio para el cumplimiento normativo, pero no se configura de forma connatural al mismo, porque en múltiples eventos lo que conlleva es a su violación y en estas circunstancias, es posible hablar de una clase de fuerza inherente a la esencia de las normas y otra fuera de las mismas; la primera constituye un elemento de su obligatoriedad y la segunda una forma de vulneración; una está en el mundo del derecho y la otra fuera de él, porque constituye un instrumento de su negación.

---

<sup>351</sup> Ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-284/2015, M. P. Mauricio González Cuervo.

Significa que es preciso evidenciar, cual es la fuerza que se encuentra en las normas jurídicas y en este sentido se tiene que indicar, que la misma se refiere al poder de imposición en ejercicio de autoridad que es el que se contiene en ellas; pero que a su vez es derivado de otro poder, como es el de soberanía, que es ejercido por quienes las expiden, ya se trate del poder político y en tal medida, de Poder Público<sup>352</sup>.

Pareciera un trabalenguas, pero se puede clarificar de una forma más simple, indicando que la norma por regla general contiene un mandato de imposición, en el sentido de obligar a las personas naturales o jurídicas públicas o privadas a realizar determinada actividad o abstenerse de hacer alguna cosa; esto es así y si a quien va dirigida la norma, vulnera el mandato contenido en ella, el Estado a través de la autoridad pública correspondiente, puede ejecutar un acto de fuerza para obligar a su realización o para determinar sanciones por el incumplimiento<sup>353</sup>.

Pareciera que no todas las normas contienen mandatos de imposición, sino que algunas de ellas, solamente expresan requisitos de actuación, como lo plantea Hart al expresar: *“Pero existen importantes clases de normas jurídicas respecto de las cuales esta analogía con órdenes respaldadas por amenazas no cabe en absoluto, por cuanto ellas cumplen una función social totalmente distinta: las reglas jurídicas que definen la manera de*

---

<sup>352</sup> Hago referencia, al poder político y al Poder Público, en el sentido de dictar normas jurídicas con carácter obligatorio y ser impuestas por la fuerza; como ocurre con una ley expedida por el Parlamento, en que se determine la obligación de respeto a la vida y honra de las personas; pero de la misma forma, las autoridades administrativas pueden dictar normas en asuntos referidos a las sanciones para quienes infrinjan la obligación de llevar con las debidas protecciones a los animales peligrosos en la calle, como pueden ser los caninos de ciertas razas que son considerados de ataque; en este caso quien está expidiendo la norma es una autoridad administrativa en ejercicio de Poder Público.

<sup>353</sup> La fuerza a que hago referencia no es solamente de orden físico, sino de cualquier mecanismo de coacción par el cumplimiento del mandato contenido en la norma, como podría ser la imposición de una multa, o el cierre de un establecimiento de comercio, lo cual no siempre conlleva fuerza física, en el sentido de ser aprendido por una autoridad y llevado a la cárcel, por ejemplo.

*realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exige que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no, Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerda a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho”<sup>354</sup>.*

Argumentación que en nuestro parecer no es totalmente acertada, ya que si bien es cierto, pueden existir normas que aparentemente otorgan formas de realización de la actividad pública y privada, esos requisitos se convierten de obligatorio cumplimiento cuando la persona decide realizar la actividad; lo anterior es así, como ocurre en el evento de la celebración de un contrato de compraventa de un bien inmueble, en el cual es preciso el otorgamiento de una escritura pública para la transferencia del dominio, ya que si no se constituye se genera una sanción para quienes intervienen, en el sentido de la invalidez del acto y por tal circunstancia, lo que parecía no ser una imposición de mandato en verdad si lo es.

Pero Hart agrega en el mismo sentido: *“La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de ordenes reguladas por amenazas”<sup>355</sup>*. Expresión que tan poco es muy precisa, puesto que si bien es cierto puede parecer una simple consagración de requisitos si se llega a realizar alguna clase de acto jurídico como los que menciona el profesor Hart, estos se tornan obligatorios cuando se celebre o realice el mismo, es decir, que la norma que se consideraba una simple expresión u otorgamiento de potestades para facilitar la realización del acto como podría ser el testamento, se convierte en mandato, cuando dichos requisitos han de ser cumplidos para que la actuación llegue al mundo jurídico y además sea válida.

---

<sup>354</sup> HART, H. L. A. El concepto del derecho, traducción de Genaro R. Carrió, 3ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 35.

<sup>355</sup> *Ibíd*em, p. 35.



En efecto, los actos a los cuales hacer referencia Hart, están regulados por normas jurídicas y en esta medida, se trata de actos jurídicos que han de cumplir ciertas formas y formalidades que determinan su validez, las cuales tienen que ser cumplidas para que se adquiera la calidad jurídica, es decir acorde a derecho, porque de lo contrario será antijurídico y tendrá la vocación de salir del ordenamiento.

El mandato imperativo de la norma se concreta en el momento en que se realiza la actuación; no es que la norma obligue a actuar, porque toda persona no está obligada a otorgar un testamento por ejemplo, pero cuando lo hace, el mandato del cumplimiento de formalidades entra a convertirse en imperativo; es decir, de obligatorio cumplimiento, con las respectivas consecuencias de imposición por la fuerza en el caso que exista sustracción a dicha obligación; fuerza que se puede concretar en la sanción de invalidez del acto.

Es que el término fuerza en el cumplimiento de la norma, es decir la obligatoriedad de la misma, como ya se ha dicho, lleva inmerso el concepto de sanción por incumplimiento, el cual puede tener diversas formas, como puede ser la inexistencia del acto, la invalidez, sanciones pecuniarias, personales como privación de la libertad, entre otras.

Considero, que toda norma es imperativa en cuanto a su cumplimiento y no solo prescriptiva como lo pretende mostrar Hart; porque una cosa es que se decida actuar y otra la obligación de cumplimiento de las prescripciones contenidas en ella cuando se ha decidido realizar la actuación y la misma se encuentra regulada por una norma jurídica.

Pero para seguir aclarando el trabalenguas que venimos resolviendo del concepto de fuerza que se encuentra en las normas jurídicas, es preciso referirnos al

segundo criterio indicado y que hace alusión al ejercicio de autoridad que se contiene en las mismas; es decir, a la obligación de imposición y acatamiento derivado de una autoridad que tiene el poder para hacer exigible el mandato contenido en la norma.

Significa lo anterior, que la noción de autoridad deriva en este caso del Poder Público que a su vez constituye expresión de poder político<sup>356</sup>; ya que ésta, no es más que la expresión de poder legítimo, es decir, asistida por regulaciones legales válidas<sup>357</sup>; puesto que el poder como expresión de imposición se ejerce a través de autoridades públicas, es decir, servidores públicos con competencia para ejercer autoridad, en el sentido de Poder Público válido, lo cual conlleva a que sea legítimo; en esta medida, la fuerza que derivan las normas en cuanto a obligatoriedad y exigibilidad, proviene del ejercicio de autoridad, como manifestación de poder válido y en tal circunstancia, legítimo.

Finalmente y para culminar de resolver el trabalenguas planteado, es preciso expresar que la fuerza normativa, se asiste de un concepto bien importante para el derecho público y por tal para la filosofía del derecho como es el de soberanía<sup>358</sup>;

---

<sup>356</sup> WEBER, Max. Concibe el poder como el mandato que debe ser obedecido.

<sup>357</sup> La noción de validez y por tal de legitimidad ha estado presente a lo largo de la historia del pensamiento filosófico, político y jurídico, como lo expresa CRUZ SOTO, Luis Antonio. El concepto de autoridad en el pensamiento de Aristóteles y su relación con el concepto de autoridad en el comportamiento administrativo, en Revista Contaduría y Administración, no. 231, mayo-agosto de 2010, ISSN 0186-1042, p. 53-78, México Distrito Federal, quien muestra la noción de autoridad en Aristóteles desde un la óptica de lo legítimo, el mentado profesor consigna: *“El sustento de la autoridad en Aristóteles es la comunidad. Esta categoría de análisis no solo responde al control social para alcanzar los objetivos comunitarios, sino que obedece a un ámbito de responsabilidad compartida entre quienes ejercen el dominio y los dominados, lo que significa asumir el carácter legítimo de la autoridad por estar sustentado en un propósito común que conlleva la asunción de mandatos como por orientaciones de la conducta plenamente reconocido por todos”*.

<sup>358</sup> El gran administrativista francés Laferrière expresaba que la soberanía era la imposición del Estado sin contraprestación alguna, es decir, sin una obligación recíproca de realizar actividades para compensar dicha imposición, como sería el evento de causar perjuicios a los particulares; circunstancia que derivó en funestas

es decir del poder de imposición del Estado, que para lo que nos interesa se configura en los mandatos contenidos en las normas jurídicas, que son posibles de exigibilidad a través de la fuerza, pero no solamente física sino de otros órdenes como lo hemos venido planteando. La soberanía será el poder del Estado que tiene expresión en las normas jurídicas con fuerza de imposición.

Como se puede observar, la fuerza de las normas constituye un elemento de su naturaleza, porque las mismas están asistidas de ella en cuanto a normas que implican mandatos, los cuales para que sean jurídicos tendrán que ser exigibles de cumplimiento, pues de lo contrario podrán ser simples regulaciones sociales, religiosas, económicas, políticas o de cualquier otra naturaleza y que son extrañas al cumplimiento obligatorio que es propio de las normas jurídicas.

Significa lo dicho, que la fuerza en la exigibilidad normativa no es solo el carácter físico, sino el poder de imposición contenido en ellas, a través de las autoridades públicas como expresión de soberanía; pero que de todas maneras tiene que estar asistido de una u otra forma de aceptación por el grupo social, como se analizará en el acápite siguiente.

### **3.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL SISTEMA NORMATIVO**

Si la regla es que una norma jurídica para que sea obligatoria debe estar contenida en un texto escrito, tal argumentación sería aplicable respecto de los Principios generales del Derecho, en cuanto a que los mismos sean consagrados en una regulación presentada en un texto escrito; por esta razón, el principio tendría fuerza normativa bajo la condición de ser incluido en una ley en sentido genérico de acto producido por el Poder Público legislativo a través de la

---

consecuencias en la época de irresponsabilidad del Estado por los daños que causaba.

formalidad antes mencionada.

En efecto, dentro de la estructura jerárquica normativa se han distinguido los Principios generales del Derecho, de las normas a las cuales hemos querido dar la denominación de positivizadas en sentido formal, es decir, de las que son consagradas en algún texto legal de manera genérica; lo que implica, la inclusión en la Constitución, el acto del Congreso o Parlamento (ley formal) y los denominados actos administrativos.

Es claro que cuando se observa la pirámide Kelseniana de normas, se puede evidenciar en términos generales, que en la cúspide se encuentra la Constitución, luego viene la ley y en la base de la misma están los actos administrativos<sup>359</sup>; pero que no se hace una especial referencia a los Principios generales del Derecho, en la medida que no se trata de normas escritas y consignadas en un texto legal en sentido genérico y por esta razón, se les aleja del carácter normativo en el entendido positivista del término.

Pero si se ha hecho una distinción entre Principios generales del Derecho y normas jurídicas, es porque supuestamente no poseen la misma naturaleza y en estas circunstancias, es pertinente verificar cuáles son las razones tenidas en cuenta para ello, con el fin de establecer lo acertado de la argumentación y si es posible identificar una sinergia entre ellos a partir de la identificación de su carácter jurídico normativo dentro del sistema de derecho.

Lo anterior es así, porque se ha concebido una clara distinción entre una norma legal formal, los actos con el carácter de normas jurídicas y los Principios generales del Derecho; con la excepción de que en determinados momentos se pueden incluir en los textos legales en sentido amplio y por tal razón, adquieren la calidad de normas jurídicas, por la simple consagración en un contenido normativo

---

<sup>359</sup> Criterio que es puramente formal en principio.

positivizado<sup>360</sup>.

Para tal fin, es preciso determinar en qué consisten tanto los Principios generales del Derecho como las normas jurídicas y en esta medida, se puede indicar que los primeros son postulados generales que determinan formas de comportamiento dentro del grupo social<sup>361</sup>, es decir, que implican una regulación de dicho comportamiento, estableciendo tanto limitaciones como extensiones al mismo; pero la naturaleza de principio la establece la referencia que se debe hacer a la determinación de la regulación, cuando se va a desarrollar una actividad relacionada con la regulación que contiene.

Así, en el evento de la actividad pública de tratamiento a los particulares en un procedimiento administrativo, se tendrá que tomar como referencia principios como el de igualdad, debido proceso, equidad, moralidad entre otros; que si se observa a primera vista, constituyen postulados generales que determinan la actuación, estableciendo limitaciones a la misma y que en esta medida se convierte en una regulación del comportamiento desarrollado.

En efecto, para el caso planteado, las limitaciones a que hago alusión se pueden

---

<sup>360</sup> En el sistema jurídico colombiano el artículo 29 constitucional consagra el principio del debido proceso, el cual debe asistir a todas las actuaciones de las autoridades en ejercicio de Poder Público, incluso a los particulares cuando lo ejercen, como es el caso de la prestación de servicio público administrativo en los eventos de los servicios públicos domiciliarios o la función de los árbitros, en cuanto a resolver conflictos en que es parte una entidad del Estado. De la misma manera en la Constitución Española de 1978, se consagra el principio del debido proceso cuando en el artículo 9 establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la ley; pero además, con las regulaciones previstas en la Ley 39 de 2015 que constituye la norma de procedimiento administrativo.

En los dos sistemas jurídicos, el Principio de Legalidad adquiere un carácter normativo, es decir que se asimila a una norma, por ser consagrado en el texto positivo tanto de la Constitución como de la ley con su carácter formal.

<sup>361</sup> Ha de entenderse que el postulado es un marco general que sirve de referencia a un comportamiento.

identificar con la imposibilidad de dar trato discriminatorio a una persona dentro de la actividad pública del procedimiento administrativo, esta será una limitación en cuanto a la restricción del comportamiento; pero además, la obligación de mantener la igualdad de quienes participan en el mismo, que constituye una extensión en la limitación, es decir, hasta dónde puede llegar el comportamiento<sup>362</sup>.

El principio por tanto, está asistido de un carácter de generalidad, lo que significa que los comportamientos particulares se deben adecuar o encuadrar a él y en esta medida, cumplir los parámetros establecidos en el mismo<sup>363</sup>; ya que si están por fuera de dicho marco referencial se configurará una vulneración al referido postulado general, que se reflejará inicialmente en quebrantamientos morales, sociales, éticos, políticos o de otra naturaleza, pero de ninguna forma de carácter jurídico, por la carencia normativa que inicialmente no se le otorga aquellos, ya que la misma la va adquirir en el momento en que se incluye en un texto legal escrito,

Es claro, que los principios han de tenerse como referencias, sociales, políticas, éticas, económicas o de índole similar en un comienzo, en cuanto a reguladores de comportamientos; pero que no contienen un carácter normativo porque deben estar asistidos de obligatoriedad para que se conviertan en normas y llegar al mundo del derecho o jurídico, cuando dicha obligatoriedad es exigible en su

---

<sup>362</sup> DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, 3ª reimpression, Editorial Ariel, Barcelona, 2015, p. 72, identifica los principios como estándares que no constituyen normas; lo que de entrada permite indicar, que está haciendo una clara distinción entre uno y otra.

<sup>363</sup> *Ibíd*em, p. 72, expresa: “Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la oralidad”. Como se puede observar, el principio es identificado en su generalidad, es decir en lo que he identificado como el marco general de comportamiento al cual se deben los comportamientos particulares.

cumplimiento por alguna autoridad<sup>364</sup>.

Lo anterior es así, ya que de lo contrario se quedarán en simples reglas sociales, políticas, morales, éticas, etc., que es a lo que corresponden inicialmente; pero que de una forma u otra hacen tránsito a convertirse en Principios generales del Derecho cuando a través de formas normativas son implantados en el mundo jurídico, lo cual puede ocurrir de distintas maneras como pueden ser las expresiones positivizadas del derecho a través de la Constitución, la ley en sentido formal o los actos administrativos, que son las maneras tradicionales en que a dichos principios se les ha otorgado el carácter jurídico<sup>365</sup>.

En efecto, la noción de principio en el concepto de estándar de comportamiento como lo denomina Dworkin, necesita de un carácter obligatorio para que sea susceptible de exigibilidad y en esta medida pueda poseer el carácter de norma jurídica y de esta manera tener un reconocimiento en el mundo del derecho; obligatoriedad que deviene de diversas circunstancias, como pueden ser las aceptaciones sociales de la comunidad o la imposición del Poder Público como expresión del poder político en una relación a lo que venimos planteando en esta

---

<sup>364</sup> Es claro que la concepción de si un principio es obligatorio o no, determina su implantación en el mundo del derecho, porque de esto depende su exigibilidad; circunstancia que es presentada por Dworkin en la p. 80 de la obra que hemos venido citando cuando dice: *“Por consiguiente, un análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios muy diferentes que podemos tomar: a) Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. Si adoptamos este punto de vista, debemos decir que en los Estados Unidos, por lo menos, el derecho incluye tanto principios como normas. b) Podríamos por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas”*.

<sup>365</sup> En el sistema jurídico alemán por ejemplo el derecho y haciendo una especial referencia al Derecho Administrativo, corresponde a regulaciones que por regla general son escritas, las cuales tienen significativa preponderancia sobre otras formas jurídicas, por el fuerte contenido positivista del mismo, lo que lleva a pensar que los principios y el derecho consuetudinario deben ser contenidos en textos escritos, como lo da a entender MAURER, Hartmut. Introducción al Derecho Administrativo Alemán, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, p. 11.

investigación.

Es claro que los principios en su carácter de postulados generales, han de estar asistidos de un carácter obligatorio para que se les pueda atribuir naturaleza normativa y de esta forma se les haya de considerar como parte del sistema jurídico, sin necesidad de ser consagrados en texto legal<sup>366</sup>, en la medida que la característica fundamental de la norma jurídica es la obligatoriedad y por tal razón su exigibilidad.<sup>367</sup>

Tal vez, por dicha circunstancia, cuando se hace referencia a normas jurídicas se las concibe en el mundo de los textos legales, es decir, la positivización de las mismas y en esta medida, los Principios generales del Derecho tendrán el carácter normativo cuando son previstos en ellas, porque de lo contrario quedan en el mundo de las simples referencias de comportamiento como lo indicamos anteriormente<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho, 3ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2007, p. 5, hace referencia a los fines de las normas de regular los comportamiento humanos, en el siguiente sentido: *“Todas estas reglas son muy diversas por los fines que persiguen, por el contenido, por el tipo de obligación que hacen surgir, por el ámbito de validez, por los sujetos a quienes están dirigidas. Pero todas ellas tienen un elemento común característico que consiste, como veremos más adelante, en ser proposiciones que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquellos y de estos hacia ciertos objetivos antes que otros”*; pero esa posibilidad de influir o determinar el comportamiento tanto de los individuos como de los grupos sociales, se alcanza con la asignación de obligatoriedad, es decir, de exigibilidad, porque de lo contrario se quedan en simples preceptos o recomendaciones que se convierten en referencias de comportamiento, pero no en normas de actuación.

<sup>367</sup> Ver de Enterría Martínez-Carande, E. G. (1963). Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo. Revista de administración pública, (40), 189-224., donde hace una interesante reflexión sobre la aplicación de los principios en el Derecho Administrativo; indicando específicamente sobre la obligatoriedad e importancia de los mismos en el orden jurídico, haciendo en la página 11 un importantísimo análisis de derecho comparado sobre la aplicabilidad de dichos principios.

<sup>368</sup> Sobre la consagración legal de los principios ver RUBIO, Ana. Igualdad y diferencia ¿dos principios jurídicos?, en Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 1995; quien al referirse a si la igualdad y la



Pero lo anterior no es tan claro, en la medida que el carácter obligatorio y exigible de una norma, si bien es cierto en comienzo se deriva de su consagración legal, en la medida que es contenida en un texto; también es cierto, que es posible encontrarlo en otras formas de obligatoriedad como pueden ser los consensos sociales por ejemplo, que determinan la aceptación; pero en todo caso, ha de existir una forma o regla de actuación que condicione el obrar de las personas, ya sea explícita porque se contiene en la norma positiva escrita o de forma implícita en el contenido de un principio<sup>369</sup>; se trata en el primer evento de una concepción típica positivista, en el sentido de tener por norma el principio que ha sido instrumentalizado en un documento<sup>370</sup>.

Se busca entonces evidenciar la obligatoriedad de los principios no solamente en los textos o instrumentos legales escritos, sino en las formas de aceptación social que determinan obligatoriedad en un comienzo y que luego se trasladan al mundo del derecho para darle el carácter de norma jurídica y sacarla de otros campos que pueden no ser normativos, como podría ser el religioso o el político por ejemplo.

---

diferencia constituyen principios, muestra cómo han sido consagrados en normas jurídicas escritas a lo largo de la historia jurídico política.

<sup>369</sup> FREIXES SANJUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, Carlos. Los valores y principios en la interpretación constitucional, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, no. 35, mayo-agosto de 1992, p. 102, lo muestran de la siguiente manera: *“Hemos definido los principios como instituciones con proyección normativa de las cuales se extraen reglas jurídicas. Algunos de los principios están positivados en la Constitución (el de legalidad, por ejemplo); otros no están formulados expresamente, sino que han de deducirse de una interpretación operativa a partir de las reglas constitucionales (como, por ejemplo, el principio democrático, que se extrae de la estructura constitucional), que deberán ser concretadas a partir de los principios deducidos. Por otra parte existen también principios que tienen una dimensión histórica que ha venido siendo reconocida regularmente como propia de todo el sistema jurídico”*.

<sup>370</sup> Por tal razón es que COMANDUCCI, Pablo. Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico, Isonomía, no. 16, abril 2002, p. 99, ve en la Constitución una característica de similitud con la ley en el hecho de ser un documento normativo.

En efecto una norma tiene el carácter de jurídica cuando es obligatoria y se puede determinar exigibilidad, la cual contiene una necesaria imposición de fuerza, en la medida que si no se cumple por quien está obligado a hacerlo, es posible la utilización de medios de coacción por parte del Estado para ello; lo que significa, que no es una decisión de discrecionalidad en el cumplimiento de la mismas, sino una imposición en su acatamiento.

### **3.4. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS Y SU POSITIVIZACIÓN EN TEXTOS ESCRITOS**

Hemos venido indicando, que el carácter obligatorio de las normas lo otorga en comienzo su consagración en algún texto legal<sup>371</sup> y que en esta circunstancia, adquieren obligatoriedad y exigibilidad: por tal razón, los Principios generales del Derecho para que sean tenidos como normas deben estar consagrados en un texto legal; argumentación que en nuestro parecer no tiene total validez por las siguientes razones:

El nuevo constitucionalismo o neo constitucionalismo, concibe los principios como normas, por la obligatoriedad que se contienen en ellos<sup>372</sup>, los cuales están

---

<sup>371</sup> PORTELA, José Guillermo. Los principios jurídicos y el neo constitucionalismo, en Revista de la Universidad de la Sabana, año 23, no. 18-33-54, diciembre de 2009, ISSN 0120-8942, p. 41, en cita que hace del Profesor Peces Barba, concibe la obligatoriedad de los principios y por tal su carácter normativo, cuando son contenidos en un texto legal. En efecto, textualmente expresa: *“El mismo Peces Barba lo ha asegurado en un trabajo anterior, al sostener que los valores que aparecen en la historia como derechos humanos - aunque no sean derecho sin su incorporación en el sistema positivo - tienen una sustantividad propia, un contenido objetivo que no se puede cambiar caprichosamente por la voluntad de un gobernante”*. En este caso hay que aclarar que para el Profesor Peces Barba, los principios constituyen valores supremos, pero que de todas formas han de ser contemplados en un texto positivo, como ocurre con la Constitución Española de 1978, que hace expresamente referencia a los valores supremos, como fundamento del Estado de Derecho.

<sup>372</sup> ALEXANDER, Robert. Derecho y razón práctica, Editorial Fontamara, México, 1993, p. 14, en cita que hace el profesor Portela José Guillermo en el artículo mencionado, define los principios de la siguiente manera: *“Los principios son normas*

íntimamente ligados con criterios de moralidad y no de simple normatividad, es decir, que la normatividad está ligada a la moralidad para que sea considerada como tal<sup>373</sup>; pero que de todas maneras se han de consagrar en contenido legal positivizado<sup>374</sup>; aunque lo esencial, sería propugnar por la obligatoriedad de los principios no solamente cuando se deriva de la consagración normativa textual, sino por su contenido mismo, es decir, por determinar obligatoriedad y en tal medida exigibilidad<sup>375</sup>.

El criterio de obligatoriedad de los principios, es decir, el carácter normativo que les asiste, sin importar el texto legal que los consagre, determina un asunto de vital importancia en la filosofía del derecho y en el tema que nos ocupa en la presente investigación; en el sentido, de cuál es el fundamento para que tengan tal carácter y en este contexto, es necesario hacer algunas precisiones:

El contenido de los principios ha de tener un carácter regulativo de la actividad de las personas y que en lo que a la investigación concierne, será de las actividades

---

*que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con sus posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario”.*

<sup>373</sup> PECES BARBA, Gregorio. Los valores superiores, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 36, según cita del profesor Portela en el artículo que venimos tomando como referencia, lo muestra de la siguiente manera: *“El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización que, en cuanto al fondo, es moral por su contenido moral”.*

<sup>374</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias, obra citada, p. 394, deja ver cómo los Principios generales del Derecho han estado a la par de las normas positivizadas con el tradicional positivismo jurídico kelseniano, cuando al referirse a la Doctrina de Weimar en Alemania, dice: *“Llama poderosamente la atención el que dos ideas se mantuvieran plenamente vigentes en la judicatura y la doctrina alemana de Weimar, del nazismo y de las épocas posteriores al nazismo: la de que el positivismo era rechazable por su legalismo y la de que frente a la ley debían imperar ciertos principios sustanciales que son los que dan sentido al derecho y los que en verdad deben guiar la decisión judicial”.*

<sup>375</sup> Será mirar no solamente el sentido formal, sino el contenido sustancial de la normatividad.

de Poder Público como expresión del poder político, es decir, de la función de las autoridades públicas; circunstancia que es clara en los que son de precisa aplicación a las autoridades públicas dentro del Estado de Derecho, como pueden ser el debido proceso, la igualdad, la transparencia, la buena fe, responsabilidad entre otros<sup>376</sup>.

En efecto, dichos principios contienen regulaciones aplicables y exigibles a las actividades de Poder Público<sup>377</sup>; que derivan su obligatoriedad de las circunstancias antes descritas, como son la fuerza en el sentido de la imposición o en nuestro parecer de la aceptación del grupo social, en la medida que si bien es cierto el Estado en desarrollo de Poder Público como expresión del poder político, puede hacer utilización de fuerza, esta proviene de la investidura que el grupo social le ha otorgado a las autoridades públicas, cuando de una u otra manera las ha designado para dicho ejercicio.

En efecto, no es la fuerza por la fuerza en el sentido físico del término como se indicó anteriormente, la que determina obligatoriedad normativa de los Principios generales del Derecho; sino que se trata de una obligatoriedad derivada del propio contenido del principio en el sentido del poder de imposición inmerso en él, como se hizo referencia igualmente en acápite precedente; sino además, en la aceptación por parte de las conformaciones sociales que le determinan y que le permiten la exigibilidad, pero no solamente a través de la fuerza, ya que puede tener otras variantes, como pueden ser formas de coacción psicológica,

---

<sup>376</sup> La ley colombiana 1437 de 2011 que contienen el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 3, establece los principios que asisten a la actividad de las entidades públicas administrativas; haciendo una consagración amplia de los mismos, con un sentido de universalidad en asuntos de función administrativa, es decir, de Poder Público.

<sup>377</sup> Entiéndase que los principios, contienen regulaciones en el sentido de establecer parámetros de actuación de manera general, pero que son aplicados a las actividades particulares de los órganos de Poder Público, a través de las autoridades de la misma naturaleza.

económica o social por ejemplo<sup>378</sup>.

Esto significa, que la consagración en un texto legal de los principios para darle el carácter normativo, es solo una posibilidad de exigibilidad, ya que los mismos se tornan jurídicos, por el querer de quienes conforman la sociedad y en este caso el Estado de Derecho, en cuanto a estar sometido a normas que los incluyen; es decir, por la aceptación de las estructuras sociales del Estado<sup>379</sup>, que de una u otra manera le otorgan la fuerza de imposición a las normas jurídicas<sup>380</sup>.

Lo anterior es así, ya que los integrantes del grupo social expresan su voluntad para determinar las estructuras estatales y con ellas la fuerza de imposición de las normas, en la medida que su querer es el que está dotado de autoridad para la

---

<sup>378</sup> Bien vale traer a colación en esta parte, lo que expresa el profesor GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias, obra citada, p. 412, al referirse a la utilización de la fuerza y la existencia del Derecho, cuando expresa: *“En el puro estado de naturaleza no hay propiamente ni derecho positivo ni derecho natural, sólo la ley del más fuerte. El derecho sólo cobra sentido y sólo puede cumplir su tarea, precisamente, cuando se sale del más brutal estado de naturaleza”*.

<sup>379</sup> DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia, 3ª reimpresión, Editorial Gedisa, Barcelona España, 2008, p. 37, en referencia que hace de Hart, determina que es el consenso el que otorga obligatoriedad al derecho, es decir a las normas y para nosotros a los principios al tener un carácter normativo. La cita textual corresponde a: *“Hart rechazaba la justificación de Austin de la autoridad legal como un hecho bruto de orden y obediencia habituales. Dijo que los verdaderos fundamentos del derecho yacen en la aceptación de la comunidad de una regla principal fundamental (él la denominó regla de reconocimiento) que asigna a personas o grupos en particular la autoridad para hacer la ley”*. Como se puede observar en referencia a la argumentación que anteriormente hacíamos de la fuerza de obligatoriedad de las normas, estas derivan del ejercicio de autoridad, como lo expresa Hart y por tal razón es que se hace alusión a las autoridades públicas que en ejercicio de Poder Público como expresión del poder político, expiden actos con fuerza obligatoriedad, es decir con poder de imposición, que no es otra cosa que un carácter normativo.

<sup>380</sup> HART, H. L. A. El concepto del derecho, obra citada, p. 125, identifica la regla de reconocimiento con: *“De acuerdo con la teoría criticada en el capítulo IV, los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las ordenes respaldadas por amenazas de la persona o personas, quienes a su vez no obedecen habitualmente a nadie. Para dicha teoría esa situación social es, a la vez, condición necesaria y suficiente para la existencia del derecho”*. Es una aceptación que genera poder de imposición y por tal autoridad.

expedición de las mismas, es decir, para que los actos proferidos tengan fuerza normativa; pero que para el caso de los principios no es absolutamente necesario que estén consagrados en dichos actos, sino que la simple voluntariedad de quienes ejercen el poder y de quienes lo obedecen en el sentido de otorgarles exigibilidad, circunstancia que es lo que les otorga contenido normativo a los mismos.

Pareciera algo muy abstracto, decir que a pesar de que los principios no estén consagrados en norma escrita puedan tener fuerza obligatoria, por el criterio de instrumentalidad que le asiste a las mismas; pero esto no es así, ya que la exigibilidad de aquellos, no depende de la forma de consagración sino del contenido de obligación, es decir, del poder de imposición derivado de actos de autoridad, es decir, de aquellos en que un servidor público tiene la posibilidad de imponerse frente a particulares por ejemplo, sin que sea necesario alguna expresión de voluntariedad del particular, más que su consentimiento en la conformación y ejercicio del Poder Público, pero en nada respecto del acto particular de poder o autoridad<sup>381</sup>.

Bien decía Maurice Hauriou que lo característico de los principios era existir y valer sin texto<sup>382</sup>, es decir, que no necesitaban la instrumentalidad escrita para ser obligatorios y por tal razón para alcanzar fuerza normativa dentro del ordenamiento jurídico, ya que el texto legal puede concretar de algún modo el principio, pero no le da entidad como norma, ya que éste la contiene en sí mismo y

---

<sup>381</sup> Así hablaba el Derecho Administrativo clásico francés respecto de los actos de autoridad, como aquellas imposiciones unilaterales de las autoridades públicas administrativas, sin que fuese necesario la intervención de los particulares para aceptarlos, ya que el consentimiento se otorgaba cuando se conformaba el poder público. En este asunto VEDEL, Georges. Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980; MORAND DEVILLER, Jaqueline. Curso de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

<sup>382</sup> HAURIU, MAURICE. Principios de derecho público y constitucional, Editorial Reus, Madrid, 1927, p. 327.

por tal razón es que es llevado a un texto legal<sup>383</sup>.

Un caso evidente respecto de lo que venimos planteando se encuentra en el sistema jurídico colombiano, cuando se hace referencia al Principio de Confianza Legítima, ya que no se encuentra previsto en un texto normativo, por ejemplo la Constitución de 1991 o la Ley de Procedimiento Administrativo, y sin embargo es de plena aplicación por las autoridades públicas; pero fundamentalmente está dotado de obligatoriedad, es decir, de exigibilidad, sin estar previsto en un texto escrito.

En efecto, el Principio de Confianza Legítima tiene plena fuerza obligatoria sin ser positivizado, sino que a partir del principio de buena fe se ha desarrollado una fundamentación aceptada por el grupo social, adquiriendo fuerza normativa, es decir, obligatoriedad<sup>384</sup>, lo que demuestra que no es absolutamente necesario, la

---

<sup>383</sup> DELPIAZZO, Carlos E. Afirmación y evolución del principio de juridicidad, en Ensayos de Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 204, lo presenta en relación a la expresión de Hauriou de que los principios existen y valen sin texto, de la siguiente manera: *“En efecto, todos tenemos una idea acerca de en qué consiste la igualdad, la seguridad, la buena fe o la transparencia, pero los principios respectivos suelen carecer de definición en el derecho positivo o, en caso de tenerla, la misma no implica su congelamiento o agotamiento ya que la norma positiva puede plasmar un aspecto del principio pero no siempre toda su potencialidad aplicativa, a la vez que no produce una transformación de su esencia sino que seguirán siendo principios generales con independencia del valor y de la fuerza de la norma positiva que los recoja”*.

<sup>384</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado criterios sobre el principio de confianza legítima, como lo hace en sentencia T-424/17 de 4 de julio de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo, al expresar: *“54. Con relación al principio de confianza legítima, esta Corte ha reiterado que es una manifestación de los principios de buena fe (art. 83, C.P.)[44], de respeto por el acto propio y de seguridad jurídica[45]. Puntualmente, la Sala Plena de esta Corporación ha establecido que la confianza legítima se refiere a que:*

*“[E]l Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático”[46].*

*55. Para efectos de dar aplicación al principio de confianza legítima, la Corte ha identificado que*

inclusión en un texto para adquirir un carácter jurídico.

#### **4. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ESTADOS, PODER PÚBLICO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Para nadie es un secreto, que una de las formas de lograr que el Principio de Legalidad opere dentro de la estructura de Estado, es sometiendo al mismo a una normatividad que lo condicione; es decir, estableciendo un conjunto de disposiciones que van determinar toda la actividad estatal, en la medida que cualquier actuación del Poder Público y en tal medida de las autoridades que lo conforman debe ajustarse a lo previsto en las mismas.

En tal sentido, se han concebido diversas formas de someter al Estado a las regulaciones de orden legal en sentido genérico, es decir, a los actos expedidos tanto por las autoridades legislativas, judiciales y administrativas; como se puede observar con la expedición de las leyes por parte del Congreso o Parlamento<sup>385</sup>, las regulaciones que el poder legislativo establece conforman un marco de sometimiento del Estado a la ley, el cual se percibe en todas y cada una de las actuaciones del mismo<sup>386</sup>. En el igual sentido ocurre, cuando las decisiones de los

---

*deben concurrir los siguientes presupuestos: "(i) la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; (ii) la demostración de que el particular ha desplegado su conducta conforme al principio de la buena fe; (iii) la desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la Administración y el particular y, finalmente; (iv) la obligación de adoptar medidas transitorias para que el particular se pueda acomodar a la nueva situación creada por el cambio intempestivo de actitud por parte de la administración"[47].*

<sup>385</sup> El artículo 150 de la Constitución de Colombia contempla la competencia del Congreso para la expedición de leyes; competencia que está igualmente prevista en el artículo 66 de la Constitución Española de 1978 al establecer que las cortes ejercen la potestad legislativa del Estado.

<sup>386</sup> Cuando se expidió la Ley 489 de 1998 el Estado Colombiano se ve sometido a unas prescripciones de contenido obligatorio en asuntos relacionados con la organización y estructura del mismo y en esta medida, instituciones como la delegación, desconcentración administrativa están claramente determinadas por el legislador; de la misma forma ocurre en el sistema jurídico español, con la expedición de la Ley de procedimiento Administrativo, que corresponde a la Ley



jueces representados en las denominadas altas cortes<sup>387</sup>, las cuales profieren decisiones que someten al Estado y su sistema de gobierno<sup>388</sup> y que si no son acatadas se vulnera el orden jurídico<sup>389</sup>, porque tales pronunciamientos hacen parte del sistema normativo y en esta medida son de obligatorio cumplimiento<sup>390</sup>.

Pero dentro de esas formas de sometimiento del Estado a la legalidad en sentido genérico o a la juridicidad como puede indicar alguna doctrina mencionada, se encuentra el de la constitucionalización del mismo y de los sistemas de gobierno, en el sentido de la adopción de una Constitución que lo someta en su actividad.

En efecto, sin entrar a desarrollar criterios de las modalidades o clases de

---

39 de 2015, la cual constituye la referencia de las actuaciones de las administraciones públicas.

<sup>387</sup> En el sistema jurídico colombiano se ha dado la denominación de altas cortes a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, que constituyen los órganos judiciales de cierre en asuntos de Derecho Privado, Derecho Administrativo, Constitucional y Disciplinario respectivamente. Esta denominación se puede evidenciar con el Tribunal Supremo Español o el Tribunal Constitucional.

<sup>388</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha proferido sentencias de tanta importancia como en la que se pronunció sobre la constitucionalidad del plebiscito para la refrendación del acuerdo celebrado entre el Gobierno Colombiano y la organización guerrillera FARC en la Habana Cuba; en efecto, la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-379 de 18 de julio de 2016.

<sup>389</sup> Las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de Colombia contenidas en las denominadas sentencias de unificación son de obligatorio cumplimiento para las autoridades administrativas, porque el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así lo prevé cuando hace referencia a la extensión de la aplicación uniforme de las normas y a la extensión de la jurisprudencia en los artículos 10, 102 y 296 de la Ley 1437 de 2011. En el mismo sentido, el capítulo IX de la Constitución Española de 1978 establece la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional.

<sup>390</sup> En el Sistema Jurídico Colombiano, el artículo 230 de la Constitución establece que los jueces en sus decisiones solo están sometidos al imperio de la ley y que la jurisprudencia es solamente un criterio auxiliar; pero que en los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios se ha dado a la jurisprudencia un valor de obligatoriedad igual que el de la ley. En este sentido ver LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, 2ª ed. Editorial Legis, Bogotá, 2006.

sistemas constitucionales, se ha de indicar, que para nuestro estudio el Estado en sus diferentes actividades está sometido a regulaciones superiores contenidas en una forma instrumental denominada Constitución, la cual que se deriva del ejercicio de un poder del Estado en sus diferentes expresiones, pero que de una u otra forma se expresa en el Poder Constituyente, en la medida que se convierte en la fuente de las normas con tal carácter<sup>391</sup>; que en ocasiones y dependiendo del sistema de gobierno de que se trate puede ser ajeno a dicha estructuración constitucional en una evidencia de aparente contradicción<sup>392</sup>.

Así las cosas, el criterio de un Estado constitucional en el entendido de la expresión del Principio de Legalidad en sentido genérico es de vieja data, ya que ha de entenderse el mismo en las diferentes formas de Constitución, en cuanto al sometimiento del Estado y los poderes político y público a regulaciones normativas con dicho carácter<sup>393</sup>, que constituyen el fundamento del Estado<sup>394</sup> y que se refleja

---

<sup>391</sup> NEGRI, Antonio. El poder constituyente, obra citada, p. 17, quien lo identifica con la fuente de las normas constitucionales, de la democracia y de la política, cuando expresa. *“Hablar de poder constituyente es hablar de democracia. En la edad moderna, ambos conceptos se han desarrollado a menudo paralelamente y han estado insertos en un proceso histórico que, según se acercaba en el siglo XX los ha superpuesto cada vez más. Es decir, que el poder constituyente no ha sido solo considerado la fuente omnipotente y expansiva que produce las normas constitucionales de todo ordenamiento jurídico, sino también el sujeto de esta producción; una actividad igualmente omnipotente y expansiva. Desde este punto de vista, el poder constituyente tiende a identificarse con el concepto mismo de política, en la forma en la cual la política es entendida en una sociedad democrática”*.

<sup>392</sup> *Ibíd*em, p. 17, muestra como algunas formas de Estado y de sistemas de gobierno, dándose una Constitución tratan de estar por encima de ella, generando en nuestro parecer un conflicto de poder político y Poder Público. En efecto, el mencionado autor lo muestra de la siguiente manera: *“Sin embargo, la cosa no es sencilla. El poder constituyente resiste en efecto la constitucionalización: El estudio del poder constituyente presenta, desde el punto de vista jurídico, una dificultad excepcional que concierne a la naturaleza híbrida de este poder... La potencia que esconde el poder constituyente es rebelde a una integración total en un sistema jerarquizado de normas y competencias... siempre el poder constituyente permanece extraño al derecho”*.

<sup>393</sup> Hablar de constituciones implica remontarnos de una manera significativa al sistema jurídico de los estados y de una u otra forma a la noción de Estado de Derecho por el sometimiento a una norma superior con el carácter político y jurídico de subordinación de los poderes de dicho Estado, para que opere de manera adecuada el Principio de Legalidad, en cuanto al sometimiento del político y público a norma superior de carácter fundamental, ya que no se trata

en las concepciones constitucionales denominadas positivistas y neoconstitucionalistas<sup>395</sup>.

En efecto, el sometimiento del Estado y los poderes inherentes al mismo a la Constitución, han ido desde la concepción de un criterio de marcado carácter positivista, en el cual el texto de la Constitución en su propio carácter del contenido que se expresa en la misma, constituye el fundamento de regulación del Estado<sup>396</sup>, hasta los que indican que su contenido se enmarca en principios,

---

simplemente de la existencia de una regulación superior, que puede estar en un plano de desigualdad inferior frente a los poderes antes descritos, como se puede evidenciar en los sistemas de gobierno despóticos, en los que la Administración se superpone a la ley.

<sup>394</sup> MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y otros. Derecho Constitucional General, Universidad de Medellín, Medellín, 2006, p. 157, evidencia a la Constitución en la base del Estado de Derecho y para nosotros en el fundamento del Principio de Legalidad, cuando menciona: *“El Estado de Derecho se define entonces como el ejercicio racionalizado y limitado del poder. Es decir, un Estado que traza límites a los gobernantes y gobernados, que organiza previamente las competencias en los poderes públicos... que busca garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los individuos por encima de todas las demás normas... Aparece entonces necesario el estudio de la Constitución que es lo que comporta una serie de principios y derechos de los individuos al lado de una separación de poderes organizados e identificados por funciones y límites”*.

<sup>395</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, hace una interesante presentación de dos posturas frente al carácter, contenido e interpretación de las normas constitucionales, partiendo de las posturas que sobre el tema hacen los profesores españoles Juan Antonio García Amado y Luis Prieto Sanchís.

<sup>396</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 81, deja ver que el profesor García Amado evidencia el criterio positivista cuando hace una fuerte crítica al neoconstitucionalismo, así: *“Una primera arremetida de García Amado parece dirigirse contra la tesis 3 (la Constitución es omnipresente), 4 (principalista), (se aplica mediante la ponderación), 6 (la negación de la distinción entre el ámbito de la Constitución y el ámbito de la legislación) y 7 (la defensa del modelo argumentativo entre una y otra). Desde este punto de vista, la defensa de estas ideas, que juzga equivocada, deriva de que en el neoconstitucionalismo se confunde lo que la Constitución dice con aquello que los intérpretes dicen que la Constitución dice. A juicio de García Amado, por el contrario, la Constitución sólo dice lo que dicen sus palabras y no también aquello que los intérpretes derivan del texto constitucional. Si esto es así, entonces, sostiene:*

*... tiene sentido la siguiente tripartición de lo decible por la Constitución: a) cosas que la Constitución claramente dice, para mandarlas, prohibirlas o permitir las (p. ej., que está prohibida la pena de muerte en tiempos de paz, art. 15 CE); cosas de las que no dice absolutamente nada (ej: cuantos animales puedo tener en mi apartamento); y c) cosas de las que no sabemos si dice algo o*

valores y derechos fundamentales, que se someten a las interpretaciones que de ella se hagan para establecer el real contenido de la norma superior<sup>397</sup>.

Circunstancia que en nuestro parecer y en cualquier forma constituye expresión del Principio de Legalidad en sentido genérico, ya que en uno u otro evento se trata de regulaciones normativas que condicionan el poder político y el Poder Público dentro del Estado de Derecho; pero que haciendo un análisis de las posturas planteadas por el llamado constitucionalismo positivista y el neoconstitucionalismo, podemos indicar que las constituciones se componen de normas que expresan el contenido de principios y derechos, que han de ser entendidas inicialmente por sus expresiones textuales como lo indica el profesor García Amado, porque el sentido de la misma se ha de determinar por lo que ella misma diga, en la medida de lo que el intérprete pueda indicar, siempre va a estar condicionado por múltiples factores que de alguna manera son de carácter subjetivo, es decir, circunstancias políticas, religiosas, morales, económicas etc., que van a hacer que la interpretación que se realice siempre va a estar sesgada

---

*no, y en su caso qué, pues depende de cómo interpretemos sus términos y enunciados (p.ej., si la pareja estable no casada, o la homosexual, es “familia” o no a efectos de ser creadora de la protección que demanda de los poderes públicos el art. 39 CE”.*

<sup>397</sup> *Ibídem*, p. 79 y en referencia a las posturas del profesor Prieto Sanchís respecto a lo que constituye el neo constitucionalismo expresa: “De acuerdo con Prieto Sanchís, el neoconstitucionalismo se caracteriza por la defensa simultánea de las siguientes tesis atinentes a la Constitución y a su interpretación:

1. *La Constitución es material. Está provista de un denso contenido sustantivo...*
2. *La Constitución es garantizada. Su protección se encomienda a los jueces...*
3. *La Constitución es omnipresente. Los derechos fundamentales tienen una expansión que irradia todo el sistema jurídico...*
4. *La constitución establece una regulación principialista. En este tipo de regulación “se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros.*
5. *La Constitución se aplica mediante la ponderación. La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión...*
6. *Esta concepción de la Constitución implica negar la posibilidad de estructurar un “modelo geográfico” de relaciones entre la Constitución y la legislación, en la cual la frontera entre los derechos fundamentales y la ley aparezca claramente delimitada y existan unos límites infranqueables por el legislador...*
7. *Esta concepción de la Constitución implica, más bien, la existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y al legislación...”.*

por unos intereses particulares.

Pero de todas formas, cuando el texto constitucional no es claro y no se puede establecer su contenido por el mismo, se presenta la necesidad de que el intérprete lo haga, así sea con los múltiples defectos y predeterminaciones que puedan existir y en esa medida, surgen algunos de los postulados que el neoconstitucionalismo prevé; aunque consideramos que las críticas que el profesor García Amado hace son valederas en los asuntos referidos a la omnipresencia de la misma, ya que no es posible regular en un texto constitucional todas las formas subjetivas que se puedan presentar, en la medida que esto es imposible por un sentido práctico; pero además, por la multiplicidad de derechos que han de existir y que el legislador solamente está en capacidad de determinar cuándo realiza los desarrollos constitucionales.

En efecto, hay derechos informáticos por ejemplo, que por los rápidos desarrollos de las nuevas tecnologías no es fácil que estén claramente consignados en la Constitución y en esta medida, es necesario realizar varias cosas, la primera será una interpretación de algunos contenidos de la misma que permite garantizar dichos derechos, teniendo en cuenta los principios contenidos en ella; la segunda, será un desarrollo de la Constitución a partir de sus contenidos, es decir, inicialmente de su texto y en cuanto esto no sea posible, de lo que se permita extraer de la interpretación que se haga<sup>398</sup>.

De la misma manera, nos identificamos con García Amado en lo que hace

---

<sup>398</sup> Pareciera que existe imposibilidad de concordancia entre la interpretación del sentido de la Constitución y los desarrollos de la misma, en la medida que cuando el legislador a través de la ley en sentido formal, es decir, como un acto propio de su competencia, la desarrolla, lo que está haciendo es concreción de un acto de interpretación del texto constitucional que se concreta en la ley; por esta razón, consideramos que la ley no es más que una forma de expresión de la Carta Fundamental o Carta Política como se manifiesta en el sistema jurídico colombiano.

referencia a que la aplicación de la Constitución constituye una forma de subsunción en una norma de un asunto fáctico y que en la denominada ponderación de derechos lo que se hace es un ejercicio de subsunción, además que no tiene nada de objetivo, sino que muestra un alto grado de subjetividad en quien establece las reglas de ponderación, así como en quien las aplica.

En efecto, la ponderación no es más que un ejercicio matemático que se aleja de la racionalidad y que de una u otra manera contiene valoraciones argumentativas que lo enmarcan en la subsunción así como en la interpretación, lo que significa, que los criterios de interpretación previstos por el legislador son los que se han de evidenciar en el caso de la aplicación de la Constitución, ya que las formulas de la ponderación son artificiales en cuando a que están planteadas y condicionadas por ciertos criterios que en última instancia son subjetivos en las argumentaciones que los determinan y por esta razón se tornan frágiles, en la medida que con una adecuada argumentación y justificación será posible establecer distintas reglas de ponderación, lo que hace poco objetiva la noción.

En lo que si presento identificación con los preceptos del neoconstitucionalismo es en la existencia de una configuración de principios y derechos en la Constitución, por cuando considero que a pesar de que el texto constitucional puede incorporar regulaciones particulares en un momento determinado, estas corresponden de una u otra forma a la concreción de los principios o a los derechos incorporados en la propia Carta Fundamental y que como se ha indicado, los principios hacen parte del sistema normativo, estén o no consignados en los textos legales en sentido genérico, en cuanto les asista un carácter de obligatoriedad.

Pero sea cual sea el criterio que se tome, es decir, el del positivismo o el del neoconstitucionalismo<sup>399</sup>, es claro que en el Estado de Derecho tanto el poder

---

<sup>399</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, obra citada, p. 92 se refiere al neoconstitucionalismo, como una forma o

político como el Poder Público deben sometimiento a la Constitución y de esta manera se configura una forma de control de los mencionados poderes<sup>400</sup>, lo que ha llevado a que se le identifique como un Estado constitucional de derecho<sup>401</sup>, en el cual existen unas limitaciones tanto formales como sustanciales para el ejercicio del poder, que se justifican en la necesidad de que opere de forma adecuada la actividad de dicho Estado en sus diversas expresiones, que es lo que garantiza y justifica el modelo de Estado que impera<sup>402</sup>.

---

clase de constitucionalismo que parece no tener identidad o uniformidad, porque muestra la existencias de varias corrientes del mismo cuando dice: *“Desde la utilización inicial por S. POZZOLO, este concepto se ha usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y del otro, para enmarcar las ideas de autores de varias tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí”*.

<sup>400</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y control del poder, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 17, muestra cómo desde tiempo a tras ha existido el control del poder, que para nosotros se determina en el poder político y el Poder Público, por parte de la ley en sentido genérico, es decir para este caso la Constitución, cuando expresa: *“Es un lugar común admitir que desde la Carta Magna Libertatum los poderes reales, salvo en periodos excepcionales, no han decrecido jamás en Gran Bretaña; pero con la aceptación de esa idea general no basta: lo que cualificará el constitucionalismo británico no es solo la limitación del poder, sino el modo de esa limitación. Y ese modo se articulará a través de una diversidad de teorías y soluciones prácticas que pueden resumirse, quizá, en dos vertientes, estrechamente interconectadas: la concepción de la ley como regla general, que obliga a todos y que no puede ser vulnerada en los actos de su aplicación y la concepción pluralista del poder. Ya Bracton, a mediados del siglo XIII, en su De legibus et consuetudinibus Angliae, decía que le rey es frenado por el derecho y la curia”*.

<sup>401</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales, 2ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 107, muestra cómo el Estado sometido a la Constitución se identifica de diversas formas, cuando expresa: *“Como sucede con otras muchas expresiones de uso frecuente en el lenguaje político y jurídico, máxime si aparecen rodeadas de una cierta carga emotiva, Constitución y constitucionalismo presentan una multiplicidad de significados, a veces descriptivos y en no pocas ocasiones valorativos, que ni siquiera es posible clasificar o resumir aquí, pues la literatura pertinente resulta inabarcable; se habla, por ejemplo, del constitucionalismo antiguo y moderno, procedimental y sustantivo, débil y fuerte, de reglas y de principios, de la Constitución como orden o como norma, como catecismo moral o como precepto jurídicamente vinculante, como límite o garantía y como norma dirigente dotada de un impulso de transformación social etc.”*.

<sup>402</sup> *Ibíd*em, p. 149, lo muestra de la siguiente manera: *“Dicho de otro modo, que una cierta idea de Constitución, de norma superior que define y ordena el debate y que establece, entre otras cosas, la propia regla de las mayorías, es consustancial al modelo democrático y que, cuando quiebra aquella, incluso en virtud de una decisión mayoritaria, la propia democracia se resquebraja y, a partir de ese instante, deja de ser argumento en favor de la legitimidad de la ley; para decirlo con palabras de Habermas, que existe un vínculo interno o normativo entre Constitución y democracia”*.

Significa lo anterior, que el Estado de Derecho el cual está sometido a las regulaciones normativas de una Constitución, y las autoridades públicas que ejercen tanto el poder político como el Poder Público en el entendido de la forma en que ha venido siendo planteado en la presente investigación, tienen la obligación de acatar las regulaciones superiores constitucionales, como manifestación de orden dentro de la conformación estatal<sup>403</sup> y para que sus actuaciones tengan el carácter de legales en sentido genérico, válidas y legítimas, por ser el mandato constitucional en la expresión de poder soberano<sup>404</sup>.

Se trata entonces de una legalidad, legitimidad y validez con una característica de formalidad, en cuanto que se refiere al acatamiento y respeto de las normas superiores expresadas en el texto constitucional, sin que se mire el contenido material de las mismas. No es más, que la concordancia con la norma superior de la Carta Política, como una expresión del Principio de Legalidad en la misma referencia que hace el numeral tercero del artículo noveno de la Constitución Española de 1978, que contempla que la Constitución garantiza el Principio de Legalidad y la jerarquía normativa<sup>405</sup>.

Es la expresión del Principio de Legalidad a partir de la jerarquía suprema de la

---

<sup>403</sup> *Ibíd*em, p. 149, lo evidencia, así: “Que la Constitución es una norma suprema significa sólo, y no es poco, que la Constitución no puede ser violada por los poderes públicos”; esto no es más que la expresión del Principio de Legalidad desde la óptica constitucional.

<sup>404</sup> En el texto constitucional colombiano se contempla la supremacía constitucional, cuando el artículo 4 establece que la Constitución es norma de normas y toda incompatibilidad entre cualquier norma jurídica y aquella, prima la norma constitucional; circunstancia que es idéntica en el sistema jurídico español, cuando el artículo 9 numeral 3 establece: “La Constitución garantiza el Principio de Legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>405</sup> Se trata entonces, de una legitimidad y una validez desde la óptica de la legalidad constitucional, que puede referirse al poder (para nosotros involucraría el político y el Poder Público) como lo hace WEBER, Max. Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1997, p. 706.



Constitución dentro del Estado de Derecho, que para alguna doctrina implica un cambio en la estructura de fuentes y la posición de las normas dentro del sistema jurídico, por cuanto la ley con un carácter formal cede su reinado a la Constitución<sup>406</sup> y en esta medida, el principio de reserva de ley pasa a convertirse en el de reserva de Constitución<sup>407</sup>; pero que en nuestro parecer, en realidad no es ningún cambio sustancial en la jerarquía normativa, ya que en ningún momento en la estructura jerárquica normativa la ley en sentido formal y la denominada reserva de ley han estado por encima de la Constitución y de lo que puede identificarse como reserva de Constitución<sup>408</sup>.

En efecto, la supremacía de la Constitución ha sido incuestionable dentro de los sistemas jurídicos de los estados de derecho, en cuanto a que dentro de la ley en el sentido genérico del cual hemos venido hablando se prevea la existencia de la misma; es decir, que de coexistir actos denominados leyes con el criterio de los proferidos por el Parlamento y constituciones en sus diferente modalidades de adopción, siempre han prevalecido estas últimas y las normas que en ella se

---

<sup>406</sup> WALH, R. Der Vorrang der Verfassung, en Der Staat, vol. 20, p. 485, en cita que hace PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional, serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66, lo muestra de la siguiente manera: *“La primacía de la ley cede su puesto a la Constitución (Vorrang der Verfassung), que como cúspide de la pirámide jurídica y norma máxima del ordenamiento jurídico, garantiza la conformidad a su contenido de todas las normas restantes y la consiguiente nulidad de las que la contradicen”*.

<sup>407</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional, serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 71 expresa: *“Por todo ello, la ‘reserva de ley’ ha dejado de ser una garantía para regulares status normativo de las cuestiones jurídicas básicas y es preciso reemplazarla por la ‘reserva de constitución’. La ‘reserva de constitución’ no implica que el legislador ordinario usurpe el papel que incumbe al constituyente, ya que - como advirtió nuestro Tribunal Constitucional - “lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso de que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente”*.

<sup>408</sup> La reserva de ley implica, que algunos asuntos están regulados exclusivamente por una ley que para el caso que nos ocupa sería en sentido formal, como el acto expedido por el parlamento a través de los procedimientos previstos para la expedición de una ley; por el contrario, la reserva de constitución hace alusión a los asuntos regulados por la propia Constitución.

contienen. Circunstancia diferente es que dentro de la diversidad normativa (pluralismo jurídico) que se presenta hoy en día en el Estado de Derecho, existen normas que teniendo rango constitucional no se encuentran dentro del texto de la Constitución, pero que no pueden estar por encima de la misma, sino que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad<sup>409</sup>.

Implica lo dicho, que el Principio de Legalidad expresado en la constitucionalización del Estado y los sistemas de gobierno, constituye una forma de condicionamiento del ejercicio del poder político y el Poder Público a partir de las normas de carácter constitucional y que en esta medida, las autoridades públicas deben sometimiento a las mismas en primera instancia y luego a las demás, de acuerdo a la jerarquía normativa de la ley y los actos administrativos respectivamente<sup>410</sup>; pero en cualquier caso, se trata de la aplicación u operación del mentado principio, en que el Estado, los poderes a que se ha hecho referencia y las autoridades públicas están sometidas o regidas por normas con un carácter jurídico<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional, serie teoría jurídica y filosofía del derecho, obra citada, p. 64, se refiere al pluralismo jurídico en los siguientes términos: “El pluralismo jurídico implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley. En los ordenamientos jurídicos actuales se alude a una explosión del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno, autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción)”.

<sup>410</sup> No se olvide que en la escala normativa de Merkl o de Kelsen, la Constitución está en la cúspide de la pirámide, luego la ley en sentido formal y por último los actos administrativos; siendo pertinente hacer precisión en el sentido de que existen varias clases de leyes de distinta jerarquía, así como de actos administrativos.

<sup>411</sup> Con CALVO GARCÍA, Manuel. Transformaciones del Estado y del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 58, quien refiere: “En el ‘Estado de Derecho’, la aceptación de la ley supone la aceptación de las actuaciones de quienes ejercen el poder según la ley. Como consecuencia, paralelamente, el modelo de organización jurídico-político basado en el ‘imperio de la ley’ conlleva el sometimiento de los poderes del Estado y, en particular, de la Administración a un régimen de control a partir de normas jurídicas”. En este caso hay que indicar, que entiendo por imperio de la ley, como el sometimiento del Estado y los poderes que corresponden al mismo, en primer lugar a la Constitución y luego a la ley en sentido formal como acto del parlamento

Como se puede observar, la constitucionalización de los estados, implica una clara muestra de la expresión del Principio de Legalidad, en cuanto a que la Constitución en su contenido de normas ya sean principios, reglas o valores de una u otra forma contienen regulaciones normativas de obligatorio cumplimiento, que van a determinar, condicionar, obligar, subordinar al Estado, los poderes dentro del mismo, es decir, para lo que venimos analizando el poder político y el Poder Público, así como la actividad de las autoridades que los ejercen, sin importar la naturaleza que se le pueda dar a la norma constitucional.

En efecto, como se ha podido percibir de lo analizado anteriormente, existen dos posturas claramente visualizadas respecto del carácter y contenidos que se pueden encontrar en las constituciones actuales para configurar un Estado de Derecho y de esta manera nos encontramos frente a las constituciones modernas o contemporáneas que para algunos conforman el llamado neoconstitucionalismo, como criterio diferenciador del supuesto viejo constitucionalismo, que a aparentemente se sustentaba en textos normativos positivistas, pero que no preveía sustentos en valores y derechos fundamentales a través de la consagración de principios<sup>412</sup>.

---

o el legislativo y en última instancia a los actos administrativos; pero que en cualquier caso se trata del concepto de ley o legalidad en sentido genérico, el cual involucra a todos ellos.

<sup>412</sup> En efecto el neoconstitucionalismo propugna por contenidos constitucionales a través de principios, derechos fundamentales y valores que permiten la interpretación de la Constitución, en la cual, los valores consagrados en la misma permiten determinar su sentido yendo más allá del simple texto y en estas circunstancias, los principios que en ella se consagran son objeto de ponderación para efectos de su aplicación que de una u otra manera irán a permitir la protección de los derechos fundamentales previstos en la consagración constitucional. En este aspecto ver entre otros: ALEXY, Robert. Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003; ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008; BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho,

Argumentos que sin entrar a realizar una discusión a fondo sobre los mismos, en nuestro parecer no son de total recibo, en cuanto a que dichos preceptos constituyan una novedad en el contenido de las nuevas constituciones, ya que los podemos encontrar en los textos de las Cartas Políticas precedentes y de vieja data como ocurre en el sistema jurídico español,<sup>413</sup> o en el colombiano<sup>414</sup>; pero que sin embargo para nuestra investigación sí nos permite indicar, que se trata de normas de rango superior que hacen parte del contenido del Principio de Legalidad que somete el poder político y el Poder Público dentro del Estado de Derecho.

---

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009; BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales, 2ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2009.

<sup>413</sup> El profesor GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias: Nuevos ensayos de filosofía jurídica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 137, haciendo referencia a los valores normativos supuestamente consagrados en las constituciones modernas dice: *“Limitados a este aspecto, la novedad es escasa. En España, y a la Constitución de 1812, la Constitución de Cádiz decía en su artículo 6º que: “El amor a la patria es una de las primeras obligaciones de todos los españoles y así mismo el ser justos y benéficos”. Y el artículo 14, por poner solo otro ejemplo, establecía que “El objeto del Gobierno es la felicidad de la nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen”.*

<sup>414</sup> Las constituciones colombianas han sido reiterativas en la consagración de principios, valores y derechos fundamentales; solo para tomar una muestra de ello hago referencia a la Constitución de Cundinamarca de 1811 que en el Título XII establece los derechos del hombre y del ciudadano y en el artículo 1 dice: *“Los derechos del hombre en sociedad son la igualdad y libertades legales, la seguridad y la propiedad”*; por su parte la Constitución de 1830 en el artículo 139 establece el derecho a la igualdad que se constituye en fundamental cuando establece: *“Los colombianos son de tal modo iguales ante la ley, que su disposición sea que proteja o castigue, es una misma para todos, y les favorece igualmente para la conservación de sus derechos”*; y si se observa lo consagrado en la Constitución de 1886 que antecedió a la actual Constitución de 1991, en el artículo 22 se contempló que en Colombia no habría esclavos y en el artículo 30 prescribió que no habría pena de muerte por delitos políticos, que en argumentación de neoconstitucionalismo, implicarían derechos fundamentales, principios y valores, que fueron consagrados en el siglo XIX en algunas de las constituciones proferidas en el territorio colombiano.

La pregunta que habría que hacerse, es por qué las normas de carácter constitucional tienen una jerarquía superior a las demás, es decir, a las de orden legal en sentido formal y a las de carácter administrativo y la respuesta en principio se podría evidenciar si nos encontramos o no frente a criterios de neoconstitucionalismo o en circunstancias del viejo constitucionalismo, si es que se puede llamar así.

En efecto, tengo que decir, que la distinción tan radical entre viejo y neo constitucionalismo no puede ser excesivamente estricta, porque muchos de los contenidos de las constituciones actuales ya habían sido previstos en las constituciones preexistentes a la nueva corriente<sup>415</sup>, como es el caso de la referencia a los valores, principios y derechos fundamentales contemplados en los textos constitucionales; lo que sucede es que la interpretación de la Constitución tiene fundamentaciones distintas a partir de contenidos, que si bien no son idénticos, si son de una fuerte similitud.

Es obvio, que las constituciones adoptadas antes del denominado neoconstitucionalismo, corresponden a formas de pensamientos políticos y jurídicos de carácter particular, que se pueden especificar respecto de los actuales; pero que no se trata de contenidos materiales totalmente distintos, sino que por el contrario mantienen una reconocida similitud, como en los eventos ya

---

<sup>415</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre el neoconstitucionalismo y sus repercusiones, en *El derecho y sus circunstancias: Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 131 a 168, hace un detallado estudio del neoconstitucionalismo y encuentra con gran claridad, que muchos de los conceptos que en esta corriente (que por demás no es muy uniforme, sino que se compone de diversidad de criterios, dependiendo del doctrinante de que se trate), ya se encontraban en el contenido de constituciones anteriores y que por tal razón la novedad no es tanta como se pretende argumentar, en el sentido de que se trata de un sistema jurídico constitucional significativamente alejado del positivismo, ya que en las constituciones modernas o contemporáneas teniendo en cuenta nuestro parecer, existe una expresa refrendación positivista.

mencionados anteriormente.

Es claro que las normas constitucionales tienen jerarquía superior frente a las demás normas dentro del ordenamiento jurídico<sup>416</sup>, por circunstancias muy diversas, que van desde la tradicional sustentación de ser la expresión de la soberanía popular<sup>417</sup>, conformación del Estado, así como criterios políticos, filosóficos, de justificación del poder y en última instancia de acto proferido por quien tiene la competencia para expedir una Constitución; pero que en cualquier caso, considero que corresponde a la noción y expresión de la ley en sentido genérico.

Lo anterior es así, que desde la concepción Roussoniana de la ley, se evidenciaba que la misma correspondía a la expresión de la voluntad general del pueblo, en un evidente ejercicio de poder que no es más que expresión de soberanía<sup>418</sup>; el cual

---

<sup>416</sup> Las regulaciones contenidas en la Constitución tienen el carácter de normas, porque las mismas implican obligatoriedad, exigibilidad; lo que constituye un atributo que es intrínseco a ellas mismas y en tal razón, generan imposición respecto de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico.

<sup>417</sup> HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio. Bloque de constitucionalidad en Colombia: Jurisprudencia y doctrina, Editorial Académica Española, 2012, p. 63; muestra cómo el fundamento de la Constitución como norma de normas, encuentra su reconocimiento en la soberanía del pueblo y por tal razón, al ser una norma con carácter jurídico de rango superior, puede hacerse efectiva. En efecto el profesor Higuera dice en la p. 64: *“Su creación va más allá de la simple teoría declarativa, por el contrario se pretende regular el poder político; teniendo en cuenta que la Constitución Política es una auténtica norma jurídica de rango superior llamada a hacerse efectiva, y como consecuencia en caso de incumplimiento o vulneración de sus preceptos, deben existir instituciones encargadas de velar por su consecución y aplicación de las respectivas sanciones jurídicas derivadas de su incumplimiento”*.

<sup>418</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social, Edimat Libros, Madrid, 1999, p. 82; en cita que hace MANTILLA CORREA, Andry. Notas sobre la ley y el Principio de Legalidad en el ordenamiento jurídico cubano, en Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo - VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 413, expresa: *“Mediante el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político: se trata ahora de darle movimiento y voluntad mediante la legislación...”* luego añadiría (ob, cit., p. 83: *Las leyes no son propiamente sino las condiciones de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser su autor; solo a los que se asocian corresponde regular las*

se refleja en el Poder Constituyente, en cuanto a quien corresponde determinar la normatividad del Estado en su expresión fundamental, es decir, en lo referente a las regulaciones de poder político y de Poder Público en la manifestación de aquel; a pesar de que alguna doctrina sea del criterio de no identificar la soberanía y el Poder Constituyente<sup>419</sup>; pero que en nuestro parecer es todo lo contrario, porque el Poder Constituyente es consecuencia de la soberanía, en el sentido de ese otro poder que tiene el pueblo de autodeterminarse, es decir, de autorregularse por una Constitución, lo cual realiza a través del Poder Constituyente<sup>420</sup>.

Considero que el razonamiento de la posición doctrinaria que indica que el Poder Constituyente no está precedido de ningún otro poder, como lo planteamos en el inicio de esta investigación tiene alguna limitación, puesto que deviene del poder

---

*condiciones de la sociedad*". Las expresiones de Rousseau, muestran claramente el poder de quienes se involucran en el pacto social para otorgarse regulaciones que rijan el mismo, las cuales se expresan en la ley, que involucra a la Constitución en cuanto una de sus modalidades.

<sup>419</sup> NEGRI, Antonio. El poder constituyente - Ensayo sobre las alternativas de la modernidad, obra citada, p. 42; presenta criterios de antagonismo entre soberanía y poder constituyente, cuando dice: *"Pero ¿no hay verdaderamente otra línea de pensamiento que pueda hacer valer la radicalidad del principio constituyente sin ahogarlo en el filisteísmo de la tradición de la ciencia jurídica?. Al intentar una respuesta, nosotros partimos de una convicción- que intentaremos en el curso de nuestro trabajo de confirmar históricamente y de construir teóricamente - y es que la verdad del poder constituyente no es la que (cualquiera que sea el modo) puede serle atribuida por el concepto de soberanía...Cuando el poder constituyente pone en funcionamiento el proceso constituyente, toda determinación es libre y permanece libre. La soberanía, por el contrario, se presenta como fijación del poder constituyente, luego como término de él, como agotamiento de la libertad de que es portador...En consecuencia, el concepto de soberanía y el de poder constituyente representan una absoluta contradicción"*.

<sup>420</sup> El propio Antonio Negri en la obra que hemos citado, en la p. 24 se pregunta qué es el poder constituyente y responde: *"Es la fuente de producción de normas constitucionales, o bien el poder de hacer una constitución y de dictar después las normas fundamentales que organizan los poderes del Estado; en otros términos el poder de instaurar un nuevo ordenamiento jurídico, esto es, de regular las relaciones jurídicas en el seno de una nueva comunidad"*. Respuesta que no aleja al poder constituyente de la soberanía, ya que el poder en cuanto a la capacidad de establecer un ordenamiento jurídico se deriva de la existencia de soberanía, es decir, de otro poder que radica en el pueblo de forma directa y como consecuencia de su configuración como grupo social en primer lugar y posteriormente en una estructura estatal.

soberano del pueblo que constituye el resultado de su voluntario deseo de organización como forma social primero y posteriormente como Estado y ahora en su carácter de Estado de Derecho<sup>421</sup>.

Así las cosas, no debería concebirse la existencia de un Poder Constituyente que proceda de la nada, cuando el mismo es la consecuencia de la organización del pueblo que deriva en estructuras sociales y estatales; circunstancia que implica la preexistencia de dichas organizaciones, pero que el Poder Constituyente a través de la Constitución regulariza o formaliza jurídicamente las mismas, como consecuencia de la propia voluntariedad de quienes las integran.

En otro sentido y siguiendo con la argumentación de por qué las normas constitucionales tienen jerarquía superior a las demás normas jurídicas, es preciso hacer referencia al criterio que mencionábamos anteriormente de la conformación del Estado; el cual implica que en la estructura estatal, una de las formas que la determina se encuentra evidenciada en el Poder Constituyente, en la medida que una vez configurada la mencionada estructura, es necesario como lo indicamos en acápite precedente, otorgar una formalización o regulación jurídica sustancial a la misma, lo cual se logra con la adopción de normas con rango superior, las cuales se encuentran en el texto de una Constitución.

Una vez que se ha determinado la conformación estatal, lo cual hace el pueblo en un estado más avanzado que la de un simple grupo social, como consecuencia de su poder soberano, es establecer la regularización normativa; que igualmente es producto de dicha potestad de soberanía, la cual se expresa a través de otro

---

<sup>421</sup> RAWLS, John. *Theory of Justice*, Cambridge, Mass, 1971, trad. it Milan 1982, p. 171 y ss, en cita que hace NEGRI, Antonio. *El poder constituyente: Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, obra citada, p. 23; menciona: *“El considera efectivamente poder constituyente dentro de una secuencia que ve aquel principio colocarse en un segundo estadio, después de un primer estadio originario en el que se realiza el acuerdo contractual sobre los principios de justicia, y antes de un tercer y cuarto estadio que ven respectivamente la posición de mecanismos y de jerarquías legislativas y la ejecución de la ley”*.



poder como es el constituyente, que en nuestro parecer es derivado del ejercicio de la soberanía del pueblo, porque una vez conformado el Estado se solidifica en conceptos como el de Nación y en esta medida ejerce el poder de otorgarse una Constitución<sup>422</sup>; que es la que contiene las regulaciones de conformación de dicho Estado y en esta medida sus normas van a tener fuerza superior de obligatoriedad respecto de las demás, por tratarse de aquellas que constituyen la sustentación normativa de existencia del mismo.

De la misma manera, existen criterios políticos y filosóficos en la determinación de la jerarquía superior de las normas constitucionales, porque es claro que las normas jurídicas no están en un plano de igualdad, como consecuencia de las formas políticas y de los modos o posturas de pensamiento filosófico<sup>423</sup>. En efecto, en muchas ocasiones las normas constitucionales lo que hacen es justificar el ejercicio del poder político y por tal razón, el rango superior está determinado por contenidos de sustentación del mismo, es decir, que el texto constitucional lo que hace es reflejar el sistema de gobierno imperante; por tal razón, la idea de constituciones autoritarias o democráticas por ejemplo<sup>424</sup>.

---

<sup>422</sup> COLÓN RÍOS, Joel I. La constitución de la democracia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 90, en referencia que hace de Sieyés, identifica el poder de otorgarse una Constitución con la Nación y en esta media podemos decir, que las normas contenidas en ella expresan al conformación del Estado, por ser ella uno de sus elemento; en el profesor Colón Ríos dice: *“La primera elaboración de la distinción entre poder constituyente y poder constituido es atribuible a Sieyés, y está contenida en su influyente ¿Qué es el Tercer Estado. Allí Sieyés identificó la nación como único titular legítimo del poder constituyente y, en consecuencia, como poseedora de la facultad de adoptar una constitución para Francia”*.

<sup>423</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis. Jerarquías normativas y dinámicas de los sistemas jurídicos, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 136, en cita que hace de Hernández Marín Carlos, es partidario de que las normas jurídicas no están en el mismo nivel de jerarquía al expresar: *“Quizá ninguna tesis filosófico - jurídica (no trivial) haya alcanzado tanta difusión y aceptación, al menos en el siglo XX, como la tesis de que no todos los enunciados jurídicos están en el mismo plano, de que los enunciados jurídicos están jerarquizados de tal modo que existen enunciados jurídicos que son superiores a otros”*.

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 136 en el pie de página 1 expresa por ejemplo: *“Tarello ha sostenido que la noción de jerarquía normativa está históricamente ligada en sus orígenes a las doctrinas que han dado cobertura teórica a la monarquía absoluta, según las cuales el derecho es el mandato explícito o implícito, inmediato o mediato, directo o indirecto del soberano, de forma que, en caso*

En igual sentido, la superioridad de las normas constitucionales se evidencia teniendo en cuenta las corrientes filosóficas que asisten las estructuras del Estado; circunstancia que tiene que ser sustancial al Estado de Derecho y a los sistemas de gobierno que se pueden dar dentro del mismo, ya que las corrientes de pensamiento filosófico son las que los inspiran y en tal razón determinan los contenidos normativos constitucionales.

No es un secreto, que la política y las estructuras estatales son determinadas por argumentaciones filosóficas, ya que el poder en el Estado, es decir, el poder político y el Poder Público son consecuencia de las formas de pensamiento filosófico; por tal razón, una Constitución absolutista<sup>425</sup> o una democrática<sup>426</sup> tienen

---

*de conflicto entre distintas normas debe prevalecer aquella que haya sido dictada por una autoridad más próxima al soberano en la cadena de delegación de poder”.*

<sup>425</sup> ARROYO FERNÁNDEZ, Miguel. Diccionario de escuelas de pensamiento o ismos, Ediciones Alderaban, Madrid, 1997, p. 11-12, lo muestra así: *“Reciben el apelativo de absolutistas aquellas formas de gobierno en las cuales una persona o un grupo cuenta con todo los mecanismos de poder, y puede por tanto ejercerlo de modo absoluto... En el siglo XVII las monarquías absolutas estaban ya fuertemente consolidadas, y avaladas desde el punto de vista del derecho por el iusnaturalismo racionalista de Thomas Hobbes. Para justificar la concentración del poder en torno al rey, Hobbes hacía el siguiente razonamiento: los hombres, que son seres dañinos y egoístas por naturaleza, decidieron en cierto momento histórico organizarse como Estado en un contrato social, con el fin de superar la situación de violencia y de terror en que vivían; con ese contrato social delegaron su poder en la monarquía...”*.

<sup>426</sup> En la democracia por el contrario, lo que opera es la decisión voluntaria de la mayoría en la conformación de dicho sistema de gobierno y en esta media, la superioridad de las normas constitucionales se determina por criterios filosóficos como el del racionalismo por ejemplo, que para el caso específico traigo la referencia a Karl Popper, quien después de haber sido partidario del Marxismo, termina convenciéndose que el mejor sistema político de gobierno es el democrático, sustentándolo en sus conocidas posturas filosóficas del método y el error, como lo muestra MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis. Racionalismo crítico, humanismo y democracia, cuando alude: *“Respecto a la caracterización de la democracia, Popper parece estar totalmente convencido. « Personalmente, dice, prefiero llamar democracia al tipo de gobierno que puede ser desplazado sin violencia y tiranía al otro» (Popper, K. R. Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico. 2ª ed. Barcelona: Paidós, 1983, p. 404). En definitiva, sería aquel tipo de gobierno que puede ser desplazado mediante el método de «ensayo» y «error» es decir, mediante la fuerza de la crítica y la argumentación sin necesidad de recurrir a la violencia”*. En este caso y siguiendo a Popper, la voluntad en la conformación política a que hice referencia como característica de la democracia, la

una fundamentación epistemológica distinta desde el punto de vista de la sustentación del pensamiento filosófico de las mismas.

Finalmente y en referencia a las razones que sustentan la superioridad de las normas contenidas en la Constitución, me parece procedente hacer referencia a la postura que hace alusión, de que se trata de actos proferidos por quien tiene la competencia para expedir una Constitución, es decir, a un criterio orgánico y formal en la producción de las regulaciones constitucionales, como ocurre en primer lugar con el constituyente y las referencias que se han hecho anteriormente; pero además, a las diversas formas en que es posible adoptar y reformar normas con dicho carácter de superioridad frente a las leyes en su naturaleza formal y a los actos administrativos.

En el sistema jurídico colombiano por ejemplo, la Constitución Política de 1991 establece las distintas opciones de modificar la Constitución<sup>427</sup>, circunstancia que es idéntica en el orden jurídico de España<sup>428</sup>; pero que en cualquier caso, se trata de unas formas y unas formalidades especiales y en nuestro parecer más exigentes a las que se pueden dar en la expedición de las leyes en sentido estricto y a los actos administrativos.

Sin que sea necesario identificar los procedimientos para la expedición y reforma

---

encontramos en la posibilidad de criticar y contraargumentar para lograr el consenso, que según Él no sería definitivo sino susceptible de perfeccionar, a través de los cambios en el gobierno y en el sistema democrático. Pero la superioridad de las normas constitucionales se fundamenta, en la necesidad de garantizar la libertad del acuerdo de la mayoría del pueblo en determinar dicho sistema de gobierno.

<sup>427</sup> El Título XIII de la Constitución Colombiana de 1991 en el artículo 374 consigna: *“La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”*.

<sup>428</sup> Por su parte, el Título X de la Constitución de España de 1978 en los artículos 166 y siguientes, contempla el procedimiento para la reforma de la Norma Superior.

de la Constitución, se debe indicar, que la naturaleza e importancia de las normas que ella contiene, hace que los mismos tengan ritualidades, es decir, formalidades de naturaleza especial que como se indicó se hacen más exigentes a los de la producción de las demás normas jurídicas; pero además, la instrumentalidad de las mismas también tiene su particularidad, en el sentido de la forma de presentación de la norma constitucional.

Pareciera que se trata de un aspecto poco importante en la determinación de la superioridad de las normas de carácter constitucional dentro del sistema jurídico; pero esto no es así, ya que el procedimiento de formación normativa es de tanta importancia que en el sistema de derecho colombiano se ha consagrado como un derecho fundamental, por ser la expresión de un principio de vital importancia en la actuación del Estado, como es el del debido proceso<sup>429</sup>.

## **5. LAS POTESTADES PÚBLICAS SOMETIDAS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Una de las formas de mayor expresión del poder político y el Poder Público se refleja en el ejercicio de las potestades de que están investidas las autoridades del Estado, porque muestran un plano de desigualdad superior frente a los particulares, con el fin de garantizar el interés general y en esta medida el bienestar de la comunidad<sup>430</sup>.

---

<sup>429</sup> El artículo 29 de la Constitución de 1991 de la República de Colombia expresa: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.*

<sup>430</sup> En la concepción clásica del sistema jurídico francés por ejemplo, se concibieron dos clases de actos, así: los actos de gestión en los cuales la

Las potestades públicas han de entenderse como poderes unilaterales de las personas jurídicas del Estado, que por regla general están representadas por autoridades del mismo orden y que las ejercen a través de procedimientos previamente establecidos por la ley en sentido genérico, en la medida que en nuestro parecer no existen actos discrecionales o si llegan a existir, lo será de una forma muy limitada porque toda actuación de Poder Público está restringida por el Principio de Legalidad., como se expresa en detalle en el título final de esta investigación.

En efecto, si se analiza la norma de procedimiento administrativo tanto en el sistema jurídico colombiano como español, se puede encontrar que el Principio de Legalidad y la superioridad normativa es evidente, en la medida que determinan toda la actividad de las autoridades públicas y en última instancia, las expresiones de voluntad que se pueden evidenciar en dichas actuaciones no corresponden a las mencionadas autoridades sino a la ley.

---

Administración Pública y los particulares se encontraban en un plano de igualdad en la medida que realizaban acuerdos a través de los llamados contratos, que en dicha regulación en principio se les aplicaba el derecho privado; por el contrario, como una forma de expresar el poder del Estado y la Administración Pública, se institucionalizaron los denominados actos de autoridad a través de los cuales una autoridad administrativa ejercía un poder unilateral y se imponía frente al particular sin tener que buscar su aceptación o voluntariedad, dando lugar a los denominados actos administrativos, que en nuestro parecer constituyen una clara expresión de potestades públicas. MORAND DEVILLER, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 23, lo muestra de la siguiente manera: *“Durante el transcurso del siglo XIX surge una orientación, sistematizada por la doctrina (cfr. Laferrière, Barthélémy), que reposa en la distinción entre los actos de autoridad, en los que se manifiestan las prerrogativas de potestad pública de la administración, y los actos de gestión, ejecutados por ella en las mismas condiciones que los particulares. Los primeros requieren la competencia del juez administrativo, los segundos la del juez ordinario.*

*Posteriormente, el criterio de la potestad pública, al cual la escuela de Tolosa, liderada por Maurice Hauriou, daba la más grande importancia, fue presentado como justificativo de las prerrogativas exorbitantes conferidas a la administración para hacer triunfar el orden público y el interés general sobre los intereses particulares”.*

El Código de Procedimiento Administrativo Colombiano<sup>431</sup>, establece trámites específicos para la formación de las expresiones de voluntad que tradicionalmente se han atribuido a las autoridades públicas en ejercicio de Poder Público, pero que en estricto sentido corresponden a la ley. En efecto, la parte primera del mencionado Código contempla en principio que las actuaciones son regladas y que una vez se hayan surtido se tomarán las decisiones que correspondan<sup>432</sup>; significando lo anterior, que el formalismo o ritualismo en el ejercicio del Poder Público administrativo, no es más que el reflejo de la supremacía del Principio de Legalidad en la expresión de las potestades públicas, como es el caso de los actos administrativos que son los que por regla general culminan las actuaciones en ejercicio del Poder Público derivado del poder político<sup>433</sup>.

Cuando existe una norma superior que condiciona y determina un procedimiento de Poder Público, lo que se está reflejando es la supremacía normativa de la cual se ha venido indicando; pero además y adentrándonos en la materialización del mismo, es decir, en el resultado de la actuación que no es otro que el acto administrativo, se puede expresar que en estos casos no existen expresión de voluntad de las entidades o administraciones públicas a través de las autoridades

---

<sup>431</sup> La Ley 1437 de 2011 contiene en su primera parte la regulación del procedimiento administrativo, es decir, de las actuaciones que se surten ante las autoridades administrativas; constituyendo un procedimiento administrativo general y en cierta medida residual, por cuanto existen trámites especiales que se surten de preferencia y solamente se acude a la mentada ley en casos de no existir norma especial.

<sup>432</sup> El artículo 42 del Código de Procedimiento Administrativo Colombiano establece: *“Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.*

*La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”.*

<sup>433</sup> Las potestades o poderes unilaterales de las autoridades públicas se reflejan por regla general en los denominados mecanismos de actuación de la administración, dentro de los cuales y con especial preponderancia se encuentran los actos administrativos; que en principio son reglados, porque existen regulaciones legales que los determinan tanto en su formación como en su instrumentalidad.

de la misma naturaleza, sino de la ley que es la que ha determinado la actuación y la decisión; en esta medida, es ella la que ha presentado o consignado voluntad<sup>434</sup>.

A pesar de que la norma de procedimiento administrativo colombiana, contempla la existencia de actos discrecionales y que podría parecer que en este evento la manifestación de voluntad de Poder Público en ejercicio de una potestad de tal naturaleza corresponde a la Administración; debo que indicar, como lo expresé anteriormente, que el Principio de Legalidad condiciona normativa y fácticamente la actuación, por lo que en mi concepto tampoco existe manifestación de voluntad de la autoridad administrativa sino de la ley en sentido genérico<sup>435</sup>.

En el procedimiento administrativo español, las actuaciones de las administraciones públicas también son ritualizadas, en la medida que la ley de procedimiento administrativo determina cada uno de los trámites que se deben

---

<sup>434</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del acto administrativo, Editorial Iustel, Madrid, 2005, p. 51, muestra que la voluntad que se expresa en los actos administrativos es la de la ley y no de las Administraciones Públicas, cuando dice: *“La única voluntad que manifiestan los actos administrativos es la voluntad de la Ley, que la Administración debe cumplir estrictamente, con independencia que la similitud de su contenido - un mandato o regulación- con el que es propio de los negocios jurídicos haga conveniente distinguirlos de otro tipo de manifestaciones de la Administración que no alteran ningún tipo de relación jurídica (por ejemplo, aquellos actos que solo acreditan un hecho). Pero en los actos administrativos no se ejercita un supuesto poder administrativo de autoconfiguración, que no existe, ni puede existir, al estar sometida la Administración al Principio de Legalidad y carecer de otra voluntad que la de la ley, aun disponiendo en ocasiones de un margen de decisión para poder alcanzar el objetivo de interés público fijado en el caso”*.

<sup>435</sup> El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 que como se ha dicho contiene el Código de Procedimiento Administrativo de Colombia expresa: *“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”*. Como se puede observar, el artículo transcrito hace referencia a la primacía de la legalidad en las actuaciones que denomina discrecionales, lo que implica que es la expresión de voluntad de la ley la que se contienen en las mismas; pero que además, dejan de ser discrecionales cuando están sometidas a la legalidad.

surtir en las actividades administrativas de Poder Público<sup>436</sup>; lo que se evidencia en lo previsto en el artículo primero que hace referencia al objeto de la misma y que se concreta en los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos y los procedimientos para la formación de los mismos<sup>437</sup>.

Pero en algunas actividades de Poder Público se refleja con mayor claridad el asunto que nos ocupa, como es el caso de la contratación del Estado, donde la sujeción de la actividad de la Administración al Principio de Legalidad y al sub principio de la habilitación legal, son más que evidentes como se detallará en acápite posterior; lo anterior es así, en la medida que el legislador tanto en España como en Colombia ha regulado minuciosamente dicho procedimiento administrativo, sin dejar a la voluntad de las autoridades públicas la toma de decisiones que puedan condicionar dicho procedimiento administrativo.

En efecto, en el sistema jurídico español<sup>438</sup> así como en el colombiano<sup>439</sup> existe una ley de contratos públicos que regula toda la actividad de las autoridades administrativas en este campo, sin dejar que la denominada expresión de voluntariedad de quienes participan en los contratos del Estado determine dicho

---

<sup>436</sup> En efecto, la Ley 39 de 2015 constituye la norma de regulación de los procedimientos administrativos en el sistema jurídico español.

<sup>437</sup> El artículo sexto de la Ley Española de Procedimiento Administrativo dice: *“Artículo 1. Objeto de la ley.*

*1. La presente Ley tiene por objeto regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria.*

*2. Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”.*

<sup>438</sup> La regulación de contratos públicos de España está contenida en la Ley 9 de 2017.

<sup>439</sup> En el Derecho Colombiano, el denominado Estatuto de Contratación Público corresponde a la Ley 80 de 1992, modificada por la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015.



procedimiento administrativo, evidenciando que es la sujeción normativa como expresión del Principio de Legalidad la que condiciona la formación, celebración y ejecución de los acuerdos contractuales.

No es posible que una autoridad pública tome decisiones dentro de un procedimiento de contratación sin que estén previamente condicionadas por la ley, en la medida que la regulación de los contratos del Estado ya ha previsto la regla que se debe cumplir en cada uno de los trámites que se surten dentro del mismo y no se le permite al servidor público y mucho menos al particular expresar una voluntariedad en sentido contrario; más aún, no le es dable sustraerse a lo que la norma prevé<sup>440</sup>.

Podrían existir casos en que aparentemente una autoridad pública toma una decisión y de esta manera, se puede tratar de ver un contenido de voluntariedad en el acto, como evento en la planeación de un contrato o las especificaciones de un pliego de condiciones en cuanto al término que se tendría para que una vez adjudicado, se pueda proceder a su firma o celebración; circunstancias que en estricto sentido no corresponde al querer de la autoridad pública, sino a que existe una regulación que previamente establecida como norma jurídica lo permite y condiciona la decisión<sup>441</sup>.

---

<sup>440</sup> El procedimiento de contratación público es regulado con tanta rigidez, que hasta los términos para desarrollar cada una de las actuaciones están previamente consagrados en la ley; así por ejemplo, en el caso colombiano y específicamente en una licitación pública, el término para que los ofertantes puedan realizar observaciones a las evaluaciones de las propuestas es de cinco días, los cuales no se pueden modificar.

<sup>441</sup> Es claro que cuando una autoridad pública toma decisiones en asuntos referidos a los pliegos de condiciones en los contratos del Estado, está condicionada de manera estricta por las regulaciones que la ley de contratos ha previsto en tal asunto, como ocurre con los contenidos que le pueden asistir; lo que significa, que es la ley la que determina el contenido y no la voluntad de la autoridad administrativa.

De la misma forma y como lo indico en otros acápites, en procedimientos administrativos que constituyen una expresión de ejercicio de Poder Público, como es el caso de la responsabilidad fiscal por la utilización indebida de los recursos públicos<sup>442</sup>, así como el trámite administrativo disciplinario de los servidores públicos<sup>443</sup>, existe una estricta regulación que evidencia la aplicación y prevalencia del Principio de Legalidad y del subprincipio de la habilitación legal, que en algunos criterios doctrinarios se identifican o se denominan principios de legitimidad o de juridicidad<sup>444</sup>.

En el mismo sentido, si se analiza el sistema jurídico español en el área específica de la contratación pública; es clara la existencia de unas potestades excepcionales, que colocan a las administraciones públicas en un plano de superioridad frente a los particulares, como consecuencia de la actividad de servicio público que desarrollan y que constituyen una clara expresión del ejercicio de Poder Público; pero que de todas formas están determinadas por el Principio de Legalidad y del subprincipio de la habilitación legal, ya que la Ley de Contratos Públicos es la que permite el ejercicio de las mismas, en la medida que sin su autorización, las autoridades administrativas no podrían ejercerlas<sup>445</sup>; y que para el

---

<sup>442</sup> La Ley 610 de 2000, consagra la regulación del procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal en el sistema jurídico colombiano.

<sup>443</sup> El Código Único Disciplinario de Colombia, se contiene en la Ley 734 de 2004.

<sup>444</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo), Editorial Reus, Madrid, 2016, p. 168, muestra diversas concepciones doctrinarias del Principio de Legalidad, así: *"En cualquier caso el Principio de Legalidad es susceptible de ser explicado en dos planos, no necesariamente opuestos. El primero, es el de ley positiva, en sentido formal y material. Concebida de esta manera, la legalidad integra el principio de legitimidad (un sector de la doctrina utiliza, en el mismo sentido, el término de juridicidad), que comprende tanto la legalidad en sentido estricto como la razonabilidad o justicia"*.

<sup>445</sup> BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público, Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2013, p. 37, muestra la existencia de potestades excepcionales en la contratación pública, con fines de interés general; pero que en nuestro parecer, la finalidad que implica el ejercicio de una potestad pública no puede sustraerse a la subordinación al Principio de Legalidad, ya que se estaría en el campo de la arbitrariedad. El profesor Blanquer reconoce esta circunstancia,

caso específico de la Unión Europea, se determina porque en mi parecer se concreta en un sometimiento a las normas particulares de los estados miembros de la Unión, pero además, a las directivas que el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia profieren en asuntos de contratos, que de una u otra forma se refieren al ejercicio de las potestades públicas<sup>446</sup>.

Se trata entonces, de la primacía de la ley en sentido genérico, que involucra no solamente las normas que han sido llamadas positivas por su naturaleza formalista de ser expedidas por el Parlamento, y además, en el sentido de tener el carácter normativo al ser consagradas en un texto legal y que para algunos sistemas jurídicos constituye la esencia del positivismo en cuanto a la expresión del Principio de Legalidad<sup>447</sup>; sino también, cualquier otra norma que sin estar investida del formalismo positivista tradicional, tenga un carácter obligatorio, como pueden ser los Principios generales del Derecho<sup>448</sup>.

---

cuando hace referencia a los límites normativos a la modificación sobrevenida de un contrato administrativo en la página 536 del libro en cita.

<sup>446</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. El contrato administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2003, muestra la aplicación de las directivas comunitarias de la Unión Europea en los contratos administrativos. Es clara la influencia, que la propia Ley de contratos Públicos de España, ha tenido que ser reformada para casos como el del perfeccionamiento del contrato, que para acatar las directrices europeas, fue necesario expedir la Ley 34 de 2010, a través de la cual se consagró que el contrato se perfecciona ya no con la adjudicación como venía indicándose, sino con la formalización del mismo.

<sup>447</sup> Dicha circunstancia es evidente en el ordenamiento Jurídico Alemán, donde las normas positivas se expresan en normas escritas, las cuales determinan todo el actuar de las autoridades públicas, como lo expresa MAURER, Hartmut. Introducción al Derecho Administrativo Alemán, Ediciones Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, p. 14, cuando expresa: *“El principio de la reserva de ley, derivado de los derechos fundamentales, del principio del Estado de Derecho y del principio democrático, exige que el legislador regule directamente todos los asuntos esenciales en el ámbito normativo, en especial en lo tocante al ejercicio de los derechos fundamentales y que no deje por tanto tal regulación a los órganos del ejecutivo. En realidad casi todos los ámbitos esenciales de la administración están regulados por la ley”*.

<sup>448</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo) obra citada, p. 166, muestra que el positivismo en sentido estricto ha venido siendo sustituido por una clase que denominamos en

Que como ya se indicó, pareciera que el Principio de Legalidad se expresa únicamente en la positivización normativa en textos escritos, cumpliendo el formalismo para expedir leyes, lo cual no es tan cierto, por cuando dicho principio y la positivización normativa va más allá de los textos instrumentalizados, en la medida de la existencia de regulaciones normativas superiores que pueden estar contenidas en principio generales del derecho, que no necesariamente tienen que estar consignados en un texto legal, pero que sin embargo han de considerarse parte del Principio de Legalidad en el sentido positivista tradicional, como lo analizamos en el acápite correspondiente.

Lo que sucede, es que la positivización formalista de manera escrita, ha tenido un contenido tradicional en los textos constitucionales, la leyes expedidas por el parlamento, los actos con fuerza de ley que profiere el ejecutivo y los actos administrativos que se originan en las autoridades públicas como consecuencia de la actividad administrativa; que en todo caso, en cada uno de los eventos descritos, constituyen manifestación de Poder Público como expresión del poder político y que son los que han determinado y condicionado el ejercicio de las potestades públicas<sup>449</sup>; pero que sin embargo, consideramos existen otras formas normativas que se involucran en dichos condicionamientos y determinantes, que sin ser involucradas en los textos mencionados, sí hacen parte el Principio de Legalidad.

---

sentido genérico, en la medida que va más allá de la ley formal e involucrando Principios generales del Derecho, cuando expresa: *“A su vez, el positivismo legalista, influido fuertemente por KELSEN, entró en crisis lo que provocó el retorno a la justicia material, a través de concepciones distintas a las sostenidas por el derecho natural racionalista, como la tónica y la técnica de cubrir las lagunas legislativas con los Principios generales del Derecho”*.

<sup>449</sup> HART, H. L. A. El concepto de derecho, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 36, concibe una clase de normas que otorgan potestades públicas diferentes a las del ordenamiento privado y que en nuestro parecer no son otra cosa que las expresiones de reserva de ley en las actuaciones públicas y una clara expresión de la primacía del Principio de Legalidad.

En el derecho alemán por ejemplo, aunque se contienen unos criterios de discrecionalidad en la actividad de Poder Público con significativo reconocimiento, la reserva de ley constituye una clara muestra de la primacía del Principio de Legalidad en el ejercicio de las potestades públicas<sup>450</sup>; pero que en ausencia de la misma es posible la aplicación de los Principios generales del Derecho<sup>451</sup>, es decir, otras formas normativas, distintas a las consignadas en el texto legal formal.

## 6. SANCIONES POR INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En la argumentación que he venido desarrollando se puede evidenciar el fuerte criterio del carácter reglado en la actividad administrativa, es decir en el Poder Público administrativo, como una clara expresión de que el Principio de Legalidad actúa, somete dichas actuaciones y en esta medida es preciso verificar como una primera aproximación, cuales son las consecuencias de la vulneración de tal principio, a pesar de que en otro acápite se hace un estudio más detallado y al cual he denominado: un sistema adecuado de control del Poder Público.

En las anteriores circunstancias es preciso indicar, que ante la violación del Principio de Legalidad por las autoridades que desarrollan Poder Público de tal naturaleza, el cual se evidencia en la vulneración de normas superiores, se generan unas consecuencias jurídicamente sancionatorias, que se pueden percibir en la facultad sancionatoria que el propio Poder Público administrativo, pero a su vez el legislativo y el judicial pueden imponer; por tal razón, me referiré a cada uno en particular para hacer más clara la exposición, así:

---

<sup>450</sup> MAURER Harmurt. Introducción al derecho administrativo alemán, obra citada, p. 59, lo reconoce de la siguiente manera: *“Mientras la hasta ahora expuesta prevalencia de la ley, vincula a la administración a las leyes vigentes pero no prohíbe una actuación sin ley, el principio de la reserva de ley va más allá y exige de la actuación administrativa, en un caso concreto, una autorización legal”*.

<sup>451</sup> *Ibíd*em, p. 51.

## **6.1. AUTOSANCIONES DEL PODER EJECUTIVO**

Algunas muestras claras de que el Poder Público administrativo se autoimpone sanciones por violación del Principio de Legalidad se encuentran en instituciones con la revocación directa de los actos administrativos y en los casos de trámites disciplinarios.

### **6.1.1. La revocación directa**

Es un autocontrol de la actividad del Poder Público administrativo frente a posibles violaciones al Principio de Legalidad y en esta circunstancia se genera una sanción del poder ejecutivo por el propio poder ejecutivo, sacando un acto administrativo de la vida jurídica por ser contrario a la ley en referencia formal, así como a la Constitución, es decir, a la ley en sentido genérico como la he venido identificando en esta investigación.

Según lo indicando, la actividad administrativa está sometida al Principio de Legalidad, implica que existen regulaciones previamente establecidas que someten las decisiones de las autoridades investidas de Poder Público administrativo y que en el caso de vulnerarse dicho principio, el propio poder ejecutivo está en el deber de sacar sus actos del ordenamiento jurídico, convirtiéndose en una obligación que la doctrina la han identificado como una potestad pública, pero también en el sentido de un atributo de los actos proferidos en ejercicio de Función Administrativa.

Pero en cualquier caso, considero que también se puede identificar como una autosanción del Poder Público administrativo, en la medida que tiene que extinguir su propio acto por ser contrario al ordenamiento jurídico, ya que se ha previsto como causal de revocación de los actos administrativos la contradicción entre el

acto y una norma superior<sup>452</sup>.

Dicha obligación también se prevé en el ordenamiento jurídico español, en cuanto a que el Poder Público administrativo pueden sacar de la vida jurídica sus propios actos por ser violatorios de normas jurídicas, es decir, por vulnerar el Principio de Legalidad<sup>453</sup>.

### 6.1.2. Sanciones disciplinarias

En este evento, si bien es cierto se trata de sanciones a los servidores públicos, la consecuencia de las mismas se deriva de una u otra forma de la violación del Principio de Legalidad, que en el Estado de Derecho no es más que una muestra de la potestad sancionatoria que le asiste y que se ha denominado el *ius puniendi*<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> La ley colombiana ha establecido las causales de revocación directa de los actos administrativos, es decir, por parte de las propias autoridades administrativas y en el numeral primero del artículo 93 de la ley 1437 de 2011, consagra que un acto administrativo es susceptible de ser revocado cuando contraría la Constitución o la ley, siendo ésta una causal de legalidad.

<sup>453</sup> A través de la Ley de Procedimiento Administrativo que corresponde a la Ley 29 de 2015 se contempla la revocación de actos administrativos por el propio poder ejecutivo, cuando el artículo 109 dice: “*Revocación de actos y rectificación de errores.*”

1. *Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.*

2. *Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.*

<sup>454</sup> MEJÍA PATIÑO, Omar. Fundamentos de Derecho Administrativo sancionador, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 40, muestra el *ius puniendi* del Estado en función a la consagración constitucional, es decir al Principio de Legalidad en sentido genérico y al cumplimiento de los fines esenciales del mismo, así: “*En este orden, es natural que el ius puniendi del Estado esté adecuado a las condiciones jurídico-políticas establecidas por la Constitución. Esto quiere decir que la configuración de los instrumentos sancionadores de la Administración, deben tener como finalidad fundamental la realización de las funciones propias del Estado y la satisfacción de las necesidades generales*”.

Lo anterior es así y por esta razón el Estatuto Único Disciplinario de Colombia establece que los fines de la sanción disciplinaria se encaminan a garantizar la Constitución, la ley y los fines previstos en ellas, es decir, a preservar el orden jurídico y de esta manera el Principio de Legalidad en sentido general<sup>455</sup>.

Podría pensarse que como la sanción disciplinaria va dirigida respecto de los servidores públicos y no a la actuación administrativa propiamente dicha como ocurre con la anulación o la revocatoria de los actos administrativos no se trata de una típica sanción a la Administración; pero es preciso indicar que esto no es así, porque lo que se controla precisamente es la actuación del servidor en ejercicio de Función Administrativa, es decir, de Poder Público.

Pero además, porque dicha actividad del servidor público contraría el Principio de Legalidad como lo hemos venido afirmando, ya que si su actuación se ajusta al mismo no estaría incurriendo en una falta disciplinaria; lo que significa, que la sanción al Poder Público administrativo se efectúa a través de sus funcionarios, pero no se trata de una consecuencia indirecta de su actuar, ya que las entidades y sus servidores conforman una unidad y en esta medida se expresa dicho Poder Público.

Podría surgir la duda de si efectivamente se trata de una autosanción del Poder Público ejecutivo, ya que en principio para el caso colombiano le corresponde la competencia a la Procuraduría General de la Nación, siendo éste un órgano de control; sin embargo, no hay que olvidar que la función disciplinaria tiene un carácter de administrativo y su impugnación se surte ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En el mismo sentido, dentro de la estructura orgánica de las entidades públicas administrativas, existen las oficinas de control interno

---

<sup>455</sup> Así lo consagra el Artículo 16 de la Ley 734 de 2002 cuando expresa: “*Función de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública*”.



disciplinario encargadas de aplicar sanciones de tal naturaleza.

En el sistema jurídico español ocurre de manera similar a lo mencionado para el ordenamiento jurídico colombiano, ya que los servidores públicos que en ejercicio de Función Administrativa incurrir en violaciones al Principio de Legalidad, son sujetos de las sanciones disciplinarias correspondientes<sup>456</sup>.

## 6.2. SANCIONES DE LOS JUECES

La actividad de Poder Público administrativo está sometida al Principio de Legalidad y en esta medida todos sus actos y por tal las autoridades públicas deben cumplir los mandatos previstos en la ley en sentido genérico que como lo hemos vendido diciendo, la cual incluye la Constitución, la ley en sentido formal (acto expedido por el parlamento o Congreso) y los reglamentos administrativos<sup>457</sup>.

Significa que todos los actos del Poder Público administrativo están sometidos a las regulaciones normativas legales y en el evento de desconocerlas, se concreta la facultad que tiene el Poder Público legislativo de imponer sanciones por dicha violación; lo cual se hace efectivo a través de los denominados medios de control

---

<sup>456</sup> Tal circunstancia se evidencia en la consagración que hace el Decreto Legislativo 5 de 2015 que corresponde al Estatuto del Empleado Público Español en el artículo 95 cuando se refiere a las faltas disciplinarias que específicamente prevé en los literales a y d: *“Faltas disciplinarias. a) El incumplimiento a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública... d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”*.

<sup>457</sup> El artículo 123 de la Constitución de Colombia de 1991 establece la obligación de los servidores públicos de respetar la Constitución y la ley en los siguientes términos: *“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. 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. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”*.

judicial, es decir, las acciones o recursos contencioso administrativos, que incluyen las medidas cautelares como formas excepcionales de dicho control.

En efecto, las denominadas acciones o recursos contencioso administrativos de legalidad, constituyen el mecanismo para garantizar el cumplimiento de las regulaciones legales por parte del Poder Público ejecutivo, ya que al existir contradicción entre el actuar de una autoridad pública administrativa y una norma jurídica, el poder judicial anulará el acto en ejercicio de las mismas.

Lo anterior es así y en tal circunstancia, el Poder Público legislativo ha previsto por intermedio de la ley las acciones o recursos de legalidad como son la simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, acción de controversias contractuales y la acción electoral, la facultad de los jueces para sacar de la vida jurídica los actos con carácter administrativo, que sean violatorios de normas legales<sup>458</sup>.

Consagración que no es extraña al Derecho Español, porque la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, también prevé la facultad de los jueces contencioso administrativos para conocer sobre la legalidad de los actos de las autoridades de las administraciones públicas y en caso de ser contrarios a las normas legales superiores, han de ser sacados de la vida jurídica<sup>459</sup>.

Se trata entonces de un control que se surte ante la jurisdicción, el cual implica una sanción para el Poder Público administrativo en el evento que un acto es declarado nulo por violar el Principio de Legalidad, pues lo que hace el juez en el

---

<sup>458</sup> La Ley 1437 de 2011 que constituye el Código de Procedimiento Administrativo de Colombia contempla la regulación particular de dichas acciones o recursos contenciosos.

<sup>459</sup> Dichas facultades están previstas en la Ley 29 de 1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa.

caso de las acciones o recursos contenciosos de legalidad<sup>460</sup>, es comparar el acto con norma superior y en el caso de existir contradicción entre uno y otro lo declarar nulo por ilegalidad; en este evento, es una comparación directa de la actuación del Poder Público ejecutivo con una norma legal superior en el sentido de acto expedido por el parlamento, ya que si dicha comparación es con la Constitución igualmente de forma directa, la declaratoria será de inconstitucionalidad, aunque de todas maneras se trata de una sanción a la entidad pública administrativa, ya que el mismo saldrá del orden jurídico<sup>461</sup>.

En el igual sentido, dentro del trámite judicial de anulación de los actos de las administraciones públicas que en mi parecer constituye la sanción más severa en la medida que el juez extingue la decisión de poder administrativo, es posible aplicar sanciones si es que puedo llamarlas transitorias, declarando la suspensión provisional de un acto administrativo, mientras se surte el trámite judicial y se toma la decisión definitiva de anulación<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> En los sistemas jurídicos administrativos continentales de tradición francesa, existen dos recursos contenciosos fundamentalmente: los de legalidad que se encargan de velar para que se preserve el orden jurídico y en esta medida el Principio de Legalidad, y los indemnizatorios, a través de los cuales se busca la reparación de daños derivados de los actos de las administraciones públicas. Ver GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Acciones o pretensiones contencioso administrativas, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013.

<sup>461</sup> En el sistema jurídico colombiano por ejemplo, es posible sacar de la vida jurídica un acto del Poder Público administrativo al ser nulo por ilegalidad o por inconstitucionalidad; en el primer caso por violar la ley como acto del Parlamento y para ello el Código de lo Contencioso Administrativo ha previsto las acciones de simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, controversias contractuales y electorales; en el segundo por ser contrario a la Constitución a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad; pero en uno y otro sentido es contradicción de la ley en sentido general y por tal, violación del Principio de Legalidad.

<sup>462</sup> La ley colombiana de lo contencioso administrativo, consagra en el acápite correspondiente de las medidas cautelares la posibilidad de suspender provisionalmente los actos administrativos, cuando son violatorios de normas superiores, es decir, en el supuesto de violar el Principio de Legalidad. Ver GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho Procesal Administrativo, 3ª ed., Grupo

Constituye por tanto una sanción provisional al poder ejecutivo en la expresión de la administración pública, ya que el acto no sale de la vida jurídica, sino que se le quitan efectos de manera temporal cuando se presenta una clara violación del Principio de Legalidad concretado en una norma jurídica de orden superior<sup>463</sup>; en tal medida hay que indicar, que las sanciones a que nos hemos venido refiriendo por violación del Principio de Legalidad, que impone el Poder Público judicial, tienen dos clases de consecuencias respecto de los actos de la entidades públicas administrativas.

En primer lugar respecto de la existencia, por cuando la decisión sale del mundo jurídico por contrariar el Principio de Legalidad<sup>464</sup>; en el segundo, la sanción impacta los efectos del acto sin que se refiera a su existencia<sup>465</sup>, es decir, que a pesar de que la actuación de Poder Público administrativo, instrumentalizada en un acto administrativo permanece en el mundo del derecho, no impacta en el mismo, porque se le ha privado de sus efectos, es decir de su obligatoriedad de respeto por quienes está destinado<sup>466</sup>.

---

Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

<sup>463</sup> La norma procesal colombiana establece los requisitos para viabilidad de la suspensión provisional de los actos administrativos, es decir, de las decisiones que se profieren en ejercicio del Poder Público administrativo en las regulaciones que el Código de lo Contencioso Administrativo contiene en los artículos 249 y siguientes.

<sup>464</sup> Ver C.E, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia 00408 de 11 de febrero de 2016, M. P. William Hernández Gómez; C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, exp. no. 2008-01290, M. P. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>465</sup> Ver C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 2014-00143, M. P. Olga Mélida Valle de De La Hoz; C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. no. 2012-00059, sentencia de 28 de mayo de 2015, M. P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>466</sup> La Corte Constitucional de Colombia, reconoce que la suspensión provisional de los actos administrativos afecta la obligatoriedad, es decir la eficacia en la medida que pierden fuerza ejecutoria, cuando en la sentencia C-069 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara expresa: *“La eficacia del acto administrativo se debe pues*

Como se puede ver, en ese entramado o lo que se ha denominado articulación o vinculación entre las llamadas ramas del Poder Público<sup>467</sup>, que denomino poderes públicos dentro del Poder Público, es posible que uno de ellos sancione al otro por violación del Principio de Legalidad, en el entendido de vulneración de regulaciones normativas superiores, es decir obligatorias.

De lo dicho es posible indicar, que las argumentaciones planteadas son plenamente aplicables al sistema jurídico español respecto del cual venimos haciendo referencia en esta investigación, ya que la actividad de las administraciones públicas, pueden generar sanciones por el poder judicial en cuanto a que sus actos impliquen violación del Principio de Legalidad.

---

*entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente”.*

<sup>467</sup> Dicha separación y articulación de las denominadas ramas del Poder Público, tienen su fundamento en el artículo 113 constitucional para el sistema jurídico colombiano, el cual ha sido reconocido por la Corte Constitucional en diversas sentencias como en la C-247 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo cuando dice: “El ordenamiento constitucional colombiano impone, en relación con la división del poder: (i) un mandato de separación de las ramas del Poder Público, del que se desprende el ejercicio de un poder limitado, susceptible de control y organizado en distintas instancias encargadas de diferentes funciones; (ii) un mandato de integración del Poder Público con otros órganos diferentes a los que integran las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, que se expresa en aquellas disposiciones que reconocen funciones a órganos no adscritos a las ramas del Poder Público tal y como ocurre, entre otros, con la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del estado Civil, y la Contraloría General de la República, entre otros; (iii) un mandato de colaboración armónica que comprende no solo a los órganos que conforman las ramas ejecutiva, legislativa y judicial sino a todos los demás a los que les han sido asignadas funciones necesarias para la materialización de los fines del Estado, con lo que se asegura la especialización funcional y sin que ello signifique desplazamiento, subordinación o reducción de un órgano a la condición de simple instrumento de los designios de otro; y finalmente, (iv) un mandato de ejercicio de controles recíprocos. La articulación de la separación funcional y la colaboración armónica no puede implicar (i) la imposición de pautas rígidas que eliminen las formas de interacción entre órganos, (ii) la autorización para que un órgano asuma las funciones que a otro le corresponden o (iii) la disolución de las responsabilidades de un órgano mediante la fijación de competencias concurrentes no previstas en la Constitución”.

Lo anterior es así y en esta medida la Ley 29 de 1998 que constituye la regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, prevé la anulación de actos por la violación de normas jurídicas superiores<sup>468</sup>, a través de un procedimiento judicial y en ejercicio de un recurso contencioso administrativo<sup>469</sup>, que no es más que una muestra de la articulación del poder o poderes públicos en un Estado de Derecho.

### 6.3. SANCIONES DEL LEGISLATIVO

La facultad sancionatoria que el poder legislativo tiene respecto del Poder Público administrativo se sustenta en las regulaciones previstas en los artículos 113 y 114 de la Constitución Política de Colombia, la cual se concreta en el control político que incluye instituciones como el voto de censura respecto de altos dignatarios del Gobierno<sup>470</sup>, que tiene una reglamentación de procedimiento en la Ley 5 de 1992 que constituye la norma regulatoria de la actividad del Congreso con el carácter de ley orgánica.

---

<sup>468</sup> Así lo prevé el artículo 2 de la Ley 29 de 1998 cuando hace referencia a los asuntos de que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que se debe articular con el artículo 26 de la misma ley, el cual hace referencia a que la impugnación de actos administrativos en principio es procedente cuando no son conformes a derecho, es decir, violan el Principio de Legalidad; en efecto el artículo 26 contempla: “1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho...”.

<sup>469</sup> Esto evidencia la separación de los poderes públicos, su articulación y la posibilidad de sanción del judicial al administrativo por violación del Principio de Legalidad, con fundamento en las previsiones constitucionales de la Carta Superior Española de 1978 que desde el artículo 1 numeral 2 y específicamente del artículo 9 numeral 3 que así lo prevé cuando expresa: “La Constitución garantiza el Principio de Legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>470</sup> El artículo 114 constitucional expresamente consagra: “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración...”.

En efecto, la norma constitucional prevé la posibilidad de que el Congreso o Parlamento realice citaciones a los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos y Superintendentes para que concurren a sus sesiones con el fin de realizar debate político derivado del ejercicio de su actividad, la cual se puede generar de la violación del Principio de Legalidad, en la medida que la misma ha de ser consecuencia de la vulneración de la normatividad jurídica existente<sup>471</sup>.

El control político implica la formulación de cuestionarios a los funcionarios del Poder Público administrativo, para que absuelvan los interrogantes planteados respecto de su Función Administrativa, que necesariamente implica de una u otra forma el respeto a la legalidad<sup>472</sup>, que en caso de haber sido afectado puede llegar a acarrear la moción o voto de censura que determinará el retiro del servidor público de su cargo.

Alguna doctrina refiere el origen de la institución de la moción o voto de censura en los regímenes parlamentarios, para efectos de hacer cesar el gobierno en funciones, lo cual podría generar alguna inquietud de su aplicación en un sistema presidencialista como el colombiano, siendo necesario aclarar que para la investigación que nos ocupa, se trae a colación por el carácter sancionatorio que implica su imposición por parte del Poder Público legislativo como consecuencia de la actividad del Poder Público administrativo al existir alguna variable de violación del Principio de Legalidad<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> Ver artículo 135 de la Constitución Política de Colombia en el numeral 8, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo de 2007.

<sup>472</sup> C.C. de Colombia auto 308 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, refiere la naturaleza y efectos del control político en los siguientes términos: *“El control político ha sido concebido para, llegado el caso, hacer efectiva la responsabilidad de las autoridades citadas y expuestas ante la sociedad que bien puede reprocharles su comportamiento e imponerles sanciones que comprometen su prestigio y buen nombre, mediante mecanismos tales como la moción de censura...”*.

<sup>473</sup> CABALLERO SIERRA, Gaspar y ANZOLA GIL, Marcela. Teoría Constitucional: Órganos y mecanismos de control de la actividad estatal, Editorial Temis, Bogotá, 1995, p. 348, en cita que hace GALEANO ESCOBAR, Juan Carlos y otros. Control

En el mismo sentido, en el Sistema Jurídico Español existe un fuerte ejercicio de control político por el legislativo respecto del Poder Público administrativo por violación del Principio de Legalidad, con fundamento en el artículo 66 de Constitución de 1978 que establece como función de las Cortes Generales controlar la acción del gobierno, ya que éste en los términos de la consagración que hace el artículo 108, responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados.

Pero en mi parecer, hay dos asuntos que evidencian claramente la facultad sancionatoria del legislativo frente al poder administrativo en el Derecho Español, que corresponden a la cuestión de confianza y la moción de censura, así algunos autores tratan de hacer ver que por ser control político no tienen dicho carácter, ya que los efectos sancionatorios solamente devienen del control jurídico, es decir de normas jurídicas.

El profesor Manuel Aragón Reyes plantea que: *“suele ser común afirmar que el control jurídico se efectúa sobre actos (o sobre actividad) y el control político sobre órganos (u organización), ello sólo puede admitirse de manera muy general y vaga, esto es, de modo aproximado, pero no conceptualmente preciso”*<sup>474</sup>; argumentación que debe tomarse con mucha reserva, en la medida que la actividad de producción de actos administrativos puede dar lugar a la violación del Principio de Legalidad y al ejercicio del control político, ya que las consecuencias políticas se derivan necesariamente de la actuación que puede ser positiva o negativa de quienes

---

político de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, Universidad de la Sabana, Chía Cundinamarca 2003, p. 45 al referir: *“Esta medida es propia de los regímenes parlamentarios, en los cuales se encuentra indefectiblemente vinculada a la facultad parlamentaria de exigir responsabilidad política al gobierno. El instrumento parlamentario de la moción de censura abiertamente desarrollado en los países europeos, tiene como finalidad el cese del gobierno, que debe llevar a la escogencia de un nuevo primer ministro para que integre el gabinete. El régimen Colombiano, por su carácter presidencialista, la denominada censura no tiene los alcances anteriores y por tanto habrá de entenderse algo peculiar”*.

<sup>474</sup> Ver ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y control del poder, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 110.



conforman el Poder Público administrativo.

Puede existir algún grado de certeza que en principio cuando se está realizando control político, el mismo se refiere en primer lugar al órgano y no a la actuación; pero lo que sí es claro, es que el órgano ha de actuar a través de sus servidores y esa actuación es lo que genera el control, dando lugar a lo que se ha denominado control político directo e indirecto<sup>475</sup>.

El control político directo como lo expresa el profesor Aragón Reyes será sobre el órgano y el indirecto respecto de los actos, generándose consecuencias distintas, en lo que refiere a los efectos sancionatorios del mismo que es lo que nos interesa en este momento, en la medida que a través del control político no es posible impactar los actos que el poder administrativo profiere, en la medida que los mismos son objeto del control judicial, del autocontrol de la Administración y en esta circunstancia será la anulación o la revocación directa la que entre a determinar su suerte.

Pero de todas maneras, el control político de forma indirecta se ocupa de los actos de la Administración y si bien no puede anularlos o revocarlos, sí está en facultad de imponer otra clase de sanciones como puede ser la censura por ejemplo, que tiene efectos sobre el servidor público derivados de su actuación y en esta medida sobre el órgano correspondiente; lo que significa, que al igual que el control judicial el control político sí puede tener efectos sancionatorios<sup>476</sup>.

---

<sup>475</sup> *Ibídem*, p. 110, expresa: “El control político no tiene como finalidad la de controlar las producciones jurídicamente objetivadas del poder (que es la finalidad del control jurídico), sino la de controlar a los órganos del poder mismo, pero ese control se puede realizar directamente sobre el órgano e indirectamente a través de la actividad que ese órgano despliega”.

<sup>476</sup> *Ibídem*, p. 114, lo confirma cuando dice: “Aquí reside también una de las grandes diferencias entre el control jurídico y el control político. En el primero, la disconformidad ha de producir, inexorablemente, la sanción (por el carácter objetivado del control). En el segundo no. Su carácter subjetivo excluye que, necesariamente el juicio negativo lleve aparejada, de manera automática, la anulación del acto o la remoción del titular o titulares del órgano. Ello no es obstáculo para que, a veces, tal decisión pueda tener efectos jurídicos vinculantes, es decir, características sancionatorias en sentido estricto cuando el ordenamiento así lo establezca”.

Como lo he indicado, la Constitución Española de 1978 consagra dos instituciones que dejan ver de una u otra forma poderes sancionatorios del legislativo respecto al Poder Público administrativo, las cuales corresponden a la cuestión de confianza<sup>477</sup> y al voto de censura<sup>478</sup>, que implican la restricción en la actividad de servicio público en la medida que determinan cese del gobierno en su actividad<sup>479</sup>.

Como se puede observar, es clara la facultad para el Poder Público legislativo de imponer sanciones al poder ejecutivo por violación del Principio de Legalidad, lo cual refleja que este principio determina las relaciones de coordinación y control entre las ramas del Poder Público del Estado porque constituye el fundamento, pero además el objeto de las mismas, en la medida que un poder puede realizar control respecto del otro en tanto exista normatividad jurídica que lo permita y además, lo realiza en cuanto al respeto del orden jurídico, es decir, del Principio de Legalidad que se constituye por tal razón en el sustento de las relaciones entre los poderes públicos del Estado de Derecho<sup>480</sup>.

---

<sup>477</sup> El artículo 112 de la Constitución Española de 1978 expresa: *“El Presidente del Gobierno, previa deliberación del consejo de ministros, puede plantear ante el congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los diputados”*.

<sup>478</sup> Por su parte el artículo 113 de la Carta Superior de España contempla: *“1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura...”*.

<sup>479</sup> Así lo prevé el artículo 114 de la Constitución Española porque tanto en la cuestión de confianza como en el voto de censura, de ser desfavorables al Gobierno tendrán que presentar su dimisión ante el Rey y en esta medida tendrá que surtir el trámite previsto en el artículo 99 para la designación de un nuevo presidente del Gobierno, lo cual implica una sanción, que en mi parecer se torna de suma gravedad para el Poder Público administrativo, como es la dimisión de quien dirige dicho poder.

<sup>480</sup> Así lo deja entrever HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: Complementos y estudios previos*, 6ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 241, cuando dice: *“Pero solo el Principio de Legalidad de la Administración acaba dejando claro el sentido central de la división de poderes. Allende de una diferenciación funcional que se explica por una división del trabajo entre fundamentación de normas y aplicación de normas, división del trabajo que se asienta en la diferente lógica argumentativa de ambas tareas, la diferenciación institucional que se expresa*

## TÍTULO IV

### LA CÍCLICA RELACIÓN PODER PÚBLICO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Existe una clara relación entre el Poder Público y el Principio de Legalidad, en cuanto a la existencia de interdependencia entre ellos, lo que determina una relación cíclica de jerarquía, lo cual se evidencia en que el Poder Público en su Función Legislativa, determina al Principio de Legalidad, porque es quien expide los actos legislativos, es decir las leyes; pero es al Poder Público a quien corresponde en comienzo la aplicación de la ley, lo que determinaría de una forma bien simple que el Poder Público legislativo ejercería primacía sobre el Poder Público administrativo y sobre la ley.

Pero tal argumentación no es tan simple como parece, porque el Poder Público administrativo también tienen facultades o potestades normativas, es decir, la de expedir actos con fuerza de ley en sentido genérico<sup>481</sup>; lo que significa, que no se trata de una competencia exclusiva del poder legislativo y en esta media, no se puede concebir en una jerarquía jurídica superior frente a aquel.

De la misma forma frente al Principio de Legalidad, pareciera igualmente que el Poder Público legislativo ejerce supremacía, en la media que es el que por regla general expide las leyes en sentido formal<sup>482</sup>; circunstancia que podría verse

---

*en la constitución de poderes del Estado separados, tiene la finalidad de ligar de tal suerte el poder administrativo al derecho establecido democráticamente, que el poder administrativo sólo puede regenerarse a partir del poder comunicativo generado en común por los ciudadanos. Bajo este aspecto de poder hemos considerado ya la vinculación a la ley por parte de una administración de justicia que ha de servirse de medios que pone a su disposición el ejecutivo. Y bajo ese mismo aspecto se presenta sobre todo la relación del poder legislativo con un poder ejecutivo que queda sujeto a la reserva de ley”.*

<sup>481</sup> En nuestro parecer, los actos administrativos tienen carácter legislativo en sentido genérico del término, al lado de la Constitución y la ley en sentido formal, porque contienen regulaciones normativas, es decir, de imposición y exigibilidad obligatoria.

<sup>482</sup> Hablo de ley en sentido formal, como aquél acto expedido por el Congreso o

similar en el caso del Poder Público, ya que éste es el que aplica la ley en sentido genérico del término.

Pero la anterior argumentación tan poco es muy clara, ya que la ley condiciona o determina la actuación tanto del poder legislativo como del Poder Público administrativo, como se evidencia en que el Congreso Colombiano para expedir una ley, está subordinado a otras leyes en sentido general como son la Constitución y las leyes orgánicas<sup>483</sup> y de esta misma forma el Poder Público administrativo es condicionado por la ley en todo sentido, ya que ésta regula tanto las competencias como los procedimientos para la actuación de las autoridades públicas.

Por las anteriores circunstancias es preciso establecer, dentro de esa cíclica relación, cómo se determina la jerarquía de obligación y respeto entre el Poder Público y el Principio de Legalidad, en el sentido de quien subordina a quien, por lo que es preciso analizar los aspectos que a continuación se consignan, así:

## **1. LA OBLIGACIÓN DE OBEDIENCIA NORMATIVA**

---

Parlamento, a través de las formas previstas en la Constitución para hacer leyes; que en el caso del Sistema Jurídico Colombiano se contiene en los artículos 150 y siguientes de la Constitución de 1991 y en la Ley 5 de 1992, Orgánica de Reglamento del Congreso; y que en el Derecho Español se consagra en los artículos 81 y siguientes de la Constitución de 1978.

<sup>483</sup> En el sistema jurídico de Colombia existen varias clases de leyes en sentido formal, como son las leyes ordinarias y las leyes especiales; las leyes ordinarias, son aquellas que surten el trámite previsto en los artículos 151 y 157 de la Constitución, es decir, un procedimiento que se denomina común; pero al lado de éstas, encontramos las leyes especiales, porque tratan o se refieren a asuntos especiales y surten un trámite igualmente especial; dentro de las leyes especiales están las orgánicas, que son aquellas a las cuales se somete la actividad legislativa, es decir, que una ley ordinaria tiene que someterse a ley orgánica si trata los asuntos de ley orgánica, pero también toda ley orgánica tiene que cumplir la Ley 5 de 1992 que siendo orgánica contienen el reglamento del Congreso para hacer las leyes.

Es claro que las autoridades públicas están en la obligación de obedecer las normas dictadas por el poder legislativo, ya que como se dijo anteriormente, existe una distribución de competencias dentro del Estado de Derecho, en la que corresponde al Poder Público administrativo aplicar la ley; pero dicha obligación está determinada por el Principio de Legalidad, en el sentido que las normas al buscar efectividad deben respetar la jerarquía de las mismas, porque de lo contrario como ya se expresó, se podría dar una sustracción a su cumplimiento, es decir al deber de obediencia.

Toda norma llega al mundo jurídico con una vocación de respeto, de cumplimiento, en la medida que está asistida de una presunción de validez, por cuanto ha sido proferida por la autoridad con las atribuciones de competencia para hacerlo; circunstancia que determina la obligación de las autoridades públicas de acatar la misma.

En efecto, las normas jurídicas llevan consigo un atributo de cumplimiento, por cuanto que contienen la expresión de ejercicio de poder político, que en principio les otorga características de validez y por esta razón las hace exigibles<sup>484</sup>; y que para que se respeten las estructuras de configuración del Estado Social de Derecho han de mantenerse los roles dentro del mismo, en el sentido que las normas han de ser cumplidas, respetadas y aplicadas por las autoridades públicas.

---

<sup>484</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los derechos y sus garantías: Conversación con Mauro Barberis, Editorial Trotta, Madrid, 2016, p. 105, identifica la validez de las normas con la legitimidad del poder político cuando expresa: “*Existe además, en mi opinión, una relación isomórfica de plena correspondencia entre las estructuras de los ordenamientos jurídicos y la de sus correspondientes sistemas políticos; entre la sintaxis del derecho y la sintaxis de la política; especialmente entre las condiciones de validez de las normas jurídicas y las de la legitimidad el poder político*”; es decir, que para el asunto que nos ocupa, el ejercicio del poder político implica la expedición de leyes en sentido formal, con un carácter normativo de obligatoriedad para el propio poder legislativo y para el Poder Público ejecutivo, quien ha de aplicarlas.

No olvidemos que las normas jurídicas implican en la mayoría de los casos, mandatos, como consecuencia de la expresión de Poder Público legislativo y en esta medida, para que mantengan tal característica tienen que ser aplicadas en un criterio de obediencia, por quien dentro de la estructura de organización del Estado de Derecho le corresponde dicha actividad, que no es otro que el Poder Público ejecutivo<sup>485</sup>, a través de sus autoridades administrativas en principio<sup>486</sup>.

Se tornaría la ley y en general las normas jurídicas, en simples prescripciones de comportamiento alejadas de obligatoriedad, si no conllevaran determinación de respeto, de cumplimiento, de ejecución material y en esta medida se tornarían en simples referencias de comportamiento social, que se alejarían de la obligatoriedad, constituyendo un marco de actividad facultativa<sup>487</sup>; por tal razón, es preciso indicar que la ley en sentido genérico y en esta medida el derecho tienen una atribución de aplicabilidad y que para lo que nos interesa, corresponde dicha aplicación en un sentido de obediencia<sup>488</sup>.

---

<sup>485</sup> BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico, obra citada, p. 187, muestra cómo el positivismo concibe las normas jurídicas como mandatos y en esta medida consideramos les asistirá una obligación de cumplimiento; en efecto lo expresa de la siguiente manera: *“Los representantes del positivismo jurídico concuerdan en considerar que la norma jurídica tiene la estructura de un mandato, discrepan sin embargo, al determinar el carácter específico de dicho mandato como veremos más adelante). La teoría imperativista de la norma jurídica está estrechamente conectada con la concepción estatal - legalista del Derecho (es decir, con aquella que considera al Estado como la única fuente del Derecho, y que toma la ley como única expresión del poder normativo estatal)”*.

<sup>486</sup> Ver HART, H. L. A. El concepto de derecho, obra citada, p 26; en lo referente al carácter coercitivo de las normas jurídicas en su expresión derecho.

<sup>487</sup> ATRIA, Fernando y otros. Lagunas en el derecho, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 16, muestra cómo el derecho es siempre aplicable, trayendo en referencia a Kelsen, así algunos hablen de lagunas jurídicas; en efecto, el profesor Atria dice: *“El derecho es siempre aplicable: lo que se denomina “laguna” en el derecho no es una laguna jurídica, sino una situación en la cual la aplicación del derecho a un caso particular es tan absurda o injusta que el juez asume que el derecho no debe ser aplicado al caso. En las palabras de Kelsen: La existencia de una laguna sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable por parte del órgano jurídico-político...”*; este argumento, que lo traigo a colación en un contexto de aplicación del derecho en cuanto a obligatoriedad, es claro, en la medida de la necesidad de cumplimiento normativo, sea clara o no la regulación legal en sentido genérico.

<sup>488</sup> GARCÍA-BORÉS ESPÍ, Josep y RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coords). La cárcel

Existe por tanto, un criterio de imperatividad de las normas jurídicas y por tal de la ley en sentido general, que determina aplicabilidad de la misma a través del órgano natural preestablecido dentro de la estructura del Estado de Derecho para hacerlo, que en principio no es otro que el Poder Público administrativo, en referencia a la obligación de acatamiento de las mismas en un contexto de jerarquía estructural, pero a su vez normativa.

Significa lo anterior, que en el Estado de Derecho existen estructuras que determinan el cumplimiento de obligaciones, las cuales se evidencian en la facultad que le asiste al legislativo para expedir actos con el carácter de ley en sentido formal y al Poder Público ejecutivo representado en las autoridades administrativas para aplicarlas; siempre y cuando dichos actos cumplan la exigencia de validez para que sean exigibles en el mundo jurídico.

## **2. EL SOMETIMIENTO DE LA CREACIÓN DE LA LEY POR LA LEY**

Un aspecto bien importante dentro de la presente investigación se constituye en la creación de la ley por el legislativo, atribución que no es exclusiva, ya que como lo mencionamos anteriormente, a las otras ramas del Poder Público así sea de forma limitada también les asiste competencia legislativa; pero que en cualquier caso, también está sometida a la legalidad, en el sentido que existen regulaciones normativas que determinan la producción legislativa, lo que ha llevado a que titule este acápite como el sometimiento de la creación de la ley por la ley.

En efecto, existen regulaciones normativas que someten la producción legislativa,

---

dispar, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2016, p. 257, muestra un caso particular de ejecución de la ley por la Administración en la expresión del Poder Público en asuntos carcelarios, cuando el Principio de Legalidad es determinante para la aplicación de la pena privativa de la libertad, con fundamento en el criterio de reserva de ley.

en el sentido que el poder legislativo cuando profiere sus actos está sometido a las mismas, en la medida que sus actuaciones se enmarcan dentro del Estado de Derecho y que con los nuevos criterios de las finalidades del mismo, se enmarca en el Estado Social de Derecho; circunstancia que refleja una clara configuración de legalidad en el procedimiento y esencia legislativa<sup>489</sup>.

La producción legislativa en el sentido de creación de la ley está sometida formalmente a la legalidad, en cuanto a que existe un procedimiento para su creación como ocurre con las normas de reglamento del Congreso o Parlamento que para el caso del sistema jurídico colombiano corresponde a la Ley 5 de 1992<sup>490</sup>, la cual tiene la categoría de orgánica<sup>491</sup>, en el sentido que la actividad legislativa, es decir, la expedición de cualquier otra ley debe someterse a sus regulaciones<sup>492</sup>.

---

<sup>489</sup> LARENZ, Karl. La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado, Ediciones Jurídicas Axel, Bogotá Colombia. 2009, p. 63, muestra los criterios causalistas del positivismo en un sentido de constituir la ley de causalidad el germen de toda creación y en una referencia a lo que nos ocupa en este acápite, podemos indicar que en criterios de causalidad del orden jurídico es decir de creación de la ley, ésta se identifica con la ley misma, ya que no puede generarse producción legislativa por fuera del marco de la legalidad.

<sup>490</sup> La Ley 5 de 1992 de Colombia se titula: "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes".

<sup>491</sup> Las leyes orgánicas en el sistema jurídico colombiano, entre ellas la Ley de Reglamento del Congreso, tienen una jerarquía normativa superior a las denominadas leyes ordinarias, que son aquellas que no regulan un asunto contemplado como especial, ni surten un trámite igualmente especial, y en esta media se deben someter a lo previsto en ley orgánica; que para el caso específico que nos ocupa será la Ley 5 de 1992, la que determina que el procedimiento legislativo se debe someter a ella. El artículo 151 de la Constitución Política de Colombia lo consagra así: *"El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara"*.

<sup>492</sup> El Reglamento del Congreso que incluye el Senado y la Cámara de Representantes, contenido en la Ley 5 de 1992, determina todo el procedimiento



En el sistema jurídico español la fundamentación es la misma, ya que existen regulaciones especiales que determinan la formación de la ley, como ocurre con lo previsto en Título III y específicamente en el Capítulo Segundo de la Constitución de 1978 que hace referencia a la elaboración de las leyes, el cual se concreta y desarrolla en el Reglamento del Congreso de los Diputados, que en el Título V hace referencia al procedimiento legislativo<sup>493</sup>.

Pero el sometimiento de la formación de ley a las regulaciones normativas superiores, no solamente hace referencia a asuntos formales o de procedimiento, sino que la misma tiene igualmente un carácter sustantivo, en el sentido que debe existir un respeto de contenidos materiales, que no son otros que los principios, derechos y valores consagrados en normas superiores<sup>494</sup>, que son los que determinan los sistemas políticos, formas de gobierno o de Estado<sup>495</sup>.

---

para la formación de la ley, cuando el artículo primero establece: *“Funcionamiento y organización del Congreso. El presente estatuto contiene las normas reglamentarias sobre reuniones y funcionamiento del Senado, la Cámara de Representantes y el Congreso de la República en pleno”* y en el capítulo sexto de manera específica contempla el proceso legislativo ordinario, lo que implica las regulaciones particulares para la formación de la ley.

<sup>493</sup> El Título V del Reglamento del Congreso de los Diputados contempla las regulaciones del procedimiento legislativo que van desde las iniciativas en los proyectos de ley, debates, deliberaciones, proposiciones de ley y en general todas las actuaciones hasta su adopción.

<sup>494</sup> En este sentido, por ejemplo, una ley que regule asuntos referentes a la estructura del Estado, si es en el sistema jurídico colombiano, debe respetar lo previsto en el artículo primero que hace referencia a la forma de Estado. El mentado artículo expresa: *“Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*; y que para el ordenamiento español se determina en lo previsto en el artículo 1 que contempla: *“1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

*2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.*

*3. La forma política del Estado Español es la monarquía parlamentaria”.*

<sup>495</sup> Es una correspondencia material normativa

Significa lo dicho, que se trata como lo hemos venido argumentando a lo largo de la presente investigación, el respeto de la jerarquía normativa; pero a su vez, la primacía del Principio de Legalidad respecto del Poder Público legislativo y del Poder Público administrativo, ambos como expresión del poder político.

En efecto, cuando la producción normativa está sometida a la legalidad, significa que las normas en cuanto a su formación y contenido deben respetar otras normas de rango superior, que han sido igualmente expedidas por el Poder Público legislativo, pero que al adquirir existencia en el mundo jurídico determinan a otras normas, para cumplir la cíclica relación entre poder político, Poder Público y Principio de Legalidad, en cuanto al condicionamiento de este último respecto a los dos primeros.

Se trata pues de una relación de jerarquía normativa, puesto que unas han de respetar las de rango superior, por existir dentro de un Estado de Derecho, en el cual los poderes político y público están determinados por la ley; en esta medida, tanto la producción legislativa como la aplicación de la misma son igual sometidas por el Principio de Legalidad.

Se trata entonces, de una jerarquía superior de un principio respecto del Poder Público en el Estado de Derecho; circunstancia que pareciera asistida de incoherencia argumentativa, pero que en ningún sentido lo es, porque los poderes en el Estado de Derecho, no pueden estar por fuera de la legalidad, en cuanto a sometimiento normativo de regulaciones obligatorias; determinando con ello criterios de validez, ya que ningún poder puede estar por fuera de la ley en sentido general<sup>496</sup>.

---

<sup>496</sup> Es como si el Principio de Legalidad se convirtiera en un principio de legitimidad o de validez de los poderes político y público, y que con FERRERO, Guglielmo. Poder: Los genios invisibles de la ciudad, Editorial Tecnos, Madrid,

Es que el poder legislativo no puede sustraerse a la ley a si sea el creador de la misma, por cuanto sus actos deben enmarcarse formal y sustancialmente en regulaciones normativas previamente establecidas, para que sean válidas y por tal legítimas, en la medida que se desarrollan dentro de un Estado de Derecho, ya que no se concibe ninguna conformación estructural de dicho Estado por fuera del orden legal<sup>497</sup>; porque de llegar a serlo estaríamos frente a una forma de poder ilegítimo<sup>498</sup>, derivado de formas de gobierno autoritarias o despóticas por ejemplo<sup>499</sup>.

En las anteriores circunstancias, tenemos que decir, que se trata de una estrecha correlación entre la producción o creación de la ley y la ley misma en cuanto a su determinación, es decir, que el Poder Público legislativo esta significativamente condicionado por la misma ley y en esta medida por el Principio de Legalidad, para

---

1998, p. 81, se puede incluir como una justificación de los mismos, ya que el profesor mencionado dice: *“En suma, los principios de legitimidad son justificaciones del poder, es decir, del derecho a mandar”*.

<sup>497</sup> FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derecho, obra citada, p. 57, lo concibe de la siguiente manera al hablar del constitucionalismo garantista a través de los derechos: *“Conforme a esto, donde quiera que exista un poder, sea público o privado, ejecutivo o judicial o legislativo, estatal, extra o supraestatal, deberán existir normas primarias, no solo formales sino también sustanciales que regulen su ejercicio, sometiéndolo a los límites y a los vínculos en qué consisten las garantías primarias correlativas a los derechos y a los intereses constitucionalmente establecidos, así como a la separación de poderes que impidan sus confusiones o concentraciones”*.

<sup>498</sup> Porque el poder al que nos referimos y en este caso el de orden legislativo, no es simple mente la imposición que para lo que nos interesa se evidenciaría en la potestad de expedir normas como una forma de dominación; sino que se determina dentro de criterios de valides y no simplemente como lo plantea el profesor VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis. Legitimidad y legalidad en Max Weber, en MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel, Sobre el poder, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, p. 69, cuando hace referencia a: *“cualquier probabilidad de imponer la propia voluntad contra resistencias en una relación social”*, ya que dicha imposición debe estar enmarcada en la legalidad, es decir, al sometimiento normativo.

<sup>499</sup> Tal vez por esta razón es que el profesor FERRERO, Guglielmo. Poder los genios invisibles de la ciudad, obra citada, p. 80, hace referencia a los principios de legitimidad para justificar el poder en los sistemas de gobierno y de Estado a lo largo de los siglos.

lo que en términos kelsenianos se configure un sistema jurídico<sup>500</sup>.

Significa que la validez y legitimidad del poder legislativo en el acto de creación de la ley, está determinado por el respeto de la misma ley en sentido genérico, en el entendido de obligarse por las regulaciones normativas que lo condicionan, desde un punto de vista formal y sustancial, que es lo que demuestra la obligación de obediencia de la ley por la ley en cuanto a su creación<sup>501</sup>.

Como se puede observar, es una clara determinación de jerarquía del Principio de Legalidad expresado en la ley desde un criterio general de la misma, que condiciona al poder legislativo en su función de creación normativa y que de una u otra forma lo hace respecto del Poder Público administrativo en general en cuanto a ser el ejecutor de la misma; pero ese condicionamiento o determinación al que nos hemos venido refiriendo y que genera la validez y legitimidad de las normas, en nuestro parecer no es automático o simplemente objetivo, en el sentido que el simple respeto a una norma preexistente determine dicha validez y legitimidad; sino que por el contrario, es preciso que la norma condicionante o determinante esté igualmente asistida de dicha validez y legitimidad, pero no solo en cuanto a la concordancia con una norma preexistente de manera formal o sustancial, sino que

---

<sup>500</sup> Con ESQUIVEL PÉREZ, Javier. Kelsen y Ross: Formalismo y realismo en la teoría del derecho, Ediciones Coayacán, México, 2011, p. 71, quien haciendo referencia a Kelsen lo plantea de la siguiente manera: *“El orden jurídico es, entonces, un sistema de normas generales e individuales conectadas entre sí de manera que la creación de cada norma está determinada por otra norma perteneciente al sistema y en última instancia, por la norma NB la cual al constituir el fundamento de validez de toda norma perteneciente al orden jurídico, constituye también la unidad de dicha pluralidad de normas”*.

<sup>501</sup> FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 562, lo observa desde el poder constituyente en los siguientes términos, pero que es plenamente aplicable a nuestra argumentación: *“Ante todo, y al margen de la figura enteramente singular del poder constituyente, son siempre efectos de decisiones de cuya validez, determinada por su conformidad y coherencia con las normas formales y sustantivas de su producción, depende su legitimidad. En segundo lugar, consiste siempre en modalidades de cuya legitimidad depende la validez de los actos preceptivos que son su actuación, condicionada a su vez en la producción de efectos legítimos en la esfera jurídica de otros, por la observancia de las normas formales y sustantivas sobre su producción”*.

por su propia naturaleza y contenido sea válida y en este criterio, legítima<sup>502</sup>.

En las anteriores circunstancias, es preciso analizar la validez y legitimidad de las normas como expresión del Principio de Legalidad, para determinar la verdadera jerarquía del mismo respecto del Poder Público, ya que, como lo expresé anteriormente, en cuanto una norma no sea válida y por tal legítima, no obliga en estricto sentido dentro del orden jurídico ya que puede ser susceptible de inaplicación<sup>503</sup>.

Por lo anterior, en el acápite siguiente desarrollaremos algunos criterios y argumentaciones sobre la validez del Principio de Legalidad para determinar su supremacía sobre el Poder Público desde fundamentaciones del contenido mismo de las normas, para que no sean simples relaciones de formal respeto.

### **3. VALIDEZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: SUPREMACÍA NORMATIVA**

En este sentido hay que entrar a analizar un concepto fundamental para nuestra argumentación como es la validez de las normas jurídicas que determinan el Principio de Legalidad, desde una óptica del principio mismo, su condicionamiento y supremacía respecto del Poder Público, ya que de una u otra forma he hecho referencia a de ello en acápites anteriores, pero solo desde la concordancia de la

---

<sup>502</sup> Si esto no es así, nos quedamos en las argumentaciones de la mayoría de la doctrina a la que se ha dado en llamar positivista, que determinan la supremacía de la ley por el simple respeto a la ley preexistente y en última instancia a la norma fundamental de Kelsen, pero que no se adentra a verificar criterios de validez y legitimidad en la norma o ley que he dado en llamar determinante o condicionante de otras leyes o en sentido general de otras normas.

<sup>503</sup> Es un criterio que denomino como validez sustancial en el contenido de las normas determinantes de otras normas y por tal del poder político y del Poder Público, que no es otro que el Principio de Legalidad y que en esta medida lo hace obligatorio frente a los dos poderes antes mencionados, quienes le deben obediencia y no se pueden sustraer a su aplicación por estar subordinados al mismo.

producción normativa y la aplicación de la misma con reglas preestablecidas; aquí miraremos esas reglas preestablecidas, es decir, las normas condicionantes o determinantes en su validez, para que efectivamente puedan subordinar al poder político y al Poder Público.

### **3.1. FRENTE A LA ÉTICA Y LA MORAL**

Cuando se hace referencia a la validez de las normas jurídicas, existen diversos criterios que la fundamentan, dentro de los cuales encontramos los de naturaleza ética y moral, en cuanto a que ellas han de respetarlos para considerarla válidas; pero más aún, que las propias normas estén investidas de principios o criterios morales y éticos para que les asista la característica o atributo de la validez.

Algunos filósofos y teóricos del derecho así lo han concebido y han identificado la ley con reglas racionales encaminadas a lograr el bien común<sup>504</sup>, lo que determina una conformidad de la misma con criterios éticos y morales; en un claro fundamento cristiano, tomando en cuenta la noción de ley divina, ley natural, ley humana entre otras<sup>505</sup>.

Pero los criterios morales en el contenido de la ley para ser válida, no solamente provienen de doctrinas de corte religioso como que se pudieron haber dado en la edad media, sino que formas de pensamiento que podrían considerarse alejadas de ellas también la han adoptado, para determinar validez en las regulaciones normativas, como ocurrió con algunos pensadores de la época del nacional socialismo en Alemania, que concibieron reglas morales en los contenidos legales

---

<sup>504</sup> Santo Tomás la define en el tratado de la ley como el ordenamiento de la razón hacia el bien común

<sup>505</sup> Ver las diversas clases de leyes en San Agustín de Hipona en su obra la Ciudad de Dios.

y no solamente la ley por la ley para ser obedecida<sup>506</sup>.

Es bien interesante que en una época como la del nazismo alemán, se puedan identificar formas morales en la materialidad de la ley para determinar su validez, porque ha venido dándose la falsa creencia, que todo lo ocurrido en ese periodo de tiempo tan complicado para la humanidad, el único fundamento para justificar lo ocurrido fue el respeto de la ley en cuanto existía como regla jurídica, tenía que ser obedecida ciegamente, lo que llevó a culpar al positivismo jurídico como fuente y justificación de lo acontecido<sup>507</sup>.

Retomando nuestra argumentación, Implica lo anterior, que el contenido material de la ley está determinado por la moral y de esta manera adquiere validez; es decir, que no es solamente el respeto por las formalidades previamente establecidas en una norma jurídica las que condicionan su validez, sino el respeto e inclusión dentro de ella de principios de orden moral<sup>508</sup>.

Así las cosas, en nuestro parecer es correcto que en las normas jurídicas se

---

<sup>506</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias: Nuevos ensayos de filosofía jurídica, obra citada, p. 405, muestra cómo en la época del nazismo se tomaron en cuenta por algunos filósofos como Radbruch, criterios morales para identificar la ley o el derecho justo y no solamente los argumentos positivistas, como siempre se ha creído; efecto, el profesor García Amado dice: *“Radbruch, que antes del nazismo se había alineado en las filas positivistas y que durante la guerra había permanecido en Alemania, privado de su cátedra, abraza ahora por tales motivos pragmáticos y políticos la tesis antipositivista de que la moral condiciona la validez de las normas jurídicas”*.

<sup>507</sup> *Ibíd*em, p. 305 y ss, hace una interesante defensa de Kelsen en el contexto de lo ocurrido en la Alemania del nazismo, para demostrar que las imputaciones hechas al positivismo Kelseniano de ser el responsable de las atrocidades ocurridas no son ciertas.

<sup>508</sup> *Ibíd*em, p. 407, en cita de Radbruch lo muestra de dicha manera cuando expresa: *“Según Radbruch, la promulgación formalmente correcta de una ley es condición necesaria de su validez, pero no condición suficiente. También se requiere que el contenido de la norma legal no vulnere ciertos principios morales presentes en la conciencia de la humanidad en cada momento histórico y que en el siglo XX se sintetizan en la idea de los derechos humanos. En los derechos humanos se expresa contemporáneamente una idea de justicia que ningún derecho positivo puede rebasar sin perder su condición de validez, su condición de derecho”*.

encuentre criterios morales y éticos para establecer e identificar su validez, porque los principios de tal naturaleza son inherentes al hombre en sus regulaciones de comportamiento, que cuando se tornan obligatorias se adentran en el mundo jurídico; pero la gran pregunta sería determinar, si los principios morales por ellos mismos son suficientes para determinar la validez de una norma, cuando las concepciones de moralidad pueden ser tan dispares dependiendo no solamente de las personas y sus formas de pensamiento, sino sus creencias religiosas, formación intelectual, cultural etc.

Considero muy difícil estructurar un criterio simplemente moral y ético para determinar la validez de las normas, porque dichos conceptos no son aprehendidos por las personas y el conglomerado social de manera uniforme, sino que se adentran en criterios de indeterminación, que por estar inmersos en el mundo jurídico se les ha dado el carácter de conceptos jurídicos indeterminados<sup>509</sup>; pero que pueden ser muy cambiantes en circunstancias específicas como las indicadas anteriormente.

En efecto, no se tiene la misma concepción de la ética y la moralidad en un sistema político socialista que uno fundado en raigambres religiosas y en esta medida la fundamentación de validez de las normas será distinta, alejándose de criterios de uniformidad y seguridad jurídica, porque de acuerdo a la forma de comprender lo que es moral y ético se le dará obligatoriedad y exigibilidad a una regulación considerándola como válida, lo cual puede generar decisiones que en el mundo de la justicia se pueden tornar legales pero injustas; a pesar de que sea posible decir que hay que distinguir lo legalmente valido de los justo, porque se debe separar el derecho de la moral, esto no es tan claro, cuando se indica que las normas jurídicas para ser válidas deben respetar principios de moralidad y

---

<sup>509</sup> En lo referente a los conceptos jurídicos indeterminados ver LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2015.



ética.

En efecto, no es nada claro identificar validez, moralidad y justicia por la subjetividad que se puede encontrar en dicha relación<sup>510</sup>; por tal razón, aunque consideramos que los criterios morales son fundamentales para identificar validez en las normas jurídicas, están identificados en el fuero interno de las personas que aunque pueden trasladarse a la objetividad de dichas normas para ser obligatorias dentro de las conformaciones sociales del Estado, no dejan de corresponder al fuero interno del individuo que le quita el carácter normativo, es decir la exigibilidad frente a los demás<sup>511</sup>, ya que dicha obligatoriedad será de conciencia de cada cual que en cuanto a que, cualquier represión no saldrá de sus convicciones personales<sup>512</sup>.

La obligatoriedad de las normas jurídicas las identifico con la posibilidad de exigibilidad frente a los demás y en este sentido, es difícil encontrar una identidad de criterios morales comunes entre todas las personas, porque la percepción de los mismos puede ser distinta; aunque se podría pensar que como el principio moral ha sido incluido en la norma gana obligatoriedad y en esta medida se puede exigir su cumplimiento; circunstancia que puede ser cierta, pero en este caso la norma no es válida y por tal, legítima por el contenido de ella, sino por haber sido

---

<sup>510</sup> Bien decía Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?*, 5ª reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona, 2008, p. 36, cuando al preguntarse qué es la justicia expresaba: *“Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría sea ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que solo pueden ser replanteadas”*.

<sup>511</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, 11ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2013, p. 53, muestra la dificultad de identificar el derecho y la moral en los siguientes términos: *“La diferencia esencial entre el derecho y la moral estriba en que el derecho tiene por objeto las relaciones entre personas, mientras que la moral recae sobre el hombre como individuo... De la naturaleza del Derecho en cuanto ordenamiento de la convivencia humana parece desprenderse, ante todo, la exterioridad del derecho por oposición de la interioridad de la moral, ya que solo con su conducta externa participa el hombre en la convivencia”*.

<sup>512</sup> Es un razonamiento típico Kantiano.

expedida y traída al mundo jurídico a través de los procedimientos previstos en otras normas para ser leyes válidas en sentido formal pero no material<sup>513</sup>.

Es que en muchas ocasiones se ha confundido el contenido moral de una norma, con el deber moral de acatamiento, cumplimiento y aplicabilidad de la misma, para determinar validez; ya que una cosa es el deber moral de cumplimiento de una norma y otra cosa muy distinta, que la norma esté asistida de contenidos morales que la hacen válida, es decir obligatoria y exigible en el mundo jurídico.

En el primer caso, se puede tratar de una norma que ha llegado al mundo jurídico por los procedimientos previamente establecidos para su creación y en esta medida, nace para los destinatarios un deber moral de cumplimiento; en este evento, la validez se determina por la obligación de quienes están circunscritos a cumplir, de realizar las actuaciones de acatamiento o cumplimiento; pero que de todas formas se trata de una obligatoriedad en nuestro parecer formal y no de contenido, ya que una circunstancia externa a la norma, como es la obligación de cumplimiento le otorga supuestamente el carácter moral válido a la misma.

Respecto del segundo postulado, es decir, que la norma en su materialidad esté imbuida de principios morales, se trataría de una validez sustancial, pero que como lo hemos venido afirmando, es de una significativa relatividad por la comprensión tan dispar que pueden tener los principios morales<sup>514</sup>.

---

<sup>513</sup> RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía del derecho, obra citada, p. 49, nos muestra que si razonamos así, estamos frente a una simple jerarquía normativa en sentido formal, ya que se trata del respeto de normas de rango superior; en efecto el pensador alemán dice: *“Para razonar y fundamentar la validez del derecho se ha desarrollado una teoría jurídica de la validez: Esta teoría propone por misión justificar la validez de una norma jurídica remitiéndose a otras cada vez más altas; así reduce la validez del decreto a la ley a cuya ejecución sirve aquel, y de la ley a la Constitución, en la que se regula el proceso legislativo”*.

<sup>514</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis. Jerarquías normativas y dinámicas de los sistemas jurídicos, obra citada, p. 57, muestran la dificultad en identificar los contenidos morales con la validez de las normas jurídicas, así: *“La*

Significa lo dicho, que los contenidos morales de una norma por si solos no la hacen válida, es decir, que no son suficientes para su determinación; pero que de una u otra forma son necesarios ya que no pueden ignorarse para establecer criterios de validez, en el sentido de que en nuestro parecer toda norma jurídica está determinada por dichos criterios; lo que sucede, es que los mismos necesitan de otras circunstancias para convertirse en suficientes y así determinar la validez de una norma, como podría ser su inclusión en las regulaciones normativas positivas, es decir, en la actividad formal de producción de normas jurídicas para darle un carácter racional como lo ha indicado alguna doctrina<sup>515</sup>.

Pero que de todas formas encuentra una fragilidad en el sentido de que dichos principios morales corresponden a la naturaleza subjetiva de la persona<sup>516</sup>, así se les de algún grado de objetividad cuando se les identifica con validez y legitimidad<sup>517</sup>; porque al estar la moral inmersa en el fuero interno del individuo, limita su exigibilidad, ya que para tornarse obligatoria necesita trascender al

---

*idea de una noción relativa de validez jurídica como fuerza obligatoria presupone una noción de validez absoluta, asimilada a la corrección moral, confunde una característica formal de las normas jurídicas, vinculada a la estructura jerárquica del derecho, con una pregunta sustantiva de su fuerza moral”.*

<sup>515</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: Complementos y estudios previos*, 6ª ed., Editorial Trotta Madrid, p. 541, en referencia y análisis de los criterios de Max Weber sobre la racionalidad del derecho, expresa: *“Frente a la argumentación funcionalista de Max Weber resulta, entonces, que la forma de leyes abstractas y generales sólo puede justificarse como racional a la luz de principios de contenido moral. (Más de ello no cabe concluir que un orden jurídico, sólo en las formas de leyes públicas, abstractas y generales, pudiese dar satisfacción a esos dos principios de igualdad en la aplicación del derecho e igualdad jurídico-material)”.*

<sup>516</sup> *Ibíd*em, p. 542, lo muestra de la siguiente manera: *“Resumiendo podemos decir que las cualidades formales del derecho analizadas por Max Weber sólo hubieran podido, en condiciones sociales especiales, posibilitar la legitimidad de la legalidad en la medida que hubieran podido ser consideradas racionales en un sentido práctico-moral. Weber no reconoció este núcleo moral del derecho foral burgués porque siempre entendió las ideas morales como orientaciones valorativas subjetivas”.*

<sup>517</sup> *Ibíd*em, p 545, el profesor Habermas reconoce la interrelación entre moral, legitimidad y validez cuando expresa: *“La legitimidad de la legalidad se debe a un entrelazamiento de procedimientos jurídicos con una argumentación moral que a su vez obedece a su propia racionalidad procedimental”.*

exterior, a las regulaciones que condicionan de forma coercitiva el actuar de las personas dentro de las conformaciones estructurales del Estado.

Por tal razón, no se trata entonces de una relación objetiva de principios o contenidos morales de una norma, la y validez de la misma; sino que los principios morales son parte de los criterios de validez, pero que deben estar acompañados de otros elementos que siendo internos a externos a las regulaciones normativas, es decir obligatorias, establecen su validez, en el sentido de exigibilidad.

En efecto, existen otros criterios que han sido tratados por los filósofos del derecho y que unidos a lo indicado de moralidad y ética en las normas jurídicas<sup>518</sup>, pueden ayudar a identificar claridad en el concepto de validez de las mismas; por esta razón me referiré a uno que considero argumentativamente muy fuerte en este sentido, lo cual hago a continuación.

### **3.2. ACEPTACIÓN SOCIAL Y VALIDEZ**

Los contenidos morales de las normas jurídicas para que determinen validez de las mismas tienen que ser aceptados, es decir, generalmente acatados por los grupos sociales que conforman el Estado; aceptación que puede ser directa o indirecta de acuerdo a la conformación política o de poder de cada uno de ellos.

No es otra la manera en que se reconocen los criterios morales y éticos como determinantes de la validez de las normas jurídicas, pues de lo contrario

---

<sup>518</sup> RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía el derecho, obra citada, p. 50, contempla entre otros los siguiente criterios de validez: La teoría del poder y la teoría del reconocimiento, las cuales también considera insuficientes por las dificultades en su aplicación, ya que en el primer caso, es decir, en la teoría del poder, la validez se deriva simplemente del derecho de aplicación y en el segundo evento, en cuanto a la teoría del reconocimiento, es posible que un individuo se sustraiga a dicho reconocimiento y en esta medida se niega la obligatoriedad de la norma.

estaríamos en una determinación simplemente externa de respeto formal de normas previamente establecidas; ya que en este caso los individuos que integran el Estado convienen en adoptar de forma unificada ciertos postulados morales, para incorporarlos a las regulaciones de sus interrelaciones y de esta manera hacerlos obligatorios, es decir válidos<sup>519</sup>.

Y digo que dicha aceptación puede ser directa o indirecta, ya que en el primer caso los individuos la expresan sin ninguna intermediación en su expresión de voluntariedad, es decir, cuando intervienen en la producción normativa en ejercicio propio del poder político<sup>520</sup>, e indirecta cuando lo hacen a través de representaciones al elegir o designar a otros individuos para que realicen las expresiones normativas que involucran criterios morales en las mismas; que no es otra cosa que la conformación de los parlamentos o congresos encargados de expedir las regulaciones con fuerza obligatoria, es decir, las leyes en este caso en sentido formal; pero además en otras estructuras del Estado para hablar de la ley en sentido general.

En efecto, como el poder político en su función normativa es ejercido por regla general por el Parlamento o Congreso<sup>521</sup>, la aceptación que hacen los individuos de la incorporación de principios éticos y morales en las normas jurídicas es

---

<sup>519</sup> Se trata del pacto, del acuerdo entre quienes conforman el Estado, de adoptar criterios morales en sus actuaciones que son llevadas al contenido de las normas jurídicas, que de una u otra manera nos encaminan a pensar en aquellos conceptos de formación del Estado a que hicimos referencia en acápites anteriores de la presente investigación en que hacíamos referencia a Hobbes, Rosseau, etc.; pero en este caso, en cuanto a la estructuración normativa y la validez de la ley y por tal del Principio de Legalidad.

<sup>520</sup> Entendiendo que en los estados de Derecho modernos es muy difícil que los individuos participen directamente en la actividad de formación normativa, ya que existe la representación para el ejercicio del poder legislativo, por la imposibilidad de que todos intervengan, en la medida de la extensión de los grupos sociales.

<sup>521</sup> Digo que por regla general, porque no es una función exclusiva dentro del Estado de Derecho, ya que también el Poder Público administrativo, puede proferir regulaciones con fuerza obligatoria, así como el legislativo.

delegada en quienes lo integran y de esta manera su voluntad deja de ser directa, encontrándonos en las llamadas formas de representación, que no hacen más que sustituir a las personas en las decisiones normativas, es decir, en la producción de reglas obligatorias, que en este caso involucrarán los principios morales adoptados por la generalidad, para que tengan el carácter de válidas.

Como se puede observar, es la aceptación general de ciertos principios morales dentro del Estado de Derecho, para que integren el contenido material de las normas jurídicas lo que las hace válidas; así existan algunas dificultades cuando se dice, que uno u unos individuos pueden expresar voluntariedad de no aceptación y en esta medida dejan de ser válidas<sup>522</sup>.

En efecto, la obligatoriedad de una norma dentro del ordenamiento jurídico, implica que las personas que integran el grupo social acepten sus contenidos; aceptación que es de carácter general, en el sentido de que se trata de una voluntariedad impersonal y abstracta, ya que los individuos cuando designan a sus representantes a las instancias que les corresponde crear normas, a través de las formas previstas para ello<sup>523</sup>, convienen en la adopción de las mismas, con los contenidos materiales que se les otorguen por los órganos facultados para expedirlas<sup>524</sup>.

---

<sup>522</sup> RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía, obra citada, p. 50, muestra las fragilidades de la teoría del reconocimiento, que en nuestro criterio se puede identificar de alguna manera con la aceptación, cuando indica: *“La teoría del reconocimiento falla, en cambio, con respecto al infractor que obra movido por una convicción y niega al Derecho su reconocimiento, Esta teoría se ve obligada, además, a admitir que el reconocimiento de una norma jurídica implica también el de sus consecuencias, equiparando, por tanto, el reconocimiento efectivo, de hecho, con el debido reconocimiento en virtud de la consecuencia lógica”*.

<sup>523</sup> Aquí hago alusión a las formas de elección previstas para designar los integrantes de los cuerpos colegiados que tienen la competencia para expedir leyes, es decir, el Congreso o Parlamento.

<sup>524</sup> HART, H. L. A. El concepto de derecho, obra citada, p. 63 y ss, hace referencia al reconocimiento de reglas, como fundamento normativo de las mismas, es decir, de obligatoriedad.

Lo que implica que no es posible expresar una voluntad individual de no aceptación de una norma jurídica, ya que cuando ha expresado su voluntad en la forma de representación, se ha despojado de la potestad de decidir si acepta o no acepta la exigibilidad de una norma; puesto que es la voluntad general la que determina la obligatoriedad y de esta manera el contenido de la regulación oponible a toda la sociedad, y en este sentido, corresponde a esa voluntad general, de la misma manera en que aceptó el carácter jurídico de la norma, quitárselo a través de las formas y formalidades igualmente aceptadas para hacerlo.

En esta medida, la validez normativa se determina por un acto de voluntad del grupo social, que se expresa en la aceptación de las regulaciones y sus contenidos, que son adoptados por las instancias que han sido dotadas de competencias para expedir normas jurídicas; contenidos que pueden estar imbuidos de principios morales y éticos por ejemplo<sup>525</sup>.

Lo anterior es así, porque de una u otra forma el grupo social interviene en la conformación del Poder Público legislativo, que es el que se encarga de la creación normativa por regla general dentro del Estado de Derecho y en esta medida, los actos expedidos por él están limitados y condicionados por la voluntad

---

<sup>525</sup> *Ibíd*em, p. 133. Hart cuando se refiere a la regla de reconocimiento y la validez de la misma, no se aleja de la jerarquía normativa formal, en la medida que reconoce la existencia de otras reglas y la concordancia entre ellas, cuando expresa: *“Entendemos mejor el sentido en que la regla de reconocimiento es la regla última de un sistema, si seguimos una cadena muy familiar de razonamiento jurídico. Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla”*. Insisto en que reconocimiento lo referencio con aceptación, pero para la argumentación que vengo desarrollando, ya no se trata de una jerarquía normativa formal de otorgar validez a unas normas por otras, sino en el sentido del contenido mismo de las normas, que es donde puedo identificar la aceptación.

social, así dicho poder adquiriera independencia una vez ha sido constituido<sup>526</sup>; en la medida que existen formas igualmente jurídicas para que el grupo social cambie o modifique su voluntad de aceptación normativa, ya que la misma no es absoluta en el sentido que perdure para siempre y no pueda ser sustituida o modificada.

Implica lo dicho, que las normas que determinan al poder político y al Poder Público son válidas en cuanto sean aceptadas por los individuos pero no aisladamente sino de forma general, comprometiendo su voluntad de manera impersonal y abstracta, es decir, anónima, cuando intervienen en la conformación del Poder Público legislativo que es el que expide la ley y que luego se ve condicionado y determinado por ella; pero que en todo caso, dicha ley tiene que ser válida para que se torne obligatoria y pueda ser exigible, ya que de lo contrario tanto el poder político como el Poder Público se pueden separar de ella, a través de su inaplicación.

Se entiende entonces, que el Principio de Legalidad prima sobre el poder político y el Poder Público como expresión de aquel, en cuanto se conforme de normas jurídicas válidas, no solamente de forma externa, sino interna; en el primer caso por el cumplimiento de formalidades de normas preexistentes, en lo referente a su expedición, y en el segundo, en cuanto a que el contenido de las normas se ajuste a criterios morales aceptados por la comunidad o sociedad en general<sup>527</sup>.

---

<sup>526</sup> La Constitución de Colombia de 1991, expresa por ejemplo que los congresistas son inviolables en sus actuaciones en cuanto a sus opiniones y votos que emitan, lo que significa la independencia en su actividad.

<sup>527</sup> FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos, obra citada, p. 37, muestra cómo Kant se refiere a la voluntad general en referencia a Rousseau, que si bien es cierto lo indica en cuanto a la utilidad pública de la misma, considero que se puede tomar como fundamento de validez normativa; en efecto el profesor italiano dice: *“Recuérdese estos pasajes abiertamente Rousseauianos de Kant: el poder legislativo solo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo. Porque, ya que de él debe proceder todo derecho, no ha de poder actuar injustamente con nadie mediante su ley”*; lo que me permitiría afirmar: no ha de poder actuar a través de ley alejada de validez.



Se trata de una primacía sustancial y no formal del Principio de Legalidad respecto de los poderes mencionados, puesto que no es un imperio de la ley en el sentido normativo de la norma por la norma; sino que se va al contenido de la misma para identificar validez y de esta manera, se determina que el Principio de Legalidad obliga al Poder Público; pero por la circunstancia específica de dicha validez normativa, pues si las normas no son válidas no sería exigibles<sup>528</sup>.

#### **4. CONTROL DEL PODER PÚBLICO: EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Determinada la supremacía del Principio de Legalidad frente al Poder Público, considero adecuado proponer una forma de control del mismo, desde una perspectiva que involucre las argumentaciones realizadas, en el sentido de incluir no solamente las normas formalizadas en textos escritos, sino igualmente los principios que son contenidos en ellas, para que se concrete una verdadera legalidad en las actuaciones de las autoridades públicas dentro del Estado de Derecho.

Lo anterior es así, ya que el control que se ejerce respecto de los actos provenientes del Poder Público legislativo que se identifica con un control de constitucionalidad y el que se realiza a los que se derivan del Poder Público administrativo en su expresión de cada una de sus ramas que se ha denominado de simple legalidad, se limitan en la comparación de normas superiores instrumentalizadas en actos escritos, la Constitución en el primer caso y la ley en sentido formal en el segundo; circunstancia que excluye a los Principios generales

---

<sup>528</sup> Aquí tenemos que indicar, que una cosa es la existencia de una norma y la obligatoriedad de la misma; ya que una norma puede llegar al mundo jurídico pero no ser obligatoria, en la medida que para la exigibilidad es necesario que sea válida, en el entendido de una característica propia, es decir, como atributo de ella, porque de lo contrario seguiríamos en el simple formalismo de validez de la norma por la norma.

del Derecho, en tanto no estén consignados en las normas superiores expresadas en textos escritos.

Considero que el control puede ser más amplio y efectivo, en cuanto al respeto del Principio de Legalidad, si no establecemos la limitación antes indicada y se incluyen los Principios generales del Derecho con un carácter normativo, es decir obligatorio, sin tener que esperar a que sean incluidos en un texto legal, porque de esta manera la normatividad superior se está garantizando efectivamente.

No podía ser otra la argumentación en esta parte de la investigación, si se tiene en cuenta, que el Principio de Legalidad como supremacía normativa respecto del poder del Poder Público, debe llevar a la determinación de un control adecuado de la integralidad de las actuaciones que se desarrollan en su ejercicio y que en muchas ocasiones se ve truncado porque no se ha previsto en un texto legal la vulneración de algún principio general del derecho y en esta media, un acto ya sea de carácter político en el sentido legislativo del término o público en su carácter administrativo, se puede quedar sin control.

#### **4.1. GARANTÍA FORMAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Cuando se verifica el funcionamiento del control de legalidad en sentido general dentro de los sistemas jurídicos, en este caso en la referencia que hemos venido tratando del ordenamiento español y colombiano, nos podemos dar cuenta que ha funcionado de forma muy limitada, porque se circunscribe a la comparación de un acto con una norma instrumentalizada en un texto escrito y si se encuentra contradicción entre uno y otro, se declara la invalidez de la misma.

En efecto, se han previsto por ejemplo, causales de nulidad de los actos

administrativos de forma taxativa<sup>529</sup>, las cuales son restricciones para la autoridad que ha de pronunciarse respecto de la garantía el Principio de Legalidad, ya que no puede declarar la invalidez de un acto si no se encuadra alguna de dichas causales consagradas en norma escrita<sup>530</sup>.

Significa lo anterior, que se trata de un control a través de la verificación de concordancia con normas simplemente instrumentalizadas en textos escritos, para determinar el respeto normativo teniendo en cuenta la estructura jerárquica de primacía de las normas, en las cuales el acto administrativo debe obediencia a la

---

<sup>529</sup> El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, que constituye el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, contempla las causales taxativas de nulidad de los actos administrativos, así: *“Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

*Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió...”*; como se puede observar, la norma es explícita en consagrar las causales de nulidad de los actos administrativos, sin permitir la posibilidad de argumentación de otras formas de violación que puedan estar afectando el Principio de Legalidad, como pueden ser los Principios generales del Derecho.

<sup>530</sup> Por su parte, Las causales de nulidad de los actos administrativos en España, están previstas en el artículo 47 de la Ley 39 de 2015 que constituye La Ley de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, así: *“Nulidad de pleno derecho.*

*1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:*

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) Los que tengan un contenido imposible.*
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.*

*2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.* La previsión es clara, cuando el literal g) contempla como causal de nulidad cualquier otra causa que se establezca expresamente en una disposición con rango de ley, es decir, que esté instrumentalizada en dicho acto.

ley en sentido formal y ésta a la Constitución para que se estructure el cumplimiento del Principio de Legalidad en sentido formal.

Se trata entonces de un control simplemente operativo, ya que lo que se va a determinar, es si un acto producido por el Poder Público, se ajusta a una norma previamente establecida, primero en su aspecto formal y luego en sus contenidos, para así tratar de verificar legalidad formal en el primer caso y material en el segundo; pero que en mi parecer no deja de ser formal, en cuanto hace referencia a una verificación normativa instrumental, es decir, contemplada en norma escrita, puesto que como dijo Poncio Pilato lo escrito, escrito está y si una causal de invalidez o nulidad no se encuentra prevista en el texto de una norma jurídica, no es posible declararla, ya que opera el criterio de la taxatividad<sup>531</sup>.

Por tal razón y para que el control de legalidad de los actos de poder político y de Poder Público en general esté asistido de un verdadero control material, es preciso indicar que se debe realizar a través de la verificación del cumplimiento de Principios generales del Derecho, ya que de una u otra forma es lo que contemplan las normas consagradas en textos escritos, y si se quiere mantener la instrumentalización de los mismos, se podría adoptar una norma particular que hiciera una referencia enunciativa simplemente, para dejar la puerta abierta a otros que también pueden corresponder al orden jurídico y ser exigibles así no se contengan en un texto legal, sino que ganen fuerza normativa por la aceptación general.

---

<sup>531</sup> Podría pensarse, que si no se aplica la taxatividad se podría generar alguna incertidumbre jurídica, en la medida que existiría una indeterminación para decretar la invalidez de un acto; argumentación que me parece que no es tan acertada, ya que si aplicamos la teoría de los principios estaríamos dando certeza a las decisiones de invalidez, en la medida que dichos principios hacen parte del orden jurídico, así no estén contenidos en norma escrita y han sido aceptados como tales, es decir, como normas obligatorias y exigibles de cumplimiento por quienes desarrollan poder político y Poder Público.

## 4.2. LA VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS Y LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS DE PODER PÚBLICO

Cuando se analiza un texto legal, se puede comprobar que las normas contenidas por ellos no son más que la expresión de algún principio general del derecho, que ha sido instrumentalizado de forma directa<sup>532</sup> o indirecta a través de una regulación particular<sup>533</sup>; pero que de todas maneras corresponde a un postulado general<sup>534</sup> concretado en lo que algunos llaman reglas<sup>535</sup> y que para lo que a la presente investigación corresponde le doy la denominación de normas particulares<sup>536</sup>, en contraposición a la generalidad de los principios.

Parece no ser una novedad el hecho de plantear un nueva forma de control de legalidad por violación de Principios generales del Derecho, porque en este

---

<sup>532</sup> El artículo 29 de la Constitución de Colombia consagra de manera directa el principio del debido proceso, cuando expresa: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”* y la Constitución Española de 1978, contempla en el artículo 9 numeral 2 el principio de igualdad al contemplar: *“2. corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas...”*.

<sup>533</sup> Cuando el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 de Colombia que corresponde al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla la causal de nulidad de los actos administrativos, por expedición irregular de los mismos, lo que está mostrando es una expresión del principio del debido proceso, pero ya no como principio sino con una norma particular.

<sup>534</sup> Ver DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, obra citada, p. 102, a lo que he indicado como postulados generales los llama estándares para hacer alusión a los principios y su aplicación.

<sup>535</sup> ALEXY, Robert. Platea la distinción entre principios y reglas, con un criterio de extensión y aplicación de los mismos

<sup>536</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 579, en referencia a Alexy, muestra la diferencia entre principio y regla de la siguiente forma: *“Mientras los principios en su conjunto forman una constelación de normas en las que se expresa el deber ser ideal que se desprende de cada disposición de derecho fundamental interpretada en sentido amplio, es decir, el conjunto de todos los contenido normativos que se podría adscribir prima facie a cada disposición, las reglas expresan determinaciones de ese deber ser ideal que ha sido ya relacionado con principios contrapuestos y ha adquirido así su concreción definitiva”*.

sentido ya se ha pronunciado alguna doctrina; circunstancia que me parece no es tan exacta, por cuanto el criterio que han adoptado algunos teóricos y filósofos del derecho en el sentido normativo de los principios es a partir de que sean consagrados en una norma instrumentalizada<sup>537</sup>, es decir, en un texto escrito<sup>538</sup>; argumentación que es en sustancia diferente a lo que aquí se plantea, ya que los principios del derecho adquieren carácter normativo en el sentido de obligatoriedad, cuando son aceptados como tales por la generalidad de la sociedad a través de sus órganos de representación, sin que sea necesario instrumentalización o formalización.

Así las cosas, no sería necesario consagrar causales específicas de invalidez de los actos, ya sean de carácter político<sup>539</sup> o públicos administrativos<sup>540</sup>, sino una referencia general a la vulneración de Principios generales del Derecho consagrados o no en norma escrita; así la pregunta fuera, cómo hacerlos normativos, es decir obligatorios; respuesta que se tornaría muy simple como los dijimos anteriormente, a través de los órganos de representación, en una aceptación indirecta de ellos.

---

<sup>537</sup> Cuando Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, obra citada, p. 102, dice: *“Pero Cuando abogados y jueces discuten y deciden un proceso, no apelan sólo a las normas jurídicas, sino también a otro tipo de estándares, que yo llamo principios jurídicos; por ejemplo que nadie puede beneficiarse de su propio delito”*; lo que muestra es una distinción entre normas jurídicas y principios, las primeras en la concreción de su positivización en una texto formal.

<sup>538</sup> FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos, obra citada, p. 97, deja entrever el mismo criterio, cuando al referirse a los derechos fundamentales y a los principios contenidos en las constituciones, expresa: *“Sobre el significado de las tesis de conexión y de la separación del derecho y la moral. Los derechos fundamentales, y en general todos los principios establecidos en las actuales constituciones, consisten claramente en valores morales y políticos de justicia altamente compatibles”*; se nota que los principios han de consagrarse en el texto constitucional.

<sup>539</sup> Me refiero a los actos expedidos por el Congreso o parlamento en su función de legislar, es decir, a las leyes, que en cuanto a su invalidez correspondería a la inconstitucionalidad de las mismas.

<sup>540</sup> Los actos públicos administrativos, corresponden a los actos administrativos y la invalidez sería la anulación por ilegalidad en sentido estricto o formal, en alusión a los actos expedidos por el poder político legislativo expresados en las leyes.

Pero no solo de representación política como normalmente se le concibe, sino de representación judicial y administrativa, que de una u otra forma serían los encargados de declarar dicha invalidez y velar por el control de los actos; ya que cuando un individuo llega a una instancia de poder político o público en los términos adoptados en esta investigación, lo que está haciendo es representar a los demás en el ejercicio legislativo, judicial y administrativo.

La anterior argumentación se concreta en el sistema jurídico colombiano en lo referente al principio de la confianza legítima, el cual no está consignado en ninguna norma legal formal o constitucional, pero que ha sido de reconocida aceptación.

## **TÍTULO V**

### **LIMITACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD: EXPRESIÓN DEL PODER PÚBLICO SUBORDINADO**

Una de las consecuencias más significativas del sometimiento del Poder Público al Principio de Legalidad, es la limitación de la discrecionalidad, en la medida que todas las actuaciones de las autoridades públicas, se van a ver determinadas por la ley en sentido genérico; por tal razón, he querido finalizar la investigación con este título, para darle un sentido de practicidad a la misma.<sup>541</sup>

---

<sup>541</sup> Para los desarrollos y complementos de este título ver: GÜECHÁ MEDINA, Ciro N. La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración, en Revista Opinión Jurídica Vol.16 Núm. 31(2017), Facultad de Derecho, Universidad de Medellín, con, donde se plantean criterios sobre la inexistencia de discrecionalidad administrativa.

## 1. NATURALEZA REGLADA DEL PODER PÚBLICO

Las actividades que se generan como consecuencia del ejercicio de Poder Público, muestran en algún sentido los poderes de que están investidas las personas jurídicas públicas<sup>542</sup>, que las colocan en una situación de favorabilidad superior respecto de los particulares, puesto que les otorgan mayores prerrogativas para el cumplimiento de la función que realizan<sup>543</sup>.

Implica lo anterior, que los organismos del Estado ejercen su actividad con ciertas ventajas frente a los particulares, en la medida que la naturaleza de las funciones que desarrollan, imponen asignarles privilegios en el desarrollo de las mismas, para que a través de ellas se logre el cumplimiento de los fines tanto de las entidades públicas en concreto como del Estado en general<sup>544</sup>.

La discrecionalidad, es un privilegio de las autoridades públicas, por cuanto sin mayor ritualismo desarrollan cierta actividad, sin el yugo estricto de la formalidad legal, lo que ha llevado a que alguna doctrina la identifique con la inexistencia de regulación<sup>545</sup>; criterio que puede llevar a la arbitrariedad en el ejercicio de la

---

<sup>542</sup> RIVERO, Jean. Páginas de derecho administrativo, Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 34, muestra el Poder Público, la favorabilidad de derechos que les asisten a las entidades públicas frente a los particulares, cuando dice: *“Ver en el Poder Público el signo característico de la regla de derecho administrativo, es, en efecto, en términos concretos, afirmar que esas reglas se diferencian de las del derecho privado en que ellas confieren a la Administración, en sus relaciones con los particulares, un conjunto de prerrogativas cuyo equivalente no se halla en las relaciones de los particulares entre sí, según como los rige el derecho privado, Es la vieja y simple verificación de la desigualdad que en la base de la relación de derecho público, se opone a la igualdad jurídica sobre la cual reposa el derecho privado”*.

<sup>543</sup> GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Contratos administrativo, Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá, 2009, p. 228 presenta el acto administrativo, en la dimensión de una expresión de imposición unilateral de la Administración Pública respecto del particular.

<sup>544</sup> Con ROTA, Patricia Alejandra. El Principio de Legalidad y la forma del acto administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 1, el poder siempre ha implicado la búsqueda del logro de los fines del gobernante y en nuestro parecer, del Estado que gobierna.

<sup>545</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa,



competencia de poder público, por inexistencia de sometimiento al principio de respeto a la legalidad.

La inexistencia de regulación de carácter legal, no implica que a las entidades del Estado se les permita realizar su actividad con el criterio de discrecionalidad absoluta, ya que existe un principio orientador de toda la actividad pública, como es el de la habilitación legal, en los términos que lo hemos venido planteando en la presente investigación, que consiste en que las autoridades y portal las personas jurídicas públicas solamente pueden realizar lo que les autoriza la ley<sup>546</sup>, lo que da lugar a la naturaleza reglada del Poder Público.

Implica lo anterior, que la actividad del Estado se ha enmarcado dentro de la obligatoriedad del cumplimiento de la ley, lo que determina que cualquier actuación no sea el fruto de la voluntad de las entidades públicas de manera autónoma, sino que por el contrario, son el reflejo de regulaciones legales que de una u otra forma la condicionan; sin embargo, alguna doctrina y jurisprudencia han propugnado por indicar que la actividad pública se caracteriza por el ejercicio de poderes o potestades que se reflejan en la discrecionalidad o voluntariedad en las actuaciones de las entidades públicas para el cumplimiento de los fines estatales;

---

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 154, lo refiere de la siguiente manera: *“En el Derecho administrativo español y alemán del siglo XIX y principios del siglo XX existió la tendencia de identificar los casos de ausencia de norma reguladora de determinado ámbito de actividad de la Administración, es decir, de existencia de lagunas legales, como supuestos de discrecionalidad administrativa”*.

<sup>546</sup> El artículo sexto constitucional así lo prevé, cuando dice que los particulares son responsables ante las autoridades, por infringir la Constitución y las leyes y los servidores públicos por las misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; consagración que ha sido reconocida por la Corte Constitucional de Colombia cuando en la sentencia C-337 de 19 de agosto de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa dijo: *“La legitimación del acto se obtiene por medio de la autorización legal. Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan solo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal”*.

pero que en mi parecer, lo que en realidad existe es una marcada característica reglada en dicha actividad.

## 2. FORMALISMOS EN LAS ACTUACIONES PÚBLICAS

El sistema jurídico de Colombia ha contemplado que todas las actuaciones de las autoridades con la naturaleza de públicas deben someterse a las regulaciones contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adoptado por la Ley 1437 de 2011<sup>547</sup>, o en las leyes que se dicten para casos de trámites especiales<sup>548</sup>; lo que determina, que toda función del Estado está determinada por las regulaciones de trámite previamente establecidas, que no es otra cosa que la expresión del principio del debido proceso condicionando al Poder Público, que con la particularidad de derecho fundamental se consagra en la Constitución<sup>549</sup>.

Refiere lo dicho, que no existe la facultad para una entidad pública de librarse de las regulaciones consagradas en las normas que rigen el formalismo que se esté surtiendo, puesto que vulnera el principio del debido proceso, lo que genera que

---

<sup>547</sup> El actual Código de Procedimiento Administrativo en Colombia está contenido en la Ley 1437 de 2011.

<sup>548</sup> El artículo de la Ley 1437 de 2011 así lo prevé, cuando hace referencia al ámbito de aplicación del Código, haciendo referencia a que las normas de la parte primera del mismo se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado; pero además, indicando que las autoridades sujetaran sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en el Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales, sin embargo, en lo no previsto en norma especial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo.

<sup>549</sup> El artículo 29 constitucional contempla el principio del debido proceso en los siguientes términos: *“El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.*

*... Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.*

se presente un ritualismo obligatorio para las entidades públicas y sus actuaciones, pues de separarse del mismo, toda decisión será afectada de ilegalidad y el acto será anulable<sup>550</sup>.

En efecto, la Ley 1437 de 2011 por ejemplo, contempla en la parte primera las regulaciones que hacen referencia al procedimiento administrativo, las cuales incluyen desde la finalidad, ámbito de aplicación, los principios, derechos, deberes, formas de iniciar los procedimientos administrativos, desarrollo de los mismos, hasta la culminación con la decisión de Poder Público administrativo; es decir, el acto administrativo y sus formalidades para su eficacia; lo que evidencia un ritualismo estricto en las actividades públicas, que de alguna u otra forma contribuyen al cumplimiento de los fines del Estado, pues ordenan y dinamizan la función de las entidades, para la garantía de los derechos de las personas<sup>551</sup>.

Argumentaciones que son plenamente sustentables en el Derecho Español, ya que la Ley 39 de 2015 contiene y regula todas las formalidades a que está sometidas las Administraciones Públicas, determinando de manera expresa las ritualidades que se deben cumplir y reflejando de esta manera que el Poder Público administrativo es fundamentalmente reglado.

---

<sup>550</sup> La Ley 1437 de 2011 en el artículo 137, contempla los motivos de nulidad de los actos dictados por el Poder Público Administrativo, dentro de las cuales se consagra la expedición irregular de los mismos, por vicios de forma o procedimiento.

<sup>551</sup> El C. E. de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ACU-189 en decisión de 13 de marzo de 1989, M. P. Juan de Dios Montes Hernández, lo presenta de la siguiente forma: *“Es preciso resaltar que el Estado moderno se caracteriza por una compleja estructura de organización del poder, regulada por reglas regularmente creadas (se apropió para sí el monopolio de las regulaciones normativas intersubjetivas) que le permiten disponer de recursos humanos y medios materiales en orden de cumplir los cometidos que legitiman su existencia, los cuales no pueden ser otros que garantizar y producir las condiciones necesarias para el pleno ejercicio y disfrute de los derechos de los asociados.*

*... De allí que el artículo 2º del CCA prescriba que la actuación de la administración “tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como los señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley”.*

Pero una de las expresiones más claras de los formalismos en la actividad de Poder Público está en los contratos del Estado, por cuanto toda decisión que allí se tome, debe estar precedida de un procedimiento administrativo previo y los actos que se dicten deben ser debidamente motivados, con excepción de los de mero trámite<sup>552</sup>. En acápite posterior mostraremos como en la contratación del Estado los formalismos en el procedimiento de Poder Público administrativo, priman sobre cualquier potestad que implique discrecionalidad, llegando al punto de poder afirmar que los contratos públicos, son la mayor expresión de la naturaleza reglada del Poder Público y su actuación.

Otra muestra de los formalismos en las actuaciones del Estado, se refleja en los procedimientos sancionatorios, donde se deben garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las personas investigadas, para aplicar una sanción de tal naturaleza. En efecto, en el ordenamiento jurídico colombiano se regula específicamente el procedimiento para la aplicación de sanciones y es así, que se ha dictado la Ley 734 de 2002 denominada Código Único Disciplinario, a través de la cual se formaliza todo el procedimiento para la imposición de sanciones disciplinarias a los servidores públicos; pero además, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dedica el Capítulo III de la Parte Primera al Procedimiento Administrativo Sancionatorio, incluyendo trámites específicos que se deben cumplir para surtir la actuación de Poder Público sancionatorio.

---

<sup>552</sup> Constituye manifestación del principio de transparencia en la contratación del Estado, la necesidad de motivación de los actos administrativos, en los cuales la entidad pública incluye las razones que la mueven para tomar una decisión, con el fin de darle transparencia a la actuación y así garantizar la comprensión de la misma y generar un correcto control judicial. El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que constituye el Estatuto de Contratación Pública de Colombia evidencia la imperatividad de motivar los actos, cuando en el numeral 7 expresa: *“Los actos administrativos, que se expidan en la actuación contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia”*.

Como se puede observar, las ritualidades, los formalismos, son los que priman en la actividad de las entidades públicas en el Derecho Colombiano y el Derecho Español, circunstancia que permite afirmar que la discrecionalidad no existe o es muy frágil en las actuaciones de poder público; todo ello, como una manifestación de la supremacía del Principio de Legalidad sobre el poder político y el Poder Público.

### 3. SOMETIMIENTO A LA LEGALIDAD: EXPRESIÓN DE RITUALISMO

Aquel Estado donde el Poder Público estaba por encima de la ley,<sup>553</sup> superado desde la Revolución Francesa, ha dado paso a las formas de organización estatal, donde existe subordinación al derecho y a la legalidad en sentido genérico,<sup>554</sup> dicho criterio da lugar a que cualquier trámite tenga que identificarse con postulados de legalidad, para evitar la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y en definitiva la anarquía.

La Constitución Colombiana recoge el anterior postulado, cuando establece que

---

<sup>553</sup> Hagamos remembranza con VEDEL, Georges. Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 57, la forma en que el antiguo régimen francés, es decir, previo a la revolución de 1789 el rey era fuente y destinatario de todo el poder y en esta circunstancia Él y en estricta manera la Administración estaban por encima de la Ley; en efecto, Vedel de forma diáfana lo expresa de la siguiente manera: *“No hay duda de que, en teoría, el rey reunía todas las competencias que se derivan de la soberanía. Ostentaba, a la vez, el poder legislativo (reserva hecha del respeto de las leyes fundamentales del reino), el poder ejecutivo (era el jefe de la administración y de las fuerzas armadas) y el poder judicial: las diversas jurisdicciones (con excepción de los tribunales eclesiásticos) juzgaban en su nombre, siendo prueba de esta “justicia retenida” el derecho que tenía el rey para resolver él mismo en última instancia e cualquier proceso”*.

<sup>554</sup> MORAND DEVILLER, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, indica en este sentido: *“El Principio de Legalidad, que domina toda la teoría de los actos administrativos, significa que la administración está sometida al derecho. La ley, encarnación de la voluntad general, se impone a la administración como ella se impone a los individuos: “nadie puede ignorar la ley”. La sumisión de la administración al derecho es una garantía de los ciudadanos contra la arbitrariedad, la incoherencia o la ineficacia de la acción administrativa”*.

las autoridades públicas deben someter sus actuaciones a la ley en sentido genérico, es decir a la Constitución, a la ley como acto expedido por el Parlamento o Congreso y al reglamento<sup>555</sup>; circunstancia que determina, que de no hacerlo se configura una causal de anulación de los actos, denominada violación de normas superiores o en las que debía fundarse el acto, ya que es imperativo el cumplimiento el Principio de Legalidad en sentido genérico<sup>556</sup>.

Ese sometimiento del Poder Público administrativo a la ley en sentido general es lo que permite sustentar su naturaleza reglada, en la medida que las regulaciones normativas que determinan su actuación han de estar previstas en una ley de tal naturaleza que establece los formalismos en la actuación.

El Consejo de Estado Colombiano ha sido reiterativo en determinar la primacía de la ley en las actuaciones públicas y ha tomado la noción de error de derecho para mostrar la violación del principio, declarando la nulidad de actos que vulneren este criterio. En efecto, la contradicción entre un acto con una norma jurídica de jerarquía superior da lugar al vicio de ilegalidad, el cual se evidencia en una violación directa de la ley por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea.

Implica lo expresado, que el Poder Público tiene que ejercerse en concordancia con las regulaciones legales en sentido genérico que hayan sido previamente establecidas, sin que tenga la facultad de separarse de las mismas, porque además de generarse el error de derecho por violación directa de la ley<sup>557</sup>, se está

---

<sup>555</sup> Artículo 123 de la Constitución Colombiana de 1991.

<sup>556</sup> El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, contiene las causales de nulidad de los actos administrativos, dentro de las cuales se encuentra la de violación de la legalidad.

<sup>557</sup> RIVERO, Jean. Derecho Administrativo, traducción de la 9ª ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, p. 280, identifica la violación directa de la ley, es decir el error de derecho, cuando una entidad pública actúa como si la regla no existiera, sin tenerla en cuenta.

configurando una expedición irregular del acto que de igual manera lo invalida; circunstancias que refleja el carácter reglado de las actuaciones del Poder Público, pues se muestra un claro sometimiento a la legalidad que contiene evidentes formalidades para la manifestación de voluntad<sup>558</sup>.

#### 4. ACTOS DISCRECIONALES Y SU CARÁCTER REGLADO

El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 contempla la existencia de actos discrecionales, con la condición de su sometimiento al Principio de Legalidad; en efecto, el artículo mentado contempla: *“En la medida que una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*. Implica la regulación del artículo 44 antes mencionado, que las decisiones sin importar su naturaleza, tienen que ajustarse a las normas que las autorizan, sin importar que sean o no discrecionales.

Lo anterior es así, por cuanto tales decisiones son el resultado de actividad pública, que está impregnada del Principio de Legalidad; en esta medida, alguna parte de la doctrina afirma que lo discrecional no son los actos de las entidades del Estado, sino la facultad de actuar<sup>559</sup>, ya que la misma escoge el momento que considera conveniente para surtir el trámite y la decisión, que como está sujeto a la ley y a las ritualidades que ella comporta, no puede ser discrecional, pero

---

<sup>558</sup> C. E. de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de mayo 30 de 1974, refiere desde tiempo atrás la necesidad de existencia de ritualidades en la actuación pública, las cuales clasifica en sustanciales y accidentales, declarando que existe vicio de ilegalidad de un acto, cuando se omiten formalidades sustanciales en la expedición del mismos, es decir, aquellas que afectan el debido proceso y el derecho de defensa de las personas.

<sup>559</sup> PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo, 5ª ed., Ediciones Librería el Profesional, Bogotá, 1992, p. 13, preceptúa: *“No puede hablarse de actos discrecionales, sino de facultades discrecionales, u oportunidades para proferir el acto administrativo, de acuerdo con las circunstancias políticas, sociales, económicas, etc., que más le convengan a la administración, de acuerdo con la ley”*.

cuando selecciona el momento de actuar, refleja la subjetividad que le asiste para el desarrollo de la actividad; es decir que lo discrecional es la competencia para la actuación<sup>560</sup>.

Debemos dejar sentado, que no estamos de acuerdo con la postura planteada en el sentido de que lo discrecional es la facultad o el momento de actuar, que da lugar a actos de Poder Público administrativo que no son discrecionales, porque si el procedimiento para dictar el acto es reglado y los actos igualmente reglados, las facultades para actuar también lo son en cuanto se derivan de la ley, que las ha establecido como competencia de la autoridad pública para actuar; no es cierto que la entidad del Estado tenga plena facultad para determinar el momento en que debe actuar, ya que la función o actividad, está sometida al Principio de Legalidad que determina y condiciona a la autoridad pública en la actuación, inclusive en el momento en que debe actuar<sup>561</sup>.

Pero además, no debe olvidarse que la actividad pública, está sujeta a los criterios de adecuado servicio público, que la condicionan para desarrollar una función de

---

<sup>560</sup> SANTOFIMIO G., Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, t. II, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 79-80, trae una específica argumentación respecto de la teoría de la elección por parte de los entes públicos del momento para actuar, en los siguientes entendidos: *“Lo anterior nos permite sostener que el ejercicio de competencias que den lugar a decisiones administrativas, siempre y de todas formas, implicará algún grado de subjetividad; la doctrina contemporánea está de acuerdo en aceptar que “no existe una competencia reglada pura”, porque incluso, en toda actuación de la administración, el cinturón de fuerza de la atribución vinculatoria o reglada se ve disminuido necesariamente por lo que se denomina “elección del momento”; figura con la que no se hace otra cosa que reconocer el grado de subjetividad o de iniciativa de que goza la administración para el estudio y análisis de la realidad fáctica, respecto de los estrictos contenidos normativos, en cumplimiento de la potestad reglada”.*

<sup>561</sup> SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Acto administrativo: Teoría general, 3ª ed., Editorial Legis, Bogotá, 2004, p. 227, evidencia como la potestad discrecional de actuación del Poder Público se deriva de la ley, cuando dice: *“El ejercicio de las potestades discrecionales de la administración comporta un elemento sustancialmente diferente a la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia administración con lo que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. No se trata de una facultad extralegal que surja de un poder originario de la administración, es por el contrario una estimación facultada por la ley que configura la facultad”.*



tal naturaleza, que de una u otra forma limitan el ejercicio de sus competencias, ya que una entidad pública cuando dicta un acto o desarrolla función de Poder Público administrativo, debe cumplir dos postulados de buen servicio, como son el mejoramiento del mismo y el cumplimiento de intereses generales<sup>562</sup>.

Como se puede observar, la sujeción de la actividad pública a la ley es muy clara, llegando al punto de anular la existencia de una discrecionalidad de Poder Público administrativo en sentido estricto, para dar paso a la formalidad, al ritualismo en el procedimiento de las entidades públicas, que llevan a las regulaciones legales al extremo de que el legislador en una misma norma indique la existencia de actos discrecionales, como lo hace en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano, pero a su turno, recalca que todo acto que se dicte como consecuencia de Poder Público debe ser motivado<sup>563</sup>, lo que significa que se convierte en acto reglado, desapareciendo la noción de discrecionalidad, tanto en la decisión como en su formación y de esta manera se afianza la naturaleza reglada del Poder Público y de sus actuaciones.

## **5. ACTOS DE PODER PÚBLICO ADMINISTRATIVO: CONFIRMACIÓN DE LOS FORMALISMOS**

En un criterio que podría llamar usual, la teoría clásica francesa distinguió los actos expedidos por el Poder Público, como actos de gestión y actos de autoridad, identificando los de gestión con aquellos que contenían un acuerdo entre una entidad pública y un particular, es decir los contratos, dentro de los cuales había una situación de igualdad entre las partes que participaban en los mismos; en otro sentido, los actos de autoridad mostraban la imposición unilateral del Estado frente al particular, que generaba una desigualdad superior de las Administraciones

---

<sup>562</sup> GUGLIELMI, Gilles y KOUBI, Genevieve. Droit du service public, 3<sup>a</sup> ed., obra citada, p. 39.

<sup>563</sup> Artículo 42 de la Ley 1437 de 2011 que constituye el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en Colombia.

Públicas, incluyendo como manifestación de los mismos, lo que conocemos como actos de Poder Público Administrativo<sup>564</sup>.

En los actos de autoridad, el Poder Público utilizaba su poder de imperium, soberano, de prerrogativa pública, que los diferenciaba de los particulares y en tal circunstancia, dio lugar a lo que HAURIOU denominó decisiones ejecutorias, es decir, aquellas susceptibles de imposición oficiosa unilateral por parte de las entidades públicas, que de una u otra forma mostraban aquellas manifestaciones de voluntad del rey que no tenían control de legalidad, porque no olvidemos que en el antiguo régimen el Poder Público estaba por encima de la ley; aunque posteriormente, el principio que regía era el de legalidad, y el Poder Público no se podían librar del sometimiento al mismo, así una entidad pública cuando dictara un acto de autoridad estuviera desarrollando el poder soberano del Estado, ya que éste no lo sustraía del control legal.

Dicho criterio de acto de autoridad del sistema jurídico galo, no se separa de la noción adoptada por el derecho alemán para identificar el acto de Poder Público administrativo, manifestando que se trata de: *“una declaración administrativa de autoridad que determina frente al súbdito, en el caso concreto, lo que para él debe ser Derecho”*<sup>565</sup>, lo que implica la existencia de una declaración de voluntad del Poder Público ejecutivo, en ejercicio de potestades públicas, que es lo que ha caracterizado de igual forma el concepto en el derecho español; en efecto, la doctrina clásica española lo identifica con la declaración de voluntad en ejercicio de Poder Público<sup>566</sup>, con

---

<sup>564</sup> Ver EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 113.

<sup>565</sup> MAYER, Otto. Deutsches Verwaltungsrecht, t. I., 1895, p. 95. Tomado de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Acto y procedimiento administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 23.

<sup>566</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo T. I., Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 536 es de esta postura cuando dice: *“Acto administrativo sería así la declaración de*

efectos obligatorios o vinculantes<sup>567</sup>.

El ordenamiento jurídico colombiano y fundamentalmente la doctrina, ha adoptado el concepto de acto de Poder Público administrativo a partir del criterio francés de manifestación de la voluntad de las entidades del Estado que produce o busca producir efectos jurídicos, lo cual denota un sentido de unilateralidad<sup>568</sup>, para distinguirlo de los actos en los cuales hay acuerdos por existir intervención de los particulares, pero en uno y otro caso, derivándose de la noción de acto jurídico y de Poder Público;<sup>569</sup> de igual forma la jurisprudencia ha acogido el criterio de manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos y así conformar una definición que consideramos uniforme dentro de nuestro sistema de derecho<sup>570</sup>.

---

*voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*". Debe indicarse, que en el sistema jurídico colombiano, la potestad reglamentaria está prevista en el artículo 189-10 de la Constitución de 1991, inicialmente en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad pública.

<sup>567</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Acto y procedimiento administrativo, obra citada, p. 45, son del criterio vinculante del acto de Poder Público, cuando expresan: "acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictada por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos". Ha de entenderse la noción de resolución con la de decisión administrativa.

<sup>568</sup> FRIER, Pierre-Laurent y PETIT, Jacques. Précis de Droit Administratif, 5ª ed., Montchrestien, Paris, 2008, p. 273, define el acto de Poder Público en este sentido: "L'acte administratif unilateral affecte l'ordonnement juridique - il crée des obligations ou fait naître des droits - par le seul effet de la volonté de l'administration, indépendamment de tout consentement de l'assujéti ou du bénéficiaire, lorsqu'ils en sont les destinataires".

<sup>569</sup> Para la noción de acto expedido en ejercicio de Poder Público en el derecho colombiano, ver: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, 13ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 217; SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Acto administrativo: Teoría general, obra citada, p. 33; SANTOFIMIO G. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, t. II., obra citada, p. 128; PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo, 5ª ed., obra citada, p. 85; HUERTA GUTIÉRREZ, Fausto. El acto administrativo, Real Editores, Armenia Colombia 2008, p. 249; entre otros autores que se refieren al concepto.

<sup>570</sup> La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-069 de 23 de febrero de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara, al referirse al concepto de acto expedido en ejercicio de Poder Público, ratificó el criterio de manifestación de voluntad de la administración, cuando dijo: "La existencia del acto administrativo está ligada al momento en

Al contrario de lo que pueda ocurrir en otros ordenamientos, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano contempla una definición de acto expedido en ejercicio de Poder Público administrativo, cuando en el artículo 43 se refiere a los actos definitivos en los siguientes términos: *“Son actos definitivos los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”*; definición que no se aleja del criterio de manifestación de voluntad de las entidades del Estado, como lo ha venido reiterando la doctrina y la jurisprudencia.

Pero si la actuación pública está sometida al Principio de Legalidad, al debido proceso, a la habilitación legal y por tal es reglada, ratifiquemos si los actos expedidos en ejercicio de Poder Público administrativo constituyen manifestación de la voluntad de una entidad del Estado o si por el contrario, al estar circunscritos por criterios de legalidad, en última instancia lo que evidencian es una manifestación de la voluntad, de lo que quiere la ley a través de la autoridad y por tanto de las administraciones públicas o del Poder Público en general.

En el evento en que en una actividad de ejercicio de Poder Público, se requieran requisitos y trámites específicos<sup>571</sup>, nos encontramos frente al procedimiento y al acto reglado, en el que se tienen cumplir de forma obligatoria las ritualidades exigidas o de lo contrario se genera ilegalidad de la decisión, la cual es así

---

*que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la administración y en sí mismo lleva la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz”.*

<sup>571</sup> Debemos manifestar, que entre las ritualidades del procedimiento en ejercicio de Poder Público encontramos las formas y las formalidades sustanciales en la expedición del acto; dentro de las formas tenemos requisitos que incluyen la instrumentalidad y además que sea motivado, como ocurre en los contratos del Estado, por su parte la formalidad hace referencia a las actuaciones necesarias, es decir esenciales en el trámite, dentro de las cuales se encuentran aquellas que de no surtirse violan el debido proceso y el derecho de defensa y que si se hubieran realizado tal vez la decisión hubiese sido distinta.

anulable ante la jurisdicción encargada de garantizar la primacía de la legalidad<sup>572</sup>. Es claro, que si en la petición de una licencia de construcción, es requerido presentar cierta documentación como: diseños, uso del suelo, licencias ambientales entre otros, y además es necesaria la citación de terceros, para que al verse afectados con el Procedimiento de Poder Público Administrativo, hagan las intervenciones pertinentes, estas formalidades se tornan sustanciales a la actuación que se desarrolla<sup>573</sup>.

En el caso que una persona cumpla con los requisitos requeridos para lograr la licencia de construcción y se desarrolle el trámite previsto por la ley, la entidad pública está en la obligación de otorgarla, pero que si no lo hace el acto está viciado de ilegalidad y es anulable; por esta circunstancia, en este evento y en aquellos en que se requieran formalidades específicas en el curso de la actuación de las entidades públicas, la decisión que se contiene en los actos expedidos en ejercicio de Poder Público no contiene manifestación de voluntariedad de la autoridad o del Poder Público, sino de la ley, circunstancia que conlleva al carácter reglado tanto en la decisión como en la actuación pública<sup>574</sup>.

---

<sup>572</sup> El artículo 137 de la Ley Colombiana 1437 de 2011 como ya se dijo, contempla las causales de nulidad de los actos expedidos en ejercicio de Poder Público, dentro de las cuales está la de expedición irregular por violación de las formas y formalidades, que el Consejo de Estado ha reconocido de forma reiterada.

<sup>573</sup> ARIAS GARCÍA, Fernando. Estudios de Derecho Procesal Administrativo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 90 recuerda que las ritualidades en la actuación pública, buscan evitar la arbitrariedad: “*Si se sabe que de conformidad con el artículo 29 de la C.P. tanto los actos judiciales como los de la administración deben respetar las formas propias de cada juicio, resulta forzoso concluir que en materia de actos administrativos existan algunos procedimientos que son consustanciales a su emisión, verdaderas garantías para evitar la arbitrariedad*”.

<sup>574</sup> PENAGOS, Gustavo. El acto administrativo, obra citada, p. 515, expresa: “2. NO EXISTEN ACTOS DISCRECIONALES. El funcionario solo puede hacer lo que le autorice la Constitución y leyes, así lo establece la Constitución en los artículos 6, 121 y 122. (son de la Constitución de 1886). No puede hablarse de actos discrecionales, sino de facultades discrecionales, u oportunidades para proferir el acto administrativo, de acuerdo con las circunstancias políticas, sociales, económicas, etc., que más le convengan a la administración”. (El paréntesis es nuestro).

Es conocida la postura que al no existir discrecionalidad en el acto, la misma se encuentra en la facultad u oportunidad para la actuación, que como lo indicamos anteriormente, lo que daría lugar a que una entidad pública escogiera el momento oportuno para tomar una decisión que configura acto expedido en ejercicio de Poder Público, pero esto no es correcto, porque la actuación está igualmente sometida al Principio de Legalidad, al debido proceso, a la habilitación legal, reflejando su naturaleza reglada y quitándole así la discrecionalidad al Poder Público para surtirla<sup>575</sup>.

No es posible la existencia de actuaciones discrecionales que generen actos en ejercicio de Poder Público no discrecionales, porque el resultado de la actuación no se puede separar de la misma y la naturaleza del procedimiento, determina la naturaleza de la decisión que se profiere; pero además, porque los criterios de legalidad referibles para sustentar la inexistencia de actos discrecionales, son perfectamente aplicables a las actuaciones, entendidas estas como las ritualidades para la producción de actos en ejercicio de Poder Público.

Quiere decir lo consignado, que no es desde el punto de vista teórico ni jurídico sustentable, continuar haciendo alusión a la manifestación de la voluntad del Poder Público cuando se haga indicación a la definición de actos expedidos en ejercicio del mismo, producto de un procedimiento reglado, puesto que evidentemente las regulaciones legales en sentido genérico no permiten seguir

---

<sup>575</sup> SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. El acto administrativo, obra citada, es claro en precisar, que frente a los actos reglados, el Poder Público no tiene ninguna clase de discrecionalidad, sino que su papel se limita a constatar ciertos hechos, para aplicar la norma, en nuestro parecer, para expresar la voluntad de la ley; en efecto, el profesor Sánchez Torres dice: *“El ejercicio de las potestades regladas reduce a la administración a la constatación del supuesto hecho legalmente definido de manera completa a aplicar en presencia del mismo lo que la ley ha determinado. La ley no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo la constatación del supuesto mismo para constatarlo con el tipo legal. La administración, ha de limitarse a lo que la propia ley ha previsto sobre ese contenido preciso y completo.*

*...No existe discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente en virtud de ella y en la medida en que la ley haya dispuesto”.*

con la mentada afirmación.

En un momento dado sería posible pensarse que la situación cambia, cuando el acto es el resultado de un trámite alejado de ritualidades, es decir frente a lo que conocemos como actos discrecionales;<sup>576</sup> pero esto no es así, ya que, el Principio de Legalidad, el debido proceso, la habilitación legal, al igual que los criterios de interés general y buen servicio público, condicionan la actuación y la decisión prevista en el acto expedido en ejercicio de Poder Público.

Las regulaciones que ha sido establecidas para la producción de dichos actos así lo consagran, cuando al hacer referencia a los actos discrecionales los limitan al Principio de Legalidad, como lo hace el Código de Procedimiento Administrativo colombiano, al expresar en el artículo 43, que nos permitimos volver a presentar: *“En la medida 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 a los hechos que le sirven de causa”*; circunstancia que evidencia la limitante a la discrecionalidad, que la lleva de una u otra forma a ser subsumida por la ley, ya que si no existe la habilitación legal no puede hablarse de ninguna manera de esta clase de decisiones.

En efecto, es la autorización legal la que determina que el Poder Público tome una u otra decisión, lo que significa que en última instancia lo que hace la autoridad pública, es proferir una decisión que le permite la ley y que esté acorde al ejercicio del buen servicio público<sup>577</sup>, porque si no fuera así se estaría frente a la

---

<sup>576</sup> RAMOS ACEVEDO, Jairo. Cátedra de Derecho Administrativo General y colombiano, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, p. 440, que al referirse a los actos discrecionales y reglados, preceptúa: *“Los actos reglados son aquellos que la autoridad debe emitir necesariamente, cuando se dan los supuestos que la norma establece, sin dejar algún margen de libertad a la autoridad para decidir sobre su pronunciamiento, a diferencia de los discrecionales en los que la autoridad tiene la libre apreciación de los elementos para determinar su emisión o no”*.

<sup>577</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031 de 9 de febrero de 1995,

arbitrariedad<sup>578</sup>.

Es preciso reiterar en los términos en que lo he indicado, que en los actos de Poder Público la voluntad que se consigna es la de la ley y no la de la autoridad pública, porque en los actos reglados no se puede separar de ninguna manera de la regulación legal y en los llamados discrecionales, aunque hay algún grado de autonomía en la decisión, tan poco se permite que se aparte de la ley y en tal medida, culminan siendo reglados; así las cosas, lo que finalmente se muestra en la voluntad del acto es el de la regulación normativa, por esta razón es preciso manifestar:

*“La única voluntad que manifiestan los actos administrativos es la voluntad de la Ley, que la Administración debe cumplir estrictamente, con independencia de que la similitud de su contenido - un mandato o regulación - con el que es propio de los negocios jurídicos privados haga conveniente distinguirlos de otro tipo de manifestaciones de la Administración que no alteran ningún tipo de relación jurídica (por ejemplo, aquellos actos que sólo acreditan un hecho). Pero en los actos administrativos no se ejercita un supuesto poder administrativo de autoconfiguración, que no existe, ni puede existir, al estar sometida la Administración al Principio de Legalidad y carecer de otra voluntad que la voluntad de la Ley, aun disponiendo en ocasiones de un margen de decisión para poder*

---

M. P. Hernando Herrera Vergara lo contempla Así: *“En ejercicio de la potestad reglada hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el acto administrativo correspondiente.*

*De esa manera, puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre (**DENTRO DE LOS LIMITES QUE FIJE LA LEY**) de adoptar una u otra decisión; es decir cuando su conducta no está previamente determinada por la ley”.* (Mayúsculas y negrilla fuera de texto).

<sup>578</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-064 de 1 de febrero de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, reitera el criterio que la discrecionalidad no puede ser arbitrariedad cuando prevé: *“La discrecionalidad no es equiparable a la arbitrariedad... las decisiones que adopte la administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo...”*.



alcanzar el objetivo de interés público fijado en el caso<sup>579</sup>.

## 6. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y NATURALEZA REGLADA DEL PODER PÚBLICO

Debo indicar, que a los conceptos jurídicos se les pueden dar la naturaleza de determinados o indeterminados, haciendo alusión a la existencia de delimitación en la extensión y comprensión de los mismos, es decir, a la posibilidad de establecer unidad en la comprensión que sobre un punto de derecho hace una autoridad pública; lo anterior es así, ya que, ciertos conceptos no necesitan mayores interpretaciones jurídicas, puesto que son de común aprehensión por las personas y de esta medida, producen seguridad en su aplicación dentro de la actividad de poder público que es lo que me interesa en esta investigación<sup>580</sup>.

En el evento de estar frente a un concepto determinado, no se habla del carácter reglado del Poder Público, porque su aplicación además de ser unívoca, uniforme, es obligatoria para las personas jurídicas del Estado, por lo que en esta circunstancia no se presenta voluntariedad del mismo; por el contrario, alguna parte de la doctrina indica que en el caso de los conceptos indeterminados, al no haber unidad en su comprensión, se percibe un campo de acción para que las entidades ejerzan prerrogativas públicas, que muestran inexistencia de la naturaleza reglada en la actuación de las persona jurídicas del Estado.

---

<sup>579</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del acto administrativo, Editorial Iustel, Madrid, 2005, p. 51.

<sup>580</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa, obra citada, p. 203-204, los referencia de la siguiente manera: "...Los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado -cuando menos en línea de principio- de una manera precisa e inequívoca (p. ej., conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación a los 65 años o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras) aunque sí que puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que solo en sede aplicativa serán puntualmente precisados".

Los conceptos nacen o se extraen de la realidad, donde tienen determinada comprensión y extensión, por lo que es posible afirmar que son determinados o indeterminados; pero de allí son trasladados al campo jurídico, adquiriendo tal categoría, generándose idéntico cuestionamiento respecto de la determinación o indeterminación<sup>581</sup>; puesto que cuando un concepto llega al mundo del derecho y específicamente al de la actuación de las entidades públicas, adquiere naturaleza jurídica y será determinado o indeterminado en el entendido de su extensión, aplicación y comprensión.

La controversia respecto de la naturaleza de reglada del Poder Público se identifica en los denominados conceptos jurídico indeterminados<sup>582</sup>, puesto que las entidades públicas poseen en principio un amplio margen de maniobrabilidad para actuar en ciertos sentidos, con fundamento en las valoraciones que se realicen de los mismos, y así tomar una u otra decisión, a partir de las regulaciones existentes en las normas jurídicas, en la medida cualquier valoración que se lleve a efecto, debe estar en concordancia con el Principio de Legalidad que permite el reconocimiento del concepto jurídico indeterminado.

---

<sup>581</sup> Ver KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 201-205 hace una exhaustiva aclaración de los conceptos y de los conceptos jurídicos; identificando nociones como la verdad, que son distintas para el mundo jurídico y para el filosófico, cuando dice: *“Para los juristas la verdad no es nada distinto de lo que establece la vieja fórmula: veritas est adequatio intellectus et rei, es decir un concepto muy objetivista de verdad que ya ha sido abandonado hace mucho tiempo por la mayoría de los más competentes filósofos”*.

<sup>582</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder, 3ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 42 al referirse a los conceptos indeterminados conceptúa: *“El arbitrium boni viri, el standard de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público o las buenas costumbre como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los conceptos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, ejemplo corruptor, uso natural de las cosas, etc., todos estos conceptos (unos, conceptos de valor; otros conceptos de experiencia), bien conocidos en la doctrina general del Derecho, son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata”*.

Quiere decir lo expresado, que la discrecionalidad al estar condicionada por una norma legal en sentido genérico, debe buscarse en la consecuencia jurídica, en el supuesto de hecho o en los dos, con fundamento en las valoraciones que le es permitido hacer al Poder Público. Alguna doctrina manifiesta que se encuentra en la consecuencia jurídica, ya que una autoridad pública realizará las valoraciones para elegir o no una consecuencia jurídica a partir de una potestad de actuación y de elección<sup>583</sup>; es decir, que el Poder Público en el evento que toma la decisión actuar deberá seleccionar entre alguna de las soluciones predeterminadas por la norma, configurándose así la discrecionalidad por la actuación y la elección<sup>584</sup>, pero con sujeción a la norma jurídica, es decir al Principio de Legalidad, lo que la priva del carácter discrecional porque dicho Poder Público está de una u otra forma encadenado por la norma.

Por su parte, alguna doctrina contempla que la discrecionalidad en ejercicio de poder público, se encuentra tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica de la norma, es decir, en el aspecto volitivo de la consecuencia y cognitivo del supuesto, a través de un margen de apreciación para la actuación, pero en todo caso con fundamento en la norma legal habilitante de la discrecionalidad, lo que implica, que es la disposición legal la que condiciona y permite el margen de apreciación. Por último, existe un criterio que ubica la discrecionalidad en el supuesto de hecho solamente, es decir, que la autoridad pública ya no está en libertad para optar una u otra consecuencia jurídica, sino que su facultad se concentra en establecer los presupuestos de su propia actuación<sup>585</sup>; pero como lo hemos venido indicando, con fundamento en los

---

<sup>583</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa, obra citada, p. 184-185, así lo muestra a partir de citas que hace de Hermann Reuss, Fritz Czermak, Hugo Kellner, Klaus Obermayer o Klaus Stern, siendo esta la doctrina alemana más reconocida.

<sup>584</sup> Con SUBRA DE BIEUSSES, Pierre. La potestad discrecional, en documentación administrativa, 239, 1994, p. 58, en cita que hace MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Discrecionalidad Administrativa, obra citada, p. 185.

<sup>585</sup> Ver MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo. Discrecionalidad Administrativa, obra citada,

postulados de la norma que los contiene y habilita para hacerlo.

Así las cosas, las valoraciones que realiza el Poder Público respecto a la estructura de una norma jurídica van en uno u otro sentido, pero todas ellas condicionadas por la propia norma jurídica con fundamento en el principio de la habilitación legal para realizarla, lo que implica, que en estricto sentido no se presenta discrecionalidad, ni manifestación de voluntad de las entidades del Estado, sino de la ley; dejando ver a demás, que se trata de una actuación ritualizada, la cual no se sustrae al control de la jurisdicción<sup>586</sup>.

Permite evidenciar lo expresado, que ni aún en los conceptos jurídicos indeterminados, es correcto hablar de discrecionalidad en ejercicio de Poder Público, voluntad de las entidades del Estado o ausencia del carácter reglado, ya que siempre existen regulaciones legales que están sometiendo al mentado Poder Público, que de una u otra manera lo llevan en todo caso a expresar una decisión prevista en la ley, sea esta decisión única o adecuada como solución correcta o verdadera dentro de la actuación del Estado, o que de lugar a varias posibilidades dentro de la misma, para resolver en uno u otro sentido<sup>587</sup>.

---

p. 199, quien dice: *“De acuerdo con esta postura, debido a que en muchas ocasiones el supuesto de hecho de la norma jurídico administrativa es deliberadamente imperfecto, por la imprecisión, insuficiencia o incluso ausencia de criterios que determinen si se ha de aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, la administración estaría legitimada no ya simplemente para optar entre una consecuencia (s) jurídica(s) preestablecida (s) o no, sino, en un momento previo, para concretar o hasta adoptar los criterios conducentes a definir en la aplicación de ésta (s)”*.

<sup>586</sup> Respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, la idea de una facultad reglada en la discrecionalidad pública, que en nuestro parecer le quita el carácter de discrecional y el control sobre esa discrecionalidad, véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración, 5ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2005.

<sup>587</sup> SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1976, p. 192, en cita que hace: MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa, obra citada, p. 206, deja ver que frente a los conceptos jurídicos indeterminados, la facultad de elección y en últimas de decisión está determinada por la ley, cuando dice: *“...la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por si*

Frente a este punto debo decir finalmente, que el Poder Público y las autoridades públicas ante conceptos jurídicos indeterminados pueden hacer valoraciones, ya sea respecto de los supuestos de hecho de una norma o de la consecuencia jurídica; así como escoger el momento oportuno para actuar en uno u otro sentido, pero siempre lo tienen que hacer de acuerdo a la ley, que la determina en la actuación o en la selección del momento para la actividad y en última instancia en la decisión.

## 7. EL PODER PÚBLICO REGLADO EN EL ORDEN JURÍDICO ESPAÑOL

El Derecho Español ha sido claro en determinar la existencia de actuaciones discrecionales de las entidades públicas, con fundamento en que existe una potestad o facultad de actuación, a través de la facultad de escoger entre varias posibilidades de solución, teniendo en cuenta el criterio de oportunidad<sup>588</sup> y de apreciación, es decir, de valoraciones que hace la autoridad pública, tanto de la actuación como la decisión<sup>589</sup>; pero en cualquier caso en ejercicio de una potestad de Derecho Público<sup>590</sup>.

Pero el reconocimiento de la discrecionalidad pública, a partir de nociones de libre

---

*sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles, aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite **SI LA NORMA NO DISPONE OTRA COSA**, más que una sola solución correcta y que por tanto la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa". (Mayúsculas y negrilla fuera de texto).*

<sup>588</sup> Con PARADA, Ramón. Derecho Administrativo T. I., parte general, 15ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 95-96.

<sup>589</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. Acto y procedimiento administrativo, obra citada, p. 84.

<sup>590</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl. La teoría del acto administrativo, obra citada, p. 71, lo dice así: "los actos administrativos deben dictarse, además, en el ejercicio de una potestad de derecho público, más concretamente, de Derecho Administrativo, lo que tampoco suscita mayores complicaciones, aunque puede tener alguna importante consecuencia".

apreciación y conceptos indeterminados a los cuales ya hicimos referencia en acápite anteriores, tiene una marcada limitante en el ordenamiento jurídico de la madre patria, con fundamento en el Principio de Legalidad, es decir, del sometimiento de la actividad de las entidades públicas a la ley<sup>591</sup>, convirtiéndose en actos reglados y siendo susceptible de control jurisdiccional en este aspecto, porque un criterio bien interesante y en nuestro parecer polémico es la ausencia de control jurisdiccional frente a los actos dictados en ejercicio de competencias estrictamente discrecionales<sup>592</sup>, lo cual puede ser peligroso, pues dicha facultad se puede tornar en arbitrariedad<sup>593</sup>.

Significa que en el Derecho Español, es posible encontrar en un acto expedido en ejercicio de Poder Público decisiones que pueden tener un carácter reglado, frente a las cuales operará el control de legalidad, y a la vez unas decisiones con la impronta discrecional, ante las cuales podría no existir control judicial<sup>594</sup>; pero de

---

<sup>591</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. Manual de Derecho Administrativo, 5ª ed., vol. 1, Editorial Ariel, Barcelona 1998, p. 464, evidencia la lucha que ha existido entre las potestades discrecionales de la administración y el derecho, para concluir reconociendo criterios discrecionales, pero sometidos al derecho, cuando expresa: *“Por ello, la discrecionalidad ha sido y continua siendo campo en el que se libran renovadas batallas por la recuperación de terreno en favor del aludido Principio de Legalidad... el papel del Derecho administrativo no consiste, por tanto, en una lucha ciega contra el fenómeno (considerado como un mal), sino más bien en velar porque se mantenga dentro de los límites de lo efectivamente necesario y se ejerza en términos razonables y, por tanto, justificables, es decir, cumpliendo la regla básica de sometimiento a la Ley y al Derecho”*.

<sup>592</sup> El artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así lo contempla cuando consagra en el numeral 2: *“Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen, no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*.

<sup>593</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, t. I., obra citada, p. 443, prevén la problemática del control judicial de los actos discrecionales y lo dejan ver cómo un desafío para la justicia para evitar que la libertad no se convierta en arbitrariedad.

<sup>594</sup> Ver PARADA, Ramón. Derecho Administrativo General T. I., Parte General, obra citada, p. 97, cuando al referirse al texto del artículo 71 la Ley 29 de 1998, transcribe la exposición de motivos así: *“esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir, mediante el enjuiciamiento de los*

todas maneras, para la producción de los actos de Poder Público, es preciso cumplir el procedimiento previsto en las regulaciones normativas correspondientes<sup>595</sup>; además de ser preciso la motivación de los mismos en casos específicos<sup>596</sup>, circunstancia que implica la existencia de formalidades o ritualidades de obligatorio cumplimiento, que les da de una u otra forma el carácter reglado, así se trate de facultades denominadas discrecionales, porque en uno u otro caso tiene que cumplirse el Principio de Legalidad<sup>597</sup>.

Así las cosas, el Derecho Español evidencia la existencia de ritualidades que dan la impresión de la inexistencia de discrecionalidad pública, pero de todas maneras hay un fuerte y tradicional criterio de discrecionalidad, tal vez no en la decisión como tal, sino en las facultades que se otorgan para la actuación, que se reflejan en la oportunidad y conveniencia para actuar, pero siempre con fundamento en atribuciones legales<sup>598</sup>.

---

*elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad”;* y agrega: *“De esa forma elementos discrecionales y elementos reglados pueden convivir en un acto administrativo”.*

<sup>595</sup> La Ley de Régimen y Procedimiento Administrativo correspondiente a la Ley 39 de 2015 así lo prevé cuando en el artículo 34 al referirse a los requisitos de los actos administrativos dice: *“Producción y contenido.- 1. Los actos administrativos que dicten las administraciones públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido.*

*2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos”.*

<sup>596</sup> Ver artículo 35 de la Ley 39 de 2015, que regula el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo, en el sistema español.

<sup>597</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo, 25ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra España, 2006, p. 73, así lo prevé cuando refiere: *“La concesión de poderes se conecta, pues, con el Principio de Legalidad haciendo aparecer la Ley, en cuanto límite y condición de la actuación administrativa”.*

<sup>598</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, T. I, obra citada, p. 441.

## 8. LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA RECONOCE EL PODER PÚBLICO REGLADO

Si bien es cierto, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, ha reconocido las facultades discrecionales de las autoridades públicas, tanto en la actuación como en las decisiones que se profieran como resultado de las mismas; y en esta medida, ha sentado posturas como la oportunidad de la decisión, en la cual la autoridad pública valora en que momento actúa y en qué momento decide<sup>599</sup>, lo que significa, que las entidades públicas pueden autónomamente manifestar voluntariedad en el procedimiento administrativo; también es cierto que esta postura ha venido cambiando y que se torna contradictoria, cuando dicha Corporación reconoce que los actos discrecionales están sometidos al derecho, es decir al Principio de Legalidad en sentido genérico, así como al control judicial, existiendo una causal de nulidad derivada de actos arbitrarios que se pueden generar en la discrecionalidad, como es la desviación de poder.<sup>600</sup>

En sentido similar, el Consejo de Estado de Colombia se ha encaminado por reconocer al igual que la oportunidad de la actuación, por el criterio de la conveniencia para el Poder Público en la decisión<sup>601</sup>, lo que le genera un amplio margen de maniobrabilidad para el desarrollo del procedimiento en ejercicio de Poder Público, sin que esto de lugar como ocurría anteriormente la ausencia de

---

<sup>599</sup> C. E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 19 de octubre de 1993, radicación 4883, C.P. Álvaro Lecompte Luna, lo muestra de la siguiente manera: *“Cuando existe poder discrecional, la ley, habiendo creado la competencia, deja al agente la libertad de escoger el sentido en que la ejercerá, le deja juzgar, apreciar, medir, pensar la oportunidad de su decisión, quedando el acto amparado, además, por la presunción de legalidad que lo protege en virtud de su propia naturaleza”*.

<sup>600</sup> *Ibíd*em, cuando dice: *“Sin embargo, el acto administrativo discrecional no escapa al derecho ni al control que ejerce sobre él la jurisdicción, ya que ha podido ser arbitrario o ha podido ser dictado con desviación de poder”*.

<sup>601</sup> C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de julio 7 de 1972, C.P. Humberto Mora Osejo dice al respecto: *“Por tanto, la discrecionalidad no significa arbitrariedad, sino una mayor libertad de la administración conforme al derecho positivo, para apreciar la conveniencia y oportunidad de la medida...”*.



control judicial<sup>602</sup>, puesto que la jurisdicción correspondiente a través de los medios de control o acciones de legalidad y con fundamento en las causales de nulidad de los actos, especialmente la desviación de poder lo realiza de manera estricta.

En efecto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano, consagra los medios de control de la actividad de las entidades públicas y dentro de las acciones de control de la actividad pública, encontramos las de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales consagran como causal de nulidad de los actos expedidos en ejercicio de Poder Público la desviación de poder, la cual determina ilegalidad cuando las personas jurídicas del Estado, se alejan de criterios de buen servicio público, mejoramiento del mismo, del interés general, y por el contrario buscan intereses particulares<sup>603</sup>.

Pero para que la jurisdicción pueda ejercer dicho control de legalidad, es preciso que exista una norma que lo permita y en esta medida, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, cuando consagra las causales de nulidad de los actos de Poder Público hace referencia a la desviación de poder; circunstancia que determina que

---

<sup>602</sup> *Ibídem*, ratifica el control judicial de las actuaciones discrecionales, así: “La doctrina tradicional distinguió los actos reglados de los discrecionales como dos categorías esencialmente contrapuestas, para afirmar, respecto de los primeros, la posibilidad de control jurisdiccional, que excluía de los últimos. Pero en la actualidad la doctrina ha rectificado el criterio, por considerar que en uno o en otro caso, no se trata de categorías antitécnicas, sino de poderes más o menos amplios de la administración, cuya mayor o menor amplitud varía, en múltiples formas, desde el poder estrictamente reglado hasta el puramente discrecional”.

<sup>603</sup> La desviación de poder como causal de invalidez de los actos expedidos en ejercicio de Poder Público, es consagrada en el derecho colombiano, en términos similares a lo previsto en el derecho francés, como se puede evidenciar en las sentencias del Consejo de Estado, que desde tiempo atrás han venido consagrando este motivo de nulidad de los actos. C.E de Colombia, sentencia de 26 de marzo de 1943. En PAREJA, Carlos. Código Contencioso Administrativo, Editorial La Gran Colombia, Bogotá, 1947, dice: “El artículo 66 eleva a la categoría de ley positiva uno de los más audaces avances de la jurisprudencia francesa, en cuanto permite ejercitar la acción de nulidad contra los actos de la administración, no solo por contrarios a normas constitucionales, legales o reglamentarias, sino también por haberse expedido en forma irregular o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere”.

el Principio de Legalidad, subordina tanto las actuaciones de las entidades públicas como el control sobre las mismas, evidenciando que no existe discrecionalidad en la actividad de las personas jurídicas públicas, ni en el control sobre ellas y que en tales circunstancias se refleja el carácter reglado del Poder Público y de sus actuaciones.

Pero si bien es cierto, el criterio jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción que controla la actividad de Poder Público, es el reconocimiento de la discrecionalidad en la actividad pública, en recientes decisiones ha mostrado criterios en los cuales tiende a indicar la inexistencia de dicha discrecionalidad, en asuntos como la desvinculación del servicio público de funcionarios vinculados en provisionalidad, que había sido una importante expresión de la institución que nos ocupa.

En efecto, el Consejo de Estado había venido expresando, que las personas vinculadas en provisionalidad tenían el carácter de empleados de libre nombramiento y remoción, permitiéndose la facultad para las autoridades públicas de retirar del servicio a dichos funcionarios a través de un acto producido en ejercicio de Poder Público sin ninguna clase de motivación, por el solo querer del nominador<sup>604</sup>; pero el Consejo de Estado ha exigido la necesidad de motivar los actos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad<sup>605</sup>, con

---

<sup>604</sup> C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 04 de agosto de 2010, exp. 0319-08, M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, consignó, que el caso del retiro de empleados vinculados en provisionalidad, no era necesario motivar la decisión de retiro, en tanto los mismo, se hubieren vinculado en vigencia de la Ley 443 de 1998.

<sup>605</sup> C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 23 de septiembre de 2010, exp. 883-08, M. P. Gerardo Arenas Monsalve, expresó la obligación de motivar el acto de retiro de los funcionarios provisionales vinculados después de haber sido expedida la Ley 909 de 2004, que sustituyó a la Ley 443 de 1998, con el siguiente argumento: *“La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos<sup>605[1]</sup> de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la*

fundamento en criterios de estabilidad relativa y principios de igualdad constitucional, entre los servidores de carrera administrativa y los de provisionalidad; criterio que genera la ausencia de discrecionalidad por parte del Poder Público en el retiro de dichos empleados; pero además, porque así no fuese requerido motivar el acto, de todas formas la decisión de retiro está condicionada por fundamentos de interés general y mejoramiento del servicio público, pues de no ser así, se estaría generando una desviación de poder; circunstancia que la hace reglada<sup>606</sup>.

Por idénticas razones, la jurisprudencia del Consejo de Estado había venido aceptando la existencia de discrecionalidad pública, en el caso del retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública, en ejercicio de potestades discrecionales; pero de igual forma, reconoce que dichos poderes tienen que ejercerse de acuerdo a derecho y debidamente ponderados, lo que implica que se convierten en reglados, separándose del criterio estrictamente discrecional, donde solo primaba la voluntad de la autoridad pública<sup>607</sup>.

---

*obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado. (...)*

<sup>606</sup> Ver C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 21 de marzo de 2013, exp. 2105-11, M. P. Bertha Lucia Ramírez, que expresa: “De la desviación de poder.

*La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad, se ejerce no para obtener el fin que la Ley persigue y quiere, sino otro distinto. El acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario está revestido de la presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio; ya que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre.*

*En el presente caso, la demandante aduce que el acto de insubsistencia no se sustentó en razones de mejoramiento del servicio sino en su precario estado de salud, que la mantuvo 178 días incapacitada y motivó una recomendación de reubicación laboral que no fue acatada. Con el fin de aclarar tal situación, el Tribunal Administrativo, recepcionó los siguientes testimonios... (fls. 77 a 84)”.*

<sup>607</sup> C. E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 20 de marzo de 2013, exp. 0357-12, M. P. Gerardo Arenas Monsalve, lo muestra en

Lo anterior es ratificado por la Corte Constitucional, cuando al referirse al retiro de los integrantes de la fuerza pública del Estado preceptúa que ha de motivarse el acto, con el fin de que los afectados puedan controvertir en sede judicial dichas decisiones, ya que de no hacerlo, se violan los derechos de igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia; pero además indicó, que la motivación no debe limitarse a utilizar las expresiones tales como por necesidades del servicio o por necesidades de la fuerza, ya que en estas circunstancias no es posible saber si la medida es proporcional e idónea, es decir, que ha de consignar las razones específicas que movieron al Poder Público al retiro, convirtiéndose en acto reglado<sup>608</sup>.

## **9. LOS ACUERDOS DEL ESTADO Y LOS FORMALISMOS EN EL PODER PÚBLICO**

Si bien es cierto, los acuerdos de actuación que se expresan en la contratación del Estado constituyen una fiel demostración de las prerrogativas que le asisten a las entidades públicas en desarrollo del procedimiento de Poder Público, en los mismos no existe una manifestación de discrecionalidad pública, ya que todas las

---

los siguientes términos: *“Tratándose del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.*

*Por su parte, cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por el llamado a calificar los servicios en la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad”.*

<sup>608</sup> Ver Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-265 de mayo 8 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio, donde consignó que el retiro de los agentes de las fuerzas armadas, debe ser probada, razonable y contener argumentos objetivos y precisos; determinantes que la alejan de facultades discrecionales.

actuaciones están sometidas a las regulaciones previstas en las normas jurídicas que los reglamentan, es decir en el sometimiento al Principio de Legalidad.

En efecto, en el procedimiento público de contratación, existen principios que son de obligatorio cumplimiento y que determinan el sometimiento de las entidades del Estado a ritualidades específicas previstas en la ley, tales como:

En primer lugar, todos los actos que se dicten en las etapas precontractual, contractual y postcontractual tienen que ser motivados, es decir, que la entidad pública debe consignar en el mismo, las razones que la mueven para tomar una decisión<sup>609</sup>; circunstancia que permitirá una interpretación adecuada y un control judicial conforme a la realidad fáctica correspondiente.

Lo anterior es tan claro, que cuando una persona jurídica pública hace uso de una potestad unilateral excepcional, por ejemplo la declaratoria de caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, el acto que se dicte debe ser motivado, lo que evidencia una actividad típicamente reglada<sup>610</sup>, ya que la entidad del Estado debe comprobar la existencia del incumplimiento y consignarlo en el acto de declaratoria del mismo.

---

<sup>609</sup> Así lo prevé el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que constituye el Estatuto de Contratación Pública en Colombia, haciendo referencia al principio de transparencia, en el numeral 7, exige que los actos que se dicten en los procesos de contratación deben ser motivados, con excepción de los de trámite, es decir, aquellos que se limitan a impulsar el procedimiento administrativo.

<sup>610</sup> C. E. de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de octubre de 1994, exp. 11197, lo evidencia de la siguiente manera: *“La expresión “incumplimiento grave” es un típico concepto jurídico indeterminado que la administración no es libre de suponer que existe o se presenta, a pesar de que a su juicio queda liberada de la estimación o valoración de los hechos constitutivos de tal incumplimiento. Al apreciar esos mismos hechos, el juez del acto debe llegar a la misma conclusión a la que llegó la administración, so pena de la nulidad de la decisión. No es como lo asegura la entidad demandada, que dicha cláusula le confirió plena competencia discrecional para tasar o juzgar la gravedad del incumplimiento con miras a detener la continuación de un contrato ya inconveniente por esa causa”*.

Por otra parte, existe otro principio dentro de la contratación del Estado que demuestra el formalismo y la ausencia de discrecionalidad en este procedimiento de Poder Público, el cual corresponde al debido proceso, que está referido fundamentalmente a la facultad sancionatoria que como medio de coerción para el cumplimiento del contrato, puede ejercer la entidad pública frente al contratista, pero que en cualquier evento ha de sujetarse a las formalidades del Estatuto Contractual Público.

La Ley 1150 de 2007 que reformó la Ley de Contratos Públicos de Colombia al referirse a la imposición de multas y en general a la potestad sancionatoria de las entidades públicas en el contrato, expresó la obligatoriedad de garantizar el debido proceso<sup>611</sup>, el derecho de defensa y la existencia de audiencia pública para la imposición de la sanción<sup>612</sup>; el cual fue desarrollado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que contiene el Estatuto único Anticorrupción de Colombia, que consagra un trámite expedito y por audiencias para la imposición de las sanciones, en el cual el colaborador de la Administración tiene que conocer los hechos que se le atribuyen, tener la oportunidad de presentar las exculpaciones y solicitar las pruebas correspondientes e impugnar las decisiones que se profieran.

De igual manera, el principio de la habilitación legal, muestra que en la contratación pública no se presenta discrecionalidad, puesto que toda actuación debe estar autorizada por una norma legal, lo cual resulta ser llamativo si tenemos en consideración que en los acuerdos ya sea públicos o privados, están

---

<sup>611</sup> C. E, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2011, exp. 1996-06217, M. P. Olga Valle de la Hoz, hace referencia al debido proceso y al derecho de defensa en los siguientes términos. *“De conformidad con lo expuesto, no hay duda que la jurisprudencia de la Sección exige o estima indispensable que se lleve a cabo un debido proceso integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad contratante, que imputa cargos al contratista, en donde se indique los hechos que la originan, qué sanción podrá imponerse, y qué pruebas de ello tiene la administración, a fin de darle la oportunidad al contratista para que haga valer su derecho de defensa frente a los hechos que le imputan”.*

<sup>612</sup> Ver artículo 17 de la Ley colombiana 1150 de 2007.

involucradas dos partes que son las que determinan, las obligaciones y derechos derivados del mismo; y además, que la regulación de contratación pública acepta el principio de la autonomía de la voluntad.

Una expresión del principio de la habilitación legal, se evidencia en la posibilidad de incluir cláusulas exorbitantes en acuerdos donde el legislador no se ha pronunciado en ningún sentido, ya que hay dos clases de contratos que se refieren a las mismas, así: el primero donde se deben pactar, ya que si no se pactan se consideran incorporadas en el contrato<sup>613</sup>, y el segundo, que prohíbe expresamente incluirlas en los contratos del Estado<sup>614</sup>, lo que implica, que existe otra clase de contratos en los cuales el legislador no ha previsto si es posible incluirlas o si está prohibido hacerlo; circunstancia que permitiría concebir que con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, las partes están en facultad de decidir su inclusión en el acuerdo; pero la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia ha expresado que no es posible acordar cláusulas excepcionales en los contratos en los que la ley no ha expresado nada, por cuanto ha de primar la habilitación legal para tener la posibilidad hacerlo, es decir, que

---

<sup>613</sup> Artículo 14 ley 80 de 1993, que establece: *“pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación, modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.*

*En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente”.* Debe aclararse en este momento, que si se revisa el contenido del artículo transcrito, pareciera que existe una tercera clase de contratos, donde es facultativo acordar cláusulas excepcionales, pero de acuerdo a la redacción de la norma, esto no es posible, por cuanto lo facultativo es incluido en lo obligatorio, cuando dice que todos los contratos incluidos en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, si no pactan cláusulas excepcionales se consideran pactadas y así dejan de ser facultativas,

<sup>614</sup> El párrafo del artículo 14 de la Ley Colombiana 80 de 1993, expresamente prohíbe pactar cláusulas excepcionales en contratos de empréstito, con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia, donación arrendamiento, interadministrativos entre otros.

prima el carácter reglado en la actuación<sup>615</sup>.

Como se puede observar, la actividad contractual está fuertemente regulada, ritualizada por normas legales, quitándole cualquier carácter discrecional a esta clase de procedimiento público y a las decisiones que se puedan tomar como consecuencia del mismo; lo cual es comprensible, pues el Principio de Legalidad que involucra los principios ya mentados, es de obligatorio cumplimiento en todas las etapas de la contratación del Estado, sin dejar mayor espacio de acción para las partes en el contrato<sup>616</sup>.

Se torna claro, que la actividad pública de contratación es fundamentalmente ritualizada, que se separa de todo concepto de discrecionalidad, incluso en aspectos precontractuales donde el criterio de la entidad pública es el que supuestamente prima, como por ejemplo en el pliego de condiciones; esto es así, ya que el propio Estatuto Contractual Público preceptúa cuales han de ser los contenidos mínimos del pliego, sustrayendo la posibilidad de una amplia regulación a las personas jurídicas públicas<sup>617</sup>; más aún ahora se habla de pliegos de condiciones tipo.

La circunstancia de no haber discrecionalidad en los actos de las entidades del Estado, sino que por el contrario, es el carácter reglado el que los condiciona, no da lugar a que los principios que asisten a las mismas se vean afectados, por el contrario, lo que permite es garantizar que principios como el de legalidad, el debido proceso, la transparencia y la habilitación legal se vean concretizados.

---

<sup>615</sup> C. E. de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 30802, M. P. Alier Hernández Enríquez.

<sup>616</sup> Esto se evidencia en cada una de las regulaciones que el Estatuto Contractual Público Colombiano hace, como se puede notar desde la consagración que hace el artículo 1º de la Ley 80 de 1993, que contempla: "*Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*".

<sup>617</sup> Ver Decreto 1510 de julio 17 de 2013 en el artículo 22.



Es claro, que en el evento en que las entidades públicas son dotadas de potestades unilaterales discrecionales, esto hace que se incremente la posibilidad de llegar a la arbitrariedad y a que se sacrifique un principio fundamental dentro de la función del Estado, como es el de legalidad, tratando de buscar eficiencia y eficacia en las actividades de las entidades públicas.

Podría pensarse que el formalismo y la existencia de actividades regladas, lo que llevan es a hacer más lenta y paquidérmica la actividad pública, lo cual puede tornarse cierto, cuando se hace referencia a ritualismos exagerados que entorpecen las actuaciones; pero este no es el espíritu ni la realidad de tal circunstancia, ya que estaríamos contrariando un principios esencial de la función del Estado, como es el de legalidad; por el contrario, somos partidarios de entidades públicas ágiles y eficientes, pero sobre todo que garanticen los derechos de las personas y cumplan con los fines del Estado Social de Derecho, que no son otros que buscar el bienestar de todos los que integran el grupo social, dentro del marco del respeto y sometimiento a principios de legalidad, debido proceso y habilitación legal.

## CONCLUSIONES

1. El poder que permite la existencia y permanencia del Estado no es otro que el Poder Público; lo que implica que las conformaciones del mismo constituyen su expresión, así como las regulaciones jurídicas que lo condicionan. Es posible entonces, identificar el Poder Público en las estructuras del Estado y en sus regulaciones jurídicas, como la imposición o dominación de uno o unos individuos frente a los demás, con el fin que el grupo social ha previsto para dicha conformación estatal. En efecto, cuando se conforma el Estado, quienes lo estructuran establecen una finalidad de dicha integración o asociación, que puede ir desde el beneficio personal de quien detenta el mando en una monarquía por ejemplo, o de la comunidad en general en los parámetros establecidos en el Estado Social de Derecho.

2. Las funciones de Poder Público no se ejercen de forma aislada y con criterios de exclusión, ya que están estrechamente relacionadas desde un punto de vista tanto orgánico como material, porque las diversas estructuras estatales las pueden ejercer; pero además, por cuanto los contenidos se derivan unos de otros, ya que los actos legislativos son los que permiten la ejecución de la actividad administrativa y judicial, así como los que se dictan en ejercicio de la Función Legislativa, provienen de las realidades materiales que se deben regular de las funciones judicial y administrativa.

3. El Poder Público está determinado por el Principio de Legalidad, en cuanto a que las regulaciones normativas subordinan todas las actividades estatales y en esta medida, cuando existe una vulneración de dicho principio se generan consecuencias sancionatorias, las cuales provienen tanto de la misma rama que incurrió en la violación, como de las demás que intervienen en el control de cumplimiento de la ley en sentido genérico.

4. Controles como el de constitucionalidad, constituyen una clara expresión del cumplimiento del orden jurídico por parte del Poder Público; así, cuando la Corte o el Tribunal Constitucional verifican el cumplimiento normativo constitucional por parte de las autoridades públicas, en cuanto a que sus actuaciones y especialmente las de orden legislativo, deben ajustarse a las regulaciones previstas en la Constitución. Pero el Principio de Legalidad subordinante del Poder Público se refleja no solamente en el control de constitucionalidad, sino en el respeto de todo el orden jurídico, es decir, de la ley en sentido genérico, porque todas las actuaciones de las autoridades públicas deben sujetarse a las normas jurídicas que las condicionan en una estructura jerárquica.

5. Lo anterior es así, a pesar que en ocasiones surgen tensiones entre cada una de las funciones de Poder Público por la legitimidad en el ejercicio del mentado control, como ocurre con el de constitucionalidad que es ejercido por una Corte o Tribunal Constitucional integrado por un número reducido de miembros y sin embargo, puede sacar de la vida jurídica leyes expedidas por el legislativo que representa la voluntad del pueblo es decir de las mayorías, y en esta medida, una minoría estaría primando sobre la voluntad mayoritaria.

6. No estoy de acuerdo con la afirmación en el sentido que en el control de constitucionalidad lo que prima es la voluntad de la minoría respecto de la mayoría, al menos en el caso de los sistemas jurídicos colombianos y español, porque la Corte y el Tribunal Constitucional representan al igual que el legislativo la voluntad mayoritaria, en este caso de una forma indirecta, lo cual les legitima para el ejercicio de dicho control, sin que se presente lo que se ha definido como voluntad contra mayoritaria, sino una de orden mayoritaria.

7. Para que el Principio de Legalidad subordine al Poder Público, es necesario que las regulaciones normativas sean válidas; circunstancia que determina que la

obligatoriedad de acatamiento se derive de la conformidad de las normas con las previsiones para su expedición, es decir, desde un punto de vista formal, en el sentido que las normas subordinadas se ajusten a otras de rango superior en cuanto al cumplimiento de requisitos de formación.

De igual manera, la validez se ha de identificar desde el orden material, en el sentido de respeto de criterios éticos o morales que han de imperar dentro del Estado, pero que en cualquier caso tienen que identificarse con la voluntad de aceptación del grupo social dentro del mismo.

8. El Principio de Legalidad incluye los Principios generales del Derecho además de las normas jurídicas positivizadas en un texto escrito; en tal medida, es claro que por regla los Principios generales del Derecho se incluyen en las regulaciones jurídicas de las normas previstas en el texto de la ley en sentido genérico, lo cual hace que se expresen como las demás dentro el ordenamiento jurídico; pero hay casos especiales en los que un principio se puede tornar obligatorio aún sin estar consignado en un texto legal, ya que por el consenso, es decir, por la aceptación del grupo social adquiere un carácter jurídico en el criterio de obligatoriedad, como ocurre con el principio de la confianza legítima en el sistema jurídico colombiano.

9. El control de los actos de Poder Público se determina por el respeto del Principio de Legalidad y la causa fundamental de invalidez de los mismos se circunscribe a la violación del mencionado principio; Significa; que un acto expedido en ejercicio de Poder Público será inválido y anulable ante la jurisdicción en cuanto viole principios, específicamente el de legalidad, porque es el que evidencia la contradicción entre el acto y las regulaciones normativas superiores, es decir, la ley en sentido genérico como lo he tratado en la presente investigación.

10. En todo caso y para identificar un sentido práctico de la investigación, la

subordinación del Poder Público al Principio de Legalidad determina que la discrecionalidad en su ejercicio se vea significativamente limitada y hasta un punto inexistente, ya que las autoridades públicas en el ejercicio de las funciones estatales siempre van a estar subordinadas, condicionadas o determinadas por regulaciones normativas obligatorias, es decir, jurídicas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Libros

- Abad Cock, J. H. (2016). *Poder y libertad: Inconsciencia y razón*. Medellín: Léanlo Editores.
- Alexy, R. (2001). *Teoría del discurso y derechos humanos* (3a reimp). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2008a). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Alexy, R. (2008b). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2016). *La doble naturaleza del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Aragón Reyes, M. (1999). *Constitución y control del poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Araujo Rentería, J. (2015). *Filosofía o teoría del Derecho Constitucional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Arias García, F. (2013). *Estudios de Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Aristóteles. (2004). *La política* (Trad. A. Gómez Robledo). México: Editorial Porrúa.
- Arnaiz Amigo, A. (1999). *Ciencia política: Estudio doctrinario de sus instituciones*. México: Universidad Autónoma de México.
- Arroyo Fernández, M. (1997). *Diccionario de escuelas de pensamiento o ismos*. Madrid: Alderaban.
- Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J. J., Navarro, P. E., Rodríguez, J. L. y Ruiz Manero, J. (2005). *Lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios* (Trad. L. Criado Sánchez). Madrid: Marcial Pons.

- Baca Oneto, V. S. (2006). *La invalidez de los contratos públicos*. Navarra, España: Thomson-Civitas.
- Badía, J. F. (1964). Las formas históricas de poder político y sus legitimidades. *Revista de estudios políticos*, (138).
- Barberis, M. (2006). *La heterogeneidad del bien, tres ensayos sobre el pluralismo ético*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- Battaglini, V. L. (2014). *Igualdad y bienestar en la tradición Rawlsiana*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Blanquer Criado, D. (2013). *Los contratos del sector público*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate.
- Bobbio, N. (2007). *Teoría General del Derecho* (3a ed.). Bogotá: Temis.
- Bobbio, N. (2014). *El futuro de la democracia* (8a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2014). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (10a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. y Bovero, M. (1984). *Origen y fundamentos del poder político*. México: Grijalbo.
- Bocanegra Sierra, R. (2005). *La teoría del acto administrativo*. Madrid: Iustel.
- Bodenheimer, E. (1993). *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bueno, M. (1957). *Las grandes direcciones de la filosofía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bodin, J. (2010). *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos.

- Burdeau, G. (1966). *Droit Constitutionnel et institutions politiques* (15a ed.). Paris: Librairie Générale des Droit et Jurisprudence.
- Calvo García, M. (2005). *Transformaciones del Estado y del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Candamil Pinzón, J. G. (2014). *De la grundnorm a la metanorma constitucional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismo(s)* (4a ed.). Madrid: Trotta, Madrid 2009.
- Casagne, J. C. (2016). *El Principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Casillas Hernández, R. (1980). *Poder Constituyente originario en las estructuras políticas institucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cassagne, J. C. (2016). *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*. Madrid: Reus.
- Chevalier, J. (2011). *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ciaramelli, F. (2009). *Instituciones y normas*. Madrid: Trotta.
- Coello Garcés, G. (2013). *El Estado democrático postnacional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Colón Ríos, J. I. (2013). *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Comadira, J. (1996). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Copleston, F. (1973). *Historia de la filosofía*. Barcelona, España: Ariel.
- Coscolluela Montaner, L. (2017). *Manual de Derecho Administrativo* (28a ed.). Pamplona, España: Civitas.
- De La Cueva, M. (1976). *La idea del Estado* (5a ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- De Muralt, A. (2002). *La estructura de la filosofía política moderna*. Madrid: Istmo.
- Díaz, E. (1998). *Curso de filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Dreher, J. (2014). *Fenomenología del poder*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.



- Dromi, J. R. (1980). *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Bogotá: Temis.
- Dupuis, G. (2004). *Droit Administratif* (9éme ed.). Paris : Armand Colin.
- Dworkin, R. (2008). *El imperio de la justicia*. Barcelona, España: Gedisa.
- Dworkin, R. (2015). *Los derechos en serio* (3a reimp.). Barcelona: Ariel.
- Echeverri Uruburu, A. (2014). *Teoría constitucional y ciencia política*. Buenos Aires: Astrea.
- Esquivel Pérez, J. (2011). *Kelsen y Ross: Formalismo y realismo en la teoría del Derecho*. México: Coayacán.
- Expósito Vélez, J. C. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2016). *Los derechos y sus garantías: Conversación con Mauro Barberis*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. y Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrero, G. (1998). *Poder: Los genios invisibles de la ciudad*. Madrid: Tecnos.
- Foillard, P. (2004). *Droit Administratif*. Orleans: Paradigme Publications Universitaires.
- Frier, P. L. y Petit, J. (2008). *Précis de Droit Administratif* (5a ed.). Paris: Montchrestien.
- Fukuyama, F. (2016). *Orden y decadencia de la política*. Bogotá: Ariel.
- Gallego Anabitarte, A. y Menéndez Rexach, A. (2011). *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- García Amado, J. A. (1997). *La filosofía del Derecho en Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- García Amado, J. A. (1999). *Escritos sobre filosofía del Derecho*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.
- García Amado, J. A. (2010). *El Derecho y sus circunstancias: Nuevos ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García de Enterría, E. (2005). *Democracia, jueces y control de la Administración* (5a ed.). Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (1995). *La lucha contra las inmunidades del poder* (3a ed.) Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (1997). *Curso de Derecho Administrativo* (t. I.). Madrid: Civitas.
- De Enterría Martínez-Carande, E. G. (1963). Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo. *Revista de administración pública*, (40)
- Garzón Valdés, E. (1993). *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Giannini, M. S. (1991). *Derecho Administrativo*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- González-Varas Ibáñez, S. (2003). *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas.
- Guastini, R. (2014). *Derecho, interpretación y Estado*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Güechá Medina, C. N. (2005). Inexistencia de discrecionalidad en las actuaciones de la administración. *Quaestio Iuris, Miscelánea Jurídica*. Madrid: Universidad Alfonso X el Sabio.
- Güechá Medina, C. N. (2009). *Contratos administrativos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.
- Güechá Medina, C. N. (2013). *Acciones o pretensiones contencioso administrativas*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Güechá Medina, C. N. (2015). *Contratos administrativos* (3a ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Güechá Medina, C. N. (2016). *Derecho Procesal Administrativo* (3a ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

- Guglielmi, G. & Koubi, G. (2011). *Droit du service public* (3a ed.). Paris: Montchrestien.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez: Complementos y estudios previos* (6a ed.). Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. A. (2012). *El concepto del Derecho* (Trad. G. R. Carrió) (3a reimp.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hauriou, M. (1927). *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Reus.
- Hauriou, M. (2010). *Principes de Droit Public*. Paris: Dalloz.
- Held, D. (1991). *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza.
- Heller, H. (2014). *Teoría del Estado* (7a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Hierro, L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona, España: Ariel.
- Higuera Jiménez, D. M. (2012). *Bloque de constitucionalidad en Colombia: Jurisprudencia y doctrina*. s.l.: Editorial Académica Española.
- Huerta Gutiérrez, F. (2008). *El acto administrativo*. Armenia: Real Editores.
- Ivanega, M. M. (2016). *Control público*. Buenos Aires: Astrea.
- Jaime C., M. H. (2014). *El derecho implícito*. Bogotá: Temis.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kausky, K. (1982). *Parlamentarismo y democracia*. Madrid: Editorial Nacional.
- Kelsen, H. (s.f.). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (2a ed.). Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría general del Estado* (2a ed.). México: Ediciones Coyoacán.
- Kelsen, H. (2007). *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- Kelsen, H. (2008a). *¿Qué es la justicia?* (5a reimp.). Barcelona, España: Ariel.
- Kelsen, H. (2008b). *Validez y eficacia del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Kolakowski, L. (1977). *Husserl y la búsqueda de la certeza*. Madrid: Alianza.
- Larenz, K. (2009). *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Axel.

- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Locke, J. (1997). *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Porrúa.
- López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los jueces* (2a ed.). Bogotá: Legis.
- López Peña, E. L. (2015). *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Marín Hernández, H. A. (2007). *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Marquardt, B. (2014). *Historia mundial del Estado*. Bogotá: Temis.
- Martín Mateo, R. (2006). *Manual de Derecho Administrativo* (25a ed.). Navarra, España: Aranzadi.
- Maurer, H. (2008). *Introducción al Derecho Administrativo Alemán*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Maurer, H. (2011). *Derecho Administrativo: Parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- Maynes García, E. (2002). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- Mejía Patiño, O. (2013). *Fundamentos de Derecho Administrativo sancionador*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Mélin Soucramanien, F. y Pactet, P. (2015). *Droit Constitutionnel* (34a ed.). Paris: Sirey.
- Molina Betancur, C. M., Álvarez Montoya, M. A., Peláez Arango, F. y Botero Chica, L. A. (2006). *Derecho Constitucional general* (2a ed.). Medellín: Universidad de Medellín.
- Morand Deviller, J. (2010). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Naranjo Mesa, V. (1987). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (2a ed.). Bogotá: Temis.
- Negri, A. (1994). *El Poder Constituyente*. Madrid: Libertarias / Prodhufi.
- Nino, C. S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa* (1a reimp.). Barcelona, España: Gedisa.

- Nussbaum, M. C. (2014). *Emociones políticas*. Bogotá: Planeta.
- Olivas, E. (1991). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Valladolid, España: Trotta.
- Osorio Gómez, F. (2012). *Tendencias contemporáneas del Derecho: Temas de filosofía política*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Palacios Mejía, H. (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. Bogotá: Temis.
- Parada, R. (2004). *Derecho Administrativo I: Parte general* (15a ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Pareja, C. (1947). *Código Contencioso Administrativo*. Bogotá: La Gran Colombia.
- Parejo Alfonso, L. Jiménez-Blanco, A. y Ortega Álvarez, L. (1998). *Manual de Derecho Administrativo* (5a ed.). vol. 1. Barcelona, España: Ariel.
- Penagos, G. (1992). *El acto administrativo* (5a ed.). Bogotá: Librería El Profesional.
- Pérez Luño, A. E. (2002). *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Platón. (2011). *La República* (Trad. P. de Azcárate). Barcelona, España: Espasa.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2a ed.). Madrid: Trotta.
- Quinche Ramírez, M. F. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano* (6a ed.). Bogotá: Temis.
- Radbruch, G. (2013). *Introducción a la filosofía del Derecho* (11a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Ramos Acevedo, J. (2003). *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ratti, G. (2013). *El gobierno de las normas*. Madrid: Marcial Pons.
- Rey Cantor, E. (1998). *Las teorías políticas clásicas de formación del Estado*. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho.
- García-Borés Espí, J. y Rivera Beiras, I. (2016). *La cárcel dispar*. Barcelona, España: Bellaterra.
- Rivero, J. (1984). *Derecho Administrativo* (9a ed.). Caracas: Universidad Central de Venezuela.

- Rivero, J. (2002). *Páginas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2002). *Derecho Administrativo general y colombiano* (13a ed.). Bogotá: Temis.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2012). *El equilibrio económico de los contratos*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2014). *Derecho Administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.
- Rota, P. A. (2009). *El Principio de Legalidad y la forma del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Sabine, G. H. (1998). *Historia de la teoría política* (1a reimp.). Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Sabine, G. H. (2015). *Historia de la teoría política* (13a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Sáchica, L. C. (1999). Teoría del Poder Constituyente. En *Derecho Constitucional General* (pp. 65-79) (4a ed.). Bogotá, Temis.
- Salazar Ugarte, P. (2013). *La democracia constitucional: Una radiografía teórica* (3a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Sánchez Torres, C. A. (2004). *Acto administrativo: Teoría general* (3a ed.). Bogotá: Legis.
- Santofimio G., J. O. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo* (t. II) (3a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sartori, G. (1988). *Teoría de la democracia: 2. Los problemas clásicos*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Schmidt Assmann, E. (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons.
- Siep, L. (2007). *La actualidad de la filosofía práctica de Hegel: Hegel y el Holismo de la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Holton, J. E. (2016). Marco Tulio Cicerón. En L. Strauss y J. Cropsey (Coords.), *Historia de la filosofía política* (10a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.

- Szilasi, W. (1959). *Introducción a la fenomenología de Husserl*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Santo Tomás de Aquino. (2004). *Tratado de la ley, Tratado de la Justicia, Gobierno de los príncipes* (Trad. C. I. González). México: Porrúa.
- Torres Ávila, J. (2012). *El mandato del Estado Social de Derecho en la Constitución Colombiana*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Touchard, J. (2013). *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos.
- Turaine, A. (2012). *Crítica de la modernidad* (3a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.
- Velandia Canosa, E. A. (Dir.). (2015). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Legis.
- Vidal Perdomo, J. (2016). *Derecho Administrativo* (14a ed.). Bogotá: Legis.
- Villoro, L. (2007). *El poder y el valor*. Madrid: Tecnos.
- Villoro, L. (2012). *El poder y el valor: Fundamentos de una ética política* (7a reimp.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Von Ihering, R. (1961). *El fin del Derecho*. México: Cajica.
- Weber, M. (1984). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (1997). *Economía y sociedad*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil -ley, derechos, justicia-*. Valladolid, España: Trotta.

### **Capítulos de libros**

- Atria, F. (2005). Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo. En F. Atria, E. Bulygin, J. J. Moreso, P. E. Navarro, J. L. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas del derecho* (pp. 45-71). Madrid: Marcial Pons.
- Bayón, J. C. (2009). Derechos, Democracia y Constitución. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (4a ed.) (pp. 211-238). Madrid: Trotta.

- Calsamiglia, A. (1989). Ensayo sobre Dworkin. En R. Dworkin, *Los derechos en Serio* (pp. 7-29). Barcelona; Ariel.
- De Asís Roig, R. (1993). Estudio preliminar. En N. Bobbio, *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate.
- Delpiazzo, C. E. (2013). Afirmación y evolución del principio de juridicidad: Vigencia del pensamiento de Maurice Hauriou. En A. Matilla, J. O. Santofimio y H. Santaella (Coord.), *Ensayos de derecho público en memoria de Maurice Hauriou* (pp. 197-216). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García, E. (1998). Ferrero y la crisis de la legitimidad democrática: La democracia ante su momento maquiavélico. En G. Ferrero, *Poder: Los genios invisibles de la ciudad* (pp. 9-49). Madrid: Tecnos.
- Marmor, A. (2014). La pragmática del lenguaje del derecho: ¿Puede implicar el derecho más de lo que textualmente dice?. En D. Canale, C. A. Hernández, S. Ortega Gomero y G. Tuzet, *Derecho, interpretación y convencionalismo*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Prieto Sanchís, L. (2014). Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. En A. García Figueroa, M. Gascón Abellán, G. Marcilla Córdoba y L. Prieto Sanchís, *Argumentación jurídica* (pp. 17-42). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Vásquez, R. (2011). Justicia constitucional, derechos humanos y argumento mayoritario. En *Normas, razones y derechos* (pp. 237-256). Madrid: Trotta.
- Villacañas Berlanga, J. L. (2007). Legitimidad y legalidad en Max Weber. En M. Menéndez Alzamora, *Sobre el poder* (49-108). Madrid: Tecnos.

## **Artículos**

- Atienza, M. (2009, julio-diciembre). Sobre la única respuesta correcta. *Jurídicas*, 6(2), 13-26.
- Badía, J. F. (1964). Las formas históricas de poder político y sus legitimidades. *Revista de Estudios Políticos*, 138, 85-121.



- Barreto Rodríguez, J. V. (2012). El constituyente primario: Una construcción filosófica de frontera entre la política y el derecho. *Pensamiento Jurídico*, 34, 3-48.
- Borowsky, M. (2000, mayo-agosto). La restricción de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20(59), 29-56.
- Comanducci, P. (2002, abril). Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico. *Isonomía*, 16, 89-112.
- Cruz Soto, L. A. (2010, mayo-agosto). El concepto de autoridad en el pensamiento de Aristóteles y su relación con el concepto de autoridad en el comportamiento administrativo. *Revista Contaduría y Administración*, 231, 53-78.
- D'Auria, A. (2008). Ciencia del derecho y crítica del Estado: Kelsen y los anarquistas. Academia, *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 6(12), 9-21.
- Fernández Segado, F. (2011). La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España. *Foro Nueva Época*, 14, 13-72.
- Freixes Sanjuan, T. y Remotti Carbonell, J. C. (1992, mayo-agosto). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12(35), 97-109.
- Gaviria Díaz, C. (2010, julio-diciembre). La democracia en Grecia clásica y su relación con la democracia moderna. *Criterio Jurídico Garantista*, 2(3), 174-187.
- Gómez Isaza, M. C. (2006, abril). La historia del Estado Social de Derecho. *Revista Estudios de Derecho*, 63(141), 73-99.
- Higuera Jiménez, D. M. (2009, julio-diciembre). Estudio integrado de la legitimidad en la Corte Constitucional colombiana. *Principia Iuris*, 12(12), 91-117.
- Maidana, S. (s.f.). Descartes filosofía y política: Una relación conflictiva. *Revista Estudios en Ciencias Humanas*, 5.
- Martínez Roldán, L. (1988). Racionalismo crítico, humanismo y democracia en Karl R. Popper. *Anuario de filosofía del derecho*, 5, 411-426.
- Nogueira Alcalá, H. (2009). Consideraciones sobre Poder Constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Revista Ius et Praxis*, 15(1), 229-263.

- Nogueira Alcalá, H. (2017, enero-junio). Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 36, 327-349.
- Portela, J. G. (2009, diciembre). *Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. Díkaion*, 23(18), 33-54.
- Rubio, A. (1995, enero-junio). Igualdad y diferencia: ¿Dos principios jurídicos?. *Derechos y Libertades*, II(4), 259-286.
- Salas, J. (1982, septiembre-diciembre). El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: Sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2(6), 141-177.
- Villar Borda, L. (2007, diciembre). Estado de Derecho y Social de Derecho. *Revista Derecho del Estado*, 20, 73-96.

## **Tesis**

- Galeano Escobar, J. C., Sánchez Peña, C. A. y Monsalve Rentería, J. C. (2003). *Control político en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana* (Trabajo de Grado). Universidad de la Sabana. Chía, Cundinamarca.

## **Foros**

- Mantilla Correa, A. (2007). Notas sobre la ley y el Principio de Legalidad en el ordenamiento jurídico cubano. En *VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2007). Reglamentos autónomos. En *VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

## Leyes y decretos

Congreso de Colombia. (17 de junio de 1992). *Ley 5 de 1992*. Diario Oficial no. 40.483.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). *Ley 80 de 1993: Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial no. 41.094.

Congreso de Colombia. (15 de agosto de 2000). *Ley 610 de 2000*. Diario Oficial no. 44.133.

Congreso de Colombia. (5 de febrero de 2004). *Ley 734 de 2004: Código Disciplinario Único*. Diario Oficial no. 44.699.

Congreso de Colombia. (16 de julio de 2007). *Ley 1150 de 2007*. Diario Oficial no. 46.691.

Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011). *Ley 1437 de 2011: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial no. 47.956.

Jefatura del Estado de España. (26 de noviembre de 1992). *Ley 30 de 1992*. Boletín Oficial del Estado no. 285 de 27 de noviembre de 1992.

Jefatura del Estado de España. (13 de julio de 1998). *Ley 29 de 1998*. Boletín Oficial del Estado no. 167 de 14 de julio de 1998.

Jefatura del Estado de España. (30 de octubre de 2007). *Ley 30 de 2007*. Boletín Oficial del Estado no. 261 de 31 de octubre de 2007.

Jefatura del Estado de España. (30 de julio de 2018). *Ley 29 de 2015*. Boletín Oficial del Estado no. 182 de 31 de julio de 2015.

Jefatura del Estado de España. (1° de octubre de 2015). *Ley 39 de 2015*. Boletín Oficial del Estado no. 236 de 2 de octubre de 2015.

Presidencia de la República de Colombia. (17 de julio de 2013). *Decreto 1510 de 2013*. Diario Oficial no. 48.854.

Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015). *Decreto Reglamentario 1082 de 2015*. Diario Oficial no. 49.523.

## Jurisprudencia

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (24 de enero 2011). *Sentencia 1996-08183 de 2011*. M. P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (13 de marzo de 1989). *Sentencia ACU-189 de 1989*. M. P. Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (30 de mayo de 1974). *Sentencia de mayo 30 de 1974*.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (7 de julio de 1972). *Sentencia de julio 7 de 1972*. C. P. Humberto Mora Osejo.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (4 de agosto de 2010). *Sentencia 0319-08 de 2010*. M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (23 de septiembre de 2010). *Sentencia 883-08*. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (21 de marzo de 2013). *Sentencia 2105-11 de 2013*. M. P. Bertha Lucia Ramírez.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (20 de marzo de 2013). *Sentencia 0357-12 de 2013*. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (14 de octubre de 1994). *Sentencia 11197 de 1994*.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (25 de julio de 2011). *Sentencia 1996-06217 de 2011*. M. P. Olga Valle de la Hoz

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (30 de noviembre de 2006). *Sentencia 30802 de 2006*. M. P. Alier Hernández Enríquez.

Consejo de Estado de Colombia. (1° de febrero de 1993). *Rad. 490 de 1993*. M. P. Roberto Suárez Franco.

Consejo de Estado de Colombia. (26 de marzo de 1943). *Sentencia de 26 de marzo de 1943*.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (11 de febrero de 2016). *Sentencia 00408 de 2016*. M. P. William Hernández Gómez.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. *Exp. no. 2008-01290*. M. P. Gabriel Valbuena Hernández.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Exp. 2014- 00143*. M. P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de mayo de 2015). *Sentencia 2012-00059 de 2015*. M. P. Danilo Rojas Betancourth.

Corte Constitucional de Colombia. (19 de agosto de 1993). *Sentencia C-337 de 1993*. M. P. Vladimio Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (2 de febrero de 1995). *Sentencia C-031 de 1995*. M. P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. (23 de febrero de 1995). *Sentencia C-069 de 1995*. M. P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. (21 de marzo de 1995). *Sentencia T-123 de 1995*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (30 de noviembre de 1995). *Sentencia C-566 de 1995*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (5 de febrero de 1996). *Sentencia C-037 de 1996*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (19 de septiembre de 1996). *Sentencia C-445 de 1996*. M. P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. (25 de junio de 1997). *Sentencia C-0312 de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (5 de marzo de 1998). *Sentencia T-068 de 1998*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (4 de agosto de 1999). *Sentencia C-560 de 1999*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (5 de julio de 2001). *Sentencia C-710 de 2001*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. (9 de agosto de 2001). *Sentencia C-836 de 2001*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. (5 de diciembre de 2001). *Sentencia C-1290 de 2001*. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. (13 de febrero de 2003). *Sentencia C-120 de 2003*. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. (28 de noviembre de 2003). *Sentencia T-1130 de 2003*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. (16 de marzo de 2004). *Sentencia C-246 de 2004*. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. (29 de abril de 2005). *Sentencia T-442 de 2005*. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. (4 de octubre de 2006). *Sentencia C-820 de 2006*. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. (1° de febrero de 2007). *Sentencia T-064 de 2007*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. (4 de diciembre de 2007). *Sentencia C-1041 de 2007*. M. P. Luis Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (26 de febrero de 2010). *Sentencia C-141 de 2010*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. (10 de marzo de 2010). *Sentencia C-172 de 2010*. M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. (1° de marzo de 2011). *Sentencia C-122 de 2011*. M.P Juan Carlos Henao.

Corte Constitucional de Colombia. (24 de agosto de 2011). *Sentencia C-634 de 2011*. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (1° de noviembre de 2011). *Sentencia C-816 de 2011*. M. P. Mauricio González.

Corte Constitucional de Colombia. (6 de junio de 2012). *Sentencia C-415 de 2012*. M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. (9 de agosto de 2012). *Sentencia C-620 de 2012*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (24 de abril de 2013). *Sentencia C-247 de 2013*. M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. (8 de mayo de 2013). *Sentencia T-265 de 2013*. M. P. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (25 de junio de 2014). *Sentencia C-387 de 2014*. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (26 de junio de 2014). *Sentencia C-400 de 2014*. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. (29 de julio de 2015). *Auto 308 de 2015*. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (26 de marzo de 2015). *Sentencia T-121 de 2015*. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. (13 de mayo de 2015). *Sentencia C-284 de 2015*. M. P. Mauricio González.

Corte Constitucional de Colombia. (10 de agosto de 2015). *Sentencia C-507 de 2015*. M. P. Mauricio González.

Corte Constitucional de Colombia. (10 de febrero de 2016). *Sentencia C-054 de 2016*. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (25 de febrero de 2016). *Sentencia T-094 de 2016*. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional de Colombia. (18 de julio de 2016). *Sentencia C-379 de 2016*.  
M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (26 de enero de 2017). *Sentencia T-036 de 2017*. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional de Colombia. (3 de febrero de 2017). *Sentencia T-062 de 2017*. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. (4 de julio de 2017). *Sentencia T-424 de 2017*.  
M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Ministerio de Economía y Hacienda de España. (14 de noviembre de 2011). *Real Decreto Legislativo 3 de 2011*. Boletín Oficial del Estado no. 276 de 16 de noviembre de 2011.

Tribunal Constitucional de España. (11 de mayo de 1983). *Sentencia 35 de 1983*.  
Boletín Oficial del Estado no. 120 de 20 de mayo de 1983.

Tribunal Constitucional de España. (24 de septiembre de 2015). *Sentencia 196 de 2015*. Boletín Oficial del Estado no. 260 de 30 de octubre de 2015.

Tribunal Constitucional de España. (5 de noviembre de 2015). *Sentencia 230 de 2015*. Boletín Oficial del Estado no. 296 de 11 de diciembre de 2015.

Tribunal Constitucional de España. (19 de noviembre de 2015). *Sentencia 237 de 2015*. Boletín Oficial del Estado no. 312 de 30 de diciembre de 2015.

Tribunal Constitucional de España. (17 de diciembre de 2015). *Sentencia 272 de 2015*. Boletín Oficial del Estado no. 19 de 22 de enero de 2016.

Tribunal Constitucional de España. (18 de febrero de 2016). *Sentencia 28 de 2016*. Boletín Oficial del Estado no. 19 de 22 de enero de 2016.

Tribunal Constitucional de España. (14 de abril de 2016). *Sentencia 73 de 2016*.  
Boletín Oficial del Estado no. 122 de 20 de mayo de 2016.

Tribunal Constitucional de España. (25 de mayo de 2016). *Sentencia 101 de 2016*.  
Boletín Oficial del Estado no. 159 de 2 de julio de 2016.

Tribunal Constitucional de España. (12 de diciembre de 2016). *Sentencia 208 de 2016*. Boletín Oficial del Estado no. 17 de 20 de enero de 2017.

Tribunal Constitucional de España. (15 de diciembre de 2016). *Sentencia 215 de 2016*. Boletín Oficial del Estado no. 17 de 20 de enero de 2017.



Tribunal Constitucional de España. (15 de diciembre de 2016). *Sentencia 217 de 2016*. Boletín Oficial del Estado, no. 17 de 20 de enero de 2017.

Tribunal Constitucional de España. (19 de diciembre de 2016). *Sentencia 219 de 2016*. Boletín Oficial del Estado, no. 23 de 27 de enero de 2017.

Tribunal Constitucional de España. (19 de diciembre de 2016). *Sentencia 220 de 2016*. Boletín Oficial del Estado, no. 23 de 27 de enero de 2017.

Tribunal Constitucional de España. (22 de diciembre de 2016). *Sentencia 227 de 2016*. Boletín Oficial del Estado, no. 23 de 27 de enero de 2017.

Tribunal Constitucional de España. (22 de diciembre de 2016). *Sentencia 228 de 2016*. Boletín Oficial del Estado, no. 23 de 27 de enero de 2017.

Tribunal Constitucional de España. (5 de junio de 2017). *Sentencia 70 de 2017*. Boletín Oficial del Estado, no. 168, de 15 de julio de 2017.

Tribunal Constitucional de España. (8 de junio de 2017). *Sentencia 73 de 2017*. Boletín Oficial del Estado, no. 168, de 15 de julio de 2017.

Tribunal Constitucional de España. (22 de junio de 2017). *Sentencia 81 de 2017*. Boletín Oficial del Estado, no. 171, de 19 de julio de 2017.

### **Fuentes electrónicas**

Colombo, R. (s.f.). *El Estado en la teoría social: Una aproximación al pensamiento de Karl Marx y Emile Durkheim*. Recuperado de <http://www.rebelion.org/docs/28637.pdf>

Consejo de Estado de Colombia. (s.f.). *Homepage*. Recuperado de [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

Corte Constitucional de Colombia. (s.f.). *Homepage*. Recuperado de [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

Legis. (s.f.). *Homepage*. Recuperado de <https://www.legis.com.co>

Lexbase Colombia. (s.f.). *Homepage*. Recuperado de <https://www.lexbase.co/>

Real Academia Española. (s.f.). *Poder*. Recuperado de <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=TU1KCfY%7CTU2nLT0>

Tirant Librería. (s.f.). *Biblioteca virtual de Tirant lo Blanch*. Recuperado de <https://www.tirant.com/libreria/monocnt?daId=177&patron=01>

Tribunal Constitucional de España. (s.f.). *Homepage*. Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.es/>

Universidad Autónoma de Bucaramanga. (s.f.). *Homepage*. Recuperado de <http://www.unab.edu.co/>

Universidad Nacional Autónoma de México. (s.f.). *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

vLex. (s.f.). *Homepage*. Recuperado de <https://vlex.com.co/>